

A Monsieur le professeur Mitteis
hommage respectueux
H. Pissard

LES
QUESTIONS PRÉJUDICIELLES
EN DROIT ROMAIN

I deb 109 I deb

Hippolyte PISSARD

Docteur en Droit



2522/I

Les questions préjudicielles

En Droit Romain

Inv. N^o: 85

Sign: 30



Y94/584

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907

LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

EN DROIT ROMAIN

AVANT-PROPOS

Depuis tant de siècles que le droit romain fait son chemin dans le monde, il n'est presque pas de point de son vaste domaine où les commentateurs n'aient porté leurs recherches ; il est malaisé d'y trouver un sujet neuf. Pourtant la théorie d'ensemble des questions préjudicielles a rarement tenté les romanistes ; on ne peut guère nommer que le vieux Rævardus et M. O. Bülow. Ceux qui ont abordé ce problème n'en ont d'ordinaire considéré qu'une ou plusieurs données et, dans un système juridique où tout se tient, les vues incomplètes risquent fort d'être inexactes.

Mais est-il permis de construire une théorie complète des questions préjudicielles ? — Nous verrons que les compilateurs de Justinien n'ont laissé dans le *Corpus* que des fragments épars concernant cette institution et les textes littéraires jettent peu de lumière sur une partie du droit si abstraite et si technique.

Pour en tirer tout le parti possible, nous nous sommes efforcé de replacer ces témoignages à l'époque où ils



ont été écrits. Le grand danger des études de ce genre, c'est d'envisager, — avec plus ou moins d'inconscience, — le droit romain comme une législation qui aurait été fixée une fois pour toutes. Nous avons essayé au contraire de sérier les étapes, de marquer l'évolution des idées, en un mot : de faire de l'histoire du droit.

Aussi bien nous n'avions qu'à suivre les exemples et les conseils de nos maîtres de la Faculté de droit ; nous les en remercions respectueusement, et en particulier M. le professeur Girard qui a bien voulu nous diriger dans ce travail.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Quand on aborde l'étude d'ensemble d'une théorie aussi large que celle des questions préjudicielles en droit romain, on est tenté de transporter à Rome nos concepts juridiques et de déformer les institutions anciennes en les forçant à rentrer dans les cadres de nos constructions. La tâche la plus délicate est peut-être de bien poser le problème au point de vue romain.

Nous devons d'abord jeter un coup d'œil général sur le domaine des questions préjudicielles et fixer notre vocabulaire.

Pour nous servir de la définition la plus large, une question est préjudicielle par rapport à une autre quand elle doit être jugée avant cette dernière. C'est à dessein que nous employons cette expression vague. On peut imaginer que tel procès doive être vidé avant qu'un autre soit intenté ou seulement avant qu'il soit jugé. A Rome il n'existe que des questions préjudicielles au jugement(1).

(1) Pour des raisons théoriques M. Bülow soutient que dans les cas réglementés par l'exception il s'agirait de questions préjudicielles à l'action, et, par exemple, que la revendication d'un immeuble doit être introduite avant l'action confessoire de servitude. Sur le terrain pratique cette opinion est sans valeur : lorsqu'un plaideur intente en préjugé d'une revendication une action confessoire (D., 44, 2, 16), celle-ci est accueillie par le prêteur et soumise à la *litis contestatio* puisque la question du *praejudicium* n'est soulevée que par une exception. — *En fait* il en est absolument de même pour les hypothèses où le prêteur règle par décret l'ordre des procès : quand un citoyen intente à un individu un procès de liberté, celui-ci peut

Nous ne pouvons pas établir un parallèle minutieux entre le système romain et les législations modernes, mais, afin de marquer l'évolution des idées juridiques, il importe de mettre en vedette une idée générale. Dans les législations actuelles un seul procès suscite et résout ordinairement une multitude de litiges secondaires ; aussi la question préjudicielle fait souvent partie d'un procès déjà engagé ; on l'en abstrait pour la résoudre à part. Supposons par exemple que dans un procès criminel se pose incidemment une question de propriété ou de droit administratif ; immédiatement le juge doit suspendre son examen et attendre que la question ait été tranchée par un tribunal civil ou un tribunal administratif. Il en allait différemment à Rome. Un principe fondamental qui préside à l'organisation du régime des Actions de la loi et qui, atténué, persiste jusqu'à la fin de l'histoire, c'est qu'un procès ne peut trancher qu'une question (1) ; aussi la théorie des *praejudicia* a seulement pour but de régler la préséance de procès indépendants en la forme (2). Le mot « question préjudicielle » est moderne ; Rome ne connaît que des « procès préjudiciels » (3).

Autre différence capitale entre les principes modernes

riposter par une action d'injures qui, loin d'être rejetée, donnera lieu à une *litis contestatio* immédiate, mais on devra suspendre ce procès jusqu'à ce que le premier soit tranché (D., 40, 12, 24, *pr.*, 26). — Pour plus de précision, cf. les commentaires que nous donnerons de ces textes.

(1) Nous renvoyons sur ce point aux célèbres développements d'Ihering, *Geist*, liv. II, 1^{re} part., tit. III, ch. II, sect. 3, §§ 61 et 62.

(2) Il faut pourtant tenir compte de ce que nous dirons des actions préjudicielles, chap. VI.

(3) Sur les questions préjudicielles en France : pour le droit pénal, cf. Garraud, *Droit pénal*¹, pp. 459-581 ; pour la procédure civile, cf. Garçonnet, *Traité de procédure*², t. II, p. 412 et ss.

et le point de vue romain. Aujourd'hui la théorie des questions préjudicielles, c'est la réglementation du rang des procès qui ont un même fondement juridique. Cet objet est compris dans le système des *praejudicia* romains, mais à côté de lui nous en rencontrerons d'autres : nous devons étudier parfois le rang de procès qui sont simplement réunis par le lien artificiel d'un objet commun, — ou nous occuper d'hypothèses dans lesquelles il n'y a qu'un seul procès (édit Carbonien), ou envisager des cas où un procès se substitue purement et simplement à un autre (pétition d'hérédité et revendications d'objets particuliers) (1).

*
* *

Le mot *praejudicium* qui nous sert de guide (2), a été lui-même employé dans les sens les plus divers. Laissons de côté les significations purement littéraires (3)

(1) Pour la distinction des questions préjudicielles et des institutions voisines, cf. Planck, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*. En tout cas les questions préjudicielles sont toujours au moins des questions connexes. Lorsque les procès n'ont rien de commun la détermination du rang est ordinairement abandonnée à l'*arbitrium* du magistrat. Cf. Planck, *op. cit.*, ch. II.

(2) Forcément nous laisserons de côté un certain nombre de questions relatives à l'ordre des procès connexes, car nous sommes obligés de grouper nos développements autour du concept de *praejudicium*. Mentionnons pourtant les *divinationes* dont il nous est resté un exemple fameux dans la *divinatio in Caecilium* de Cicéron. Ce sont des procès préliminaires dans lesquels s'agit la question de savoir quel citoyen sera chargé de soutenir une accusation criminelle. Cf. l'*argumentum* du Pseudo Asconius en tête de l'*In Caecilium* (éd. Mueller, 1901, Teubner, *Ciceronis scripta*, Pars II, Vol. I, pp. 99-100).

(3) Nous aurons pourtant à recourir parfois à des passages d'auteurs littéraires. Outre ceux qui sont cités plus loin, cf. Sénèque, *De*

pour l'étudier ainsi que ses dérivés *praejudicare* et *praejudicialis* dans les textes juridiques (1).

Nous ne pouvons traduire *praejudicium* d'une manière plus précise que par « décision antérieure (2) ». Seule-

Beneficiis, IV, 35, *Contr.*, II, 9 ; Suétone, *Cæsar*, I, 23 ; Tertullien, *Praescriptio adv. haereticos*, 21, 5 ; 34, 8, *De Pudicitia*, I, 1, 10. Dans ces auteurs *praejudicium* signifie dans un sens large : fait ou décision qui a une influence sur un fait ou une décision future. Une sentence de Publilius Syrus (éd. Bickford-Smith, 1895, p. 14) demeure assez énigmatique :

« Grave *praejudicium* est quod *judicium* non habet. »

Les *Déclamations* de Quintilien emploient également le mot dans le sens élastique de préjugé, préjudice (*Déclamations*, éd. Ritter, Teubner, 1884, p. 13. I. 31 ; p. 200, l. 9 ; p. 553, l. 29 ; *Déclamations XIX majores*, éd. Lehnert, 1905, p. 222, l. 18 ; p. 439, l. 20). On sait que, si les *Déclamations minores* semblent bien être de Quintilien, il est plus que vraisemblable que les *Déclamations majores* ne lui appartiennent pas. — Cf. Zverina, *Arch. für das Studium der neueren Sprache*, 1883, t. 70, p. 351.

(1) Sur le vocabulaire, consulter surtout Pauly, *Realencyclopädie*, V° *praejudicium* et Velsen, *De ex. praej.*, pp. 9-22. — M. le professeur Kübler de Berlin a eu la très grande bienveillance de nous communiquer un extrait du *Berliner Digestenindex* comprenant les mots *praejudicium*, *praejudicare* et *praejudicialis*. Nous lui renouvelons ici nos respectueux remerciements.

(2) Tel est le vrai sens juridique ; mais par dérivation le mot *praejudicium* dans son sens le plus large ne signifie pas seulement une décision judiciaire antérieure, mais toute parole, tout fait capable d'influer sur une décision à intervenir. Nous en voyons des exemples dans la *Divinatio in Cæcilium* (c. 4, § 12) et dans Tite-Live (l. V, ch. 41). — Tite-Live cite les plaintes qui sont dirigées contre les anciens tribuns militaires Sergius et Verginius : *praejudicium jam de reis et ab senatu et a populo romano et ab ipsorum collegis factum*. Ces *praejudicia* sont donc constitués par les faits suivants : Un sénatusconsulte, la contrainte exercée par leurs collègues sur les inculpés, la nomination anticipée de tribuns par le peuple romain. — De même Quintilien, dans le passage qui suit celui que nous citons, p. 7, n. 3, range parmi les *praejudicia* des

ment ce mot en est naturellement venu à signifier : décision, qui a certains rapports avec une décision à venir et qui doit influencer sur cette dernière ; le lien et les effets peuvent d'ailleurs être de force très différente.

A. — Le Pseudo-Asconius définit le *praejudicium*, simplement un « exemple » pour les procès futurs (1). Tel est aussi le premier sens signalé par Quintilien dans un fragment célèbre (2) : décision rendue dans une affaire analogue. Aujourd'hui nous parlerions de « jurisprudence » (3). Ce sens ne se trouve pas au *Corpus*.

B. — Quintilien nous apprend encore que ce mot signifie toute décision qui a quelque rapport de fait avec

sénatusconsultes et des décrets des empereurs ou des magistrats.

(1) *Pseudo-Asconius in Divinationem*, c. 4 (Orelli, I, 104). — Le Pseudo-Asconius commente les mots de Cicéron. *De quo non praejudicium sed iudicium* en ces termes : *praejudicium dicitur res quae, cum statuta fuerit, affert iudicaturis exemplum quod sequantur*. On voit d'ailleurs que le grammairien se trompe dans l'interprétation du passage de Cicéron où le mot *praejudicium* est pris dans le second sens.

(2) Quintilien, *Institutio oratoria*, V, 2.

« Jam *praejudiciorum* vis omnis tribus in generibus versatur : rebus, quae aliquando ex paribus causis sunt iudicatae, quae *exempla* rectius dicuntur : ut de rescissis patrum testamentis, vel contra filios confirmatis ; *judiciis ad ipsam causam pertinentibus* : unde etiam nomen ductum est ; qualia in Oppianicum facta dicuntur et a senatu adversus Milonem ; aut *cum de eadem causa pronuntiatum est*, ut in reis deportatis, et assertione secunda, et in partibus centumviralibus, quae in duas hastas divisae sunt.

(3) C'est ce sens que Quintilien semble particulièrement viser dans le paragraphe précédent (V, 1, 7) où il range les *praejudicia* parmi les *probationes artificiales* (*rumores, tormenta, tabulae, iurandum, testes*) par opposition aux probations inartificiales (*signa, argumenta, exempla*). Le mot *exempla* opposé au mot *praejudicium* signifie jurisprudence. Sur l'autorité de la jurisprudence, cf. Cicéron, *ad Her.* II, 13, *Topica*, 5 ; et Digeste, I, 3, 34 et 38.

la cause dont il s'agit. De là, ajoute-t-il, vient leur nom. Ce sens est de beaucoup le plus fréquent; nous le retrouvons à maintes reprises dans les œuvres de Cicéron (1). Quintilien donne lui-même des exemples tirés du *Pro Cluentio* et du *Pro Milone*.

Le *Pro Cluentio* est presque uniquement employé à dissiper l'influence que pourraient exercer sur l'esprit des juges certaines sentences antérieures ou à invoquer le bénéfice d'autres décisions judiciaires (2); ces jugements n'ont d'ailleurs rien à faire directement avec le procès actuellement dirigé contre Cluentius; elles mettent simplement en jeu l'honorabilité de ce dernier. Cicéron discute les antécédents de son client. Dans le *Pro Milone* l'orateur s'efforce de démontrer que Milon ne saurait être atteint par le vote du Sénat qui proclama que le sang de Clodius avait été versé d'une manière néfaste pour l'Etat.

Le *Corpus* emploie souvent les mots *praejudicare*, *praejudicium* dans ce sens très élastique; ils font allusion à une décision quelconque du juge ou du préteur qui a une importance pour quelqu'un ou pour quelque chose, qui crée un « préjugé »; dans un petit nombre de cas ils signifient spécialement une conséquence fâcheuse; c'est le sens français de « préjudice » (3).

(1) Cf. Merguet, *Lexikon zu den Reden des Cicero mit Angabe sämtlicher Stellen*. — II Theil, *Philosophische Schriften*. V^{is} *praejudicium*, *praejudicare*.

(2) Le *Pro Cluentio* offre un excellent choix des emplois des mots *praejudicium* et *praejudicare*. — Cf. en particulier 6, 9, 30, 49, 59, 60, 62, 68, 80, 104, 124, 172.

(3) Parmi les cas les plus caractérisés de cette dernière catégorie, voir par exemple au Digeste 3, 3, *De proc. et def.*, 33,2; 4,4, *De minoribus*, 29,2; 3,2, *De inoff. test.*, 20; 11,1, *De inter.* 6, 1; 28,8,

Les Romains attachaient une grande importance aux *praejudicia* de cette nature. Nous n'en voulons pour preuve que le souci apporté par Cicéron à les ruiner ou à les invoquer, et l'abondance des conseils donnés par Quintilien pour enseigner à ses disciples la façon de les écarter.

C. — Dans un sens plus restreint *praejudicium* signifie un jugement qui a été rendu sur le même rapport juridique actuellement soumis aux tribunaux (1). Le premier jugement, dit-on, crée un *praejudicium* à l'égard du second; et cette expression est l'une de celles qui, à l'époque, classique revêtent la théorie de la chose jugée; c'est elle qui ouvre le titre 44, 2, *De exceptione rei judicatae*:

Cum res inter alios iudicatae nullum aliis praedjudicium faciant.

Ce dernier emploi du mot n'est pas antérieur à l'époque classique (2); il est devenu spécial et précis: la première sentence possède une autorité complète vis-à-vis de la

De jure delib., 8, 1, etc., etc. — Planck (*op. cit.*, p. 190) a seulement le tort de trop généraliser cette signification.

(1) Digeste, 42, 1, 63. *pr.* (Macer); 44, 2, 1 (Ulpien); Code, 7, 36, 2 (Gordien); 7, 36, 3 et 4 (Dioclétien); 7, 36, 1 (Alexandre Sévère).

(2) M. Erman (*Mélanges Appleton*, p. 284 et ss.) ne tient pas compte de cette évolution historique; il passe trop légèrement du sens qui se trouve dans Cicéron au sens de la formule du frag. 44, 2, 1. Chez Cicéron le *praejudicium* peut être écarté; dans la théorie de la chose jugée, au contraire, il s'oppose rigoureusement à un second jugement. Or M. Erman, non content de faire découler les deux sens l'un de l'autre, paraît enseigner que le *praejudicium* de Cicéron est plus rigoureux puisqu'il s'applique aux tiers et non seulement *inter easdem personas*. Nous avons vu que les concepts sont tout différents. Cette digression de M. Erman n'est d'ailleurs qu'un ornement du raisonnement et son inexactitude n'enlève rien à la force de la théorie de la fonction positive de l'exception *rei judicatae* à laquelle nous reviendrons.

seconde, ou mieux : une seconde sentence ne saurait intervenir sur le même rapport de droit. Ainsi à trois sens gradués du mot *praejudicium* correspondent des effets nettement différents.

Pour les deux premières catégories nous avons suivi la classification de Quintilien ; mais les trois exemples signalés par lui en terminant, *ut in reis deportatis et assertione secunda et in partibus centumviralibus quae in duas hastas divisae sunt*, n'appartiennent pas au troisième sens que nous avons signalé (1). Quintilien en effet ne s'occupe que des *praejudicia* qui exercent seulement une influence morale sur une décision postérieure, puisqu'il apprend à son élève l'art de combattre dans l'esprit du juge l'idée préconçue tirée d'une première sentence défavorable. Passons en revue ces exemples.

Assertionem secunda. — Le rhéteur fait allusion à la possibilité de recommencer plusieurs fois un procès de liberté ; seulement il est clair que le second juge sera fortement impressionné par l'arrêt rendu par le premier.

Partibus Centumviralium. — Il semble démontré que les différentes sections du tribunal des centumvirs pouvaient être saisies de procès connexes qu'elles examinaient à part. Ainsi la *querela inofficiosi testamenti* était divisée en autant de procès qu'il y avait d'héritiers défendeurs (2). La décision rendue par une des sections devait naturellement exercer une influence morale sur la

(1) Cf. Savigny, *Dissertatio de concursu delictorum*, pp. 67-69. — *Contra* Velsen, *op. cit.*, p. 12 et ss.

(2) Cet exemple de la *q. i. t.* est d'ailleurs le seul qui nous soit fourni par les textes. Sur ce point, cf. les nombreux textes relevés par M. Martin dans sa thèse sur le tribunal des centumvirs, 1904, p. 32 et ss.

décision des autres sections saisies de procès parallèles.

Les mots « *ut in reis deportatis* » sont moins aisés à comprendre. M. de Velsen prétend les éclaircir en imaginant que le préteur rendait un jugement provisoire avant que l'affaire fût soumise aux *Quaestiones* (1). Nous verrons que ce système est inadmissible. Dès le début du XIX^e siècle Savigny (2) rattachait notre texte à deux fragments du Digeste d'après lesquels le gouverneur de province ne pouvait pas condamner lui-même à la déportation : il devait donc se borner à prononcer qu'il y avait lieu d'infliger cette peine et c'était l'empereur lui-même qui décidait : l'avis du gouverneur était un *praejudicium* par rapport à la sentence du prince. — Jusqu'à ce qu'on propose une théorie meilleure, nous acceptons comme vraisemblable le système de Savigny et nous ne sommes pas touchés par l'objection de M. de Velsen (3) que l'institution signalée par les deux fragments d'Ulpien n'existait pas encore à l'époque de Quintilien : Le fragment 6 parle bien d'une lettre de Sévère, mais celle-ci peut ou bien ne se rapporter qu'à la compétence du préfet de la ville ou bien se borner à la confirmation d'un état de chose préexistant. On sait d'ailleurs que ce fut Tibère qui donna sa forme complète à la déportation (4). Enfin, si l'on repoussait la théorie de Savigny, il faudrait chercher dans la même direction puisque Quintilien ne parle que d'une influence morale qui peut être dissipée.

Ainsi, des trois exemples de Quintilien celui qui est relatif aux centumvirs se range dans la deuxième catégo-

(1) Velsen, *loc. cit.*, pp. 61-62.

(2) Savigny, *loc. cit.*, p. 67, n^o 2.

(3) Velsen, *loc. cit.*, p. 14.

(4) Mommsen, *Strafrecht*, p. 974 et ss.

rie que nous avons distinguée ; les deux autres ont trait à des *praejudicia* qui sont créés dans une cause identique et qui par là font partie de la troisième espèce, mais par exception ceux-ci ne produisent pas des effets normaux, car ce ne sont pas des jugements définitifs et pourvus de l'autorité de la chose jugée.

D. — Enfin le mot *praejudicium* désigne un procès qui a pour but de trancher une question préliminaire sans se terminer par une condamnation ; c'est ainsi que les textes parlent du *praejudicium an libertus sit* ou du *praejudicium quanta dos sit*.

*
**

Bref, en simplifiant beaucoup, on peut dire que dans la langue juridique notre terme est doué de quatre significations (1). Quelles sont celles qui rentrent dans notre étude ? Evidemment le premier sens n'a rien à faire avec la détermination du rang de procès connexes. Ce sont les deux suivants qui nous intéressent d'abord, mais nous devons préciser à quel point de vue. Le mot *praejudicium* n'a pas nécessairement trait à la théorie de l'ordre des instances ; il nous indique simplement que tel procès exerce une influence sur tel autre procès. La plupart du temps les jurisconsultes romains n'ont en vue que l'existence de cette influence ; ils la constatent ou bien ils enseignent qu'elle ne doit pas se produire, comme dans la théorie de la chose jugée. — Mais dans une série d'hypothèses ils déclarent au contraire que tel procès doit

(1) Pour être complet mentionnons un autre sens qui se rencontre fréquemment au Code Théodosien : le sens de jugement préparatoire qui amorce une décision définitive. Cf. p. ex. C. th., 1, 2, 3 ; 41, 30, 2 ; C. J., 1, 29, 2 ; 7, 62, 21, etc.

passer avant tel autre ; ils ne discutent plus sur l'existence du *praejudicium*, ils l'interdisent. C'est là une « question préjudicielle » ; le problème de la fixation du rang des litiges connexes se pose à Rome sous la forme du système des *praejudicia* prohibés. Pour les éviter le préteur délivrait une exception dans certains cas et dans d'autres se bornait à refuser l'action par simple décret.

*
**

Jetons un coup d'œil d'ensemble sur les textes du *Corpus* qui serviront à notre étude. L'Edit s'occupait spécialement en deux endroits des *praejudicia* prohibés. Dans un premier groupe de textes il envisageait la question dans son ensemble : *Quibus causis praejudicium fieri non oportet* (1) ; et ce passage était commenté dans les livres 14 d'Ulpien et 15 de Paul *ad Edictum* (2). Il est malaisé de dire si l'Edit s'occupait à la fois du décret et de l'exception ou de l'exception seulement. Bien qu'un texte d'Ulpien (5, 3, 7) envisage une hypothèse de décret, il peut fort bien se rattacher à une disposition de l'Edit concernant les seules exceptions. Par contre nous croyons qu'à l'époque d'Hadrien, sinon antérieurement, l'exception est toujours remplacée par un décret pour les *Causae capitales*, et d'autre part un texte de Paul (48, 1, 2) paraît bien se rapporter à une question de *praejudicium* en matière criminelle : l'Edit aurait donc prévu un décret pour cette espèce. — Maintenant il est vraisemblable

(1) Lenel, *Edictum* ², 1907, p. 136 et ss. ; traduction Peltier, I, p. 458 et ss., titre XIII.

(2) Lenel, *Pal.*, Paul, n° 260 ; Ulpien nos 481-484.

que le groupe de textes ne s'occupait que des trois prohibitions traditionnelles établies anciennement en faveur de la pétition d'hérédité, des *causae capitales* et de la revendication immobilière, c'est-à-dire des trois seuls cas dans lesquels a fonctionné une exception.

A côté de ces textes s'en présentent d'autres relatifs à la *querela inofficiosi testamenti* et aux centumvirs que M. Lenel refuse avec raison de ranger dans un titre spécial. Ces deux institutions présentent des relations étroites avec la théorie des *praejudicia* et tous ces développements appartiennent au même titre.

M. Lenel en fait l'unique objet du titre XIII de sa reconstitution (1). Pour lui les textes suivants des auteurs qui sont relatifs à l'organisation des procès, par exemple aux *interrogationes in jure*, au serment, etc., se rapportent au début de la partie II ; ainsi la théorie des *praejudicia* terminerait la partie I ; elle ne pourrait être rattachée aux sujets étudiés ensuite et réclamerait une rubrique séparée.

Mais M. Girard paraît avoir démontré de façon péremptoire que la séparation entre les deux livres ne peut s'être trouvée entre le massif des *praejudicia* et le massif des *judicia* puisque Papinien dans ses *quaestiones* étudie le deuxième avant le premier (2). Cette remarque unie à la considération que les deux groupes présentent d'incontestables affinités de fond nous oblige à croire que les quatre sortes de développements que nous venons de passer en revue (centumvirs, *quaerela*, *praejudicia*, ju-

(1) Lenel, Edit, t. I, pp. 161-162.

(2) Girard, N. R. H., 1904, pp. 136-138. — Cette opinion ne nous semble pas réfutée par la deuxième édition de l'*Edictum*, p. 138, n. 4.

dicia), constituent un tout et se réfèrent au même passage de l'Edit (1) (2).

La question se pose alors de savoir dans quelle partie de l'Edit se rangeait tout ce groupe : dans la partie préliminaire ou dans la partie *De judiciis*? Il peut paraître plus normal de le placer dans la partie préliminaire puisqu'il s'occupe de questions qui intéressent également les matières de la seconde et de la troisième partie (3), mais on peut aussi considérer que des textes relatifs aux *interrogationes*, etc., constituent des généralités qui ouvrent les commentaires de la *pars de judiciis* (4). Une autre considération nous paraît décisive. Pour une raison analogue à celle donnée par M. Girard lui-même à propos de Papinien, nous ne pouvons croire qu'Ulpien ait traité des matières contenues dans la première partie (Ulpien, liv. 15-24) avant des matières contenues dans la seconde (Ulpien, liv. 22-23) ; il faut donc que la première partie s'arrête avant les développements relatifs aux *praejudicia*,

(1) Cela nous conduit à supposer que non seulement Ulpien a interverti l'ordre de deux titres, mais encore qu'il a coupé en deux un titre de l'Edit, puisqu'il traite de la pétition d'hérédité, etc., entre la théorie des *praejudicia* et la théorie des *interrogationes in jure*. — Pourtant il est impossible de croire qu'un titre sur les *praejudicia* prohibés commençait la partie II qui devait forcément débiter par un livre *De judiciis*. Ainsi les *praejudicia* devaient être étudiés dans le titre *de judiciis*.

(2) M. Girard incline plutôt à croire que les matières relatives au massif des *judicia* étaient traitées dans un titre spécial de l'Edit, *quibus in causis praescribitur* (N. R. H., 28, 1904, p. 147). Cette opinion ne nous paraît pas soulever d'objections sérieuses ; nous préférons pourtant le système indiqué au texte parce que nous rattachons étroitement la théorie des *praejudicia* à la théorie des *praescriptiones*.

(3) Girard, N. R. H., 28, 1904, p. 147.

(4) Lenel, Edit, t. I, p. 163, n. 1. — Nouvelles considérations dans la deuxième édition, p. 139.

aux *interrogationes*, etc. — Ainsi nous corrigerions le plan de M. Lenel en supprimant la rubrique qu'il consacre aux *præjudicia* prohibés et en absorbant les matières de ce titre XIII dans le premier titre de la seconde partie.

Cela étant, nous ferons une hypothèse sur la place à attribuer à la question des *præjudicia* dans les dispositions de l'Edit. Dans les livres 22 et 23 d'Ulpien et dans le livre 18 de Paul, l'Edit traitait vraisemblablement des *praescriptiones pro actore* (1). N'est-il point naturel de penser que l'Edit s'occupait en même temps des exceptions préjudicielles qui, à l'origine, ainsi que nous l'apprend Gaius, empruntaient la forme de *praescriptiones pro reo* ?

Dans son appendice, l'Edit s'occupait spécialement de l'exception *quod praejudicium hereditati non fiat* entre la *praescriptio temporis* (encore une *praescriptio*), et l'exception *rei iudicatae vel in iudicium deductae* (2).

Ce deuxième massif de textes devait être non moins important que le premier ; il en est resté une trace dans la rubrique du titre 44, 1 au Digeste, *De exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis* ; nous pouvons aussi tirer argument des développements du Commentaire IV des Institutes de Gaius où, après avoir parlé des exceptions et des prescriptions, l'auteur aborde l'étude de la *prescription q. p. hereditati n. f.* malheureusement interrompue aujourd'hui par une lacune du texte.

Nous verrons dans notre chapitre final que les Romains transformèrent à l'époque post-classique leur théorie

(1) Lenel, Edit, t. 1, p. 171, § 55, *Si cum eo agatur qui incertum promiserit* ; p. 165, § 56, *In bonae fidei iudiciis quemadmodum praescribatur*.

(2) Lenel, Edit, t. II, p. 254 et ss.

des questions préjudicielles et c'est pourquoi ils négligèrent ou mutilèrent la plupart des textes qui les concernaient ; ils ne conservèrent qu'un bloc un peu compact de l'ancien système, les fragments 5-7 du titre *De her. pet.* au Digeste (5.3).

Nous n'avons réservé qu'une place étroite aux actions préjudicielles, car nous ne pouvions les étudier qu'en tant qu'elles jouissent d'un rang de faveur, en tant qu'elles constituent des « *præjudicia obligatoires* » par opposition aux « *præjudicia prohibés* ». L'Edit ne s'en occupait pas dans un titre spécial. Nous indiquerons les raisons qui nous font croire à la naissance tardive des *præjudicia* d'état ; les autres étaient prévus dans l'Edit en même temps que les actions principales dont ils constituent l'accessoire.

CHAPITRE PREMIER

HYPOTHÈSES SUR LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES AU
TEMPS DES ACTIONS DE LA LOI.

Nous ne nous étendrons pas sur cette période, car les textes nous font défaut et nous ne pourrions présenter que des hypothèses peu intéressantes. Est-il permis de croire que sous ce régime primitif une loi ou une coutume empêchaient les procès moins importants de passer avant les procès de portée plus large auxquels ils auraient pu préjudicier ? Et par quel moyen cette priorité aurait-elle été assurée ? Puisque le paragraphe 108 du Commentaire IV de Gaius nous apprend que le système des actions de la loi n'admettrait pas d'exceptions, nous ne pouvons pas songer à une exception préjudicielle ; il faut même aller plus loin et dire que les questions préjudicielles n'étaient pas du ressort du juge. On ne voit pas en effet les termes qui dans les paroles sacramentelles auraient invité le juge à tenir compte d'un *praejudicium* possible.

Peut-on se retourner d'un autre côté et tabler sur les pouvoirs du préteur ? Le préteur a-t-il avant la loi *Æbutia* le droit de refuser une action qui entraîne un *praejudicium* fâcheux à l'égard d'une autre ; plus largement a-t-il le droit de *dare* ou de *denegare actionem* ? Nous n'avons pas la prétention de trancher en deux mots ce problème si discuté et nous nous bornerons à présenter quelques observations.

Il ne semble pas que le préteur puisse défendre à un citoyen d'agir en justice quand la loi lui accorde une action, — pas plus qu'il ne peut lui délivrer une action qui n'est pas prévue par la loi (1). M. Girard, après un dépouillement minutieux des textes conclut qu'il est impossible de trouver avant la loi *Æbutia* un texte permettant au préteur de *denegare actionem* en dehors des hypothèses légales (2).

Mais c'est précisément sur ces derniers cas que nous portons notre attention ; nous pensons que le préteur avait le droit de dénier l'action dans un certain nombre de cas prévus par la loi.

Nous n'avons pas de documents qui démontrent l'existence du droit arbitraire de *denegare actionem* au profit du magistrat des *Actiones legis*, — et voici que dès le commencement de la procédure formulaire nous voyons au contraire que le domaine de la *denegatio* est si large que Cicéron peut écrire que ce qui distingue l'activité du magistrat et celle du juge, ce n'est pas leur domaine, mais leur effet (3). Comment imaginer que la loi *Æbutia* ait opéré un changement aussi radical ? Les travaux les plus approfondis (4) nous montrent que cette loi n'a pas réalisé d'un seul coup la transformation radicale de la procédure des *Actiones legis* en procédure formulaire, mais qu'elle se borne à donner au magistrat le droit de choisir entre les deux systèmes et que cette seule mesure

(1) Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 69, n. 2.

(2) Girard, N. R. H., 1897, *Date de la loi Æbutia*, pp. 259-270, *Org. jud.*, pp. 70, 186, 195 et ss.

(3) Cicéron, *Orat. part.*, 28, 99-100.

(4) Girard, *Manuel*⁴, pp. 992-993 et les notes et références ; N. R. H., art. cit.

consomma rapidement la ruine de l'un et le triomphe de l'autre. Mais, précisément parce que cette réforme immense ne fut pas consciemment voulue dans toute son ampleur par les promoteurs de la loi, elle ne peut s'expliquer que par la préexistence d'un germe déjà vigoureux susceptible de se développer. La loi *Æbutia* en effet permet au préteur d'employer l'ancienne ou la nouvelle procédure, elle ne l'autorise pas à les rejeter toutes deux. A moins de croire à un changement brusque dont il ne reste aucun vestige il faut supposer que le préteur possédait antérieurement le droit de refuser l'action dans certains cas.

Nous assignons d'ailleurs à la *denegatio* un champ très restreint ; le préteur ne pouvait refuser une action que dans le cas où la coutume reconnaissait qu'il serait injuste de l'accorder. La grande réforme de la procédure formulaire sera de permettre au préteur de refuser l'action *ad libitum*. Pour le moment son appréciation est réduite au minimum ; il n'a sans doute à examiner que des faits très simples et ses pouvoirs sont bornés par des règles strictes (1).

« Le magistrat, dit M. Girard, ne peut accorder l'action quand la loi ne l'accorde pas, ni la refuser quand la loi la donne (2). » N'est-ce pas déjà ouvrir un champ à l'appréciation du préteur qui devra décider si les parties se trouvent dans un cas où telle action est accordée par la loi ? Assurément il ne peut pas prêter son concours à une action confessoire de servitude alors que l'action ap-

(1) Ihering, *Esprit*, traduct. Meulenaere, t. IV, § 62, développe des idées analogues et donne des exemples de faits que le préteur pouvait avoir à examiner.

(2) Girard, *Manuel*^h, p. 974.

plicable est la revendication, quand bien même le demandeur voudrait user de la première. Le pouvoir de dénégation que nous lui reconnaissons est de même nature ; il doit dénier l'action quand la coutume ou la loi lui ordonnent de la refuser.

Dans le domaine de la règle *bis de eadem re ne sit actio* qui est intimement liée à la question des *praejudicia* nous voyons s'exercer l'activité relative du préteur. Il est généralement reconnu qu'à l'origine le fondement de cette règle consistait dans la prohibition de recommencer deux fois certaines cérémonies rituelles (1). Ne doit-on pas en conclure qu'il n'appartenait pas au juge d'en assurer l'application ? Si le préteur avait laissé l'affaire venir *in judicio*, il n'aurait pas empêché le renouvellement des rites et des paroles consacrées, bien plus, il aurait prêté les mains à la violation d'une règle de droit sacré. — Nous pourrions nous demander encore où le juge puiserait le droit d'appliquer la maxime *bis de eadem re*. Ce citoyen n'a pas de condamnation à prononcer ; il doit seulement décider si le *sacramentum* des parties est juste ou injuste, c'est-à-dire, si tel individu est, oui ou non, propriétaire ou créancier. Quand bien même à la rigueur nous admettrions la distinction (que nous comprenons mal) d'après laquelle le juge pourrait refuser de reconnaître comme créancier le demandeur qui a violé la règle *bis de eadem re* (2), il resterait à expliquer comment celle-ci peut jouer pour les actions réelles (3).

(1) En dernier lieu, Cf. Wlassak, *litis contestatio*, p. 69 et ss. ; Collinet, N.R. H., 26, 1902, pp. 544 et ss. En sens contraire, Esmein, *Mélanges Gérardin*, pp. 242-244, 1907. — D'ailleurs la doctrine de M. Esmein ne contredit pas forcément à notre théorie.

(2) Lenel, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, p. 41.

(3) Dans l'article cité, M. Girard admet au contraire que la règle

Ainsi nous croyons que dans les hypothèses où la loi ou la coutume décidaient qu'il n'y aurait pas d'action, — *ne sit actio!* — le préteur ne pouvait passer outre (1). Bien loin de lui attribuer des pouvoirs arbitraires nous nous bornons à marquer davantage son assujettissement aux prescriptions légales.

Pouvons-nous supposer l'existence d'une coutume de ce genre en matière de *praejudicia*? — Cette règle ne manquait pas de raison d'être pour l'hypothèse qui plus tard sera régie par l'exception *q. p. hereditati n. f.* Le Commentaire 4, § 14 de Gaius nous montre qu'à l'époque des actions de la loi la pétition d'hérédité existait déjà à côté de la revendication des objets particuliers et le choix entre ces deux actions pouvait être gros de conséquences. Dans ce cas nous pouvons estimer que le pré-

bis de eadem re est appliquée par le juge dans les actions personnelles et qu'elle n'existe pas à l'époque des actions de la loi pour les actions réelles. Nous n'osons aller jusque-là. Le témoignage de Gaius nous paraît formel : après avoir exposé au paragraphe 107 du Commentaire IV la distinction entre l'extinction *ipso jure* et *exceptionis ope*, il atteste au paragraphe 108 que toutes ces complications n'existaient pas à l'époque des actions de la loi où la règle était une et absolue : *Alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea potea ipso jure agi non poterat.* En raison nous ne comprenons pas pourquoi la moitié des procès se serait trouvée soustraite à l'empire du *bis de eadem re*. Si le principe formaliste repose sur l'impossibilité de recommencer deux fois les rites d'une action de la loi, il doit s'appliquer pour toutes les instances sans exception. L'argument principal de M. Girard est qu'à l'époque formulaire l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne se produit qu'*exceptionis ope* pour les actions réelles (*Manuel*⁴, p. 1006, n. 5), mais nous pensons que la différence entre le droit de propriété et le droit de créance suffit à rendre compte de cette particularité.

(1) Volontairement nous ne parlons pas de toutes les autres hypothèses où cette idée trouverait une application, par exemple l'hypothèse de la loi *Cincia*.

teur refusait de laisser procéder aux solennités de la revendication (1). Puisque la loi accordait au cas d'hérédité une action spéciale, c'est celle-là seulement que le préteur à la succession pouvait intenter; le préteur avait le devoir de ne tolérer qu'une revendication générale portant sur toute la succession; le principe de la spécialité des actions était en jeu (2).

Pourtant le préteur ne pouvait pas toujours discerner du premier coup l'intention véritable du demandeur; il aurait fallu qu'il entre lui-même dans l'examen des moyens de droit des plaideurs; mais il avait la ressource de contraindre *multis et pignoribus* le demandeur à s'engager par stipulation à verser une certaine somme pour le cas où, après avoir intenté la revendication, il tirerait argument de sa qualité d'héritier (3).

Nous avons supposé jusqu'ici que le préteur ne pouvait résoudre une question préjudicielle qu'en employant une *denegatio actionis*. Dans la plupart des hypothèses il se borne à faire passer un procès avant un autre. Même à l'époque des actions de la loi ce pouvoir devait appartenir au préteur qui de tout temps est chargé de veiller à la régularité de la procédure (4), mais, les textes faisant

(1) Pour tous ces points nous renvoyons à l'étude de l'exception *q. p. hereditati n. f.*

(2) Ihering, *op. et loc. cit.* « Lorsque le défendeur oppose à la revendication un droit d'usufruit ou son droit héréditaire, le préteur est tenu d'introduire l'action négatoire ou la pétition d'hérédité, au lieu de la procédure en revendication et cela aussi rigoureusement qu'il devait dans la procédure de revendication faire cesser le combat apparent ou accorder les *vindiciae*. » Dans le même sens : Lenel, *Exceptionen*, p. 42.

(3) Cf. Girard, *Manuel*⁴, pp. 989-990.

(4) Mentionnons pourtant un texte bien connu de la loi agraire de

défaut, il est impossible de fixer dans quelle mesure il possédait cette attribution.

643 (postérieure à la loi *Æbutia*) dans lequel il est dit que c'est le juge lui-même qui devra vérifier si l'affaire fait déjà l'objet d'une instance (*inve iudicio non siet*), ligne 43.

CHAPITRE II

LES PRAEJUDICIA PROHIBÉS.

LE DÉCRET ET L'EXCEPTION PRÉJUDICIELS.

Les textes du *Corpus* nous offrent un grand nombre de cas dans lesquels un procès est suspendu ou empêché en faveur d'un autre procès, en faveur d'un état, en faveur d'un droit : défense de « faire préjugé » à l'hérédité, aux procès de liberté, à l'état des défunts. A l'époque classique Paul énonce une formule générale qui semble prévoir tous les cas de « *praejudicia prohibés* » et les enfermer tous dans la même règle :

*Per minorem causam majori cognitioni
praejudicium fieri non oportet ; major enim
quaestio minorem causam ad se trahit (1) ;*

mais nous n'aurons pas de peine à constater que cette maxime est en même temps trop étroite, car elle ne prévoit que les questions préjudicielles à un procès, et, sous un autre rapport, trop large, car en réalité il n'existe pas de principe aussi rigoureux et aussi compréhensif pour la détermination du rang des procès.

En réalité nous devons seulement relever dans les tex-

(1) Paul, 1, 42, 8, *Sententiarum* : D., 5, 1, *De iudiciis*, 54. Et une maxime de Nératius (D., 44, 1, *De exceptionibus*, 21) semble simplement compléter le système indiqué par Paul : *Rei majoris pecuniae praejudicium fieri videtur, cum ea quaestio in iudicium deducitur, quae vel tota vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re majori.*

les les différents cas de *praejudicia* prohibés qui successivement se firent jour et il serait illusoire de vouloir établir ici une théorie d'ensemble et d'assigner à toutes ces défenses un même but et des moyens identiques. Nous devons au contraire ordonner et sérier les hypothèses.

La distinction fondamentale de la matière est celle qui sépare les cas où la prohibition du *praejudicium* est sanctionnée par un *décret* (1), c'est-à-dire par une simple décision du magistrat rendue *in jure* et les cas où elle est sanctionnée par une exception. Planck avait déjà perçu cette dualité de moyens (2), mais il n'en discernait pas la portée. Suivant lui, le magistrat refusait purement l'action lorsque l'affaire était claire et il ne délivrait une exception que pour se débarrasser entre les mains du *judex* d'une difficulté qui réclamait un examen plus approfondi. Ainsi Planck reconnaissait l'existence d'une exception générale *ne praejudicium fiat rei majori*.

Cette exception générale n'existe pas ; elle conduirait à un résultat absurde : le défendeur pourrait presque toujours repousser son adversaire en prétextant que son action préjuge d'un litige plus important qui n'est pas encore intenté ; il pourrait par exemple refuser de défendre à une réclamation de gage ou à une réclamation d'intérêts jusqu'à ce que la question de la propriété du capital ou de l'objet soit vidée, ou même arrêter tous les

(1) C'est M. Bülow qui a répandu cette expression commode de décret qui, on le sait, ne fut pas à Rome le mot technique pour désigner les décisions rentrant dans la *cognitio* du magistrat et qui, en particulier, ne se trouve pas dans les textes qui font allusion aux *praejudicia* prohibés. Nous étudierons en second lieu le *décret préjudiciel*.

(2) Planck, *op. cit.*, p. 204 et suiv.

procès sous le prétexte qu'une question d'état pourrait être soulevée (1).

La réfutation du système de Planck, qui était celui de tous ses devanciers (2), découlera des développements ultérieurs. La question est aujourd'hui entendue et rien ne servirait de la réveiller. Qu'il nous suffise de remarquer la faiblesse des arguments dont Planck se servait pour établir sa distinction du décret et de l'exception. Il s'efforçait de relever des traces d'hésitation dans les textes où il est fait mention d'une exception et de prouver que les hypothèses prévues par ces textes présentaient des difficultés qui ne se retrouvaient pas dans les cas de décrets. Mais certains passages relatifs aux *cognitiones* du préteur ne marquent pas moins d'incertitude dans la doctrine et dans la jurisprudence que ceux qui parlent d'exceptions (3) ; et d'autre part nous ne voyons pas en quoi les questions préjudicielles régies par les exceptions sont plus compliquées que les autres : nous constaterons maintes fois le contraire.

La vérité, c'est que Planck ne distinguait pas ce qui constitue la particularité de la théorie et se bornait à s'en référer au droit commun. Ses successeurs, Dernburg et

(1) Voir la réfutation détaillée de l'idée de *exceptio praejudicialis generalis* dans Bülow, *Processeinreden*, p. 186 et ss.

(2) Cf. en particulier Savigny, *System.*, 6, pp. 435-437 ; Wetzell, *System.*, 1^{re} éd., pp. 705-716, 2^e éd., pp. 811-816. Bülow, *op. cit.*, pp. 112, n. 1 et 124, n. 6 donne une liste abondante de ces auteurs.

(3) Planck invoque les mots *quod non aliter meum esse* du fr. 16 au titre *de Exc.* (44, 1). Mais ces mots, loin de faire allusion à la complexité du procès, marquent simplement l'ordre qu'il faut suivre pour le règlement des procès ; d'autre part nous retrouvons la même formule à peu près dans les fr. 3 et 4 du titre *de liberali causa* (40, 12). Planck lui-même trouve la trace d'hésitations dans 47, 10, *de injuriis*, 7, 1. Nous pourrions multiplier les citations.

Francke, négligèrent complètement ce point de vue de la question.

M. O. Bülow eut le mérite de mettre en relief que les textes parlent seulement de trois exceptions préjudicielles :

1° *Exceptio extra quam in reum capitis praejudicium fiat* ;

2° *Exceptio quod praejudicium hereditati non fiat*.

3° *Exceptio quod praejudicium fundo partive non fiat* (1).

Et M. Bülow étudiait d'un côté le décret préjudiciel et d'un autre côté l'exception préjudicielle. Ce sont deux institutions distinctes qui diffèrent par autre chose que par le plus ou moins de complexité de la question posée. Les commentateurs suivants, MM. Bekker et de Velsen en particulier, gardèrent cette division capitale qui constitue un résultat définitivement acquis à la science.

Il s'agissait alors de trouver la raison d'être de la distinction et de se demander : Pourquoi ici un décret et là une exception ? Question célèbre ou s'exerça l'ingéniosité des commentateurs. Mais avant de vouloir la résoudre nous devons en préciser les termes, car il nous semble qu'elle n'a été correctement posée par aucun d'eux.

Dans son traité *De exceptionibus praejudicialibus* M. Bülow en voulant réfuter les théories de Planck et de Dernburg tombait dans une erreur non moins dangereuse que celle de ses prédécesseurs. Le magistrat, disait-il, ne peut jamais connaître d'une question qui doit être tranchée par voie d'exception, à moins que les parties ne

(1) Nous indiquerons dans l'étude que nous réservons à chacune de ces exceptions leur nom exact et les textes qui y font allusion.

soient d'accord (1), et réciproquement il ne peut insérer dans la formule une question qu'il règle ordinairement lui-même (2). Une telle confusion entre le *jus* et le *judi-*

(1) Bülow, *De exceptionibus praejudicialibus*, pp. 8-19.— Cette opinion a d'autant plus de force que Bülow avait bien vu le problème et qu'il cite en note tous les auteurs qui ont soutenu l'idée contraire et, en particulier, la convaincante dissertation de Platner, le *De sententia praetoris* (Marburg, 1850), p. 11, n. 19. Dans ses *Processinreden* Bülow reprend cette thèse et établit que le prêteur ne possède *in jure* que la connaissance, mais la connaissance exclusive, des conditions préliminaires du procès (*Processvoraussetzungen*) tandis que tout ce qui touche au droit matériel est attribué au juge (pp. 1-9, 285 et ss.). — Sur les différentes positions que les auteurs prennent dans la question. cf. Schott, *Das Gewähren*, pp. 10-15.

(2) Bülow invoque un passage d'Ulpian (D., 12, 2, *De jure jurando*, 9, 4) : *Si minor viginti quinque annis detulerit et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem jurisjurandi replicari debet, ut Pomponius ait. Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum praetorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere*. Il n'est pas possible de faire fond sur ce texte. Quel est d'abord son sens ? D'après Bülow Ulpian affirme que le prêteur doit statuer lui-même au lieu de délivrer une réplique, parce que le mineur ne dévoile pas toujours immédiatement qu'il a été circonvenu, *nec enim utique qui minor est statim et circumscriptum se docuit*. Mais ce silence n'empêchera-t-il pas la *cognitio* aussi bien que l'insertion de la réplique ? Une autre explication nous semble plus naturelle : lorsque la réplique n'a pas été insérée à temps et que l'exception de serment aura fait perdre son procès au mineur, le prêteur devra intervenir, si ce dernier vient lui avouer la situation, et lui accorder une *in integrum restitutio*. Ainsi il y aurait deux hypothèses distinctes : celle de Pomponius et celle d'Ulpian. Nous ne devons pas nous laisser arrêter par l'expression *replicationem non esse dandam*, car la phrase peut s'entendre ainsi : Dans certains cas la réplique ne doit pas être donnée parce que le mineur ne l'invoque pas et qu'une réplique ne peut être insérée que sur la demande de l'intéressé. — Même si nous acceptons l'interprétation de Bülow nous voyons que Pomponius est d'un avis différent de celui d'Ulpian et que celui-ci se borne à donner un conseil au magistrat. Enfin et surtout la fin de la phrase

cium lui semblait contraire à l'esprit du droit romain.

Les deux affirmations opposées nous semblent au contraire certifiées par une multitude de textes qui montrent qu'à l'époque classique la distinction du *jus* et du *judicium* n'était pas aussi intangible que dans l'ancien droit. Un ouvrage récent de M. Schott (1) a mis en ordre un grand nombre de cas dans lesquels le préteur exerçait la *denegatio actionis* et relève une multitude de textes dans lesquels le préteur statue personnellement sur des questions qui touchent au fond du droit et relèvent ordinairement du *judicium* : questions de paiement, de parenté, de chose jugée, de serment, de pacte, de représentation, etc. (2). En un mot le préteur au lieu de délivrer une exception se borne à refuser la délivrance de l'action toutes les fois qu'il le juge bon, par exemple parce qu'il lui semble plus expéditif de trancher ainsi la question (3) ; la seule limite à cette faculté réside dans l'équité, dans la coutume que le préteur doit ménager (4) ; et naturellement ce pouvoir va croissant à mesure qu'on s'écarte du formalisme primitif, si bien qu'Ulpien peut écrire au début de son commentaire sur l'édit :

parle à la fois de *cognitio* et d'*exceptio* : *Praeterea exceptio ista sive cognitio statutum tempus post annum vicensimum quintum non debet egredi*. Ces mots sont la condamnation du système de Bülow.

(1) Schott, *Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen civilprozess*, 1903, dont Bekker a donné un compte rendu détaillé (*Z. S. St.*, 24, 1903, p. 343 et ss.).

(2) Cf. Schott, *op. cit.*, et spécialement au chapitre v.

(3) Dans le même sens Girard, *Manuel*⁴, p. 1001 — Comp. Pernice, *K. V. I.*, 1863, pp. 414-475.

(4) Schott (*ibid.*, ch. vi) fournit de nombreuses citations et conclut excellemment (pp. 124 et 125) : il n'existe aucune limitation ni de droit privé, ni de droit procédural, ni de droit public au droit de dénégation du préteur.

Ejus est actionem denegare qui possit et dare (1).

A l'inverse le préteur peut donner une exception quand il n'en a pas promis dans l'édit, de même qu'il délivre parfois des *actiones in factum* : nous aurons à nous demander si toutes nos exceptions préjudicielles sont de vraies exceptions édictales (2).

Ainsi c'est Dernburg (3) qui avait raison lorsqu'il affirmait que le même *praejudicium* pouvait être empêché par plusieurs moyens. Bülow était en droit d'affirmer une seule chose : que les textes ne parlent que de trois exceptions préjudicielles. Mais il était possible d'une part que la *cognitio* du préteur intervienne dans une hypothèse ordinairement régie par l'exception et d'autre part qu'une *exceptio in factum* soit délivrée dans un cas normal de décret.

Nous devons même souligner que toutes les hypothèses où le préteur délivrait un décret préjudiciel n'étaient pas nécessairement prévues à l'avance dans l'édit. La théorie se développa d'une manière trop fragmentaire et trop tardive pour qu'il en soit ainsi. Nous croyons que la plupart de ses applications eut une origine jurisprudentielle. En voulant établir une cloison étanche (4) entre le décret et l'exception, MM. Bülow et de Velsen ont été amenés à enfermer les textes dans des cadres inflexibles et artificiels.

(1) D., 50, 17, *De diversis regulis*, 402, 1.

(2) Nous montrerons pourtant plus loin que cette sorte de *fungibilité* du décret et de l'exception doit être en fait comprise avec beaucoup de nuances et ne se réalisa pas d'un seul coup.

(3) Dernburg, *op. cit.*, p. 34 et ss.

(4) Nous établirons une distinction entre les cas normaux de décret et les cas normaux d'exception, ce qui n'est pas du tout la même chose.

Voici donc dans quels termes doit se poser le problème : nous constatons une multitude d'hypothèses dans lesquelles un procès est interrompu à raison d'une prohibition de préjugé. Pourquoi les textes ne nous parlent-ils que de trois exceptions préjudicielles ? Pourquoi le prêteur n'en créa-t-il pas pour les autres cas ?

Les deux réponses principales furent fournies par M. Bülow et M. de Velsen. Indiquons tout de suite les grandes lignes de leurs théories que nous aurons l'occasion de combattre en plusieurs endroits.

M. Bülow (1) crut discerner que l'exception intervenait pour empêcher un procès au profit d'un procès futur et que le prêteur statuait lui-même lorsqu'il s'agissait de régler le rang entre deux procès également pendants. Il opposait les textes visant le décret aux textes visant l'exception, par exemple la loi 7, § 1 du titre *de Hereditatis petitione* (D., 5, 3) à la loi 13 du titre *de exceptionibus* (D., 44, 1) et prétendait démontrer que, seuls, les seconds se référaient à un procès futur. D'ingénieuses remarques venaient consolider le système : le décret est un moyen de procédure qui règle le rang des procès pendants ; l'exception, comme tous les moyens du même genre, s'attaque au fond même du droit et règle le problème de la concurrence des actions. Il est tout naturel que le prêteur fixe lui-même l'ordre des litiges déjà intentés et il le fera toujours, car il est par fonction l'orga-

(1) La théorie de M. Bülow n'a guère été défendue que par M. Schott (*op. cit.*, § 4) qui la trouve vraisemblable, mais elle est implicitement adoptée par de nombreux ouvrages qui s'y réfèrent ; elle a été combattue en particulier par Schlesinger (*Gött. gel. anz.*, 1869), Bekker (*Aktionen*, pp. 380-381), Wach sur Keller (*röm. civ. pr.*, p. 213, n° 491), Girard (*Manuel*, p. 1001, n. 3).

nisateur des procès. Mais ce ne sera que dans des cas tout à fait extraordinaires et sur l'initiative du défendeur seul qu'une affaire sera suspendue en faveur d'une affaire qui n'a pas encore été intentée : ces dérogations dangereuses au droit commun ne seront établies qu'en faveur de l'hérédité, de la propriété des fonds de terre et des procès criminels publics.

Le système de M. de Velsen (1) est plus simpliste. M. de Velsen n'a volontairement étudié que la moitié de l'institution, les *Exceptiones* préjudicielles, et cette limitation de son champ de recherches l'a entraîné dans la voie d'une systématisation excessive. Pour lui les exceptions préjudicielles n'ont qu'un but : sauvegarder la compétence du tribunal des centumvirs et des *Quaestiones perpetuae*.

Ces deux théories fournissent une solution brève et péremptoire au problème. La nôtre n'aura pas ce mérite. Nous repousserons les systèmes de Bülow et de Velsen mais sans les remplacer par une explication aussi simple. Autant que nous pouvons en juger par les débris de textes qui nous sont parvenus, les Romains ne se sont jamais soucié de départager rationnellement entre le décret et l'exception les différents cas de « *praejudicia prohibés* ». Dans une première hypothèse, — celle du *praejudicium hereditati*, — l'Edit accorda une exception dont il est possible de construire une théorie très nette : but, cas d'application, caractères, effets. Dans une seconde hypothèse, — celle du *praejudicium fundo*, — il promit une exception utile calquée plus ou moins parfaitement

(1) De Velsen, cf. les deux ouvrages cités. Dans le même sens, Jobbé-Duval, *N. Rev. hist.*, 1904, pp. 560-568. *Contra* Girard (*Manuel*, p. 1001, n. 3) et Oertmann (*K. V. I.*, 1896, t. 39, pp. 386-392).

sur la première et dont il est également aisé de reconstituer les grandes lignes. Dans un troisième cas, — le cas du *praejudicium crimini publico*, — il arriva au préteur de donner occasionnellement une exception *in factum* qui ne figura pas, à notre avis, dans l'Edit. Pour toutes les autres hypothèses le préteur ne prit pas la peine de prévoir une exception : ou bien il promit à l'avance dans l'Edit qu'il refuserait l'action, ou bien il se mit à la dernière purement et simplement dans une série d'espèces qui formèrent jurisprudence ; puis les jurisconsultes vinrent qui systématisèrent ces décisions isolées et complétèrent l'institution.

Après avoir découvert la distinction du décret et de l'exception préjudicielle, M. Bülow, au lieu de se borner à constater, voulut à toute force trouver une raison logique de la différence. N'est-ce pas un excès de zèle ? L'exception *ne praejudicium fiat hereditati* et l'exception *ne praejudicium fiat praedio* sont deux institutions originales et complètes qui émergent de la masse confuse des « *praejudicia prohibés* ». C'est un fait, et il est parfois puéril de vouloir rechercher après coup des causes aux faits historiques. Nous pourrions nous contenter de décrire aussi exactement que possible leur évolution dont nous venons de donner une idée générale ; pourtant nous essaierons de l'éclairer en la comparant à d'autres évolutions.

Une contradiction apparente semble devoir dissuader l'interprète de rechercher un motif rationnel à cette distinction. Dans les hypothèses où le préteur tient le plus à cœur d'empêcher un *praejudicium*, par exemple dans le cas où la revendication des objets particuliers est en conflit avec la pétition d'hérédité, il se borne à délivrer

une exception si le défendeur prend l'initiative de la demander et il abandonne l'affaire au juge, tandis qu'ailleurs il a soin de statuer en personne et il refuse lui-même l'action comme s'il s'agissait d'une question d'ordre public.

Pourtant M. Bülow s'est un moment arrêté à cette idée (1) : Lors de la distinction des *judicia publica* et *privata* issus du même délit le préteur se borne à donner une exception au défendeur qui la demande et plus tard, lorsque se développe la théorie de l'action publique, il comprend que l'ordre public est intéressé à ce que l'action privée passe au second plan et il déclare qu'il statuera lui-même *in limine litis*. Cette idée s'harmonise bien avec le système de M. Bülow : le décret s'applique en règle générale quand le procès plus important est déjà pendant et, par surcroît, quand le procès criminel public n'est pas encore intenté ; l'exception fonctionne pour deux cas moins urgents, les cas où la pétition d'hérédité et la revendication sont encore à l'état de simples possibilités. — Mais nous verrons que le décret n'est pas étranger aux hypothèses où le litige principal n'est pas encore *sub judice* et réciproquement que l'exception peut en principe jouer en faveur d'un procès déjà soumis aux tribunaux. L'explication ne saurait donc nous satisfaire.

Devons-nous accuser les Romains d'avoir créé une institution illogique ? — Aucunement, si nous nous rappelons que les domaines de la *cognitio* et de l'*exceptio* se pénètrent l'un l'autre. Lorsque le préteur a promis une exception, il a pourtant le droit de se borner à refuser l'action et il le fera sans aucun doute si l'ordre public et

(1) Bülow, *Processeinreden*, pp. 174-181.

l'équité lui en font un devoir. Ainsi par exemple le possesseur de l'hérédité attaqué par une revendication peut compter sur la double ressource d'un décret et d'une exception ; celle-ci lui sert, pour ainsi dire, de moyen de recours auprès du juré contre l'arbitraire du magistrat.

C'est en partant de cet ordre d'idées qu'il est possible de donner une raison satisfaisante de la distinction qui nous préoccupe : *Les cas d'exception précèdent les cas de décret* (1) ; leur origine doit être placée à une date rapprochée de l'introduction de la procédure formulaire. A ce moment le préteur encore timide et mal conscient de ses pouvoirs aimait mieux renvoyer au juge tous les

(1) Pourtant il est possible de suivre des changements opérés en sens contraire. C'est ainsi (suivant l'interprétation qui nous paraît la plus sûre) que dans les hypothèses du serment, de sommes perdues au jeu et d'*operae* trop lourdes imposées aux affranchis, le préteur se borna d'abord à dire qu'il refuserait l'action, puis il se ravisa et décida qu'il donnerait une exception : cette évolution est prouvée par le fait que pour ces matières le corps de l'Edit ne prévoit que la *denegatio actionis* et que l'appendice promet une exception ; nous ne pouvons expliquer autrement cette duplicité de moyens prévus pour les mêmes litiges. — Cf. le dépouillement des textes dans Lenel, *L'Edit*, §§ 54, 64, 140 et 278 (traduction Peltier, pp. 18-19, 52, 62-64, 118-171, 197-198). M. Lenel paraît supposer que dans le corps de l'Edit le préteur ne faisait que prévoir l'exception dont il arrêtait les termes dans l'appendice. Mais alors comment expliquer qu'à l'intérieur de l'Edit le préteur, au lieu de poser le principe de l'exception, employait les termes techniques de *neque actionem dabo, judicium non dabo* ? Pour l'exception de *jure jurando* Lenel lui-même semble de notre avis (*ibid.*, pp. 169-170) ; pour la troisième exception l'évolution de la *denegatio* vers l'*exception* n'est que probable (Leist. *Bücher*, 37.38, V, pp. 293-303). — Ces mouvements partiels ne contredisent pas à la grande évolution signalée au texte : Le préteur au début délivra plus volontiers des exceptions puis statua de préférence par décret ; quand il avait délivré une exception, il la gardait au moins en théorie.

points litigieux plutôt que de les résoudre seul (1). Nous nous sommes étendus sur le rapprochement du décret et de l'exception, mais cette opinion n'est exacte avec la largeur que nous lui avons donnée que si l'on se place à l'époque classique. Au VII^e siècle de Rome la coutume obligeait le préteur à renvoyer à un juré la plupart des questions de droit. Pour ne pas reposer sur une loi précise, ce devoir n'en était pas moins considéré comme sacré. L'idée de Bülow sur la distinction du *jus* et du *judicium* est trop étroite pour l'époque classique, mais semble relativement justifiée au VII^e siècle (2).

(1) Cette idée qui nous a été suggérée par M. Girard, n'est pas en contradiction avec notre hypothèse du chapitre précédent que, sous la période des actions de la loi, le préteur avait le droit et le devoir de dénier la revendication afin de forcer le demandeur à intenter la pétition d'hérédité. La disparition des actions de la loi dut apporter dans la procédure des bouleversements analogues à ceux qui furent causés plus tard par l'introduction de la procédure extraordinaire ; le préteur hésitait, tâtonnait et s'efforçait de trouver des mesures de transition. Supposons, pour reprendre notre théorie, que la loi ait défendu au préteur de donner l'action en revendication des choses particulières ; mais sous le régime formulaire il n'y avait plus d'action au sens strict et le préteur devait chercher un autre moyen de satisfaire à la loi ; il prit celui qui lui semblait le mieux sauvegarder la distinction traditionnelle du *jus* et du *judicium*. — C'est de cette façon que s'explique aussi la naissance de l'exception *rei in judicium deductae* en matière réelle : la règle *bis de eadem re ne sit actio* s'évanouit avec la chute des actions de loi, et il faut trouver de nouveaux procédés pour maintenir l'ancien principe.

(2) Ce régime est une survivance certaine du régime antérieur des *Actions de la loi* sous lequel le préteur était rigoureusement obligé de renvoyer l'affaire à un juré choisi par les parties (Girard, *Organisation judiciaire*, pp. 77-82). Les Romains de l'époque nouvelle avaient gardé l'habitude de la distinction vénérable du *jus* et du *judicium* ; nous n'en voudrions pour preuve que les passages dans lesquels les auteurs de la période formulaire attribuent ce principe

Pourtant ce principe constitutionnel s'affaiblit progressivement. Il est vraisemblable de supposer que cet oubli des traditions se fit d'abord sentir en province (1), mais le même phénomène de confusion gagna bientôt la capitale et de nombreux textes semblent supposer qu'un fait identique donne indifféremment lieu à l'application du décret ou de l'exception (2). On comprend donc qu'à ce

aux ancêtres de Rome (Cicéron, *De Rep.*, 5, 2, 3; Denys, 4, 25. 36. 10, 4). Cicéron reproche à Verrès « *quod de re judicata judicaverit* » (*In Verr.*, IV, 5) et fait grief à son frère Quintus de vouloir lui-même juger les procès : « *Quid ? Praetor solet judicare deberi ?* » (*Ep. ad Quintum*, 1, 2, 3, 10, écrite en 695). M. Girard (*Organisation judiciaire, ibid.*) écrit sur ce dernier passage : « Cela ne veut pas dire à notre avis qu'il (le préteur) ne puisse jamais juger lui-même qu'une dette existe, car la loi *Æbutia* est déjà rendue, mais cela montre que normalement il ne le fait pas, que l'ancien système est toujours en règle. » Nous pouvons relever aussi après la loi *Æbutia* un texte formel dans la table latine d'Héraclée (lignes 44 et 45, Girard, *Textes*³, p. 61).

(1) Un texte du *Pro Flacco* (21, 49) nous montre que le légat M. Gratidius règle par une simple *denegatio actionis* une hypothèse soumise à l'exception de chose jugée : *Recusavit et, quasi nihil esset actum, nihil judicatum, ab Hermenippo ibidem mancipia quae ipse ei vendiderat petere cepit. M. Gratidius legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit: re judicata stari ostendit placere.* Julien enseigne que le gouverneur de province peut choisir entre la *cognitio* et le renvoi au juge : *Saepe audivi Caesarem nostrum dicentem, hac descriptione eum, qui provinciae proeest, adire potes, non imponi necessitatem proconsuli, vel legato ejus, vel praesidi provinciae, suscipiendae cognitionis, sed eum aestimare debere, ipse cognoscere an judicem dare debeat* (D., 1, 17, *De officio praesidis*, 8; cf. aussi le frag. suiv. de Callistrate).

(2) Outre les textes cités à la note précédente voir par exemple : D., 44, 7, *De oblig. et act.*, 34 surtout au paragraphe 1; 12, 2, *De jurejurando*, 9 et 35, *pr.*; 9, 4, *De noxal. act.*, 4, 3; et nombreux textes cités par Schott (*op. cit.*, ch. v) et Girard (*Organisation judiciaire*, p. 70, note 2, *in fine*). — Parfois seulement le jurisconsulte semble préférer une exception pour le cas où l'affaire est complexe et où le demandeur soulève une objection (12, 2, 9, *pr.*). Un texte

moment le préteur se soit montré moins scrupuleux; dans les cas où la prétention du défendeur lui semblait digne d'intérêt il n'a plus pris la peine de créer une exception et il s'est contenté de refuser l'action au demandeur. A côté de cette raison négative nous voyons apparaître une raison positive qui hâte cette évolution dans

connu de Cicéron (*Part. orat.*, 28, 99-100) nous montre qu'à cette époque et à Rome même la distinction entre le *jus* et le *judicium* tendait à s'affaiblir. L'auteur explique que déjà pendant le *jus* on commence à examiner une foule de questions qui normalement, comme les questions de chose jugée (*aut jam ne sit*) ou les questions de dol (*de excipienda iniquitate*) rentrent dans le ressort du *judicium*; il conclut par cette phrase caractéristique : *Paulum ea separo a judiciis tempore magis agendi quam dissimilitudine generis.* Le préteur ayant pris l'habitude de voir tous les problèmes juridiques se discuter devant lui inclina vite à trancher lui-même les difficultés qui avaient fait l'objet d'un débat complet et lui paraissaient suffisamment élucidées. Plusieurs chapitres du *De inventione* (II, 19 et s.) et du *Ad Herennium* (I, I, en part., ch. 12) montrent aussi que plusieurs matières étaient longuement discutées par les avocats *in jure* et dépendaient de la décision du préteur. Ces matières ne sont pas toujours faciles à distinguer à cause de l'imprécision du style juridique de Cicéron et parce qu'il est malaisé de savoir s'il s'agit d'une simple dissertation d'école dont les sujets sont empruntés aux ouvrages grecs de rhétorique ou de véritables questions de droit romain. Il semble bien pourtant qu'on puisse citer au moins, à côté des questions préjudicielles, les questions de compétence et peut-être de représentation... *Non aut is agit, quem oportet, aut cum eo, quicumque oportet, aut apud quos, qua lege, qua poena, quo crimine, quo tempore oportet* (*De inv.*, II, 19). Ces questions pouvaient, sinon devaient, être tranchées par exception à l'époque de Cicéron. Plus tard elles se divisent : les unes, comme les questions de compétence ou de *praejudicia* criminels (ces derniers visés par le *De inv.*, II, 20) furent soumises au décret, les autres, comme les questions de compétence, à l'exception. Ainsi au septième siècle la distinction du *jus* et du *judicium* ne semble avoir été très rigoureuse qu'en théorie. Au contraire il y a beaucoup de jeu entre l'exception et le décret et les institutions ne se cristallisèrent que plus tard.

les matières qui, comme la nôtre, touchent à la procédure. Le grand nombre des procès devait encombrer les tribunaux, — rappelons-nous qu'à Rome les procès étaient gratuits, — et le préteur devait s'appliquer à les supprimer ou à les écarter en rejetant tous ceux qui étaient mal fondés ou qui ne se présentaient pas en temps opportun :

Ad officium ejus pertinet lites deminuere (1).

Étant donné ce développement de pouvoirs toléré par la coutume et encouragé par les prudents, il était naturel que le préteur s'habitue à trancher lui-même les questions préjudicielles. N'était-il pas de son rôle de directeur de la procédure de décider quels procès seraient jugés les premiers ? Si le juge doit limiter son attention au procès qui lui est soumis, le magistrat examine tous les procès passés, pendants et qui sont susceptibles de venir ultérieurement devant son tribunal. Aussi pour les cas de *praejudicia* que le préteur prohiba successivement, il promit dans l'édit une *denegatio actionis* ou bien il accorda sans promesse antérieure une *denegatio in factum*, si nous pouvons ainsi parler. — Nous verrons d'ailleurs que ces hypothèses de décret sont très variables et régies de diverses manières.

Quant aux deux hypothèses bien délimitées qui étaient sanctionnées par deux exceptions, le préteur les conserva surtout parce qu'elles existaient ; il tenait à cœur de garder autant que possible les institutions créées par les ancêtres. Nous pouvons relever d'autres preuves de cet esprit de tradition : dans le maintien des formes compliquées de l'interdit alors que le préteur aurait pu délivrer

(1) D. 42, 2, *De reb. cred.*, 2, 4.

une simple action ; dans la survie des actions préjudicielles jusque sous la procédure extraordinaire ; dans la longue coexistence des actions de la loi et de la procédure formulaire, puis de cette dernière et de la *cognitio extraordinaria* ; dans les efforts du préteur pour ramener aux formes de l'*ordo* les mesures qui tiraient leur origine des pouvoirs arbitraires découlant de l'*imperium* (1).

Telles sont les considérations qui peuvent expliquer l'existence simultanée du décret et de l'exception en matière de questions préjudicielles. Mais encore une fois cette question qui préoccupe tant les commentateurs ne se posait pas pour les Romains et elle les aurait autant surpris que si on leur avait demandé pourquoi les questions de compétence étaient réglées par décret et les questions de chose jugée ordinairement par exception ; ils se seraient bornés à répondre que deux moyens différents avaient été créés pour régler deux états de droit distincts. De même l'étude que nous allons entreprendre des diverses questions préjudicielles nous montrera qu'il en existe plusieurs espèces et que celles qui sont résolues par des exceptions se distinguent par des caractères spécifiques fort nets. Nous passerons en revue les hypothèses dans lesquelles les textes parlent d'exceptions ; puis nous essaierons de classer les autres cas de *praejudicia* prohibés.

(1) Cf. Girard, *Manuel*, p. 4058. — Après avoir prononcé l'*in integrum restitutio*, la *missio in possessionem*, l'interdit ou après avoir fait procéder aux stipulations prétoriques, le magistrat se hâte de faire rentrer la procédure dans le cadre de l'*Ordo*.

CHAPITRE III

LES PRAEJUDICIA PROHIBÉS (*suite*).
PRINCIPES ET CONDITIONS D'APPLICATION DE CHACUNE
DES TROIS EXCEPTIONS PRÉJUDICIELLES.

Nous avons vu que les textes font mention de trois exceptions préjudicielles. Nous les examinerons successivement en insistant surtout sur la première qui est la plus importante, la mieux connue et qui nous permettra de résoudre plusieurs questions qui se posent pour toutes les trois.

SECTION I. — *Exceptio quod praejudicium
hereditati non fiat* (1).

Cette exception est formellement mentionnée dans un passage des Institutes de Gaius, dans trois fragments du Digeste et dans une loi au Code, et nous relèverons tant au *Corpus* que dans les auteurs littéraires plusieurs tex-

(1) Tel est le terme employé par Julien au livre 50 de ses *Digesta* (D., 44, 1, *De Exceptionibus*, 13) et Ulpien au livre 15 *ad Edictum* (D., 5, 3, *De Her. pet.*, 25, 17). Gaius en fait mention à deux reprises sous le nom d'*exceptio si in ea re praejudicium hereditati non fiat* (*Inst.*, IV, 133 et l. 7 *ad Ed. provinciale* : D., 10, 2, *fam. ercisc.*, 1, 1), Justinien au Code (3, 31, *De her. pet.*) parle plus vaguement d'une « *exceptio quae tuebatur hereditatis petitionem ne fieret ei praejudicium* ». Cela fait en tout cinq textes qui citent expressément cette exception. En outre on peut relever quelques textes qui en parlent sans l'appeler par son nom. Voir l'appendice sur les textes commentés.

tes qui y font allusion. Gaius nous avertit qu'elle ne fait que remplacer une *praescriptio pro reo*.

§ I. — But essentiel et fonctions dérivées.

A quoi servait l'exception *q. p. hereditati n. f.* ? — Cette question a suscité maintes réponses qui souvent ne sont irréductibles qu'en apparence. On aurait coupé court à de longues polémiques en étudiant séparément le motif qui a présidé à la création de notre exception et les diverses fonctions qu'elle a été appelée à remplir au cours de l'histoire romaine. Elle a été créée dans un but unique, quoique fort large, bien déterminé, et qui est resté le même sous des apparences diverses jusqu'à Justinien ; mais, en remplissant ce but, elle a pu du même coup servir à sanctionner diverses règles qui se firent jour postérieurement à sa naissance.

I. — *But essentiel*.

Ce but est de forcer le demandeur à intenter le moyen de droit qui, seul, correspond à une situation de fait : Le plaideur doit employer la pétition d'hérédité et non pas la revendication lorsqu'en réalité il veut réclamer une succession *ab intestat* ou testamentaire. Nous verrons qu'à certaines périodes cette règle apparut comme particulièrement importante (à cause de la création du tribunal des centumvirs, de l'introduction du sénatus-consulte Juventien, du développement de la théorie de l'autorité de la chose jugée), mais elle dut s'imposer dès que se marqua la très vieille distinction entre la revendication et la pétition d'hérédité et nous la faisons remonter si haut que nous avons supposé que, — d'une manière ou d'une autre, — elle était déjà en vigueur à

l'époque des actions de la loi : nous en trouvons une raison péremptoire dans le principe général romain de la spécialité des actions.

Pour nous en tenir désormais à la procédure formulaire il nous semble inutile de montrer qu'au cours du septième siècle de Rome la revendication et la pétition d'hérédité sont deux institutions qui possèdent chacune leurs caractères spéciaux, qui suivent une évolution distincte en ce qui concerne la compétence et la procédure (1). Le demandeur était obligé suivant les cas d'intenter ou la pétition d'hérédité ou la revendication ; et cette idée devait se formuler en une prohibition le jour où le demandeur imaginerait de vouloir passer outre. Or il dut s'en aviser de très bonne heure.

Avant que furent édictées les dispositions favorables au possesseur de bonne foi de l'hérédité (dispositions qui ne peuvent pas être antérieures au sénatusconsulte rendu sous Hadrien qui abolit l'*usucapio pro herede*) (2), le demandeur ne trouvait qu'un intérêt médiocre à intenter l'action en partage au lieu de la pétition d'hérédité. Mais quand bien même il n'aurait choisi ce parti que par esprit de chicane ou pour intimider son adversaire et « jeter de la poudre aux yeux » du juge en supposant déjà résolue la question d'hérédité, sa manœuvre méritait d'être réprimée ; il devait être plus souvent incité à revendiquer les objets isolés dépendant de la succession, dans l'espoir de lasser son adversaire par une série de procès ou de

(1) Compétence plus fréquente des centumvirs ; plus longue survivance de la procédure des actions de la loi ; différence au point de vue de la preuve. — Cf. Leinweber, *Die hereditatis petitio*, 1899.

(2) Gaius II, 37. Cf. Girard, *Manuel*², p. 898, n. 4 et p. 899, n. 4.

trouver au moins quelques juges qui lui accorderaient une ou plusieurs bribes de l'héritage convoité (1).

Si le principe abstrait de la spécialité des actions aurait suffi à faire créer l'exception préjudicielle, nous devons ajouter que le défendeur possédait des intérêts importants à ce que ce soit la pétition d'hérédité qui fût intentée par ses adversaires, — même avant que fussent créées les institutions postérieures que nous laissons de côté pour le moment (2).

(1) Il nous paraît même suffisant de dire que le droit du demandeur à intenter la pétition d'hérédité doit engendrer l'obligation correspondante de n'intenter que cette action ; il ne peut prouver sa propriété sur un objet particulier de la succession qu'après avoir prouvé sa qualité d'héritier ; il ne possède donc aucun intérêt avouable à intenter la revendication alors qu'il se prétend héritier. — Par quel moyen était assuré à l'héritier l'exercice de ce droit ? Il nous semble nécessaire de faire intervenir une *interrogatio in jure* par laquelle le plaideur demanderait à son adversaire s'il défend *pro herede vel pro possessore* ou bien à un autre titre. Les textes ne font d'ailleurs aucune allusion à cette interrogation qui serait distincte de l'*interrogatio an heres sit et ex quota parte* (D., 41, 1, 11, 1 et ss.) qui servait à forcer l'héritier à prendre parti sur l'acceptation de la succession (Lenel, *Edit*, I, 163-168 ; II, 134) et ne devrait pas être confondue avec l'*interrogatio* du Code (3,31,11) qui pose simplement la question de savoir si le défendeur possède *pro possessore* ou *pro herede* et dont il est difficile de distinguer le but puisque ces deux possesseurs sont assimilés. Cette dernière interrogation est aussi prévue dans le Digeste (5, 3, 12), mais ce sont seulement les compilateurs qui lui ont donné ce sens, car elle a été transportée de la matière des interdits (Ulpian, *ad ed.*, l. 67) au titre de la pétition d'hérédité. Ainsi il y aurait trois *interrogationes in jure* relatives à la qualité d'héritier ; il semble bien que toutes trois lient le demandeur aussi bien que le défendeur.

(2) La première mesure qui fut prise en faveur du défendeur à la pétition d'hérédité (à part les garanties que pouvait lui donner le tribunal des centumvirs et le secours de l'exception préjudicielle elle-même) fut le sénatusconsulte Juventien. Les premières réfor-

Ces intérêts apparaissent si l'on réfléchit aux inconvénients que le défendeur peut éprouver à se voir attaqué par des revendications d'objets particuliers (1) : il sera ennuyé par des procès multiples dans lesquels le débat ne se posera pas avec toute l'ampleur désirable et le juge se laissera peut-être influencer par la question de propriété du défunt qui ne doit pas intervenir dans la pétition d'hérédité. Bien que le paragraphe 133 du quatrième Commentaire de Gaius soit mutilé, nous ne croyons pas qu'on puisse en donner une autre interprétation. Il insiste sur ce point que l'exception intervient lorsque le demandeur réclame les objets de l'hérédité un à un (*singulas res*), puis il ajoute : *est enim iniquum p[er] unius* ; ce mot « *unius* » paraît prouver que Gaius revenait sur le même motif : il ne faut pas que la question soit vidée à propos d'un seul objet (2). On pourrait aussi supposer que « *unius* » se rapporte à *judicis* par exemple (3), mais

mes relatives à la pétition d'hérédité furent établies dans l'intérêt du demandeur ; elles tendent seulement à assimiler les *possessores pro possessore* aux *possessores pro herede* et à élargir le cercle de ceux-là pour faciliter la preuve du demandeur. C'est ce qui ressort clairement de la lecture des fragments du livre 6 des *Digesta* de Julien qui sont antérieurs au sénatusconsulte Juventien (Lenel, *Palingénésie*, 70-89). Aucun avantage n'est prévu en faveur du possesseur de bonne foi et la construction jurisprudentielle qui l'assimila au géant d'affaires est dirigée contre lui plus qu'elle n'est dictée par une mesure d'indulgence à son égard (Comp. Girard, *Manuel*⁴, p. 901).

(1) Voir les énumérations de ces inconvénients dans Planck (*op. cit.*, pp. 187-189), Dernburg (*op. cit.*, pp. 3-25), Bülow (*Processeinreden*, pp. 197-200) qui ont le tort (du moins les deux premiers) de ne pas distinguer entre le principe et ses transformations successives.

(2) Tel est le sens de la restitution de Krüger adoptée par Girard (*Textes*) : *est enim iniquum per unius rei petitionem universae hereditati praejudicium fieri*.

(3) Ce serait l'interprétation de ceux qui, comme M. de Velsen,

cette solution est peu probable. Gaius dédaignait-il à ce point la compétence de l'*unus iudex* qu'il se serait servi du mot *iniquum* ?

Cet inconvénient se comprend fort bien d'ailleurs sans qu'il soit nécessaire d'invoquer des textes. Pourtant on fait encore intervenir ici traditionnellement le frag. 13, § 4 au titre *De hereditatis petitione* (D., 5, 3).

Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est : Sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse : an porrigi manus ad emptorem debeant? Et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem.

Ce fragment est sans grande portée pour cette question ; il fournirait seulement un argument par analogie ; nous croyons de plus qu'il envisage une faveur non pas pour le défendeur, mais pour son adversaire. Avant *vexaretur* en effet on peut à volonté sous-entendre *actor* ou *reus* et le contexte témoigne qu'il s'agit du demandeur ; Ulpien énumère les actions qui appartiennent à l'héritier ; il trouve la pétition d'hérédité contre le possesseur, la revendication contre l'acheteur et enfin une pétition d'hérédité utile contre ce dernier. Cette interprétation était déjà donnée par une Scholie des Basiliques (1).

considèrent que le seul but de l'exception préjudicielle était la sauvegarde de l'*auctoritas centumviralis*.

(1) *Basiliques*, l. 24, t. 1, n° 13, Scholie 7, Heimbach, IV, p. 196. — En ce sens Velsen, *op. cit.*, pp. 31 et 32 et p. 104. — Pour l'exposé de la doctrine traditionnelle Dernburg, *op. cit.*, p. 3 et ss. et pp. 104-105. Dernburg imagine, on ne sait trop pourquoi, que l'acheteur dont il est parlé dans ce texte, reçoit une exception préjudi-

Les Romains ont dû d'autant plus facilement accorder l'exception préjudicielle au possesseur de l'hérédité qu'ils attribuaient une grande importance aux *praejudicia* (1). Nul doute que la sentence rendue par le juge de la revendication partielle aurait exercé une influence considérable et fâcheuse sur la pétition d'hérédité ultérieure ; pourtant à l'époque où nous nous sommes placés celle-ci n'était pas exclue en vertu de la théorie de la chose jugée. L'inconvénient sera plus grand au moment où Julien et Ulpien nous apprendront que la revendication et la pétition d'hérédité se déduisent l'une l'autre en justice (2). Au VII^e siècle le principe de l'autorité de la chose jugée n'a pas encore acquis ce développement : le demandeur pourra intenter la pétition d'hérédité après avoir intenté la revendication, mais la première sentence constituera un préjugé pour la seconde.

Nous devons reconnaître à M. Bülow le mérite d'avoir fort bien distingué le but essentiel de notre exception ; il montra (3) qu'elle n'a pas été créée pour déterminer le rang entre deux procès, mais pour contraindre le demandeur à exercer l'action qui correspondait à son but. Nous ne saurions mieux faire que de reproduire ses propres

cielle. — Cf. encore Bülow et les auteurs qu'il cite, *Processeinreden*, p. 200 ; Oertmann (*loc. cit.*) est hésitant.

(1) Nous avons fait la théorie des *praejudicia* dans le chapitre préliminaire.

(2) Cf. en particulier D., 44, 2, de *exceptione rei judicatae*, 3. 7, 4 et 5. Nous ne pourrions naturellement nous faire une idée complète du but de l'exception préjudicielle que lorsque nous aurons étudié les effets qu'elle a cherché à conjurer. Cela rentre dans la théorie de l'autorité de la chose jugée que nous avons déjà effleuré en parlant des *praejudicia* et que nous devons encore aborder lorsque nous étudierons les effets de l'exception préjudicielle.

(3) Bülow, *Processeinreden*, ch. IV, sect. V, § 1, pp. 208-222.

expressions : L'exception préjudicielle suppose des actions *concurrentes*, c'est-à-dire des actions qui tendent à une fin identique par des moyens différents ; au contraire le décret préjudiciel se borne ordinairement (1) à régler le rang de deux procès simplement *connexes*, c'est-à-dire de procès qui n'ont pas un même but, mais dans lesquels se pose une question commune. Nous aurons encore l'occasion de vérifier l'excellence de cet aperçu doctrinal, mais nous ne saurions admettre les commentaires qui l'accompagnent. M. Bülow préoccupé de combattre la théorie des *exceptions de procédure* affirme que notre exception préjudicielle est de nature réelle (*Klagrecht, actio im materiellen Sinne*). Cette vue théorique nous semble fautive. Il est la plus part du temps aussi difficile de dire si une exception est relative à la procédure qu'il est téméraire d'avancer que le *jus* est exclusivement consacré à la procédure et le *judicium* au fond du droit : le plus souvent les exceptions sont sur la limite des deux terrains. Ce que M. Bülow pouvait combattre, — et il l'a fait avec succès (2), — c'était seulement la théorie d'après laquelle les exceptions de procédure auraient des effets différents des exceptions de droit matériel ; il a confondu à tort l'effet et la nature des exceptions.

Cette erreur théorique en a entraîné une autre dans le système de M. Bülow : Si l'exception préjudicielle n'a rien

(1) C'est nous qui ajoutons cette restriction : *ordinairement*. Nous verrons en effet que le décret préjudiciel remplit toutes sortes de fonctions tandis que M. Bülow lui assigne un champ d'application trop étroit.

(2) Bülow, *Processeinreden*. Cf. en particulier, ch. VIII, sect. I-III, pp. 261-284.

à faire dans la détermination du rang des procès, elle ne pourra être opposée lorsque la revendication et la pétition d'hérédité sont déjà pendantes, mais uniquement quand la revendication aura seule été intentée. Nous nous réservons de réfuter plus loin cette théorie qui est relative aux cas d'application de notre exception.

Retenons seulement ici que l'exception *q. p. hereditati n. f.* a pour but de forcer le prétendant à l'hérédité d'intenter l'action convenable, c'est-à-dire la pétition d'hérédité à la place de la revendication ou de toute autre action intempestive (1). On peut l'envisager comme la première mesure prise en faveur du possesseur de l'hérédité. Nous allons rencontrer d'autres réformes inspirées de la même idée : la création du tribunal des centumvirs et la promulgation du sénatus-consulte Juventien. Ces deux institutions en créant des garanties et des avantages nouveaux pour le possesseur de l'hérédité ajouteront de nouvelles raisons d'être à notre exception ; elles lui donneront ainsi la vigueur et la stabilité qui font comprendre que le préteur l'ait conservée alors que dans un ordre de faits voisin il employait le décret. Un troisième fait a exercé une influence importante sur notre exception : le développement jurisprudentiel et doctrinal de

(1) Ainsi la question préjudicielle — type du droit romain n'est pas une question préjudicielle au sens moderne ; elle a pour but de faire intenter une action *à la place* d'une autre et non pas de la faire passer *avant* une autre (ce qui ne veut pas dire, ainsi que nous le verrons, que la revendication ou l'action en partage ne puissent pas être intentées après la pétition d'hérédité). — Le nom même de l'exception est expressif et correspond au but très large que nous lui avons reconnu : elle n'empêche pas un procès, de préjuger à un autre procès mais simplement de créer un *praejudicium* contre l'hérédité : *quod praejudicium hereditati non fiat*.

l'autorité de la chose jugée ; nous lui consacrerons plus loin une place spéciale.

II. — *L'exception « quod praejudicium hereditati non fiat » et le tribunal des centumvirs.*

A une époque qu'il est impossible de préciser, mais qui doit se placer au début du VII^e siècle (1), le tribunal des centumvirs fait son apparition et de suite nous le voyons investi d'un rôle extrêmement important en matière de successions. Cette seule constatation nous permettrait de deviner le lien étroit qui exista entre notre exception et la juridiction des centumvirs. Si ce tribunal augmente les garanties du défendeur à la pétition d'hérédité (et telle fut bien la conception romaine) (2), sa création donne une nouvelle valeur à l'exception qui forcera le demandeur à intenter cette action.

Les textes confirment cette induction. Une constitution de Justinien semble même avancer que l'exception préjudicielle avait pour but unique la sauvegarde de la compétence du tribunal centumviral (C., 3, 31, *De her. pet.*, 12, *pr.*)

Cum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio assumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem ne fieret ei praejudicium. Magnitudo etenim

(1) Wlassak, *Röm. Prozessgesetze*, I, p. 131 et ss. et *Encyclopädie Pauly-Wissowa*, III, p. 1935 ; Girard, *Organisation judiciaire*, p. 23, n. 2 et p. 83 ; Martin, *Le Tribunal des centumvirs*, thèse, p. 317 ; Cuq, *Institutions*, I, p. 404 ; Jobbé-Duval, *art. et loc. cit.* — Sur les centumvirs, cf. la bibliographie complète donnée par M. Voigt, *Ueber die Centumviri, Judices decemviri und Decemviri stlitibus iudicandis (Studi Giuridici in onore di Carlo Fadda, 1906, t. I, pp. 147-164)*.

(2) Cicéron, *De lege agraria, oratio*, II, 17, 44... *Cum vos volueritis de privatis hereditatibus centumviros iudicare*. Sur ce texte, cf. Jobbé-Duval, *art. cité*, pp. 569-571.

et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi.

M. de Velsen en a conclu — ainsi que nous l'avons vu — que telle était la seule portée de notre exception. Pour lui le principal, sinon l'unique rôle des centumvirs, était de juger les affaires d'hérédité et le législateur tenait à ce que les procès ne leur échappent pas ; or, le demandeur aurait pu esquiver leur compétence en s'adressant à un *unus iudex*, en revendiquant successivement tous les objets dépendant de l'hérédité ou en intentant l'action *familiae erciscundae*. On le forçait à recourir à la justice centumvirale par la délivrance à son adversaire d'une exception préjudicielle (1).

Les arguments présentés par M. de Velsen sont assez frappants du moins en ce qui concerne notre première exception. Il crut d'abord que l'idée de Justinien devait se trouver primitivement dans le fragment 5, § 2, au titre *De hereditatis petitione* (D., 5, 3) d'où elle aurait disparu par voie d'interpolation (2) ; il la rencontra encore dans le texte déjà commenté des Institutes de Gaius où, dit-il, les mots *alio genere iudicii* font allusion à un autre tribunal que celui des centumvirs (3) ; après coup il la si-

(1) Velsen, *Die exceptiones praejudiciales*, *passim* et particulièrement pp. 27-46. M. de Velsen a repris cette thèse dans son article sur l'*Edit provincial*, *Z. S. St.*, 21, 1900, pp. 103-107. — Contre elle voir les auteurs cités, p. 31, n. 1 ; aj. Leinweber, *Die Hereditatis Petitio*, p. 38. M. Girard (*op. cit.*) trouve que le système de Velsen est surtout invraisemblable pour les deux autres exceptions.

(2) M. de Velsen remplace *eorum iudiciorum* par *centumviralis iudicii*. M. Lenel (*Palingenesia*, Ulpian, 482) donne la même reconstitution avec un point d'interrogation ; il accentue son doute dans *Edictum*², p. 137. — Cf. encore Martin, *op. cit.*, p. 73, n. 2).

(3) Velsen, *Exc. praej.*, p. 40 ; dans le même sens Huschke, *Jurisprudencia antejustiniana*, 1886, p. 391, n. 6.

gnala enfin dans un texte de l'*Auctor ad Herennium* qui est relatif à la *translatio* des rhéteurs (1).

Nous lisons dans ce dernier passage qu'un cas de *translatio* se présente lorsque le défendeur prétend faire changer les juges devant lesquels l'a assigné son adversaire (2). Selon Velsen nous sommes en présence d'une

(1) Cette *translatio* qui nous est surtout connue par des passages de Cicéron, de l'*Auctor ad Herennium* et de Quintilien n'a rien de commun avec la *translatio iudicii* étudiée par M. Koschaker. Sur la *translatio* des rhéteurs, cf. Cicéron, *De inventione*, II, 19, 37, 58 ; *Auct. ad Herennium*, I, 11, 19 ; 12, 22 ; 14, 24 ; 15, 25 ; — II, 12, 18 ; Quintilien, *Inst. Orat.*, III, 6, 14, 60, 69 et ss. ; Zeno dans Sulpitius Victorinus, *Inst. orat.*, 42-44 (Halm, *Rhet. lat. min.*, 338).

Le plus prudent est d'envisager la *translatio* simplement comme la partie de la plaidoirie dans laquelle l'avocat s'efforce de faire rejeter l'action de son adversaire sans examiner le fond du procès ; les rhéteurs ne se préoccupent pas de la distinction romaine du *jus* et du *iudicium* ; ils se bornent à copier ou à imiter les développements donnés par les Grecs sur la *μετάληψις* ou *παραγραφή* ; plus tard à Rome le mot *praescriptio* (*παραγραφή*) aura à peu près le même sens que le mot *translatio*. Cf. les textes cités par Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, p. 75, nn. 1-3 ; mais Partsch semble bien absolu quand il affirme que la *translatio* est toujours un moyen qui s'invoque *in jure*. A consulter sur la *translatio* : Bülow, *Processeinreden*, p. 243 et ss. ; Schwalbach, *Z. S. St.*, 15, p. 209 et ss., Sperl, *Sukzession*, p. 21 et ss.

(2) *Ad Herennium*, I, 12, 22 ; commenté par Velsen, *Z. S. St.*, pp. 104 et 105 et par Jobbé-Duval, *N. R. H.*, art. cit., p. 565. Remarquons que l'auteur de ce traité est un rhéteur imbu des idées et de la terminologie grecque ; on nomme généralement Cornificius (Schanz, *Geschichte der Römischen Litteratur*², I, pp. 387-394 ; Fowler, *Journ. of Philol.*, 1882, 10, p. 197 et ss.). Voici le texte (édition Müller, Teubner) : Ex translatione controversia nascitur, cum aut tempus differendum aut accusatorem mutandum aut *judices mutandos* reus dicit. Hac parte constitutionis Graeci in iudiciis, nos in jure [civili] plerumque utimur, [in hac parte nos juris civilis scientia juvabit], in iudiciis tamen nonnihil [utimur] ut hoc modo : Si quis peculatus accusatur, quod vasa argentea de loco privato dicatur sustulisse, possit dicere, cum definitione sit usus, quid sit

question préjudicielle qui serait basée sur la nécessité de choisir un autre tribunal, en l'espèce le tribunal des centumvirs, et qui serait sanctionné par une exception. Quel enchaînement d'hypothèses ! — Mais tout d'abord qui nous dit qu'il s'agit de *praejudicia* prohibés ? Très probablement nous sommes en présence d'un simple règlement de compétence (1). Nous croyons en outre que la suite du texte est trop sujette à caution pour qu'on puisse en tirer des déductions vraisemblables (2).

furtum, quid peculatus, secum furti agi, non peculatus oportere. Haec partitio legitimae constitutionis his de causis raro venit in iudicium, quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt et causa cadit qui egit, nisi habuit actionem.

Les mots mis entre crochets sont interpolés suivant toute probabilité. On ne comprend pas que l'auteur puisse comparer le *iudicium* des Grecs au *jus civile* des Romains ; l'opposition du *iudicium* et du *jus* est infiniment plus vraisemblable ; le mot *civili* a sans doute été ajouté par un copiste maladroit et zélé qui ne comprenait pas cette distinction romaine. Ce mot supprimé, les autres *in hac iuvabit et utimur* n'ont plus de raison d'être. *Civili* est déjà supprimé d'ailleurs dans le deuxième manuscrit de Berne, n. 469 ; et toutes ces corrections sont faites dans l'excellente édition de Kayser.

(1) M. de Velsen rapproche ingénieusement de notre texte le passage du *De inventione* (II, 19, 20) où Cicéron parle de l'exception *extra quam in reum capitis praejudicium fiat* à propos des *translationes*, pour établir que les exceptions dont parle Cornificius sont bien des exceptions préjudicielles ; et en effet on doit reconnaître qu'il existe un lien étroit entre les deux traités de rhétorique (Schanz, *Litteratur* ², I, pp. 389-390). — Mais cela prouverait tout au plus que l'exception préjudicielle pouvait être un moyen indirect de forcer le demandeur à porter son accusation devant le juge compétent, alors que Velsen prétend que tel était le but unique de cette exception.

(2) Les Romains, enseigne Cornificius, se servent ordinairement de la *translatio* pendant la phase du *jus* ; elle n'est employée que rarement *in iudicio* parce que dans la procédure privée il existe des *exceptiones* prétoriennes et que le demandeur perd son procès, *nisi habuit actionem*. Ces derniers mots sont susceptibles de deux interprétations. On peut penser que le rhéteur emploie abusivement le

L'interpolation du fragment d'Ulpien n'est pas démontrée ; et le texte de Gaius ne nous paraît pas plus probant. *Alio genere iudicii* doit se traduire tout simplement : « par une autre sorte d'action, de procès » et ne fournit aucune solution précise (1).

Ainsi le seul texte (2) qui assigne formellement à l'ex-

mot *exceptiones* dans le sens de moyen de procédure invoqué *in iure* et définitivement vidé devant le préteur. Le texte porte en effet qu'il y a exception et que le demandeur perd son procès à moins que le préteur ne lui ait délivré une action : ce qui implique que cette exception fonctionne alors qu'aucune action n'a été accordée. Dans ce cas la théorie de Velsen se heurterait à un nouvel obstacle puisqu'il s'agirait non pas d'une exception véritable mais d'une simple *denegatio actionis* ; et tel paraît bien être le sens le plus naturel de la phrase (Partsch, *op. cit.*, p. 75, n. 2). Si l'on est soucieux de ne pas imputer un vrai barbarisme juridique à Cornificius, on pourra se rejeter sur le sens de *nisi* que Serafini (*Archivio*, 1878, 20, pp. 412-420) interprète dans de nombreux passages littéraires par *sed* ou *sed tamen*. Alors notre phrase se traduirait facilement par les mots : le demandeur perd son procès *bien qu'il ait reçu une action* ; et l'on rendrait à *exceptio* son sens romain. Il resterait toujours à expliquer l'antithèse *Graeci in iudiciis, nos in iure*. — Nous retrouverons l'opinion de M. Serafini à propos du célèbre passage du Digeste, 5, 3 (*De hered. pet.*), 25, 17, et nous la repousserons,

(1) M. Jobbé-Duval, *art. cit.*, p. 564, n° 3, remarque que *iudicium* signifie instance judiciaire et non pas action ; mais nous ne comprenons pas pourquoi il en déduit que Gaius veut opposer le *iudicium centumvirale* au *iudicium publicum*. Le texte de Gaius ne peut constituer une preuve que pour ceux qui n'ont pas besoin d'être convaincus. — D'ailleurs il est bien douteux que *iudicium* puisse, comme le veut M. de Velsen, signifier « tribunal » dans les textes cités. Les deux fragments de Gaius et d'Ulpien seraient, avec un texte de Marcien (D., 48, 8, 1, *pr.*), les seuls qui à l'époque classique emploieraient le mot *iudicium* dans ce sens, et ils peuvent tout aussi bien se traduire par *procès* (cf. Heumann-Seckel, 1907. V° *iudicium*, p. 295, 5).

(2) M. de Velsen croit aussi que le texte déjà cité de Quintilien, *Inst. orat.*, V, 2, parle d'une exception préjudicielle. Nous avons déjà réfuté cette opinion dans notre chapitre préliminaire.

ception *q. p. hereditati n. f.* la fonction de faire respecter la compétence des centumvirs est un texte de Justinien ; il est impossible de prouver que Cicéron et Gaius lui assignaient déjà ce but. Mais cette loi du Code elle-même n'a pas la portée qu'on veut lui attribuer ; elle montre simplement que l'exception préjudicielle servait souvent à faire respecter l'*auctoritas centumviralis* ; elle ne prouve pas que tel fut sa seule utilité. Les inexactitudes flagrantes de la suite du texte montrent que Justinien ne se piquait pas de précision historique et qu'il ne prétendait pas trancher scientifiquement un débat qui n'avait plus pour lui qu'une valeur théorique (1).

Des arguments positifs démontrent au contraire que la seule fonction de l'exception *q. p. hereditati n. f.* ne pouvait pas être de faire respecter la compétence des centumvirs (2). Outre qu'un nom si général se comprendrait mal pour une institution qui n'aurait pour objet qu'un but aussi restreint, ce système est combattu par ses propres conséquences. Il nous obligerait d'abord à admettre que les centumvirs auraient été exclusivement compétents pour les procès d'hérédité, et cela pendant toute leur

(1) Dans la suite du texte Justinien suppose que les légataires et les créanciers de la succession pouvaient se voir repousser par l'exception préjudicielle. Cela montre la créance que nous pouvons accorder à ses aperçus historiques.

(2) Nous ne pouvons pas exposer ici les arguments de raison de M. de Velsen qui s'appuie sur toute une série d'hypothèses indémontrées ou manifestement inexactes. Ainsi il admet qu'à toute époque le jugement rendu sur la revendication empêchait d'intenter la pétition d'hérédité (pp. 53 et 59) ; il suppose l'existence d'une exception préjudicielle en matière de procès d'état (p. 59) ; il affirme que les centumvirs ne jugeaient que les questions de droit et abandonnaient à l'*unus iudex* la question de fait (p. 63) et que leurs sentences créaient toujours le droit *erga omnes* (p. 14).

existence, pendant toute la durée de l'exception préjudicielle (1) ; or les textes semblent bien attester justement le contraire (2). Nous devrions également supposer que les centumvirs ne sont compétents que dans les matières où l'on peut relever une défense de « faire un préjugé ». En effet si l'exception préjudicielle a pour but unique de faire respecter la compétence des centumvirs, nous sommes contraints d'affirmer que le défendeur possède une exception de ce genre toutes les fois que le tribunal centumviral peut connaître de son procès. A moins de rétablir à peu près l'*exceptio praejudicialis generalis*, M. de Velsen est donc obligé de restreindre à deux ordres de procès la compétence des centumvirs (3) : à la matière des litiges successoraux à cause de l'exception *q. p. here-*

(1) Pourtant M. de Velsen affirme énergiquement, en citant de nombreux textes et en invoquant plusieurs auteurs (cf. *exc. praej.*, pp. 32 et 33 avec les notes) que les centumvirs n'étaient pas exclusivement compétents pour la pétition d'hérédité. Nous avons ne pas comprendre comment il concilie cette opinion avec sa théorie, car enfin si l'exception préjudicielle a pour but unique de faire respecter la compétence des centumvirs, c'est que les centumvirs sont seuls compétents ! M. de Velsen pourrait insinuer que le défendeur est libre de ne pas user de l'exception préjudicielle et d'accepter le procès en revendication devant l'*unus iudex*, mais dans ce cas les textes ne parleraient que de revendication et non pas de pétition d'hérédité avec formule pétitoire devant l'*unus iudex* (V. la note suivante). La même objection s'adresse à la conciliation tentée par M. Jobbé-Duval (N. R. H., 1905, p. 18) qui admet que, lorsque les parties étaient d'accord, elles pouvaient s'entendre au moyen d'un pari avec renvoi devant un juré ; et ainsi, ajoute-t-il, elles tournaient la loi et renonçaient d'avance à l'exception préjudicielle.

(2) Cf. Martin, *op. cit.*, p. 64, n. 1 et Girard, *Manuel*⁴, p. 976, n. 3 pour les textes antérieurs au Digeste et pour les textes du Digeste, Girard, *ibid.*, p. 897, n. 4.

(3) M. Jobbé-Duval réduit à la seule pétition d'hérédité la compétence des centumvirs.

ditati n. f., à la matière des revendications immobilières à cause de l'exception *q. p. praedio n. f.* (1). Mais nous croyons plus volontiers que les centumvirs étaient compétents pour bien d'autres procès réels, surtout à l'époque républicaine (2).

Enfin il faudrait prouver que l'exception *q. p. hereditati n. f.* et le tribunal des centumvirs naquirent et disparurent en même temps. La date de naissance de ces institutions est si difficile à préciser que nous ne pouvons décider laquelle des deux est antérieure (3), mais il semble avéré que les centumvirs disparurent complètement au moins pendant le règne de Dioclétien (4), tandis que l'exception subsiste encore dans les compilations de Justinien (5). On ne peut donc pas dire que l'*auctori-*

(1) Deux institutions aussi voisines que ces deux exceptions ne peuvent servir qu'à remplir des fonctions analogues. M. de Velsen est logique lorsqu'il admet que l'exception *q. p. praedio n. f.* a aussi pour but la sauvegarde de l'*auctoritas centumviralis*. Le voilà alors obligé de reconnaître la compétence exclusive des centumvirs dans les revendications de fonds de terre, affirmation qui manque complètement de base ; et si sa doctrine est inexacte pour la deuxième exception, nous devons induire (en usant du raisonnement de Velsen lui-même) qu'elle l'est aussi pour la première.

(2) Pour le dépouillement des textes, Cf. Martin, *op. cit.*, p. 44, n. 2 ; p. 50, n. 2 ; pp. 57-62, qui conclut que les centumvirs sont compétents dans tout le domaine des revendications du droit civil. Le dernier auteur qui ait soutenu l'opinion inverse est M. Jobbé-Duval (*art. et loc. cit.*).

(3) Cette affirmation n'est exacte que si l'on considère les textes précis qui nous sont restés. Nous avons au contraire démontré l'antériorité de l'exception.

(4) Wlassak, Pauly-Wissowa, V° *Centumviri*, p. 1950.

(5) Aussi M. de Velsen (*Z. S. St.*, art. cit., pp. 16-17) soutient-il radicalement qu'il n'y avait plus d'exception préjudicielle à l'époque de Justinien ; il montre (ainsi que nous l'avons fait) que les rédacteurs du Digeste effacèrent systématiquement un grand nom-

tas centumviralis ait constitué son seul fondement (1).

Si nous nous appliquons à distinguer le but essentiel et les fins multiples auxquelles pouvait servir l'exception préjudicielle, la construction de M. de Velsen nous apparaîtra avec netteté comme trop étroite et artificielle ; il n'a envisagé qu'un aspect secondaire de l'institution au lieu de l'embrasser dans son ensemble et de discerner

bre de mentions des questions préjudicielles et conclut ingénieusement que les quelques traces d'exceptions préjudicielles conservées dans le Digeste ne prouvent pas plus leur survie que les termes des frag. 12 et 13, l. 5, t. 2, ne prouvent le maintien du tribunal des centumvirs. Nous croyons au contraire à l'existence des exceptions préjudicielles sous Justinien : Si la mention des centumvirs était sans inconvénient à l'époque où tout le monde savait qu'ils n'existaient plus, il en allait différemment de la mention des exceptions qui conservent leur raison d'être et leurs caractères distincts jusque sous le régime de la procédure extraordinaire (Lenel, *Exceptionen*, p. 56 et ss.). Les compilateurs n'auraient pas pu sans commettre une erreur dangereuse laisser *exceptio* là où le droit du défendeur était protégé *ipso jure* ; ce qu'ils ont voulu bannir du Digeste, c'est seulement l'idée sur laquelle se fondaient les questions préjudicielles.

(1) On sait d'autre part que la pétition d'hérédité pouvait être intentée contre le *possessor pro possessore* et le *possessor pro herede*. Or nous montrerons que l'exception préjudicielle ne peut être opposée que par le possesseur *pro herede*. Ainsi l'exception préjudicielle n'aurait pas fait respecter dans tous les cas la compétence des centumvirs. Les deux institutions ne cadrent pas. Cette difficulté tomberait, si on soutenait avec quelques auteurs (en dernier lieu Stintzing, *Ueber das possidere pro possessore*, *Beiträge*, II, p. 90 et ss.) que les centumvirs n'étaient compétents (mais exclusivement compétents) que dans les cas où le demandeur était *possessor pro herede*. Contre cette théorie qui s'appuie surtout sur un texte déjà cité d'Arcadius et d'Honorius (C. J., 3, 31, 41) relatif à l'*interrogatio in jure* « *utrum pro possessore, an pro herede possides* », cf. Hugo Krüger (*Z. f. das Privat u. öffentliche Recht*, 1902, t. 29, p. 512) qui en condamne le principe et Martin (*op. cit.*, pp. 70-73 et les notes) qui en donne une réfutation détaillée.

que la création du tribunal des centumvirs ne constitue qu'une phase dans l'évolution de l'exception préjudicielle (1).

(1) Par contre il est des objections au système qui manquent de force. Les trois qui sont indiquées par M. Oertmann (*art. cit.*) nous semblent des plus faibles : 1° Nous retrouverons l'argument tiré du sénatusconsulte Juventien. — 2° Dans le frag. 25, § 17 (3,5), dit Oertmann, l'exception ne peut avoir pour but d'empêcher la demande de créer un *praejudicium* envers une sentence centumvirale, car la revendication des choses particulières n'empêcherait pas la pétition d'hérédité.... Cette assertion méconnaît complètement l'essence du *praejudicium* et de l'exception préjudicielle. La troisième objection est plus spécieuse : Le frag. 10, 2, *Fam. etc.*, 1, 1, extrait du Commentaire de Gaius sur l'édit perpétuel prouve, dit-on, que notre exception existait en province ; mais d'autre part le tribunal des centumvirs était essentiellement romain (même argument dans Dernburg, *op. cit.*, p. 8). A cela M. de Velsen répondait déjà (*Die exc. praej.*, p. 30, n. 2) que la mention du préteur pérégrin à côté du préteur urbain par Gaius (*Inst.*, IV, 31 ; sur ce texte voir Wlassak, *Proc. Gesetze*, I, p. 193 et Pauly-Wissova, III, p. 1940) prouvait que les centumvirs étaient compétents pour les affaires provinciales, mais il commettait ainsi une grave confusion entre la provincialité et la pérégrinité, confusion qu'il devait d'ailleurs exagérer encore en soutenant contre toute vraisemblance dans son article de la revue de Savigny que le Commentaire de Gaius est relatif à un édit romain du préteur pérégrin (*Contra*, Girard, *N. R. H.*, 1904, *L'Édit perpétuel*, p. 120, n. 1). A l'objection de Dernburg et d'Oertmann il suffisait de répondre que des procès concernant des habitants de la province ou des biens provinciaux étaient portés — obligatoirement ou facultativement, — en vertu de la règle de compétence *actor sequitur forum rei*, devant les magistrats de Rome qui, le cas échéant, les renvoyaient au tribunal des centumvirs. L'application de cette règle est précisément supposée par le texte de Gaius et attestée d'autre part par des exemples concrets (Cf. Martin, *op. cit.*, p. 55, n. 2). M. Jobbé-Duval (*N. R. H.*, 1905, p. 17) va plus loin ; il admet que toutes les fois qu'il s'agissait de statuer sur la pétition d'hérédité d'un citoyen romain, le demandeur devait nécessairement citer son adversaire devant le préteur urbain qui renvoyait l'affaire aux centumvirs. Ainsi le demandeur aurait été privé du droit d'assi-

M. Jobbé-Duval a dégagé de cette théorie ce qu'elle peut contenir de vraisemblable (1) ; il soutient seulement que la prescription *q. p. hereditati n. f.* fut créée pour sauvegarder la compétence des centumvirs, mais que la jurisprudence classique refondit la matière des exceptions préjudicielles et les fit servir à d'autres fonctions. Nous rejeterons pourtant cette atténuation un peu arbitraire. Comment croire qu'une institution qui correspond au principe si général de la spécialité des actions n'ait été inventé qu'à propos d'une règle de compétence ? MM. de Velsen et Jobbé-Duval font de l'exception préjudicielle une simple exception déclinatoire de compétence ; et, ce qui renforce encore l'objection, les questions de compétence sont toujours à l'époque classique réglées par le magistrat lui-même *in jure* (2).

Il n'en reste pas moins vrai que nous devons faire une très large part au tribunal des centumvirs dans l'histoire de l'exception préjudicielle. Pour que Justinien ait pu s'imaginer que cette institution était destinée à faire respecter l'*auctoritas centumviralis*, il faut qu'*en fait* elle ait grandement servi à remplir ce but.

Cette certitude nous oblige à prendre parti sur les deux controverses fameuses : la compétence des centumvirs est-elle bornée aux procès d'hérédité ? — Dans les procès de leur ressort les centumvirs sont-ils seuls compétents ? Les deux questions, bien que distinctes, sont étroitement liées. Si l'on répond oui à la seconde, il est

gner devant le *forum originis* ou *domicilii* et le défendeur du *jus domum revocandi*.

(1) Jobbé-Duval, *N. R. H.*, p. 657, n. 2.

(2) Bülow, *Processeinreden*, p. 85 et ss. ; Schott, *Gewähren des Rechtsschutzes*, pp. 25-27.

nécessaire de résoudre la première par l'affirmative, car on ne peut admettre sans se heurter à de multiples invraisemblances que les centumvirs aient été seuls compétents en matière de revendication ou de procès de liberté par exemple.

Déjà nous avons nié que, pendant toute sa durée, le tribunal des centumvirs n'ait connu que des procès d'hérédité (1) et en ait connu à l'exclusion de tout autre tribunal (2). Pourtant nous avons beau restreindre la portée du texte de Justinien, nous devons avouer que, si notre exception a servi à sauvegarder l'*auctoritas centumviralis*, c'est qu'*en fait* pendant une longue période les centumvirs ont été seuls compétents pour les procès d'hérédité. Car comment imaginer que le défendeur pût repousser le demandeur qui l'assignait devant l'*unus iudex*, si ce dernier était compétent ?

L'hypothèse est d'ailleurs loin d'être gratuite ; elle cadre avec les enseignements des textes qui nous montrent à plusieurs points de vue les liens qui unissaient les centumvirs aux questions d'hérédité (3).

Comment s'explique cette compétence exclusive de fait ? — On en a cherché la raison dans les avantages que le demandeur pouvait trouver aux formes rigoureuses

(1) Cf. p. 57, n. 2.

(2) Cf. p. 58, n. 2.

(3) Presque tous les textes qui attribuent compétence aux centumvirs sont relatifs à des procès d'hérédité ; influence exercée par les centumvirs dans les questions successorales, en particulier sur la théorie de la *querela inofficiosi testamenti* (Chabrun, *La querela inofficiosi testamenti*, 1906, *passim*) ; — synonymie pour les écrivains de l'époque post-classique des mots *causae centumvirales* et *causae hereditariae*, V. p. ex. S. Jérôme, *Epistola ad Dominionem*, 20,2 (Migne, t. XXII, p. 313).

de la *legis actio* qui n'étaient employées que devant le tribunal des centumvirs, dans la jurisprudence hardie de cette cour qui se manifeste particulièrement au sujet de la *querela inofficiosi testamenti*. Mais ces raisons sont insuffisantes. La procédure centumvirale était établie en faveur du défendeur non moins qu'en faveur du demandeur et pouvait se retourner contre ce dernier ; la preuve, c'est qu'on envisageait notre exception comme destinée à le forcer de s'adresser aux centumvirs (1).

Pourtant le principe de l'économie des hypothèses nous interdit de croire à l'intervention du législateur. En l'absence de tout document nous ne pouvons supposer que des lois successives donnèrent et enlevèrent alternativement aux centumvirs la connaissance exclusive de certains procès (2). Nous devons donc reconnaître ici l'influence de l'action plus souple du préteur. Sans aucun doute le préteur déniait l'action de la loi au demandeur qui intentait la pétition d'hérédité devant l'*unus iudex* et faisait usage des mesures de coercition habituelles contre le défendeur qui refusait de comparaître devant les centumvirs. Le préteur se bornait ainsi à remplir son rôle très large de directeur des procès et les mouvements de vogue et d'abandon du grand jury correspondent aux politiques diverses des préteurs successifs qui s'inspiraient fidèlement sans doute des

(1) *Contra*, Wlassak (Pauly-Wissowa, III, p. 1945) qui prétend que l'une ou l'autre des deux parties pouvait décliner la compétence du tribunal des centumvirs : la raison indiquée au texte nous empêche de l'admettre pour le demandeur ; quant au défendeur on ne voit pas comment il aurait pu refuser de comparaître devant le tribunal des centumvirs ; les textes ne laissent apparaître aucune trace d'un semblable moyen de défense.

(2) Hugo Krüger, art. cit., p. 511.

nécessités de la pratique, des sénatusconsultes, des recommandations des empereurs, des variations de l'opinion publique ; — si bien que le tribunal des centumvirs ne fut probablement jamais aboli par un texte formel, mais disparut de lui-même lorsque le préteur lui eut retiré sa faveur (1). Cela explique qu'au temps de saint Jérôme ou même de Justinien les centumvirs soient demeurés dans l'esprit des écrivains comme la plus haute juridiction compétente pour les questions d'hérédité.

Quel était donc au juste le rôle joué par notre exception par rapport aux centumvirs ? Manifestement elle n'a pas pour résultat direct d'assurer leur compétence exclusive en matière successorale, car, nous l'avons établi, elle n'a qu'un effet : obliger le demandeur à intenter la pétition d'hérédité. Mais le demandeur contraint d'employer cette action se heurtera à l'opposition du préteur s'il s'adresse à un autre tribunal que celui des centumvirs. Ainsi *en apparence* c'était l'exception qui obligeait le demandeur à assigner son adversaire devant le tribunal des centumvirs ; *en réalité* ce rôle était rempli par une simple *denegatio actionis* (2). On comprend l'illusion d'optique des commentateurs qui n'ont regardé que le résultat définitif ; mais, pour prendre une vue scientifique du but es-

(1) Jörs, *Röm. R. W.*, p. 190 et ss.

(2) Au contraire tous les auteurs qui ont traité la question considèrent que l'exception était accordée par le préteur dans le but de faire respecter la compétence des centumvirs. V. p. ex. Martin, *op. cit.*, p. 108. Mais c'est raisonner comme Justinien : d'après les apparences. Pourtant il faut nécessairement choisir : ou bien croire avec Velsen que l'exception préjudicielle n'est qu'un moyen déclinaatoire de compétence ayant pour but la sauvegarde de l'*auctoritas centumviralis* ; ou bien avouer que cette sauvegarde n'est qu'un effet indirect, accessoire de l'exception.

sentiel de l'exception, il importait de dissocier les éléments qui concourent à la production de ce résultat.

III. — L'exception « *quod praejudicium hereditati non fiat* » et le sénatusconsulte Juventien.

De même que la création du tribunal centumviral, les réformes du sénatusconsulte Juventien renforcèrent le prix de l'exception *quod praejudicium hereditati non fiat*. En favorisant le possesseur de bonne foi défendeur à la pétition d'hérédité, elles augmentèrent la raison d'être d'un moyen de défense qui obligeait le demandeur à intenter cette pétition d'hérédité. Mais l'apparition du sénatusconsulte ne fut qu'un épisode accessoire dans l'histoire de notre institution dont le but et le mécanisme ne regurent aucune déviation (1).

A plus forte raison nous semble-t-il impossible d'attribuer au sénatusconsulte Juventien l'origine de l'exception préjudicielle, ainsi que M. Oertmann l'insinuait dans un bref compte rendu (2) ; nous avons réfuté par avance cette idée en montrant que l'institution était beaucoup plus ancienne et nous aurons l'occasion de constater que dans la théorie de l'exception rien ne rappelle la fameuse distinction entre les possesseurs de bonne et de mauvaise foi qui constitue la base même du sénatusconsulte.

(1) Nous verrons à propos du frag. 5, 3, 25, 17 que le sénatusconsulte Juventien n'eut pas pour effet d'élargir le cercle des personnes qui pouvaient opposer l'exception préjudicielle ; nous constaterons également que la distinction faite par le sénatusconsulte entre les possesseurs de bonne et de mauvaise foi demeura sans application dans notre matière.

(2) Oertmann, *art. cit.*, p. 8. D'ailleurs M. Oertmann se borne à indiquer l'idée qu'il ne développe pas systématiquement et pour laquelle il n'apporte pas la moindre preuve. *Contra* Velsen *Z. S. St.*, 1901, pp. 104 et 105, Jobbé-Duval, *N. R. H.*, 1904, pp. 563-565.

L'exception *q. p. hereditati n. f.* protège tous les défenseurs à la question d'hérédité et la sauvegarde spéciale du possesseur de bonne foi n'est qu'un résultat fortuit de la combinaison de l'exception préjudicielle et du sénatusconsulte Juventien. Aucun autre indice ne permet de supposer qu'un pareil rapport eut existé entre les deux institutions (1); et nous nous demandons comment M. Oertmann expliquerait alors la raison d'être de l'exception *q. p. praedio n. f.* qui, elle, ne peut pas être rattachée au sénatusconsulte Juventien.

§ II. — Conditions d'application de l'exception.

II. — Les actions repoussées par l'exception.

Ulpien enseigne que rien ne doit être fait qui puisse exercer un *praejudicium* sur la pétition d'hérédité (2); et Nératius remarque qu'une communauté de questions suffit à créer un *praejudicium* d'un procès à un autre (3). L'exception *q. praej. hereditati non fiat* est loin de s'opposer à toutes les actions qui rentrent dans ce large domaine des *praejudicia* prohibés en faveur de la pétition d'hérédité. Nous avons remarqué qu'elle suppose une communauté de but entre la pétition d'hérédité et le *judicium* intenté à tort. Quelles sont les actions qui répondent à cette définition plus étroite ?

Les textes ne nous parlent que du concours entre la pétition d'hérédité et la revendication des objets de la succession (4); mais l'exception fonctionne aussi bien

(1) Voir les rapprochements de dates dans Jobbé-Duval, *art. et loc. cit.*

(2) D., 5, 3., *De her. pet.*, 5, 2.

(3) D., 44, 1, *De exc.*, 21.

(4) Nous verrons qu'il faut réserver une place à part à l'action *familiae erciscundae*.

toutes les fois que le demandeur intente une autre action particulière alors que son but réel est d'enlever l'hérédité elle-même à celui qui en est possesseur ou au moins de lui réclamer quelque chose à titre héréditaire (1). Gaius lui-même nous le rappelle; il ne nous cite la revendication que comme un exemple des actions auxquelles peut s'opposer l'exception préjudicielle: *veluti cum* (2).

Nous avons un moyen bien simple pour dresser la liste de ces actions: ce sont les mêmes qui sont englobées dans la pétition d'hérédité et qui en revanche ne peuvent être intentées en dehors de cette dernière (3); or, celle-ci comprend toutes les actions du défunt et en principe toutes les actions acquises par l'hérédité considérée comme patrimoine vivant, car toutes ces actions aussi bien que la revendication poursuivent le même objet que la pétition d'hérédité: le demandeur ne peut prouver son droit qu'après avoir démontré qu'il est héritier et l'action normale qui est destinée à établir cet état est la pétition d'hérédité (4).

(1) Les auteurs n'envisagent plus cette question depuis que Bülow a démontré l'inexistence de l'*exceptio praejudicialis*. Devons-nous l'attribuer à un excès de réaction contre celle-ci ?

(2) Gaius, 4, 133.

(3) Malgré quelques hésitations que nous signalerons plus bas, cette méthode a déjà été employée par Dernburg (*op. cit.*) qui étudie successivement les actions qui rentrent dans la pétition d'hérédité et qui, par conséquent, peuvent être repoussées par l'exception préjudicielle (pp. 50-69); et les actions qui sont exclues de la pétition d'hérédité et qui n'ont rien à faire avec cette exception (pp. 69-85).

(4) 5, 3, 18, 2; 44, 2, 5, 7, 4. — Ces actions dont nous dressons la liste sont aussi celles qui, lorsque se sera pleinement formée la théorie de l'*eadem quaestio*, joueront le même rôle que la pétition d'hérédité par rapport à l'exception de chose jugée, aux termes de la loi 3 et de la loi 7, § 4 et 5 (*D.*, 44, 2, *De exc. rei jud.*). La commu-

Il en est ainsi de toutes les autres actions réelles qui viennent du *de cuius* (1) et des actions personnelles que le prétendant à la succession intente contre le débiteur du défunt qui s'affirme lui-même héritier (2) ; mais nous ne devons pas raisonner différemment pour le cas où le

nauté d'objet constitue le fondement de l'exception de chose jugée à l'époque classique aussi bien que celui de l'exception préjudicielle.

(1) Application de ce principe est faite dans 5, 3, 19, 2 : *Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem.* — Aux actions réelles on assimile les interdits par lesquels seraient réclamés des objets mis en gage, en dépôt ou en prêt chez le défunt, 5, 3, 19, *pr.* — 5, 3, 19, 3 semble contredire ce principe en ce qui concerne les actions relatives aux servitudes : *Servitutes in restitutionem hereditatis non venire ego didici, cum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus, sed si non patiatur ire et agere, propria actione convenietur* ; ainsi on exclurait de la pétition d'hérédité les actions confessoires tout au moins ; et telle était en effet la conclusion de Doneau (§ 12), de Favre (*ad fr. cit.*), de Glück (*Comm.*, vol. 7, p. 539) ; Accurse (8, 5, 7) au contraire enseigne que cette opinion de Paul lui est personnelle (*ego didici*) et ne repose sur rien. De fait Paul base son affirmation non pas sur un principe juridique, mais sur un fait qui est sans portée : les servitudes ne donnent pas lieu à une restitution. Assurément, du moins pour les servitudes prédiales ; mais n'en est-il pas de même pour n'importe quelle action personnelle ? La pétition d'hérédité amènera le juge à prononcer les dommages-intérêts, à prescrire des destructions de travaux, à exiger une *cautio de non amplius turbando* comme si le demandeur avait intenté une action confessoire. Nous ne voyons aucune raison de faire une théorie différente pour celle-ci. Dernburg (*op. cit.*, pp. 82-85) qui conclut dans le même sens qu'Accurse trouve pourtant une objection dans ceci que le défendeur condamné pourra ultérieurement violer la servitude et se croit obligé de décider que l'exception *rei judicatae* ne s'opposera pas plus tard à l'action confessoire devenue à nouveau nécessaire. Tel n'est pas le mécanisme employé : l'exception sera délivrée, mais le demandeur la paralysera au moyen de la réplique « *si secundum me iudicatum non est* » (D., 20, 1, *De p. et h.*, 16, 5).

(2) D., 5, 3, *De her. pet.*, fr. 16, § 3 ; fr. 18, § 2, etc.

demandeur réclame au possesseur de l'hérédité un objet qui, sans provenir directement du défunt, a été acquis à l'hérédité : fruits, créances rentrées, prix d'objets vendus, objets achetés avec l'argent de la succession, acquisition des esclaves héréditaires (1). De même enfin les créances acquises directement à la succession ne peuvent être réclamées que par la pétition d'hérédité et l'exception est opposable si l'héritier intente une action particulière contre un débiteur héréditaire qui est son concurrent à l'hérédité (2).

Paul fait lui-même l'application de ces idées à l'*actio*

(1) *Eod. tit.*, fr. 20 § *pr.* 21, fr. 22, 23, 26 et ss., etc.

(2) *Eod. tit.*, fr. 13, § 15, fr. 14, fr. 15, fr. 16, etc. — Nous ne pouvons pas faire de distinction entre les trois hypothèses prévues au texte, du moins pour l'époque classique. Dernburg au contraire distingue trois catégories d'actions (*op. cit.*, p. 81) : 1° Les droits qui viennent du *de cuius* ne peuvent être réclamés que par la pétition d'hérédité ; 2° les droits acquis personnellement par l'héritier et tous ceux qui sont nés après l'adition ne peuvent pas être poursuivis par la pétition d'hérédité ; 3° mais ceux qui ont été acquis pendant la jacence de l'hérédité peuvent être au choix du demandeur réclamés par la pétition d'hérédité ou par l'action particulière. Nous croyons pour nous qu'à l'époque de Pomponius il existait encore quelques flottements qui étaient sans doute causés par la vieille opinion d'après laquelle l'héritier est supposé propriétaire de l'hérédité jacente (Girard, *Manuel* 4, p. 573, n. 3) ; et c'est ce qui explique la doctrine encore hésitante de Pomponius (D., 5, 3, *De h. p.*, 36, 2). Mais dans les développements si complets du livre 15 *ad edictum* d'Ulpien nous voyons assimilées à tous points de vue les actions du défunt et les actions héréditaires proprement dites, si bien qu'il est parfois difficile de savoir desquelles il s'agit. Dernburg (p. 72) invoque en faveur de sa distinction tripartite le frag. 13, § 1 du titre *De servo corrupto* (D., 11, 3) ; mais dans ce texte le défendeur n'est pas un prétendant à l'hérédité, mais un simple *possessor pro possessore*. Il n'y a du reste aucune raison pour ne pas donner l'exception préjudicielle aussi bien contre les actions héréditaires proprement dites que contre les actions du défunt.

judicati qui ne peut s'intenter que sous la forme de la pétition d'hérédité (1). Nous ne possédons pas de texte pour la *translatio*, mais l'analogie nous permet d'arriver aux mêmes conclusions : lorsque l'héritier continue le procès intenté par son auteur contre un débiteur, ce dernier peut s'opposer par l'exception préjudicielle à la *translatio iudicii* pure et simple s'il prétend être lui-même héritier ; le demandeur devra user de la pétition d'hérédité (2).

L'action *familiae erciscundae* ne présente pas la même particularité que les actions que nous venons d'énumérer ; elle ne poursuit pas un des objets compris dans la pétition d'hérédité et son rôle est d'intervenir après que la question d'hérédité a été vidée dans un procès préalable ; ici ne joue pas le principe de la spécialité des actions. Mais dans la pratique le demandeur commettait une erreur ou une fraude analogue lorsqu'il intentait la revendication au lieu de la pétition d'hérédité ou qu'il usait de l'action en partage avant de recourir à la pétition d'hérédité. Les inconvénients étaient sensiblement les mêmes. Dans les deux cas la question était mal posée et le mécanisme de la procédure était faussé puisque le demandeur intentait une action pour atteindre un but qui n'était pas prévu par le législateur ; les Romains redoutaient un *praejudicium* contraire à l'ordre logique des procès.

Ajoutons que la pétition d'hérédité déduisait en jus-

(1) Paul, 49 *ad. ed.* (D. 5, 3, 20, 5).

(2) Koschaker, *Translatio iudicii*, 1905, p. 277-8. — M. Koschaker se fait à lui-même une objection tirée de D., 4, 8, 32, 40, texte qui parle d'une *denegatio actionis*. Nous retrouverons plus loin ce texte.

tice l'action *familiae erciscundae* (1) ; au point de vue pratique on traite comme une action concurrente une action qui n'est que postérieure.

Pourtant nous ne sommes pas loin de supposer que l'action *familiae erciscundae* ne fut qu'après coup introduite dans un système où elle n'avait pas été prévue. Nous ne pensons pas que Gaius y fasse allusion dans le paragraphe 133 du Commentaire IV de ses Institutes (2). Dans trois autres de nos textes elle n'est certainement pas visée. Cette application de l'exception préjudicielle ne figurait sans doute pas dans l'Édit ; il est même possible que son usage ait été limité à la province. Remarquons en effet que cette variété de l'exception n'est mentionnée que dans un passage du Commentaire de l'Édit provincial de Gaius. Ce jurisconsulte lui applique d'ailleurs, ainsi que nous le verrons, des règles normales de l'exception ordinaire (3).

II. — Conditions relatives au demandeur.

L'exception ne peut naturellement s'opposer qu'au demandeur qui a l'intention de se porter héritier ou au moins de baser sur l'hérédité sa revendication ou sa demande en paiement. Par exemple, si l'héritier a usucapé

(1) D., 44, 2, *De exc. rei jud.*, 8.

(2) Gaius paraît bien dire que l'exception n'a lieu que dans un cas précis (*et locum habet cum*) et ce cas ne comprend que l'exercice d'une action particulière : *singulas res, unius*...

(3) C'est ici que nous devrions nous demander si l'exception préjudicielle s'applique seulement lorsque la *res major* est déjà intentée (théorie de Bülow), ou sans distinction entre les procès pendants et futurs. Cette étude sera plus avantageusement entreprise après l'examen des rapports de l'exception et de la théorie de la chose jugée.

pro emptore un objet héréditaire, cet objet ne sera pas compris dans la pétition d'hérédité ; il pourra et devra le revendiquer et dans ce cas aucune exception préjudicielle ne lui sera opposable :

Quod si pro emptore usucapio ab herede impleta sit, non veniet in hereditatis petitione : quia heres, id est petitor, eam vindicare potest nec ulla exceptio datur possessori (1).

Ce passage montre d'une manière intéressante comment les deux actions s'excluent. Quand la pétition d'hérédité est donnée, la revendication ne peut fonctionner, mais lorsque la revendication est possible, la pétition d'hérédité est refusée. Notre théorie en reçoit une nouvelle force.

Le défendeur ne peut pas deviner que son adversaire se

(1) D., 5, 3, *De Her. pet.*, 19, 1. — Planck, *op. cit.*, p. 216 ; Francke, *op. cit.*, p. 206 ; Velsen, *exc. praej.*, pp. 39-40, reconnaissent que l'exception ainsi visée est bien l'exception préjudicielle. Planck rapproche ce texte du frag. 49 (*cod. tit.*) et suppose sans raison que le défendeur est un tiers à qui le possesseur de l'hérédité a vendu une chose de la succession ; en réalité il s'agit du possesseur de l'hérédité lui-même qui en principe peut seul être défendeur à une pétition d'hérédité (5, 3, 13, 4) ; le fragment tout entier, ainsi que les fragments 18 et 20, ne parle que des rapports entre le prétendant à l'hérédité et le possesseur *pro herede* ou *pro possessore*. — Dernburg (*loc. cit.*, p. 79, n. 48 et p. 80) rééditant une opinion du président Favre (*Rationalia ad Pandectas, ad h. loc.*) pense que l'exception à laquelle il est fait allusion ici est l'exception *rei in iudicium deductae*. L'héritier, explique-t-il, peut, après avoir exercé la pétition d'hérédité, intenter l'action en revendication relativement aux objets usucapés par lui. Mais cette interprétation fausse le sens naturel de la phrase. Il n'y a pas de pétition d'hérédité, dit Paul, parce qu'il existe déjà une revendication à laquelle n'est opposable aucune exception. Dernburg lui fait dire : il n'y a pas de pétition d'hérédité, en conséquence il n'y a pas d'exception (Cf. Francke, p. 206, Velsen, p. 40, n. 1).

présente en qualité d'héritier. Devons-nous admettre qu'il a le droit de lui adresser une *interrogatio in iure* analogue à celle dont nous avons admis l'existence en faveur du demandeur ? Cela est peu vraisemblable. Le défendeur devra donc faire insérer une exception préjudicielle dès qu'il aura vent des prétentions de son adversaire et sans doute les débats *in iure* le fixeront sur ce point (1). Aucune hésitation n'est possible lorsque c'est l'action *familiae exerciscundae* qui a été intentée.

Une fois l'exception insérée et la *litis contestatio* opérée, c'est au juge qu'il appartiendra de voir si le demandeur base sa prétention sur sa qualité d'héritier ; il ne pourra le constater qu'après avoir pris connaissance des moyens allégués par celui-ci, c'est-à-dire après l'examen du fond du droit. Cela est fort compréhensible pour l'exception, mais beaucoup moins pour la prescription qui, d'après la théorie courante, doit être examinée avant la question matérielle. Nous reviendrons sur ce point.

Enfin le demandeur doit pouvoir intenter la pétition d'hérédité, sans quoi l'exception n'aurait aucun sens ; en conséquence il ne doit point posséder les objets qu'il revendique à titre héréditaire ou pour lesquels il demande le partage. Cette remarque n'a pas de portée lorsque l'action repoussée est une action particulière comprise dans la pétition d'hérédité, car l'héritier n'aurait ni droit,

(1) Rappelons-nous le passage où Cicéron parle de l'importance des débats *in iure* (*Partitiones oratoriae*, 28, 99-100). Sur la longueur des discussions engagées devant le préteur, cf. Ihering, *Esprit du droit romain*, traduct. Meulenaere, § 80, et *contra*, Karlowa, *Beitr.*, pp. 12-16 et Bülow, *Processeinreden*, p. 202. — Pour nous le rôle du préteur est précisément d'examiner suffisamment le fond de l'affaire pour savoir quelle véritable action lui convient.

ni intérêt à revendiquer un objet qu'il possède, mais elle trouve son application lorsque l'action est le *judicium familiae erciscundae* : Quand le demandeur n'est pas possesseur de sa part, il peut intenter cette action en partage, mais son adversaire qui possède et qui lui dénie la qualité de cohéritier a le droit de riposter en faisant insérer l'exception préjudicielle ; si le demandeur est possesseur de sa part prétendue, cette exception est sans valeur, en sorte que le juge devra dans un même procès examiner successivement deux questions : la question d'hérédité et la question de partage, car il est bien évident que ce juge ne peut prononcer l'*adjudicatio* sur l'action *familiae erciscundae* avant d'être sûr de la qualité d'héritier des parties. Toutes ces remarques sont très clairement énoncées au fragment 1, § 1, *fam. erc.* (10, 2).

Quae quidem actio (familiae erciscundae) nihilominus ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet : sed si qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem « si in ea re, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat. » *Quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio* : quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit : nisi enim coheres sit, neque adjudicari quicquam ei oportet neque adversarius ei condemnandus est.

III. — Conditions relatives au défendeur.

Seul, le possesseur *pro herede* peut opposer notre exception. D'ailleurs il ne faut faire aucune distinction entre les possesseurs de bonne ou de mauvaise foi. Aucun

texte ne le permet et cela se comprend, car il est impossible de savoir si le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi avant que le juge ait étudié l'affaire. Au contraire nous pensons que le possesseur *pro possessore* ne bénéficie pas de l'exception (1). En effet ce n'est pas par faveur, ni pour une raison de fond que celui-ci est assimilé au possesseur *pro herede*, mais seulement pour dispenser le demandeur de faire sa preuve. Quelle raison y aurait-il de donner une exception *ne praejudicium fiat hereditati* à un individu qui ne se prétend pas héritier ? C'est à cette considération que nous rattachons la décision du fragment 49 (D., 5,3 *De Her. pet.*, Papinien, l. 3 *questionum*).

Si bonae fidei possessor hereditatis velit cum debitoribus hereditariis aut qui res hereditarias occupaverint consistere, audietur, utique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant (2). Petitor autem hereditatis *citra metum exceptionis* in rem agere poterit. Quid enim si possessor hereditatis neglegat ? Quid si nihil juris habere se sciat.

Cet individu contre qui l'héritier peut revendiquer

(1) Francke, pp. 144, 145 ; Leinweber, *Die hereditatis petitio*, p. 45 ; Cuq, *Institutions*, t. II, p. 642. — *Contra*, Jobbé-Duval (*N. R. H.*, 1904, pp. 56, 67), et les auteurs cités par lui. M. Jobbé-Duval invoque la généralité des expressions dont se servent plusieurs textes, en particulier au Digeste 44, 1, 13 et 47, 19, 3 et au Code 3, 31, 12.

(2) M. Lenel (Palingénésie, *Papinianus*, n° 98) enseigne que la question posée par cette première phrase est de savoir s'il y a lieu à *restitutio in integrum*. Tel ne nous semble pas être le sens. Papinien accorde l'action à la fois au possesseur et au demandeur, précisément à cause du danger de l'extinction définitive des moyens de droit (*ne inter moras actiones intercidant... Quid enim — se sciat*).

n'est pas un acquéreur (*qui res hereditarias occupaverint*), ni un possesseur *pro herede*, puisque le texte distingue entre trois personnages ; il s'agit d'un possesseur *pro possessore* ; contre lui l'héritier peut agir sans crainte d'être repoussé par une exception préjudicielle : nous ne voyons pas en effet de quelle autre exception il pourrait être question dans ce passage (1). Aussi plusieurs textes laissent à l'adversaire du possesseur *pro possessore* le libre choix entre l'action particulière et la pétition d'hérédité (2).

IV. — *L'exception « quod praejudicium hereditati non fiat » et les tiers acquéreurs.*

Les tiers ont-ils en principe le droit de faire usage de l'exception *q. p. hereditati n. f.* (3) ? Cette question a

(1) Les auteurs se livrent à de nombreuses discussions sur ce point ; nous pensons que la question est définitivement vidée. Cf. en dernier lieu Francke, *op. cit.*, pp. 374-378 ; Velsen, *exc. praej.*, p. 39, n. 3.

(2) Cf. en particulier au Digeste : 11,3,13,1 ; 25,2,6,5 et 6 ; 25,2,21,1 ; 47,19,2,1.

(3) La question se pose ordinairement pour les commentateurs à propos du célèbre fragment 25, § 17 au titre *De her. pet.* (5,3). Ce fragment reconnaît-il, oui ou non, une exception préjudicielle au profit de l'individu qui a acquis du possesseur de l'hérédité un objet de la succession et qui est poursuivi par la revendication de l'héritier ? La plupart des glossateurs comme Accurse (*Comment. ad Pand., hoc titulo*) ; Bartole (*Ad leg. Sed et si leg.*, § *Item si rem opp.*, I, p. 411) ; Paul de Castro (*Comment. ad Pand., h. tit.*), puis Voet (*id.*) enseignent que le défendeur possède cette exception sous la forme d'une exception du sénatusconsulte Juventien ; — Doneau (*Commentarii juris civilis*, I, 19, c. 14, § 30), déclare que l'acquéreur possède une exception quand il a un recours contre le possesseur de bonne foi. Haloander (*Digesta, h. tit.*) refuse au contraire l'exception et remplace dans notre texte *nisi* par *licet* ; de même le président Favre (*rationalia ad Pandectas, h. tit.*). Cf. les autres post-

été souvent débattue ; il nous semble pourtant qu'elle n'a jamais été bien posée parce qu'on ne lui a pas donné sa vraie portée. On a voulu en rattacher la solution à la théorie du sénatusconsulte Juventien et au problème moderne du sort des aliénations consenties par l'héritier apparent ; et on est ainsi parti d'idées préconçues relatives au fond du droit sans se préoccuper de la nature et de la fonction de l'exception préjudicielle.

Nous devons tout de suite faire remarquer que ces deux considérations sont inconciliables. Il faut choisir. Dira-t-on que l'exception a pour but d'assurer la solidité des aliénations consenties par l'héritier apparent ? Il faudra avouer qu'alors elle est étrangère à la distinction des possesseurs de bonne et de mauvaise foi établie par le Juventien, car l'héritier apparent peut être de bonne ou de mauvaise foi. D'une manière plus générale, les partisans du premier système prétendent que l'exception a pour fin de favoriser tous les acquéreurs des biens héréditaires ; les partisans du deuxième la considèrent comme destinée à couvrir les possesseurs de bonne foi, et les intérêts de ces deux catégories d'individus sont en contradiction. Pourtant les glossateurs

glossateurs cités dans ce sens par Francke (pp. 308-309). Parmi les modernes Planck (*op. cit.*, p. 228 et ss.) admet qu'en principe les actions dirigées contre les tiers obéissent aux mêmes règles que les actions dirigées contre le possesseur de l'hérédité. Dernburg (p. 85 et ss.) développe la théorie intermédiaire de Doneau. C'est cette théorie qui peut être considérée comme courante. Cf. la longue liste d'auteurs cités par Serafini (*Archivio*, 1878, 20, p. 406, n. 5) ; Francke (*op. cit.*, pp. 302-311), revient au système du président Favre ; il est suivi avec des divergences de détail par Bolze, *Arch. f. c. P.*, 57, p. 272 ; Serafini (*art. cit.*, p. 404 et ss.) ; Girard, *Manuel*⁴, p. 903, n. 2.

et plusieurs auteurs modernes ont couramment confondu ces notions qu'ils visent en bloc, au grand préjudice d'une question déjà fort embrouillée. Examinons la valeur des deux idées dissociées.

Est-il vrai que les Romains aient eu l'intention d'assurer la sécurité des transactions en décidant que les ventes consenties par l'héritier apparent seraient valables ? Non, ils n'ont pas dégagé dans toute son ampleur ce principe moderne (1) ; l'héritier romain n'est pas déchû de son droit de propriété par le fait que le possesseur de l'hérédité a vendu un des biens de la succession ; il conserve donc comme tout propriétaire le droit de réclamer à leurs détenteurs les objets dépendant de la succession. Plusieurs textes font l'application de cette idée. Le fragment 13, § 4 (5,3) donne en tout cas à l'héritier une pétition d'hérédité contre l'acquéreur de la succession entière (2) ; le fragment 16 (*eod. tit.*) statue de même en ce qui concerne l'acquisition des objets particuliers vendus par le possesseur afin d'exécuter les fideicommiss du testament ; le fragment 25, § 17 (*eod. tit.*) admet également en principe une revendication.

Aussi cette première opinion est-elle généralement rejetée. De fait nous la croyons théoriquement fautive ; elle part d'un point de vue qui est étranger au droit romain. Nous verrons pourtant que les résultats auxquels elle conduit étaient en grande partie sanctionnés par les textes : Si *ipso jure* l'héritier conserve le droit d'intenter une revendication contre l'acquéreur des biens héréditaires,

(1) C'est le principe français dont nous parlerons plus loin.

(2) Cf. aussi le fr. 13,9, *eod. tit.* pour les ventes consenties par le fisc qui occupe une hérédité vacante. Le fisc est pourtant, lui aussi, soumis à la garantie contre ses acheteurs.

res, l'exception préjudicielle le forcera à se retourner d'abord contre le possesseur, et parfois à se contenter du prix de la chose aliénée.

Mais aujourd'hui aucun romaniste ne pense que les acquéreurs de l'hérédité ou d'un objet héréditaire possèdent dans tous les cas une exception contre l'héritier. On soutient seulement que cette exception est accordée à l'acquéreur lorsqu'elle est profitable au possesseur de bonne foi de l'hérédité ; le sénatusconsulte Juventien a pour but d'exonérer ce possesseur de toutes les pertes directes et indirectes que pourrait occasionner son erreur. Non seulement, dit-on, il n'est comptable envers l'héritier que de son enrichissement réel, mais encore, lorsqu'il a vendu un objet de la succession, l'héritier ne peut pas intenter une revendication contre l'acheteur, car celui-ci est muni d'un recours contre son auteur ; l'action de l'héritier atteindrait par répercussion le possesseur de bonne foi (1).

Depuis un demi-siècle cette conception a été vivement attaquée par d'éminents auteurs qui enseignent que jamais les acquéreurs du possesseur de bonne foi ne possèdent ni en leur nom, ni au nom de leur auteur une exception préjudicielle (2). Quant à nous, nous ne partageons aucun de ces deux systèmes. Contre le second nous serons amenés à reconnaître l'existence d'une exception préjudicielle au profit des acquéreurs du possesseur de l'hérédité, mais nous assignerons à cette exception un domaine et des effets bien différents de ceux qui

(1) Théorie des glossateurs reprise par Dernburg, etc. Cf. p. 62, n. 1.

(2) Théorie du président Favre renouvelée par Francke, Girard, etc. Cf. p. 62, n. 3.

lui sont reconnus par le premier. Les deux textes où l'on a essayé de trouver une solution précise du problème (D., 5, 3, 13, 4 et 5, 3, 25, 17) ont été interprétés dans les sens les plus différents ; avant d'en aborder l'étude examinons le principe même sur lequel s'appuient ceux qui prétendent que l'exception préjudicielle est conférée aux tiers dans le but d'assurer l'immunité complète du possesseur de bonne foi. Celui-ci ne doit rendre à l'héritier que le montant de son enrichissement, mais est-il vrai qu'il soit protégé contre toutes les pertes que pourraient indirectement lui causer sa gestion de la succession ?

Les textes ne contiennent rien de semblable. Les termes de l'*oratio* d'Hadrien qui précéda le sénatusconsulte Juventien, ceux du sénatusconsulte lui-même et des Commentaires sont nettement restrictifs ; ils ne s'occupent pas tant d'exonérer le possesseur de bonne foi de tout dommage que de lui ordonner la restitution de tout son enrichissement (1). D'autres passages montrent que le possesseur de bonne foi n'est pas mis à couvert de toutes les conséquences de son erreur : S'il a dépensé avec prodigalité son propre patrimoine parce qu'il croyait être enrichi, il ne pourra rien retenir de la succession qui a causé sa ruine (2). Ainsi il est loin d'être démontré que le possesseur de bonne foi doive être protégé contre les inconvénients qui résulteraient pour lui d'un recours de son acquéreur.

(1) *Eod. tit.*, fr. 20, § 6, 17 ; fr. 22 ; fr. 28.

(2) *Eod. tit.*, fr. 25, §§ 12-14. — Sur tous ces textes et sur ces idées, cf. Francke, Seraphini (*op. cit.*), Girard, *Manuel*⁴, p. 903. Nous interpréterons dans ce sens 13, 4, *eod. tit.*, ; le frag. 16, § 17 ne distingue pas non plus entre les possesseurs de bonne et de mauvaise foi ; il donne dans tous les cas une revendication sans exception.

Mais, même en admettant ce principe, comment les Romains auraient-ils pu songer à un moyen aussi bizarre de protéger le possesseur de bonne foi ? Si vraiment la sauvegarde de ce personnage avait été pour eux quelque chose d'aussi sacré qu'on le prétend, ils n'avaient qu'à refuser à l'acquéreur tout recours pour cause d'éviction ; — car dans la théorie que nous réfutons l'acquéreur ne compte pas aux yeux du législateur et, quand les intérêts de son vendeur ne sont plus en jeu, il est résolument sacrifié. Ne voit-on pas l'imperfection d'une exception qui dépendrait de l'initiative de l'acquéreur et non pas de celui à qui elle doit profiter ? Ensuite ce moyen ne correspondrait pas du tout au but qui l'aurait fait naître : l'exception préjudicielle ainsi accordée à l'acheteur serait impuissante à éviter au possesseur les dommages dont on voudrait l'exonérer. En effet, après avoir intenté la pétition d'hérédité, le demandeur qui n'a pas obtenu au moins le prix des objets vendus peut intenter une action réelle contre les détenteurs des objets dont il est propriétaire et il est bien certain qu'alors ceux-là ne peuvent pas riposter par une exception préjudicielle (1). Enfin, — et cette dernière objection nous semble décisive, — nous ne pouvons comprendre comment les Romains auraient accordé une exception préjudicielle à l'acquéreur du possesseur de bonne foi et l'auraient refusée à l'acquéreur du possesseur de mauvaise foi ; la bonne foi n'est pas une chose qui éclate aux yeux et nous ne pouvons croire que la bonne foi d'un tiers puisse faire l'objet d'une discussion entre l'acquéreur et l'héritier (2).

(1) Cf. les fr. 13, § 4 et 9 et 16, § 7 (3,3) déjà cités.

(2) L'acquéreur ne saurait se défendre qu'en invoquant un motif

Encore un coup si l'on voulait protéger le possesseur de bonne foi, il n'y avait qu'un moyen : lui donner une exception contre le recours en garantie de son ayant cause.

En dehors de preuves aussi formelles, nous aurions du reste encore le droit de nous demander si les intérêts de l'héritier ne sont pas encore plus respectables que les intérêts du possesseur, fût-il de bonne foi. Il est à noter que les législations modernes qui valident les aliénations consenties par l'héritier apparent permettent à l'héritier réel de réclamer en tout cas au possesseur la valeur des objets vendus (1).

Le système des glossateurs rencontre ainsi plusieurs difficultés insurmontables. Des textes clairs qui lui donneraient raison seraient par ce seul fait fortement suspects d'interpolation. Or, de deux textes invoqués (2), l'un lui est manifestement contraire et le deuxième est

qui ne peut être débattu que dans le procès de la pétition d'hérédité elle-même : C'est un cercle.

(1) En France cette théorie ne s'appuie sur aucun texte de loi, mais a été construite par la jurisprudence et la doctrine. Pothier (*Propriété*, n° 429), Aubry et Rau (§ 616, 4^e éd., p. 437, n. 32), Planiol (*Droit civil*, 2^e éd., t. 3, n° 2054 et ss.), Dalloz (*Supplément au répertoire*, V^o *Succession*, n° 472). Le plus curieux c'est que beaucoup de civilistes français croient que le droit romain faisait perdre à l'héritier la chose et le prix et partent de là pour l'attaquer avec vivacité. La situation de l'individu qui a traité avec l'héritier apparent est réglée par l'art. 935 du Code civil italien : « *Sono sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente* » : Déjà le président Favre prenait nettement la défense du propriétaire héritier : « *Quid enim peccavit verus heres propter quod dominium rei suae ab alio distractae amittere debeat ?* » (*Rationalia*, édit. de Genève 1621, t. II, p. 310).

(2) Rappelons que le frag. 49, *cod. tit.*, est étranger à notre sujet ; il ne s'occupe pas d'un acquéreur du possesseur de bonne foi, mais est relatif à un simple occupant, *possessor pro possessore*.

d'une obscurité telle qu'il ne saurait constituer un appui sérieux ; ce qui en demeure véridique atteste l'existence d'un système tout différent.

Le fragment 13, § 4, au titre *De hereditatis petitione* (D., 5, 3) est relatif à l'acquisition de l'hérédité tout entière.

Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur ? Venditorem enim teneri certum est : sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse, an porrigi manus ad emptorem debeant ? et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem.

Pour un esprit non prévenu les solutions de ce texte apparaissent claires : 1° l'héritier possède une pétition d'hérédité contre l'ancien possesseur qui est un *possessor juris* (1) (*venditorem enim teneri certum est*) ; — 2° il possède aussi contre l'acheteur la revendication des objets particuliers dépendant de la succession ; — 3° il obtient enfin par surplus une pétition d'hérédité utile afin de pouvoir d'un seul coup réclamer toute la succession à son détenteur actuel. — En d'autres termes ce *possessor pro emptore* est assimilé dans l'intérêt du demandeur au *possessor pro possessore* : l'héritier peut intenter à son choix contre lui la pétition d'hérédité ou la revendication.

Les Glossateurs suivis par Dernburg (2) soutiennent au contraire que le demandeur qui intente une revendication contre l'acquéreur de l'hérédité est repoussé par une exception préjudicielle de peur que celui-ci ne se retourne contre le possesseur ; ils en trouvent la preuve dans ces

(1) Comparer avec 5, 3, 16, 7 : *veluti juris possessor est*.

(2) Dernburg, *op. cit.*, p. 92.

simples mots qui apparemment disent tout le contraire : *venditorem enim teneri certum est*. Mais, ajoutent-ils, on accorderait à ce demandeur une pétition d'hérédité utile dans les cas où n'existe aucun recours : le cas où le vendeur a disparu (non *extare venditorem*) et le cas où il a vendu sans garantie (*vel modico vendidisse*). La solution du fragment est moins compliquée. Remarquons seulement que la découverte d'une exception préjudicielle dans ce texte est une œuvre de pure imagination et que la fin du texte indique que la pétition d'hérédité fonctionne dans tous les cas. La preuve, c'est que cette action est accordée même dans l'hypothèse où le possesseur a vendu à bas prix, car comment Dernburg peut-il supposer que *vendere modico* signifie vendre sans garantie ? Ainsi ce texte se retourne contre ceux qui donnent une exception préjudicielle à l'acquéreur dans les cas où celui-ci possède un recours contre le possesseur de bonne foi et pour faire respecter le sénatusconsulte Juventien. Est-ce à dire que l'acquéreur de l'hérédité tout entière ne possède jamais l'exception ? — Nous reviendrons sur ce point après avoir élucidé la question pour l'acheteur d'un objet isolé.

Cette question est traitée dans le frag. 25, § 17, au même titre (Ulpian, l. 15, *ad edictum*).

Item si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emptore possit ? et si vindicet an exceptione non repellatur « quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venumdedit », quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores

reversuri sunt ad eum qui distraxit ? et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.

Ce texte suscite de nombreuses hésitations ; nous essaierons pourtant de conserver tout ce qui n'est pas certainement interpolé.

Quelle est l'espèce visée par ce fragment ? Il s'agit certainement d'une vente d'objets particuliers dépendant d'une succession. Dernburg croyait qu'il était question d'une vente de l'hérédité tout entière comme dans l'hypothèse du fragment 13, § 4, mais la première phrase et les mots « *quia pretium earum* » font allusion à une vente de choses isolées (1).

Ces objets ont été vendus par un possesseur de bonne foi qui ne s'est pas enrichi. Ulpian se demande : le prétendant à l'hérédité peut-il les revendiquer entre les mains de l'acheteur ? Aussitôt posée, cette question est résolue par l'affirmative ; la preuve, c'est qu'immédiatement Ulpian en soulève une seconde qui suppose qu'on a répondu « oui » à la première.

Mais alors cette revendication peut-elle être paralysée par une exception préjudicielle ? — Voici la raison de cette deuxième interrogation : il semble qu'il ne doive pas y avoir d'exception parce que dans l'hypothèse (le possesseur de bonne foi ne devant rembourser que le montant de son enrichissement), l'héritier ne peut pas obtenir le prix de la chose en intentant la pétition d'hérédité contre le vendeur, et il ne faut pas sacrifier cet héritier (2) : *Quia earum*.

(1) Il n'en est pas moins vrai que cette répétition de *rem* et de *singulas res* est singulière dans la bouche d'Ulpian.

(2) La construction grammaticale voudrait que l'on rattache *quia*

Le texte ajoute ensuite un argument en faveur de l'existence de l'exception : *Quamquam distraxit*. Nous ne pouvons considérer ce passage comme authentique, car nous verrons que la considération du recours contre le possesseur de bonne foi est sans influence pour l'existence de l'exception préjudicielle ; l'interpolation de la phrase *nisi habent* entraîne à notre avis celle des mots *quamquam distraxit* (1).

Ainsi Ulpien s'est déjà demandé : y a-t-il une action et il a implicitement répondu *oui* et ensuite : Y a-t-il une exception ? Le texte conservé ne porte aucune réponse ; nous savons seulement qu'Ulpien énonçait une objection contre l'exception. Cela nous oblige à supposer une solution négative (2) ; et ce qui le confirme, c'est que plus

non videtur à l'interrogation sous forme positive, *an vindicare possit*, plutôt qu'à l'interrogation sous forme négative, *an exceptione non repellatur* ; mais cela est impossible : 1° nous ne pouvons croire que l'explication *quia non videtur* aille chercher la première question en passant par dessus la seconde et surtout, 2° si l'on admettait que *quia...* soit une justification de la première question, il faudrait admettre que la revendication n'a pas lieu en principe, mais qu'elle peut avoir lieu dans le cas où le demandeur serait lésé ; or nous avons soutenu et soutiendrons que la revendication existe en principe. Pour le fond la justification *quia...* se rattache donc certainement à la question : Y a-t-il une exception ? Si en apparence elle semble se rattacher à la question : Y a-t-il une revendication ? il faut en faire grief aux remaniements postérieurs, car il est certain que la forme elliptique de ces deux explications en sens contraire, *quia — pretium earum et quamquam — distraxit*, qui se succèdent sans transition accuse une retouche grossière des compilateurs de Justinien. — Aussi nous pensons qu'avant la phrase *quia...* le jurisconsulte répondait « non » à la seconde question : Non, il n'y a pas d'exception à cause du préjudice que cela causerait au demandeur.

(1) Nous avons déjà fait remarquer dans la note précédente le lacunisme suspect de ces deux explications divergentes et accolées l'une à l'autre.

(2) Cf. p. 85, n. 2, *in fine*.

loin les phrases *Quid tamen ?* et *incipit exceptio* montrent clairement qu'aucune exception n'a été accordée jusque-là : Il n'y a pas d'exception préjudicielle parce que l'héritier ne peut pas réclamer par la pétition d'hérédité le prix de la chose vendue.

C'est sur la phrase suivante que s'est porté l'effort tout spécial des commentateurs. L'héritier peut en principe réclamer à l'acquéreur les objets vendus, mais cette phrase, contrairement à ce que nous avons soutenu, semble limiter la revendication aux cas très peu nombreux où l'acheteur ne possède pas de recours contre son vendeur, le possesseur de bonne foi (1) :

Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.

Les glossateurs et Dernburg voient naturellement dans ces mots une confirmation de leur théorie : l'acheteur aurait une question préjudicielle lorsqu'il peut se retourner contre le possesseur de bonne foi, afin que ce dernier ne subisse aucun dommage indirect.

Supposons que la phrase *nisi-habent* soit authentique, elle ne permettrait pas de conclure à l'existence d'une exception préjudicielle. Ulpien connaissait fort bien la différence qui existait entre un refus d'action et une exception. On ne pourrait donc parler que d'une absence de revendication, ce qui est loin d'être la même chose (2).

(1) Nous pensons que les mots « *Et puto posse res vindicari* » eux-mêmes, qui semblent énoncer une idée personnelle à l'auteur, ne peuvent pas être attribués à Ulpien. Nous avons vu en effet que ce n'était pas l'existence de la revendication qui faisait l'objet d'un doute, mais uniquement l'existence de l'exception et que le jurisconsulte avait déjà répondu *oui* implicitement à la question relative à la revendication.

(2) Cette distinction entre l'absence de revendication et l'exis-

Cette seconde solution est elle-même invraisemblable ; il faudrait admettre que le jurisconsulte se serait servi d'une forme étrange pour rendre sa pensée ; après avoir établi le principe de la revendication, il l'aurait immédiatement limité par une exception beaucoup plus vaste que la règle, car les aliénations donnent très ordinairement lieu à un recours en garantie (1).

En présence de ces difficultés de fond et de forme, de nombreux romanistes ont voulu corriger le texte pour lui faire signifier qu'au contraire la revendication n'avait jamais lieu. Haloander remplace *nisi* par *licet* ; Favre et Francke, d'une manière plus adroite, par *etsi* (2) ; mais ce changement de mots est difficilement acceptable, car *nisi* se trouve dans tous les manuscrits et est conforme au texte des Basiliques (3). M. Serafini maintient le mot *nisi* en lui donnant le sens de *sed*, *sed tamen*, mais cette traduction, malgré le dépouillement patient de nombreux textes (4), nous semble trop forcée. M. Mommsen, dans son édition du Digeste, puis M. Gradenwitz (5) voient

tence d'une exception nous semble essentielle pour expliquer le fragment. Pourtant M. Cuq (*Institutions*, t. I, p. 647, n. 9) croit que cette phrase négative suppose l'existence d'une exception.

(1) En sens inverse M. Cuq (*op. et loc. cit.*) trouve cette tournure justifiée par le seul fait qu'il existe des exceptions, si rares soient-elles, au principe de la garantie. De son côté Dernburg (*op. cit.*, pp. 91 et 92) énumère les hypothèses de droit et de fait où aucun recours n'est possible contre le vendeur. La plus large de celles-ci est relative aux contrats à titre gratuit et nous devons l'écartier ici, car le texte parle d'un contrat à titre onéreux : *distraxit... metio... ab emptore... qui venum dedit... etc.*

(2) Cf., p. 62, n. 3.

(3) *Εἰ μὴ ἄρα ὁ ἀγοραστὴς τούτου γινόμενου δύναται ἐναγεῖν τῷ πράτῃ.*

(4) Serafini, *loc. cit.*, pp. 412-420.

(5) M. Gradenwitz (*Interpolationem*, pp. 78-80) rattache au vocabulaire de Justinien le mot *regressus*. Ant. Faber, *loc. cit.*, t. II, p. 310,

dans le membre de phrase *nisi habent* une interpolation, et c'est à cette dernière opinion que nous nous rangeons (1).

La critique de la première partie du texte nous a conduit à la conclusion que l'acheteur d'objets héréditaires pouvait être poursuivi par la revendication du demandeur et qu'il ne pouvait pas opposer l'exception préjudicielle lorsque son auteur était un possesseur de bonne foi. Cette deuxième affirmation est exactement à l'opposé de celle des glossateurs.

La protection du possesseur de bonne foi tient donc si peu de place ici qu'on refuse l'exception préjudicielle précisément aux ayants cause de ce possesseur. Nous ne pouvons évidemment pas croire que cette mesure de rigueur ait été prise en défaveur de sa personne ; elle s'explique simplement par la considération que l'héritier ne doit pas être sacrifié et perdre à la fois les choses et leur prix : *Quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium eorum*.

Mais lorsque le demandeur ne court pas le risque d'être privé de l'objet et du prix, l'acquéreur retrouve l'exception. C'est ce que marque la décision qui suit :

s'étonnait déjà de la construction de l'indicatif avec *nisi*. M. Girard, *Manuel*⁴, p. 903, n. 2, se rallie à l'opinion de Mommsen et Gradenwitz.

(1) Outre les raisons de forme signalées à la note précédente et les raisons de fond, nous préférons ce système parce que nous pensons qu'Ulpien n'a pas même envisagé la question de savoir si le recours contre le possesseur de bonne foi jouait un rôle dans la délivrance de l'exception préjudicielle. — En résumé, si l'on se réfère aux notes précédentes, nous considérons comme interpolé le passage *quamquam habent*. Ces mots constituent un bloc unique, ce qui rend plus plausible notre solution.

Quid tamen si is qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum.

L'exception est accordée à l'acheteur, dit le texte, lorsque le possesseur de bonne foi se déclare prêt à défendre à la pétition d'hérédité, comme s'il possédait encore les choses aliénées. Ce possesseur renonce aux avantages qui lui ont été accordés par le sénatusconsulte Juventien (1) ; il accepte d'être poursuivi comme un comptable ordinaire et le demandeur, en se retournant contre lui, obtiendra le prix à défaut de la chose.

Et l'on voit d'autre part que le possesseur de bonne foi a tout avantage à renoncer au Juventien. Si l'acquéreur succombait, il se retournerait contre lui, armé de tous les moyens qui sanctionnent rigoureusement la garantie d'éviction (2). De plus le possesseur de bonne foi préférera être attaqué lui-même par pétition d'hérédité ; il y trouvera tous les intérêts qui justifient l'existence de l'exception préjudicielle et en outre il sera plus compétent que son ayant cause pour défendre à un procès où est posée la question d'hérédité.

Nous pouvons maintenant retracer l'évolution du droit possédé par les acquéreurs d'invoquer l'exception *q. p. hereditati n. f.*

(1) Il ne renonce du reste pas à tous les avantages que lui confère le Juventien : ce sénatusconsulte ne force le possesseur de bonne foi qui s'est enrichi qu'à rembourser le *prix* et le dispense de tout versement lorsqu'il ne s'est pas enrichi. C'est seulement à ce deuxième bénéfice que renonce le possesseur de bonne foi ; nous verrons qu'il garde le premier à la différence du possesseur de mauvaise foi qui doit toujours rendre la *valeur* de la chose, si elle est plus considérable que le prix.

(2) Cf. Girard, *Manuel* 4, p. 553.

Avant la promulgation du sénatusconsulte Juventien (sans qu'il nous soit possible de préciser à partir de quelle époque), les tiers acquéreurs peuvent invoquer cette exception. Et cela n'a rien d'étonnant ; le demandeur ne peut attaquer l'acheteur qu'en prouvant sa qualité d'héritier et l'action normale par laquelle il fera trancher cette question, c'est la pétition d'hérédité. Toutes les raisons qui expliquent l'exception préjudicielle se rencontrent ici. Certains auteurs enseignent comme un dogme que l'exception préjudicielle ne peut fonctionner qu'entre les prétendants à l'hérédité. Aucun texte ne saurait justifier cette allégation. L'exception *divisionis* et l'exception *excussionis* (1) ne sont-elles pas déjà deux moyens de défense par lesquels un défendeur oblige son adversaire à tenter une action contre un tiers ? — La vue la plus superficielle des fragments 25, § 17 et 49 montre que la question se posait parfois de savoir si tel individu étranger à la succession possédait l'exception préjudicielle. Mieux : le fragment 25, § 17 atteste au moins l'existence d'une exception au profit d'un tiers, puisque l'intitulé même de l'exception spécifique qu'elle est basée

(1) L'exception de discussion ressemble d'une manière frappante à l'exception préjudicielle, mais elle n'a été créée que par Justinien. Au contraire l'exception de division a été créée par Hadrien (Institutes de Justinien, 3,26,4). A vrai dire celle-ci force le demandeur non pas précisément à tenter une action contre un tiers, mais seulement à diviser son action entre ce tiers et le défendeur actuel avant de poursuivre son procès ; mais cette différence n'empêche pas la parenté étroite de ces deux institutions : par l'exception de division le codébiteur attaqué invoque les rapports de son adversaire avec un tiers et se fonde sur la solvabilité de ce tiers. Comp. Girtaner, *die Bürgschaft*, p. 100 et ss. ; Bülow, *Processeinreden*, pp. 228 et 229 ; Sokolowski, *Z. S. St.*, 11, 1890, pp. 278-81 ; Girard, *Manuel* 4, p. 757, n. 2.

sur les rapports d'autres personnages que le demandeur et le défendeur.

Sous le régime antérieur au sénatusconsulte Juventien ces principes s'appliquaient sans difficulté. L'acquéreur attaqué par la revendication invitait le prétendu héritier à intenter la pétition d'hérédité contre le possesseur des biens héréditaires qui, s'il n'avait pas usucapé, devait rendre au véritable héritier le prix des objets vendus ; celui-ci ne perdait ordinairement que peu de chose à la combinaison. Mais le Juventien intervint qui décida que le possesseur de bonne foi devait rembourser à l'héritier seulement le montant de son enrichissement ; et c'est alors que les juristes purent se demander s'il ne fallait pas écarter une exception préjudicielle qui lésait aussi gravement l'héritier-propriétaire. Le fragment 25, § 17 fournit la réponse. Oui : il faut refuser l'exception, à moins que le possesseur de bonne foi ne s'engage à restituer en tout cas le prix des biens aliénés en se laissant poursuivre comme s'il était encore possesseur ; l'exception n'a lieu que si le possesseur prête volontairement son concours et intervient au procès (1).

Le doute ne pouvait se poser que dans l'hypothèse du possesseur de bonne foi. Si le possesseur était de mauvaise foi, l'héritier pouvait lui réclamer la valeur des objets vendus. Devons-nous donc retomber dans un système que nous avons déjà condamné et soutenir que

(1) Francke (*op. cit.*, p. 340) admet que le possesseur intervient comme *defensor* au procès et verse la caution *judicatum solvi* (D., 22, 1, 21 ; 22, 1, 74, 2 ; 43, 1, 139), mais ici l'intervention du vendeur diffère de celle du droit commun ; il se borne à faire une déclaration devant le préteur pendant le procès en revendication, puis l'héritier commence une nouvelle instance distincte de la première, une pétition d'hérédité.

l'exception du tiers dépendait de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur ? Assurément non ; cette question de bonne foi ne pouvait être tranchée qu'au cours de la pétition d'hérédité. Dans tous les cas l'exception ne pouvait être invoquée par l'acquéreur que si son auteur venait affirmer qu'il était prêt à défendre *perinde atque si possideret* à la pétition d'hérédité ; cette déclaration coûtait encore moins au possesseur de mauvaise foi qu'au possesseur de bonne foi et elle lui était au contraire fort avantageuse ; grâce à elle il ne paierait à l'héritier que la valeur de la chose au lieu d'être soumis au recours, qui pouvait être beaucoup plus onéreux, de son acquéreur dépossédé.

Le Juventien eut donc pour conséquence de faire restreindre l'emploi de l'exception accordée aux tiers en lui fixant comme condition l'adhésion du possesseur de l'hérédité (1) ; il n'exerça qu'un effet indirect sur notre institution à laquelle demeura toujours étrangère la distinction des possesseurs de bonne et de mauvaise foi.

L'acquéreur de toute l'hérédité sera traité comme celui qui n'a acheté que des *res hereditariae*. Avant le sénatusconsulte il possédait sans aucun doute l'exception ; après lui il ne la possède plus que si le possesseur s'engage à défendre à la pétition d'hérédité comme s'il possédait encore toute la succession (2)

(1) On voit dans quel sens les compilateurs opérèrent la déformation de notre passage. Le fragment, tel qu'il a été façonné par eux, semble dire que le sénatusconsulte Juventien a eu pour effet de créer une exception (ou plutôt un refus de revendication) en faveur des tiers acquéreurs ; — tandis que le texte primitif d'Ulpien portait que le sénatusconsulte avait contribué à la restriction de cette exception. — Nous devons rechercher plus tard quel était le système de Justinien attesté par le remaniement du passage d'Ulpien.

(2) Les Glossateurs pensaient au contraire généralement qu'on

Sans vouloir anticiper sur l'étude des effets de l'exception préjudicielle, nous devons envisager la portée que prend ce moyen de défense entre les mains du tiers acquéreur. Le prétendant à la succession devra intenter la pétition d'hérédité contre le possesseur qui défend comme s'il possédait, mais cette action ne lui fera obtenir que le prix des choses héréditaires ; et ceci est un résultat anormal de l'exception préjudicielle qui d'ordinaire a simplement pour but et pour effet de forcer le demandeur à intenter la véritable action qui convient au procès. Serait-ce que cette institution augmente de vigueur en passant à l'acquéreur des biens héréditaires ? La réalité est moins simple ; si l'exception préjudicielle semble produire un résultat aussi considérable, c'est qu'il faut tenir compte d'une autre théorie juridique dont il nous est précisément parlé dans la suite du fragment 25, § 17.

Certe si *minori pretio res venierint et pretium quodcumque illud actor consecutus, multo magis poterit dici exceptione eum summoveri. Nam et*

devait distinguer entre l'hypothèse du frag. 43, § 4 (acquisition de toute la succession) et l'hypothèse du frag. 25, § 17 (achat d'objets particuliers). Dans la première ils refusaient l'exception et ils la concédaient dans la seconde. Cette distinction ne repose sur aucun fondement. Ainsi que nous l'avons vu, Francke pense que le fr. 25, § 17 parle de l'acquisition de la succession entière ; il estime en outre que dans cette hypothèse ce qui empêche le tiers d'invoquer l'exception préjudicielle, c'est l'impossibilité pour le demandeur d'intenter la pétition d'hérédité. Mais rien n'empêche l'héritier d'intenter la pétition d'hérédité quand bien même tous les biens auraient été vendus et n'auraient procuré aucun enrichissement au possesseur : la seule question est de savoir *an pretium in hereditatis petitionem veniat*. A part ces divergences et quelques autres de détail, Francke développe le système que nous suivons en ce qui concerne l'octroi de l'exception à l'acheteur de toute l'hérédité.

si id quod a debitoribus exegit possessor petitori hereditatis solvit, liberari debitores Julianus libro quarto digestorum scribit, sive bonae fidei possessor sive praedo fuit qui debitum ab his exegerat, et ipso jure eos liberari.

Cette fin du texte est un peu embrouillée, car l'argument d'Ulpien n'est fondé que sur une analogie de situation entre les débiteurs et les acquéreurs de l'hérédité, mais la solution donnée est elle-même très nette. Dès que l'héritier a obtenu du possesseur le prix de la chose vendue, quelque minime soit-il, il ne peut plus se retourner contre l'acheteur, ni pour lui réclamer la chose, ni pour lui demander un complément d'argent, car celui-ci possède une exception qui est probablement une exception de dol (1) ; peu importe que le possesseur soit de bonne ou de mauvaise foi.

Sans aucun doute cette règle est antérieure au sénatus-consulte Juventien ; elle est inspirée par la faveur de celui qui achète un objet au possesseur de l'hérédité et non par la considération de ce dernier. Nous devons constater ici une atteinte indirecte, *exceptionis ope*, aux droits absolus du propriétaire-héritier et l'apparition du principe de la stabilité des ventes consenties par l'héritier apparent (2). Mais ce principe est loin d'avoir la

(1) Les mots *ex persona emptorum* étaient déjà considérés par le président Fabre (*loc. cit.*) comme interpolés. Nous ne sommes pas loin de partager cet avis. Ce sont sans doute les compilateurs qui ont voulu opposer l'exception accordée en faveur du possesseur : *nisi emptores regressum...* à l'exception accordée en faveur de l'acheteur.

(2) Qui parle de l'héritier apparent suppose que l'acquéreur a été convaincu de la propriété de son vendeur. Si l'acquéreur est de mauvaise foi, nul doute qu'à son exception le demandeur puisse riposter par une réplique de dol.

largeur qu'il a acquise dans plusieurs législations modernes.

En un mot si l'exception *q. p. hereditati n. f.* n'a pour effet direct, ici comme partout, que de contraindre le prétendu héritier à intenter la pétition d'hérédité; elle a pour conséquence indirecte d'assurer souvent la validité de la vente et de limiter les droits de l'héritier à l'obtention du prix. Mais cette décision ne concerne que ses rapports vis-à-vis de l'acquéreur; ses relations avec le possesseur seront, comme de juste, réglées par le Juventien: le possesseur de bonne foi n'est tenu que de son enrichissement, mais, comme il a intérêt à ce que l'acquéreur ne l'assigne pas en garantie, il promettra de défendre *perinde atque si possideret*, et cette seule déclaration permettra au demandeur d'obtenir le prix (1). Par contre si l'acquéreur du possesseur de mauvaise foi est libéré, lui aussi, par le seul versement du prix effectué par son auteur, celui-ci pourra être naturellement poussé pour la valeur tout entière lorsqu'elle sera supérieure au prix (2).

Nous devons enfin prévoir les différentes hypothèses qui se présentent lorsque le demandeur repoussé par l'exception préjudicielle aura intenté la pétition d'hérédité. S'il triomphe dans cette pétition et qu'il obtienne le prix, il n'a plus le droit, nous l'avons vu, de se retourner

(1) En effet la seule promesse de défendre *perinde atque si possideret* oblige le possesseur, même de bonne foi, à restituer au demandeur victorieux le prix entier de la chose aliénée: le prix tient dans l'hérédité la place de la chose aliénée (*in judiciis universalibus pretium succedit loco rei*); et le possesseur est assimilé à un gérant de l'hérédité, comme sous le régime antérieur au Juventien.

(2) D., 5,3,36,3.

contre l'acquéreur qui le repoussera par une exception de dol. Mais il peut ne pas obtenir le prix parce que le possesseur est insolvable; et alors il se retournera contre l'acheteur. En effet la règle est que l'héritier peut revendiquer sa chose et ce n'est que par exception qu'il est repoussé quand le prix lui a été versé; si cette compensation ne lui a pas été accordée, nul doute qu'il ait un droit de recours; l'acheteur lui oppose-t-il l'exception *rei judicatae* (1)? L'héritier la paralysera par une réplique de dol ou mieux par la *replicatio rei secundum se judicatae* (2).

Nous ne pensons pas ajouter au texte en affirmant que les Romains donnèrent à ce système un perfectionnement indispensable: Quand le possesseur a versé le prix de vente, l'héritier ne peut plus poursuivre l'acquéreur; sans aucun doute ce dernier pouvait arrêter lui-même la revendication en soldant au propriétaire le montant du prix.

Cette institution, telle que nous venons de la décrire, joue un rôle important dans la théorie d'ensemble de la pétition d'hérédité. Après des retouches successives

(1) Cette exception de chose jugée est possible à cause des effets *erga omnes* de la sentence rendue sur la pétition d'hérédité. Nous retrouverons cette théorie à propos des effets de l'exception préjudicielle: la chose jugée avec le possesseur de l'hérédité est réputée vraie à l'égard de tous ceux qui ne se présentent pas eux-mêmes comme héritiers (D., 30, *De leg. et fid.*, I, 50, 1); et la phrase *ius facit haec pronuntiatio* doit s'appliquer aux acquéreurs et aux débiteurs héréditaires aussi bien qu'aux légataires. Autre conséquence de ce même principe: si le demandeur a échoué dans la pétition d'hérédité, il ne pourra pas intenter une revendication contre le tiers acquéreur.

(2) D., 44,2, *De exc. rei jud.*, 9,1,2,16; — 20,1, *De pign. et hyp.*, 16,5.

voici la solution définitive à laquelle s'arrêtent les Romains en ce qui concerne les trois personnages visés par le fragment 25, § 17.

1° L'héritier pourra toujours obtenir au moins le prix de la chose vendue.

2° Le possesseur de bonne foi a le droit d'invoquer le sénatusconsulte Juventien et de se refuser à transmettre le prix de l'objet, mais consentira ordinairement à ce sacrifice, car il serait à la merci du recours en garantie de son acquéreur. Il se libère aussi bien à l'égard de l'héritier qu'à l'égard de l'acquéreur par le seul versement du prix.

3° L'acquéreur de bonne foi doit subir la revendication de l'héritier, mais il peut la repousser par l'exception préjudicielle toutes les fois que son vendeur consent à lui porter secours ; il ne serait en tout cas obligé qu'à verser le prix et en ce cas il aurait un recours en garantie contre son vendeur.

Nous aboutissons ainsi à un système très cohérent et qui se rapproche beaucoup du système français actuel (1), mais il est permis de trouver que la construction romaine l'emportait en souplesse et en équité. D'après la jurisprudence française l'héritier ne peut jamais revendiquer sa chose contre celui qui l'a acquise de l'héritier apparent ; seulement il a un recours pour le prix contre le possesseur de bonne foi, pour le prix ou la valeur contre le possesseur de mauvaise foi. Mais ceux-ci peuvent se trouver insolubles. Les Romains n'étaient-ils pas mieux inspirés en donnant au propriétaire-héritier contre l'acquéreur un recours accessoire et restreint ? Sans

(1) Pour ce système, cf. p. 82, n. 1.

doute il est légitime de songer à assurer le respect des ventes de l'héritier apparent, mais le recours en garantie n'est-il pas créé précisément pour protéger ceux qui acquièrent d'un propriétaire apparent ?

SECTION II. — Les exceptions secondaires.

Nous avons étudié assez longuement l'exception *q. p. hereditati n. f.* parce que c'est à son sujet que les textes nous donnent les détails les plus abondants et surtout parce qu'elle nous paraît constituer le type sur lequel se modelèrent les deux autres. Celles-ci ne demandent que des développements plus sommaires.

§ I. — L'exception « *extra quam in reum capitum praejudicium fiat* » (1).

Cette exception est mentionnée dans Cicéron, *De inventione*, II, 20 (2).

Exemplum autem translationis in causa positum nobis sit hujusmodi : Cum ad vim faciendam quidam armati venissent, armati contra praesto fuerunt, et cuidam equiti Romano quidam ex armatis resistenti gladio manum praecidit. Agit is, cui manus praecisa est, injuriarum. Postulat is, quicum agitur, a praetore *exceptionem extra quam in reum capitum praejudicium fiat*. Hic is, qui agit, *judicium purum* postulat ; ille quicum agitur *exceptionem* addi ait oportere. Quaestio

(1) Sur la forme des exceptions *extra quam*, cf. Accarias, *Précis*, t. II, p. 1066, n. 1.

(2) Sur ce texte, cf. surtout Bülow, *Processeinreden*, p. 174 et ss. ; Velsen, p. 23 et ss. ; Mommsen, *Strafrecht*, p. 630, n. 2.

est : Excipiendum sit, an non. Ratio : *Non enim oportet in recuperatorio iudicio ejus maleficii de quo inter sicarios quaeritur praejudicium fieri.* Infirmatio rationis : Ejusmodi sunt injuriae, ut de his indignum sit non primo quoque tempore judicari. Judicatio : Atrocitas injuriarum satisne causae sit, quare, dum de ea judicatur, de aliquo majore maleficio, de quo iudicatum comparatum sit, praejudicetur ?

Cicéron parle de l'exception *extra quam* à propos de la *translatio* (1). Voici l'hypothèse : Une tentative de meurtre est sanctionnée par deux actions : l'action d'injures estimatoire et le *iudicium de quo inter sicarios quaeritur*, la première de droit privé, le second cause capitale de droit public. — M. de Velsen s'efforce de démontrer que le *De inventione* est postérieur aux réformes de Sulla et que le *iudicium inter sicarios* dont parle le texte doit s'entendre d'une action portée devant la *quaestio inter sicarios* organisée par le dictateur (2). Nous ne pensons pas que M. de Velsen ait réussi à faire triompher cette manière de voir (3), mais celle-ci n'est pas nécessaire à sa thèse ; il est possible que le meurtre ou la tentative de meurtre aient été déférés à une *quaestio* avant que Sulla

(1) Sur la *translatio* des rhéteurs, cf. p. 53, n. 1.

(2) Velsen, *op. cit.*, pp. 24-27.

(3) Il est très vraisemblable que le *De inventione* est antérieur aux réformes de Sulla (influence possible du livre de l'auteur ad *Herennium* sur cet ouvrage, Schanz², pp. 287 et 389-390, que Cicéron traite comme un travail de sa première jeunesse, *De or.*, I, 3). — Notre texte lui-même prouve cette antériorité : La loi Cornélia de *injuriis* a, selon toute probabilité, aboli l'action privée d'injures pour les voies de fait ; et c'est précisément cette action dont parle Cicéron. Sur ce point, cf. *infra*, ch. V, sect. III.

ait créé (ou régularisé) la *quaestio inter sicarios* (1) et de fait les mots *de quo inter sicarios quaeritur* et *de quo iudicium comparatum sit* semblent bien faire allusion à l'institution d'un jury criminel spécial.

Admettons donc que Cicéron veuille parler de l'action de la loi Cornélia de *sicariis*. M. de Velsen a-t-il le droit d'affirmer que l'exception *extra quam* ait pour but unique de sauvegarder la compétence d'une *quaestio* criminelle ? Nous ne le croyons pas, car il n'est pas légitime d'abstraire de l'hypothèse de Cicéron les circonstances qui favorisent un système et de dédaigner les autres données. Le problème discuté est simplement de savoir si une instance qui peut entraîner le bannissement, la déportation ou peut-être la mort doit être jugée avant un procès qui comporte une sanction moins grave. Rien ne nous dit que le fait de la compétence d'une *quaestio* soit déterminant ; nous devons accepter en bloc tous les faits présentés par Cicéron (2) et le système de M. de Velsen ne repose que sur un choix arbitraire entre ceux-ci (3).

(1) Cf. Mommsen, *Strafrecht*, p. 615.

(2) Pourtant l'étude d'un fragment d'Ulpien (47, 10, *De injuriis*, 7, 1) nous permettra de dégager l'idée que les Romains faisaient en principe passer les actions publiques avant les actions privées poursuivant le même but.

(3) Velsen, *op. cit.*, pp. 23 et ss., 58, 62. — M. de Velsen émet en outre l'affirmation gratuite que le dernier sens signalé par Quintilien (*Inst. or.*, 5, 2) dans le passage que nous avons étudié dans notre chapitre préliminaire, se rapporte aux exceptions préjudicielles et que les mots *ut in reis deportatis* visent l'exception *extra quam in reum*. Ses vues sur le fonctionnement des *quaestiones* font honneur à son imagination. Pour lui (pp. 61 et 62) le préteur rendait sur les crimes un jugement provisoire qui était attaqué par une *provocatio* devant la *quaestio* ; c'est la sentence du préteur qui constituait un *praejudicium* par rapport à l'arrêt de la *quaestio*.

Rien non plus dans ce chapitre ne justifie le système de M. Bülow (1) ; il est impossible de savoir si le procès plus important est seulement en expectative ou s'il est déjà pendant.

Le passage de Cicéron est seul à parler d'une exception préjudicielle en matière criminelle et à l'époque classique c'est le préteur qui statue lui-même par décret (2). Cette constatation jetait le désordre dans les constructions rigoureusement symétriques de M. Bülow ; l'explication que celui-ci donne du changement s'appuie sur des vues d'ensemble exactes, mais insuffisantes. Il enseigne que le décret a remplacé l'exception. Au début le préteur attache peu d'importance à ce que l'action civile passe avant l'action pénale, mais plus tard il comprend mieux le rôle de l'État ; il décide qu'il refusera lui-même l'action à celui qui par un procès civil voudrait préjuger d'un procès criminel (3). — Cette théorie, encore une fois, a le tort de vouloir établir une séparation trop franche entre le décret et l'exception. Le préteur n'aurait pas pris la peine d'abolir une institution qu'il pouvait écarter lui-même en réglant l'ordre des procès par une simple *denegatio actionis*.

(1) Bülow, *Processeinreden*, pp. 174-181. — L'auteur oppose le texte du *De inventione* à un texte des Verrines (a. II, l. 3, c. 65, § 152) que nous retrouverons dans l'étude du décret préjudiciel.

(2) Cf. *infra*, ch. V, sect. III.

(3) Précisons les positions de M. Bülow. D'après lui, en principe, on ne prohibe un *praejudicium* qu'en faveur d'un procès pendant et par le moyen d'un décret ; pourtant dans les deux cas des *exceptiones q. p. hereditati n. f.* et *q. p. praedio n. f.* on tient compte d'un procès futur et on donne une *exception* au défendeur ; en matière criminelle on empêche par décret un *praejudicium*, même lorsqu'il s'agit de procès futurs.

Il nous paraît plus naturel et plus conforme à l'esprit conservateur des Romains de croire que l'Edit ne contient jamais d'exception préjudicielle en matière criminelle. L'exception *extra quam in reum* n'est pas invraisemblable ; elle aurait poursuivi un but analogue à celui de l'exception *q. p. hereditati n. f.* : obliger le demandeur à intenter la véritable action qui correspond à son but ; mais elle n'était pas non plus inévitable ; les domaines de l'exception préjudicielle et du décret préjudiciel ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. La preuve en est que dans Ulpien une hypothèse voisine de celle du *De inventione* donne lieu à une *denegatio actionis* (1).

Aussi bien Cicéron ne parle que d'une *exceptio in factum*. Après avoir décrit son espèce, il se demande si, dans de telles circonstances, le défendeur peut solliciter du préteur une exception, mais les hésitations et les discussions dont nous voyons le reflet dans le passage attestent qu'il n'existait pas d'exception prévue à l'avance dans l'Edit. Cicéron ne tranche même pas la controverse et ne nous dit pas si, dans l'hypothèse envisagée, le magistrat devait, ou non, délivrer une exception ; à plus forte raison il ne parle pas d'une exception ayant été effectivement accordée.

Toute la matière des *Translationes* est soumise à la décision du préteur. Ce cas du chapitre 20 ne constitue lui-même qu'un exemple, une donnée d'école : *Exemplum translationis in causa positum nobis sit hujusmodi*. Devons-nous croire que l'Edit contenait une exception pour toutes les *translationes* que Cicéron passe en revue dans le *De inventione* ? — Assurément non. — Seulement

(1) D., 47, 10, *De injuriis*, 7.

il est vraisemblable que le préteur délivrait plus facilement au VII^e siècle des exceptions *in factum* dans des cas où, à l'époque classique, il statuerait lui-même par décret

§ II. — L'exception « *quod praejudicium fundo partive ejus non fiat* ».

Deux textes des *quaestiones* d'Africain nous attestent l'existence d'une exception *q. p. fundo partive ejus* ou *praedio n. f.* (1). Leur laconisme nous empêche de construire la théorie complète de cette institution dont le cas le mieux défini est visé par le fragment 16 du titre *De exceptionibus* (44,1).

Fundum Titianum possides, de cujus proprietate inter me et te controversia est, et dico praeterea viam ad eum fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi. Si viam petam exceptionem « *quod praejudicium praedio non fiat* » utilem tibi fore putavit, videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse.

Primus et *Secundus* se disputent la propriété du fonds Titien qui est possédé par le dernier. *Primus* intente une action confessoire par laquelle il réclame au profit de ce fonds Titien une servitude grevant le fonds Sempronien qui, lui, appartient sans discussion à *Secundus*. Cet ordre de procès est illogique : *Secundus* peut opposer au deuxième une exception utile *q. p. praedio n. f.* Il est impossible assurément de dire si la revendication est déjà ou non pendante lorsque le procès de servitude est

(1) Africain, *l. 9 quaestionum* : D., 44,1, 16 et 18. Le frag. 16 remplace dans le nom de l'exception *fundo partive ejus* par *praedio*.

inténué, et l'exception a les mêmes raisons d'exister dans les deux cas (1).

Utilem fore putavit, dit Africain. Quel est le sujet de ce verbe ? Peut-être le préteur qui a accordé l'exception, mais plutôt l'auteur qui est commenté (2). Dans tous les cas cette opinion confirme ce que nous pouvions pressentir par ailleurs (3). L'exception *q. p. praedio n. f.* est une exception *utile* qui ne vit le jour qu'après l'exception *q. p. hereditati n. f.* et qui a été tant bien que mal copiée sur celle-ci soit par le préteur, soit plutôt, par les Prudents. Les motifs qui ont présidé à la création des deux moyens sont d'ailleurs sensiblement les mêmes : l'action normale pour réclamer la propriété est la revendication ; une question de propriété doit être examinée dans son ampleur et sous son vrai jour, elle ne doit pas être préjugée dans un procès de servitude.

Cette deuxième exception ne présentait pas tous les intérêts que conférait indirectement à la première le sénatusconsulte Juventien. Nous ne nions pas qu'elle ait parfois servi à faire respecter l'*auctoritas centumviralis*

(1) *Contra* Bülow, *Processeinreden*, p. 172.

(2) La seconde hypothèse est plus vraisemblable, car dans le fragment 18 qui chez Africain suivait sans doute immédiatement le fragment 16 (Lenel, *Paling.*, *Africanus*, fr. 118), nous trouvons un verbe placé dans une situation analogue et qui ne peut pas se rapporter au préteur (*putat intervenire praetorem*). Ce jurisconsulte antérieur est probablement Julien (Karlowa, *R. G.*, I, p. 712 ; Jörs, Pauly-Wissowa, V° *Caecilius*, n° 29, pp. 1193-1195).

(3) L'exception *q. p. praedio n. f.* n'est mentionnée que dans deux textes postérieurs ; illogiquement elle ne s'applique qu'à la revendication des fonds de terre ; les hésitations d'Africain montrent que la théorie est mal fixée et toute jurisprudentielle ou doctrinale. Remarquons que dans nos deux fragments la seule question discutée est celle de savoir si l'on délivrera une exception.



puisque les centumvirs semblent avoir été compétents en matière de revendication, mais M. de Velsen pousse un peu trop loin l'esprit de paradoxe lorsqu'il affirme qu'elle n'eut pour but que de faire respecter cette compétence (1).

Les conditions d'application de l'exception visée dans le fragment 16 sont analogues à celles de l'exception *q. p. hereditati n. f.* : Le demandeur prétend forcément à la propriété du fonds litigieux puisque la servitude ne peut exister que dans l'intérêt de ce fonds. De même le défendeur doit lui-même être possesseur du fonds Titien (*fundum Titianum possides*) ; sans quoi le demandeur serait dans l'impossibilité d'intenter la revendication avant l'action confessoire. — Enfin la question de savoir si les tiers acquéreurs possèdent l'exception ne se pose naturellement pas en matière de revendication (2).

Quelques auteurs (3) prétendent que le fragment suivant se rapporte aussi à l'exception préjudicielle (4), mais cette explication est sans vraisemblance. Il serait trop évident que l'exception préjudicielle ne peut s'opposer au procès plus important pour éviter un préjugé au procès moins important ! Le jurisconsulte vise certaine-

(1) Velsen, *Exc. praej.*, pp. 50-51. Cette opinion se heurte à toutes les difficultés signalées plus haut, p. 51 et ss. — Il faudrait pour l'admettre supposer que les centumvirs étaient exclusivement compétents en matière de revendication de fonds de terre !

(2) Sur tous ces points, cf. le § II de la section précédente.

(3) Velsen, *op. cit.*, p. 46 et ss ; Brackenhöft, *Identität und Connexität*, p. 389. — *Contra* la majorité des auteurs ; cf. la liste donnée par Velsen, *loc. cit.*

(4) D., 44, 1, 17, (Paul, 70 ad. Ed.). *Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petat, quia et diversa corpora sunt et causae restitutionum dispares, non nocebit exceptio.*

ment l'exception *rei judicatae* (1). — Mais alors ce texte semble en contradiction avec le précédent. Comment peut-on réclamer d'abord la servitude de passage et ensuite le fonds Titien puisque la première action sera empêchée par l'exception préjudicielle ? — Il est permis d'imaginer que dans l'hypothèse du fragment 17 le défendeur n'a pas opposé l'exception préjudicielle mais plus vraisemblablement Paul supposait que le demandeur avait d'abord réclaté la *via* sans prétendre au fonds lui-même (2).

Ce passage n'avait donc dans l'esprit de Paul rien à faire avec les questions préjudicielles, mais nous avons le droit de nous demander pourquoi les compilateurs de Justinien l'ont introduit entre deux textes relatifs à l'exception *q. p. praedio n. f.* : Puisque le fragment 16 enseignait que le demandeur serait repoussé par une exception, la difficulté se posait de savoir s'il pouvait après cet échec intenter la revendication sans être repoussé par l'exception de chose jugée ; ne s'agissait-il pas de la même question (3) ? Cela lui est permis, répondent les compilateurs, *quia et diversa corpora sunt et causae restitutionum dispares.*

Le fragment 18 (*eod. tit.*) nous met en présence d'autres applications de l'exception *q. p. praedio n. f.*

Fundi, quem tu proprium tuum esse dicis, partem a te peto et volo simul iudicio quoque com-

(1) Comparer au titre suivant, *De exc. rei judicatae*, la théorie de l'*idem corpus* contenue dans les frag. 12-14 qui font l'application de l'idée émise dans notre frag. 17.

(2) Ou encore Paul supposait que le demandeur avait réclaté par action négatoire l'extinction d'une servitude qui grevait son propre fonds au profit du fonds dominant qu'il revendique ensuite.

(3) D., 44, 2, 7, 4.

muni dividundo agere sub eodem iudice : item si ejus fundi, quem tu possideas et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim : quaesitum est an exceptio « quod praejudicium fundo partive ejus non fiat » obstet an deneganda sit. Et utrobique putat intervenire praetorem debere nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, hujusmodi iudiciis experiri.

Deux problèmes sont successivement discutés. D'après M. Bülow (1), ce texte prouve que l'exception préjudicielle est remplacée par le décret non seulement dans les cas où le procès le plus important est intenté le premier, mais encore dans ceux où il est intenté en même temps que le procès le moins important. Pour M. Pernice (2), la première hypothèse visée, *Fundi-judice*, est réglée par décret et la seconde, *Item-velim*, par exception.

Nous croyons que les espèces sont moins simples et la solution moins certaine. La solution d'abord. Africain, — ou plutôt l'auteur qu'il commente, — ne se compromet pas ; dans tous les cas, dit-il (*utrobique*), le prêteur ne doit pas permettre au demandeur de faire juger les questions accessoires avant que soit tranchée la question principale ; en d'autres termes : je ne puis pas affirmer que l'exception doive être délivrée ; mais, d'une manière ou d'une autre, par décret ou par exception, il faut que le prêteur s'arrange pour faire passer d'abord le procès le plus important.

De fait les deux problèmes que s'était posés Africain

(1) Bülow, *De praej. exc.*, pp. 25-27 ; *Processeinreden*, p. 173, n. 65 ; dans le même sens, Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, t. 2, p. 401, n. 77 ; Francké, *op. cit.*, p. 91 ; Velsen, *op. cit.*, p. 50.

(2) Pernice, *De ratione quae inter praetorem*, p. 13.

semblaient devoir aboutir à un refus de l'exception. La donnée du premier est compliquée ; il y est supposé que le demandeur veut intenter l'action *communi dividundo en même temps* que la revendication et *devant le même juge*. On conçoit que dans ce cas le prêteur ait pour rôle d'indiquer lui-même l'ordre à suivre ; il ne peut pas renvoyer deux affaires à la fois au même juge, car cette fusion serait contraire aux habitudes romaines et, comme il est seul maître de décider à quel moment les procès sont assez mûrs pour passer dans la phase du *judicium*, il délivrera d'abord la formule du procès en revendication. Mais si l'action *communi dividundo* était intentée avant la revendication ou si elle était intentée séparément, après la citation en justice et avant la *litis contestatio* (1) de cette dernière, nous pensons (2) que le jurisconsulte accorderait sans hésitation une exception préjudicielle.

La seconde espèce soulevait également des difficultés. Un procès concernant les fruits est intenté avant un procès relatif à la propriété elle-même. Il semble bien que l'exception préjudicielle n'ait pas été instituée pour les cas de ce genre ; habituellement la partie peut être réclamée avant le tout sans qu'intervienne même un décret préjudiciel (3).

(1) Nous disons : avant la litiscontestatio, car après cet événement l'action *communi dividundo* serait arrêtée par l'exception *rei in judicium deductae* (44, 2, 8 ; similitude de l'espèce visée par 44, 1, 13).

(2) A cause de l'analogie qui existe avec l'hypothèse du frag. 40, 2, 1, 1 déjà étudiée.

(3) Ulpian, l. 3 *disputationum* (Lenel, *Pal.*, n° 65). D., 44, 2, 23. — *Si in iudicio actum sit usuraeque solae petita sint, non est verendum, ne noceat rei iudicatae exceptio circa sortis petitionem : quia enim non competit, nec opposita nocet.* Cf. sur ce point Bülow, *Processeinreden*, p. 193.

Ces questions et ces doutes d'Africain témoignent que la théorie de l'exception *q. p. praedio n. f.* est loin d'être certaine à l'époque des Antonins (1) ; les juristes ne sont même pas fixés sur ses cas d'application. Nous trouvons dans ce fait une nouvelle confirmation d'une hypothèse déjà souvent vérifiée. La seule exception préjudicielle primitive est celle qui oblige le prétendant à une succession d'intenter la pétition d'hérédité au lieu de l'une quelconque des actions qui sont comprises dans cette pétition d'hérédité. Toutes les autres, — celle qui est établie en faveur de la pétition d'hérédité à l'encontre de l'*actio familiae erciscundae*, celles qui concernent les affaires criminelles et la revendication immobilière —, sont des institutions postérieures qui n'ont peut-être jamais figuré dans l'Edit, qui constituent des moyens de défense permanents ou simplement accidentels, mais qui en tout cas ne sont que des exceptions utiles calquées avec plus ou moins de facilité sur la première.

(1) Les *quaestiones* d'Africain ont été écrites sous Hadrien et sous Antonin. Voir les auteurs cités par Lenel, *Pal.*, I, col. 2, n. 1.



CHAPITRE IV

LES PRÆJUDICIA PROHIBÉS (*suite*)

SANCTIONS ET EFFETS DES EXCEPTIONS PRÆJUDICIELLES.

Jusqu'ici nous avons déjà dégagé un certain nombre de caractères communs aux trois exceptions préjudicielles dont nous parlent les textes. Mieux, nous avons essayé d'établir que toutes procèdent de l'exception *q. p. hereditati n. f.* et par conséquent nous avons insisté sur l'unité de la théorie : but unique malgré la diversité des fonctions, conditions d'application analogues. — Après avoir suivi l'ordre historique du développement des exceptions préjudicielles, nous ne pouvons que présenter un tableau d'ensemble de leurs sanctions et de leurs effets qui sont identiques.

SECTION I. — Exception et prescription préjudicielles (1).

Autrefois, nous dit Gaius, existaient des *praescriptiones pro reo* parmi lesquelles figurait la *praescriptio ea res agatur si in ea re praejudicium hereditati non fiat*,

(1) La terminologie française suscite parfois des équivoques dans l'étude des *praescriptiones* romaines. Aussi dans les pages suivantes le mot « *exception* » sera pris dans le sens large de moyen de défense qui ruine la demande sans la contredire directement (*exception* française, *Einrede* allemande, *exceptio* latine *lato sensu*). Nous réserverons le mot « *exceptio* » au moyen romain qui s'oppose à la *praescriptio*.

mais celle-ci, ajoute-t-il, est invoquée maintenant sous la forme d'*exceptio*.

Sed his quidem temporibus, sicut supra quae notavimus, omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur. Olim autem quaedam et pro reo opponerentur, qualis illa erat praescriptio: ea res agatur, si in ea re praesudicium hereditati non fiat, quae nunc in speciem exceptionis deducta est, et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere iudicii praesudicium hereditati faciat, veluti cum singulas res petit; est enim iniquum per unius rei petitionem universae hereditati praesudicium fieri (1).

Ainsi cette institution changea de forme; invoquée d'abord en tête de la formule, elle fit ensuite corps avec elle et fut insérée à la suite de l'*intentio*. Nous devons nous demander si à cette différence de forme correspondait une différence de fond ou si les effets de la *praescriptio* étaient les mêmes que ceux de l'*exceptio* préjudicielle.

Plusieurs auteurs (2) enseignent que l'insertion de la

(1) Gaius, IV, 133. — Les mots en italique dans le texte ne figurent pas au manuscrit de Vérone, mais ont été reconstitués par Krüger (Edition) suivi par Girard (*Textes*).

(2) Nous essaierons de classer les différentes positions prises sur ce point par les auteurs. 1° Les uns admettent que la *praescriptio* de Gaius ne consomme pas l'action tandis que toutes les *exceptiones* déduisent définitivement le droit en justice. Ce sont ceux-là que nous visons plus spécialement au texte; ils sont d'ailleurs séparés par de nombreuses nuances: Puchta, *Institutionen*, 10, t. I, § 171, estime que ce changement défavorable au créancier a été inspiré par des motifs de politique et de sociologie; Dernburg (*op. cit.* p. 44) montre que cette évolution est contraire à l'histoire du droit romain qui adoucit progressivement ses rigueurs primitives; il

praescriptio empêchait le procès lui-même; le juge devait examiner la question posée par la *praescriptio*, dans l'espèce il devait se demander si le procès en revendication faisait préjugé à l'hérédité. S'il était de cet avis, il était dessaisi *ipso facto* et déboutait le demandeur sans avoir le droit d'étudier le fond du procès (1). Conséquence: le demandeur repoussé sur la *praescriptio*

propose un système original que nous retrouverons plus loin; Hugo Krüger (*Z. Sav. St.*, t. 26, p. 544) et Partsch (*Die longi temporis praescriptio*, p. 70 et ss.) assimilent complètement les *praescriptiones pro reo* aux *praescriptiones pro actore*; elles se bornent à fixer les limites de l'objet des procès sans consommer définitivement l'action. — 2° D'autres croient que l'exception préjudicielle n'a jamais, sous aucune de ses deux formes successives, consommé l'action: M. Accarias (*Traité*⁴, t. II, p. 1136 et ss.) en cherche la raison dans la nature de la *praescriptio*; l'*exceptio praesudicialis* aurait conservé ce caractère non extinctif des antiques *praescriptiones*. M. Bülow (*Processeinreden*, p. 235 et ss.) n'est pas loin de se ranger à cet avis. Au contraire Savigny enseigne (*Traité*, §§ 226 et 227. Traduction Guenoux, t. VI, p. 168 et ss., p. 180 et ss.) que les *exceptiones* et les *praescriptiones* ont toujours des effets identiques, mais que les exceptions préjudicielles n'obéissent pas au principe de la déduction en justice; dans le même sens, Zimmermann, *Gesch. des röm. Privatr.* (t. III, p. 302); Bekker, *Die prozess. consumption*, p. 89, n. 4, *Aktionen*, t. I, p. 371: c'est la vieille théorie des « Exceptions de procédure » que nous retrouverons à la section suivante. — 3° La plupart des auteurs modernes (p. 97, n. 4) reconnaissent que l'*exceptio* et la *praescriptio* produisent les mêmes effets et qu'il n'y a pas lieu de ranger à part les exceptions préjudicielles. Pourtant parmi ceux-ci Bethmann-Hollweg (*C. Pr.*, t. II, p. 399 et ss.) et Keller-Wach⁶, § 43, enseignent que le juge doit examiner la *praescriptio*, avant de passer à l'étude du litige principal, et, s'il la reconnaît justifiée, prononcer une *absolutio ab instantia* qui du reste aboutit aux mêmes résultats pratiques que l'*absolutio ab actione*. Tel semble être aussi l'avis de Maynz (*Traité*⁵, t. I, p. 555 et ss.).

(1) La vérification de la prescription, peut-on dire dans ce système, constitue la condition résolutoire de la délivrance de la formule. Une fois la condition survenue, la formule est caduque.

peut renouveler son action qui n'a pas été déduite en justice.

Les arguments dont on était cette théorie sont assez faibles ; ils peuvent se ramener à deux (1). On fait remarquer l'analogie qui existe entre les *praescriptiones pro reo* et les *praescriptiones pro actore*. Les *praescriptiones* des §§ 131 et 131^a ont non seulement pour conséquence, mais pour but d'empêcher la déduction en justice de certaines prétentions du demandeur. Tel doit être aussi l'effet des *praescriptiones* préjudicielles. Le raisonnement est si peu précis que nous avons le droit de nous étonner que d'excellents auteurs l'aient souvent employé avec insistance. On se demande si les *praescriptiones* sont caractérisées par autre chose que par la forme et, avant de le prouver, on s'empresse de supposer qu'elles ont toutes le même effet ! Les *praescriptiones pro actore* des §§ 134 et 137 remplissent d'ailleurs d'autres fonctions que celles des §§ 131 et 131^a.

Un autre argument est tiré de la teneur même de la *praescriptio* préjudicielle : *ea res agatur si*. Cela prouve, dit-on, que le juge ne peut examiner l'affaire que si la question posée dans la *praescriptio* est résolue négativement (2). Mais cette indication est insuffisante. Les mots

(1) Un troisième argument peut se tirer de la nature spéciale de la prescription préjudicielle qui n'a pas pour but de débouter définitivement le demandeur, mais seulement de le forcer à intenter une autre action. Cette idée a été défendue par Accarias et se trouve également dans Bülow. Nous la discuterons à la section suivante p. 100 et ss.

(2) Cette critique vise spécialement M. Partsch qui fait ressortir avec beaucoup d'érudition la diversité des significations du mot *praescriptio* et qui cependant affirme que les *praescriptiones* mentionnées par Gaius étaient toutes de même nature et correspondaient à

ea res agatur constituent une phrase toute faite par laquelle commencent la plupart des *praescriptiones* de l'époque ancienne ; il est impossible de leur attacher un sens aussi rigoureux (1).

Nous croyons au contraire que les *praescriptiones pro reo* avaient le même effet que plus tard les *exceptiones* ; elles déduisaient en justice le droit du demandeur. Cet effet n'était pas attaché à la forme des exceptions, mais à leur nature d'objections du défendeur dont le juge doit tenir compte pour absoudre ou pour condamner. Les *praescriptiones pro reo* présentaient bien ce caractère. Quelle vraisemblance y a-t-il à ce que le magistrat soumette toute l'affaire au juge en ne lui permettant que d'examiner une question préalable (2) ? Du moment où la formule était délivrée le juge n'avait qu'à en estimer, les uns après les autres, tous les éléments afin de former sa conviction sur le fond même de l'affaire. Cette défense qui lui serait imposée d'aborder le fond du pro-

un but unique, la limitation de l'objet du procès (Partsch, *op. cit.*, pp. 72-73).

(1) Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 1136 et ss.

(2) Ces mots peuvent signifier seulement : voici l'affaire dont il s'agit (Comp. la teneur de la *praescriptio pro actore* mentionnée dans le § 137) ; ou bien encore : juge, ne tiens compte du pouvoir normal d'absoudre et de condamner que le préteur te donne dans la formule que si.... La reconstitution de Krüger semble bien être la bonne. Le manuscrit de Vérone porte simplement : *Ea res agatur s... praejudicium*, etc. ; Bülow (*De exc. praej.*, note 148) lit : *ea res agatur quod*. La lettre *s* condamne cette dernière interprétation ; et la concordance du frag. 1,1 (10,2, *Fam. etc.*) du même Gaius confirme la lecture du § 133. — Remarquons d'ailleurs que, pour être logiques, les partisans du système signalé au texte devraient attribuer les mêmes effets à l'*exceptio* du fr. 1,1 et à la *praescriptio* du § 133. C'est le système d'Accarias qui admet que l'exception préjudicielle ne consuma jamais le droit du demandeur.

cès avant que la proposition de la *praescriptio* soit examinée apparaît comme vide de sens. Le juge peut-il décider si le procès en revendication préjugerait la pétition d'hérédité avant de connaître les moyens de droit qui sont invoqués par le demandeur à l'appui de sa prétention (1) ? Enfin la *litis contestatio* a été faite sur le procès entier, car le demandeur a déféré tout son droit en justice (2) et, bien entendu, le défendeur ne peut avoir l'intention de laisser un recours ultérieur à son adversaire. Dans ces conditions, comment l'action ne serait-elle pas éteinte par la décision du juge sur la *praescriptio* (3) ?

Les *praescriptiones pro reo* ne ressemblaient donc que par la forme aux *praescriptiones pro actore*, de même qu'elles ne présentaient avec les *exceptiones* qu'une différence d'aspect (*species*). La *praescriptio* est un avertissement qui est mis en tête de la formule. Voilà tout ; ses effets peuvent être fort divers. Si les *praescriptiones* des paragraphes 131 et 131^a ne déduisent pas tout le droit en justice, cela ne tient pas à ce qu'elles sont des *praescriptiones*, mais à ce qu'elles ne constituent pas des moyens de défense (4), à ce qu'elles sont insérées en fa-

(1) M. Lenel semble n'avoir pas tenu compte de cette impossibilité (*Exceptionen*, p. 43).

(2) Le demandeur aurait pu limiter sa prétention par une *praescriptio pro actore*. — Cf. la section suivante.

(3) Remarquons en outre que la *litis contestatio* ne peut pas à l'époque classique s'opérer sous condition résolutoire : D., 5,1,35 ; Javolenus, l. 10, *Epistularum* : *Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse et vel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse vel de his rebus quae postea in obligationem adventurae sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit : iudicium vero, antequam aliquid debeatur, non posse.* — Cf. Bülow, *De exc. praescrip.*, p. 48, n. 148.

(4) Bülow, *loc. cit.* *Iis praescriptionibus quae pro actore receptae erant, non quaerebatur, num agendum esset, sed de qua re ageretur.*

veur du demandeur qui a limité l'objet de sa réclamation.

L'examen des textes confirme que le mot *praescriptio* ne peut désigner que la forme. Cicéron nous parle d'une exception préjudicielle en matière criminelle (1). A moins d'admettre que les *praescriptiones* aient déjà disparu à son époque (2), nous devons reconnaître que cette exception empruntait la forme d'une *praescriptio* (3). — Gaius ne parle que d'un changement de forme (*in speciem exceptionis deducta est*). — Dans les auteurs littéraires (4) et au *Corpus*, ce mot s'applique au décret du

(1) Cicéron, *De inventione*, II, 20, texte déjà commenté ; — Cicéron (*De oratore*, I, 37, 118), emploie aussi le mot *exceptio* en parlant de la *praescriptio pro actore* « *cujus pecuniae dies fuisset* ». Ce dernier passage est seulement une preuve de l'insuffisance de la terminologie juridique des rhéteurs et en particulier de Cicéron (Naber, *Mnemosyne*, 1889).

(2) C'est pourtant ce qu'admettent contre toute vraisemblance Heffter, *Commentaires de Gaius*, IV, p. 411 et Puchta, *loc. cit.*, § 174 (*Contra*, Rudorff, *ibid.*, note R.). — Mais alors à quelle époque auraient existé les *praescriptiones* qui ne peuvent être antérieures à la loi *Aebutia* ? Et pourquoi Gaius parlerait-il d'une institution depuis si longtemps abolie ?

(3) Car comment admettre qu'une question préjudicielle aussi semblable à celle du § 133 du *Comment. IV* de Gaius ait été solutionnée par un moyen différent ?

(4) M. Accarias cite en faveur de sa thèse deux textes de Quintilien et d'Aurelius Victor. Quintilien (*Inst. or.*, VII, 5), enseigne que la controverse est relative tantôt à la *praescriptio* et tantôt à l'*intentio* et que dans le premier cas il n'est pas nécessaire de plaider sur l'affaire elle-même ; *quum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse*. Cela prouve, dit M. Accarias, que le juge doit examiner la prescription en laissant de côté la question de fond qui ne sera pas déduite en justice. Ce raisonnement est inconciliable avec le contexte : Quintilien déclare que le défendeur devra opposer toutes les fois qu'il le pourra des objections touchant au fond du droit, *quoties tamen poterimus, efficiendum est, ut de re quoque bene sentiat ; sic enim juri nostro libentius indulget* ; par conséquent la *praescriptio* ne fait

magistrat aussi bien qu'à des exceptions ; il est employé surtout dans des cas où il n'y a pas de formule parce qu'on plaide par *legis actio* devant les centumvirs et dans des hypothèses de *cognitio extraordinaria* (1) ; c'est seulement dans des cas exceptionnels qu'il signifie une partie de la formule (2). Il est donc impossible de croire

pas l'objet d'un débat séparé. La lecture du chapitre montre clairement que Quintilien ne parle pas en juriste, mais en rhéteur. *Praescriptio* n'a pas pour lui de sens technique ; il signifie seulement : objection qui n'est pas empruntée au fond du droit, par opposition avec *intentio* qui signifie : *moyen de défense* au fond. Quintilien reconnaît même que la prescription n'est pas une institution spéciale : *ac fuerunt, qui praescriptionis statum facerent, tanquam ea non iisdem omnibus, quibus ceterae leges, quaestionibus contineretur*, et que les moyens de défense au fond s'emploient *modo praescriptionis*. Si ce chapitre prouve quelque chose, c'est que le mot *praescriptio* est très large, très vague et ne fait allusion qu'à la forme. — Le texte d'Aurélius Victor (*Ars rhet.*, IV, 4) se rapporte évidemment à la *cognitio* du magistrat. — Cf. le dépouillement des rhéteurs dans Partsch, *op. cit.*, pp. 74-75 et les notes. — M. Partsch assimile la *praescriptio* des rhéteurs romains à la *παραγραφή* des rhéteurs grecs qui, pour lui, est la même chose que la *μετέληψις* ou *translatio*, mais il semble bien que le mot *translatio* ait un sens encore plus large que le mot *praescriptio* (V. p. h., p. 53, n. 1). — M. Partsch commente heureusement le traité de Tertullien, *De praescriptione hereticorum*. Sur la signification du mot *praescriptio* dans cet ouvrage, cf. en dernier lieu, De Labriolle, *N. R. H.*, 1906, pp. 5-27 et introduction à l'édition du *De praescr. haeret.*, 1907, p. XV et ss. — La conclusion qui se dégage de tous les textes littéraires, c'est que le mot *praescriptio* signifie seulement une objection par laquelle on repousse les prétentions de l'adversaire sans descendre dans l'examen des arguments de fond.

(1) Voir le dépouillement des textes juridiques dans Bülow, *Processeinreden*, p. 95 et ss. ; Dernburg, *op. cit.*, pp. 39 et 34 et Partsch, *op. cit.*, p. 71, notes 1-7. — Le livre de Modestin, *De Praescriptionibus* (Lenel, *Pal.*, nos 169-172) est remarquable par la diversité des matières qu'il traite.

(2) Outre la prescription préjudicielle il n'existe que cinq *excep-*

que la *praescriptio* fut une institution à part distinguée par des caractères de fond.

Dernburg comprit que cette théorie manquait de vraisemblance dans son ensemble ; il imagina de la consolider en la modifiant un peu et en la restreignant à un petit groupe de *praescriptiones*, mais il aboutit seulement à édifier un système encore plus artificiel (1). Pour lui les *praescriptiones* dont parle Gaius se distinguaient essentiellement des *exceptiones*, mais elles étaient très peu nombreuses ; nous n'avons le droit (en l'absence d'autres textes) de citer que la *praescriptio quod praejudicium hereditati non fiat* dont parle Gaius (2). Cette dernière, — comme les *prescriptiones pro actore*, — opère un partage des fondements sur lesquels s'appuie l'action : le juge ne peut tenir compte que des moyens du demandeur qui ne reposent pas sur le droit héréditaire ; il absoudra le défendeur si son adversaire ne peut pas prouver une propriété indépendante de la qualité d'héritier. — Nous avons déjà montré la différence fondamentale qui existait entre les *praescriptiones pro reo* et *pro actore* et les difficultés qu'on rencontrait à vouloir construire une théorie à part pour les *praescriptiones*, mais la plus grave objection

tiones—praescriptiones : rei judicatae (cinq textes), *transactionis* (un texte), *doli* (un texte), *in factum* de D., 44, 1, 22 et *longi temporis* (dépouillement dans Partsch, *op. cit.*).

(1) Dernburg, *op. cit.* (§§ 3, 4, 5).

(2) Cf. en particulier Dernburg *op. cit.*, p. 49. — Nous nous efforçons de ne pas dépasser la pensée de l'auteur. En réalité la théorie de Dernburg est dépourvue d'ampleur et de solidité parce qu'il ne se pose pas la question d'ensemble et qu'il n'envisage que l'exception *q. p. hereditati n. f.* ; il ne fait même pas allusion à la distinction générale de l'exception et du décret. On peut croire qu'il n'a créé un système spécial pour sa prescription que parce qu'il a négligé l'étude des autres.

qu'on puisse invoquer contre Dernburg est l'absence totale de preuves. Comment, en dehors de textes positifs, pouvons-nous admettre que la *praescriptio q. p. h. n. f.* produisait seule des effets aussi extraordinaires? Dernburg s'appuie sur le fragment 7, § 2 du titre. *De her. pet.* (1), mais la *praedictio* dont parle ce passage est imposée d'office aux deux parties; elle ressort de la *cognitio* du prêteur.

Pourtant le système de Dernburg eut le bon côté de montrer qu'il faut restreindre le cercle des *praescriptiones* primitives (2). Les romanistes modernes qui n'approuvent pas la théorie de Puchta considèrent que les *praescriptiones* avaient les mêmes effets que les *exceptiones* (3), mais supposent plus ou moins expressément que les *exceptiones* anciennes, au moins celles qui dans le *Corpus* sont appelées *praescriptiones*, s'intentaient au début sous forme de *praescriptiones pro reo* (4). Ihering, il est vrai,

(1) Dans le même sens que Dernburg, Wetzell, *System*, pp. 17-10, n. 62; p. 534, n. 76. — Nous retrouverons ce texte plus loin.

(2) Réfutation du système de Dernburg dans Bekker, *Aktionen*, I, pp. 378 et 379. — Autres objections contre lui: Comment le juge pourra-t-il ne pas tenir compte du droit héréditaire lorsque le demandeur intentera l'action *familiae eriscundae*? — Dernburg éprouve mille embarras pour expliquer le passage de la *praescriptio* à l'*exceptio*; il imagine que pendant un certain temps les deux institutions ont coexisté pour les mêmes questions, puis que la deuxième plus favorable au défendeur a éclipsé la première; c'est une nouvelle affirmation gratuite.

(3) Parmi ces auteurs il faut ranger Bülow, *De exc. praej.*, p. 49 et *Processeinreden*, p. 95 et ss., p. 235 et ss.; Krüger, *Pr. Cons.*, p. 76, n. 49; Wach et Keller⁶, pp. 246 et 247; Planck, *Mehrheit*, pp. 209-240; Pfeiffer (*Z. f. civ. und Prozessr.* N. F, XI, pp. 403-410); Heffter, *op. cit.*, p. 114. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, pp. 403-404, etc., etc. — Cf. les distinctions établies plus haut, p. 112, n. 2.

(4) Pourtant Bülow (*Processeinreden*, p. 235) combat expressément cette théorie.

fit remarquer avec raison que l'*exceptio* n'existait vraisemblablement pas au début de la procédure formulaire; elle n'a dû naître qu'après la création de la formule, car elle ne s'emboîte que gauchement dans les éléments de cette dernière (1). On en a conclu que la *praescriptio* constituait l'origine de toutes les *exceptiones* (2). Mais la *praescriptio* pas plus que l'*exceptio* ne nous semble être un élément primitif de la procédure formulaire. Le préteur introduit dans le préambule une considération qui ne rentre pas dans le cadre de l'alternative qu'il soumet ensuite au juge: *si paret condemna, si non paret absolve*; ainsi la *praescriptio* fausse l'harmonie de la formule. Nous croyons plus volontiers, suivant la pure doctrine d'Ihering lui-même, que les futures *exceptiones* ou *praescriptiones* étaient tranchées à l'origine dans un procès séparé sous la forme de sponsions préjudicielles (3).

L'évolution postérieure est plus obscure. Le magistrat n'organisa qu'une instance pour toutes les questions groupées autour du litige principal et, par une seule formule, renvoya l'affaire complète devant un juge unique; sans doute il n'obéit pas à une méthode inflexible lorsqu'il inséra ou des *praescriptiones* ou des *exceptiones*; il se laissait guider par des motifs de simple commodité, suivant que les faits et les idées pouvaient être exprimés d'une manière plus ou moins brève. Puis on éprouva le besoin d'unifier ces deux moyens

(1) Ihering, *Geist*, t. III, p. 62.

(2) Cf. Lenel, *Exceptionen*, pp. 44-45 dont M. Girard (après avoir simplement dit que les *exceptiones* semblent plus récentes que les *praescriptiones pro reo*) paraît admettre la solution intégrale, *Manuel*⁴, p. 4023, n. 4. — Dans le même sens, avec quelques hésitations, Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, pp. 403, 404; Keller-Wach⁶, p. 217.

(3) Sur ce point, Cf. Bekker *Aktionen*, ch. XIII, *in fine*, t. I, p. 370.

de défense qui ne différaient que par la forme. Nous ne sommes pas éloignés de croire que cette simplification fut exécutée lors de la rédaction de l'Edit perpétuel sous Hadrien (1). Il est même loin d'être démontré que toutes les exceptions formulaires qui sont qualifiées de *praescriptiones* dans le *Corpus* aient été en réalité soumises d'abord à cette forme (2). Cette métamorphose n'est certaine que pour l'exception *ne praejudicium hereditati fiat*. Mais c'est précisément cette dernière seule

(1) Cette date récente expliquerait que Gaius parle encore des *praescriptiones pro reo* et les rapproche des *praescriptiones pro actore* qui n'avaient de commun que le nom et la place dans la formule.

(2) Liebe (*Stipulatio*, p. 173) a essayé de suivre la transformation de la *praescriptio de eadem re alio modo* en *exceptio rei judicatae*; Rudorff sur Puchta (*op. cit.*, § 171 n. h.) et Naber (*loc. cit.*, Mnémosyne) l'ont suivi, mais cette construction est infiniment hasardeuse; elle ne s'appuie que sur deux textes très vagues de Cicéron (*De Finibus*, V, 29; *Ad Familiares* (XIII, 27) qui, plus vraisemblablement, font allusion à des *praescriptiones pro actore* (Savigny, *op. cit.*, t. VI, appendice xvii, p. 505). — Cf. Cuq, *op. cit.*, II, p. 716, 7. — Le dernier commentateur de la *longi temporis praescriptio*, M. Schott (*op. cit.*, p. 70 et ss.) nie tout rapport entre cette institution et les *praescriptiones pro reo* de Gaius; il s'appuie sur la date tardive de la prescription *longi temporis* et sur le nouveau sens (*jüngere Bedeutung*) du mot *praescriptio* (contra Girard, *Manuel*⁴, p. 299). — L'exception de dol est née sous forme d'*exceptio* entre l'année 688 et l'époque de Labéon (Girard, *ibid.*, p. 419, n. 3). — Ainsi le même mot *praescriptio* s'applique à six *exceptiones* et à une multitude de cas étrangers à la procédure formulaire. Cette désignation n'a-t-elle d'autre raison d'être que le hasard? Il semble que ce terme caractérise les moyens de défense qui, en général, sont invoqués avant l'examen du fond. — Certains auteurs comme Birnbaum (*N. Archiv. des Criminalr.*, 9, pp. 359-363) enseignent que le mot a dû passer du domaine du droit criminel dans celui du droit civil; d'autres, comme Bülow (*Prozessenreden*, pp. 97-98. — Comp. Partsch, *loc. cit.*), émettent l'idée qu'il s'est sans doute produit une réaction du mot grec *παράγραφη* qui signifie à la fois dans les sources juridiques *exceptio* et *praescriptio*.

qui nous intéresse. Concluons que rien ne prouve qu'elle n'ait pas toujours engendré les mêmes effets sous ses deux apparences de *praescriptio* et d'*exceptio* et passons à l'étude de ces effets.

SECTION II. — Effets des exceptions préjudicielles.

Avant de passer en revue les divers systèmes proposés, nous devons constater l'accord presque complet (1) des commentateurs sur le résultat pratique de l'exception préjudicielle. Elle n'a pas pour but d'interdire au demandeur l'accès ultérieur des tribunaux, mais seulement de le forcer à employer la véritable action du procès; elle lui laisse la faculté d'intenter la pétition d'hérédité après avoir été débouté sur la revendication, d'agir par revendication après avoir subi un échec sur l'action *communi dividundo* ou sur l'action confessoire. Les auteurs ne font pas appel au même mécanisme juridique, mais ils s'entendent à reconnaître que l'effet de l'exception préjudicielle ne saurait être aussi radical que celui des exceptions ordinaires.

Cette préoccupation n'a pas été étrangère à la conviction de certains romanistes qui estiment que la prescription ne déduisait pas le droit en justice. Tel était, dit M. Accarias, l'effet atténué de la prescription; et l'exception préjudicielle (qui d'après Gaius ne diffère que par la forme de la prescription préjudicielle) n'aura pas une portée plus grave. Nous avons réfuté ce système basé sur la nature des *praescriptiones*.

La théorie traditionnelle représentée par Savigny pre-

(1) A l'exclusion de Dernburg, ainsi que nous le verrons plus loin.

nait son point de départ dans une sous-distinction des exceptions dilatoires : les unes se rapportaient au contenu même de l'*intentio* et conduisaient au rejet absolu de la demande, tout comme les exceptions péremptoires ; les autres, — par exemple les *exceptiones fori* et *praejudicialis*, — ne s'attaquaient pas à l'*intentio* et forçaient simplement le juge à suspendre sa décision (1). Zimmern soutient au fond le même système que Savigny, mais affirme que la seconde espèce d'exceptions dilatoires ne mérite pas le nom d'*exceptiones* (2). Nous ne nous arrêterons pas à discuter cette théorie des *exceptiones de procédure* qui, après avoir été généralement adoptée, n'est plus soutenue par personne ; elle ne s'appuie que sur de vagues conjectures et se trouve anéantie par l'examen des textes de Gaius, du Digeste, des Institutes de Justinien qui ne font aucune division entre les exceptions dilatoires (3).

M. Bülow qui le premier combattit vigoureusement ces idées préconçues, aboutit cependant à des conclusions analogues. Après avoir établi que l'exception préjudicielle est identique à toutes les autres, qu'à leur instar elle contredit la prétention matérielle affirmée dans l'*intentio*, empêche la condamnation et entraîne une véritable absolution, — il reconnaît que pourtant elle comporte une anomalie qui la distingue de ses semblables ; elle permet de renouveler la demande sous une autre forme (4). M. Bülow emploie toute son ingénio-

(1) Savigny, *op. cit.*, t. V, § 227, pp. 181-182.

(2) Zimmern, *Gesch. des Röm. Privatr.*, p. 302.

(3) Pour l'exposé détaillé de ce système nous nous bornons à renvoyer à l'ouvrage de Bülow, *Die Proccesseinreden*, qui donne de nombreuses listes d'ouvrages et les réfute point par point.

(4) Bülow, *De exceptionibus praejudicialibus*, ch. III, pp. 56-58.

sité à résoudre cette antinomie mal déguisée (1). Le demandeur, dit-il, a demandé dans le premier procès *aliud pro alio* (2) ; il n'est pas dépouillé de son droit pour avoir intenté une action impropre ; l'exception lui enlève l'exercice et non la jouissance de son droit ; elle lui arrache une de ses armes, mais lui laisse les autres. — Les développements de l'auteur sont si persuasifs qu'ils dépassent leur but et aboutissent à l'affirmation que l'exception préjudicielle est un moyen tout différent des autres exceptions. M. Bülow ne se fait d'ailleurs pas illusion sur l'aboutissement de son système. Cet effet anormal de l'exception préjudicielle, dit-il, explique sa forme primitive de *praescriptio* (3) ; jamais elle ne fut une exception véritable, mais une espèce d'exception (*eine Art von Exceptio*) (4). — Nous sommes loin du point de départ

(1) Bülow, *Proccesseinreden*, cf. spécialement, p. 232 et ss.

(2) Bülow, *Proccesseinreden*, p. 235, n. 131 ; p. 236, n. 132. — M. Bülow rapproche fort justement l'exception préjudicielle de l'*exceptio divisionis* (p. 228 et p. 235, n. 131). Celle-ci, remarque-t-il, n'empêche pas le demandeur repoussé pour avoir demandé à une caution toute la créance, de réclamer à chacune des cautions leur part dans la dette par des actions distinctes. — Mais il est précisément certain que le demandeur débouté par l'*exceptio divisionis* sera désormais dans l'impossibilité d'agir, même s'il divise ses poursuites. Et les auteurs se sont efforcé de trouver un moyen qui permette au demandeur qui nie la solvabilité des autres cautions d'esquiver l'insertion de l'exception. M. Girard (*Manuel*⁴, p. 757, après Lenel, *Edit*, I, pp. 248-249, *Editum*², p. 212 et Sokolowski, *Z. S.St.*, 11, 1890, pp. 278-301) admet qu'en cas de contestation le prêteur faisait ordinairement procéder à un examen préalable avant de délivrer l'action, puis accordait ou une action pour une partie de la créance, ou une action pour le tout sans insertion d'exception.

(3) M. Bülow (p. 236, n. 132) se fonde sur les mots de Gaius, IV, 133 *in speciem exceptionis deducta est*. C'est vouloir tirer du texte plus qu'il ne peut rendre.

(4) Ainsi M. Bülow aboutit au système de M. Accarias qui déduit

d'un livre dirigé contre les *Exceptions de procédure* (1) !

Que la contradiction soit réelle ou apparente, le système de M. Bülow constitue une hypothèse indémontrable, un pis-aller, car, sauf dans les textes du Bas-Empire, toute exception, fût-elle dilatoire, produit toujours un effet extinctif (2).

Devons-nous donc conclure que l'exception préjudicielle interdisait tout nouveau recours au demandeur ? Pour répondre à cette question nous devons tenir compte de la « chose déduite en justice » et de la « chose jugée ». Bornons-nous à enregistrer les résultats communs auxquels ont abouti les romanistes qui ont spécialement creusé ces problèmes (3).

la théorie des exceptions préjudicielles de la nature des *praescriptiones*.

(1) A première vue il semble que M. Bülow puisse invoquer le paragraphe 53 du Commentaire IV de Gaius : *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, quia nihil ante videtur egisse*. Mais ces mots de Gaius *aliud pro alio* font allusion à l'objet de la demande et non pas à la manière d'agir. M. Bülow joue sur les termes.

(2) Gaius, IV, 123. Inst. Just., 4, 13, 10.

(3) Depuis le livre capital de Keller, *Ueber Litiscontestation und Urteil* (1827-8) et les travaux de Savigny (*Traité*, t. VI, §§ 253-301) tous les romanistes s'accordent sur les grandes lignes de l'évolution. Au début la déduction en justice produit un effet purement négatif ; plus tard le jugement acquiert une autorité positive (terminologie créée par Keller). Voici les applications de cette idée sur lesquelles on ne discute plus : L'exception *rei judicatae vel in iudicium deductae* de l'époque classique a un domaine plus vaste que l'exception *rei judicatae* du début ; elle repousse non seulement l'action déjà employée, mais toutes celles qui, sous une autre forme poursuivraient un but identique (44, 2, 3, 7, 4-5, etc.), elle peut être invoquée par le demandeur sous forme d'*exceptio rei judicatae* dans sa fonction positive (40, 2, 3, 3) ou sous forme de *replicatio rei secundum se judicatae* (20, 1, 16, 5 ; 44, 2, 16 et 17). Ainsi la chose

A l'origine de la procédure formulaire, si la règle *bis de eadem re ne sit actio* ne fonctionne pas de la même manière qu'au temps des actions de la loi, l'idée subsiste. On ne se préoccupe que de la déduction en justice ; il est interdit d'employer deux fois la même action relativement au même litige. Mais rien n'empêche le demandeur de poursuivre son droit en intentant une action similaire (1).

dont on tient compte à l'époque classique, c'est le contenu du jugement. Vue d'ensemble sur ces résultats dans Girard, *Manuel* ⁴, pp. 1033-1036.

Cette question du développement de l'autorité de la chose jugée est intimement liée à celle de la coexistence au Digeste de l'exception *rei in iudicium deductae* et de l'exception *rei judicatae*. Le problème de leur unité ou de leur duplicité si discuté entre MM. Lenel et Eisele (citations d'auteurs dans Lenel, *Edit.*, t. II, p. 254, *Edictum* ², p. 486) semble secondaire ; le seul point essentiel est de décider que les deux clauses ont suivi une évolution différente et rempli des fonctions distinctes ; et tel est l'avis de M. Lenel et de M. Naber comme de M. Eisele. Pourtant un auteur dissident, M. Windscheid (*Pandekten*, § 130) soutient que les deux exceptions ne diffèrent pas par les fonctions, mais seulement par les cas d'application. — Cf. aussi Leonhard, *Festgabe für Dahn*, 2, 1903, pp. 67-106.

Nous laissons de côté les questions insolubles de dates ; nous ne nous demandons pas si l'exception *rei in iudicium deductae* a précédé l'exception *rei judicatae*, ni si la *litis contestatio* n'a pas fini par perdre tout effet extinctif : la solution affirmative de la première question nous paraît pourtant certaine malgré l'opinion de M. Lenel qui semble dire que l'*exc. rei judicatae* aurait existé d'abord. Comp. Erman, *Z. S. St.*, 1906, pp. 407-408.

(1) Plusieurs raisons le prouvent. L'exception *rei in iudicium deductae* ne constitue d'abord qu'une transposition de la vieille règle : *bis de eadem re...* ; l'utilité de la notion nouvelle de *chose jugée* n'apparaît que si l'on admet que son domaine était plus vaste que celui de la notion de *chose déduite en justice* ; les textes qui nous sont conservés au Digeste nous montrent nettement que la consommation des actions concurrentes n'apparut qu'à une époque relativement récente : 44, 2, 5, *pr.*, 44, 2, 7, 4. Ce deuxième fragment

Sous ce régime le demandeur repoussé sur la revendication peut intenter la pétition d'hérédité ; les deux actions sont parfaitement distinctes ; leur *intentio* n'est pas la même. Supposons que l'hérédité soit envisagée comme un tout et l'objet de la revendication comme une partie : jamais les Romains n'ont empêché de réclamer le tout après la partie (1). — L'exception de chose jugée ne devait pas, à plus forte raison, atteindre le demandeur qui employait la pétition d'hérédité après l'action *familiae erciscundae*. Nous ne croyons même pas que la réforme ait jamais été accomplie. Julien indique bien cette solution radicale pour l'hypothèse contraire (2), mais la situation est tout à fait différente. L'action de partage est conditionnée par la pétition d'hérédité : le juge, à la pétition d'hérédité qui absout le défendeur, tranche par la négative la question de partage ; mais la réciproque n'est pas vraie (3).

Notre raisonnement serait le même pour le cas où le demandeur intenterait l'action *communi dividundo* après la revendication. Il n'est pas douteux non plus qu'au septième siècle le demandeur pouvait successivement invo-

est même ainsi rédigé qu'il semble qu'Ulpien ait ajouté à la pensée de Julien quatre mots de son cru : *vel alio genere judicii*.

(1) C'est seulement le contraire qui sera vrai à l'époque classique : *Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet, nam pars in toto est*. Cet aphorisme n'eut sans doute pas été admis au VII^e siècle ; et en tout cas la réciproque ne le fut jamais.

(2) D., 44, 2, 8.

(3) D., 5, 4. *Si pars hereditatis, 7. Non possumus consequi per hereditatis petitionem id quod familiae erciscundae consequimur ut a communione discedamus ; cum ad officium judicis nihil amplius pertineat, quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui mihi jubeat*. — Cf. Girard, *Manuel* ⁴, p. 1007, n. 1 : « Il n'y a pas concours, mais succession d'actions. »

quer l'action confessoire de servitude et la revendication (1).

Envisageons enfin l'hypothèse de l'exception *extra quam in reum capitis praejudicium fiat* (2). Cette exception, avons-nous vu, n'est pas une institution régulière. La longueur des débats *in jure* décrits dans le *De inventione* nous permet de supposer que le demandeur en question avait eu le temps et les conseils suffisants pour choisir à bon escient l'action publique ou l'action privée.

Ainsi nous admettons que, pendant une période qu'il est difficile de délimiter avec exactitude, le demandeur, après avoir été repoussé par l'exception préjudicielle sur l'action qu'il a eu le tort d'intenter, est libre de revenir à la charge en invoquant la véritable action du procès. — Mais nous ne nous fondons pas sur de prétendus privilèges accordés, on ne sait pourquoi, à l'exception préjudicielle ; nous nous retranchons derrière le droit commun qui n'identifiait pas les actions en jeu au point de vue de la théorie de la chose jugée.

Mais l'institution évolue. La considération du jugement passe avant celle de la déduction en justice et les juristes peu soucieux de l'ancien formalisme sont attentifs au seul contenu du jugement. Deux conséquences de ce changement nous intéressent : 1° la nouvelle exception *rei judicatae vel in judicium deductae* n'interdit plus seulement de reprendre deux fois la même action,

(1) Même raisonnement pour la deuxième hypothèse du frag. 18, (44, 1). Cf. pour la solution inverse 44, 2, 7, 3.

(2) On pourrait être tenté de dire que les actions privée et publique se cumulent, mais nous verrons que l'exception ou le décret préjudiciel n'écartent l'action civile que lorsque celle-ci est purement pénale, c'est-à-dire poursuit le même but que l'action publique.

mais même d'intenter après une première instance une action qui soulève la même question ; 2° le jugement acquiert une autorité positive, c'est-à-dire que l'on ne tient compte pour l'application de l'exception que de ce qui a été réellement prononcé par le juge (1).

Cette nouvelle théorie de l'*eadem quaestio* n'a pu se former qu'à une époque où les romains avaient un sens juridique assez hardi et assez aiguisé pour permettre au juge d'apprécier les deux procès successifs et de déterminer la portée exacte d'une sentence antérieure ; elle semble tout d'abord renforcer l'efficacité des exceptions préjudicielles puisque celles-ci supposent l'existence de deux actions qui ont le même but, qui roulent sur des questions identiques.

Précisément Ulpien rapproche la pétition d'hérédité de la revendication (2).

Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere iudicii.

(1) L'opposition entre la fonction positive et la fonction négative de l'exception de chose jugée qui a été mise en lumière pour la première fois par Keller (*op. cit.*, §§ 28-30) a été contestée par Bekker (*Consumption*, p. 13 et ss., p. 132 et ss.) et d'autres auteurs (voir l'énumération dans Windscheid-Kipp, 1906, I, § 130, n. 23 a.).

Dans un autre ouvrage (*Aktionen*, I, 349 et ss.), Bekker concède que le concept d'autorité positive n'était pas étranger aux Romains. Aujourd'hui les auteurs ne critiquent plus au fond le système de Keller, mais parfois se bornent à dire que la distinction n'a pas d'importance pratique (Regelsperger, *K. V. L.*, XVIII, p. 198 et ss.). — M. Erman (*Z. S. St.*, 1906, p. 406) émet l'opinion que les Romains ont plutôt considéré successivement la partie puis le tout du contenu du jugement. Cela nous semble revenir au même. En tout cas la terminologie introduite par Keller est commode et s'adapte bien à l'ensemble des solutions indiquées dans les textes.

(2) D., 44, 2, 7, 4.

Et ideo si hereditate petita singulas res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.

Pour que cet exemple soit adéquat à la règle, il ne faut pas se borner à considérer l'hérédité comme un tout qui renferme l'objet héréditaire revendiqué, il faut supposer que la revendication est basée sur la qualité d'héritier du demandeur ; en d'autres termes Ulpien se place uniquement dans le champ d'application de l'exception préjudicielle (1). Et alors c'est rigoureusement la même question (*eadem quaestio alio genere iudicii*) qui s'est posée dans la revendication et qui se retrouve dans la pétition d'hérédité. La revendication tendait déjà à faire trancher la question d'hérédité ; elle a par conséquent déferé non pas une partie du droit, mais tout le droit en justice.

Nous avons indiqué nos hésitations pour les rapports qui unissent les actions en partage à la revendication ou à la pétition d'hérédité, mais la théorie de l'*eadem quaestio* intervient sûrement lorsque le demandeur réclame les fruits en qualité de propriétaire du fonds litigieux ; elle intervient toujours dans l'hypothèse du fragment 16 (44, 1), car l'individu qui intente une action confessoire de servitude se déclare du même coup propriétaire du fonds dominant puisque « *res servit fundo et non personae* ».

Voilà donc au moins trois cas (2) dans lesquels le demandeur ne peut dans la rigueur du droit intenter l'ac-

(1) Nous avons démontré en effet que l'exception préjudicielle ne déboutait que le demandeur qui appuyait sa revendication sur sa qualité d'héritier.

(2) Nous n'avons pas à parler de l'exception *extra quam* ..., puisqu'à l'époque classique elle a laissé la place au décret.

tion véritable du procès après avoir été débouté sur l'action détournée. Ce demandeur sera-t-il sans ressource ? — Dernburg l'affirme (1) : Ce plaideur sait à quoi il s'expose en usant d'une action qui n'est pas appropriée à son but réel et le prêteur ne manquera pas de l'en avertir *in jure*. Pour celui qui désire invoquer successivement plusieurs titres à la propriété de l'objet litigieux, il peut faire insérer une *praescriptio pro actore* pour ne pas déferer tout son droit en justice (2).

Cette sévérité paraîtra invraisemblable si l'on songe que la théorie du fragment 7 d'Ulpian ne constitue qu'un rouage secondaire du nouveau système de l'autorité positive conférée aux jugements ; la notion de l'*eadem quaestio* est seulement une conséquence de l'idée très large qu'il faut accorder de l'importance non pas tant au fait, qu'au contenu de la sentence antérieure. On doit se demander quelle question juridique a été tranchée, sur quel point le juge a rendu une *pronunciatio* (3). Or dans le premier procès la question du droit réel du demandeur repoussé par l'exception préjudicielle n'a pas été débattue ; la logique de l'évolution de la chose jugée exigeait

(1) Dernburg, *op. cit.*, p. 49.

(2) Dernburg invoque ici 5, 3, *De her. pet.*, 7, 2, mais nous avons vu que ce texte n'a pas la portée qu'il lui attribue. — On a aussi pensé à la *praescriptio pro actore* pour limiter l'effet extinctif de l'*exceptio divisionis*. Cette allégation n'est accompagnée d'aucune preuve. — Par contre, il semble bien que les fragments 44, 2, 44, 2 et 44, 2, 41, 2 font allusion à la nécessité et à l'efficacité d'une *praescriptio pro actore*. Ainsi ce genre de *praescriptiones* ne se limitait pas aux cas spéciaux prévus par Gaius, IV, 430 et ss.

(3) Cf. p. 136 et ss. — Dans 44, 2, 15 Gaius permet au défendeur d'agir parce que le juge n'a pas prononcé qu'il n'était pas héritier ; logiquement le demandeur doit pouvoir intenter une seconde action lorsque le juge n'a pas prononcé sur sa qualité d'héritier.

qu'on lui permette de soumettre à nouveau ce point de droit aux tribunaux.

Pourtant il ne semble pas que les Romains aient jamais renoncé expressément à la vieille théorie négative de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Les juristes classiques ont donc dû prendre des voies détournées pour permettre au demandeur d'intenter la pétition d'hérédité après la revendication lorsque celle-ci avait été arrêtée par une exception *q. p. hereditati n. f.* A quel moyen s'arrêteraient-ils ? Il est permis d'hésiter entre plusieurs.

On peut songer à la *restitutio in integrum* qui justement intervient pour effacer l'effet extinctif d'une exception qui est tout à fait analogue à l'exception préjudicielle (1). Ce serait une *Restitutio ob errorem* ; et nous savons que de fait ce genre de *resitutiones* était surtout accordé pour remédier à des erreurs de procédure (2). Malgré ces raisons assez frappantes nous répugnons à faire appel sans texte à un moyen aussi extraordinaire (3).

(1) 44, 2, 2 (Ulpian, l. 13 *ad Ed.*). *Qui cum herede ejus egit, qui filium praeterierat, et exceptione sumnotus est « ac si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas bonorum possessio dari possit » omittente emancipato filio bonorum possessionem, non inique restituetur, ut agat cum herede* (Comp. 44, 7, 15 = Julien, l. 4, *Digestorum*). Dans la première instance le défendeur a tiré son exception de l'innocuité du testament et répond au demandeur qu'il est sous le coup d'une *bonorum possessio* délivrée à un tiers. Une réplique semblerait ici plus simple et plus naturelle que l'*in integrum restitutio* qui constitue un *extraordinarium auxilium*.

(2) Girard, *Manuel* 4, p. 1036, n. 4.

(3) Nous ne croyons pas qu'on puisse se baser sur un texte assez obscur de Callistrate (D., 4, 1, 4). — *Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem, vel summam, si majori rei, vel summae praejudicetur, audiatur is qui in integrum restitui postulat*. Ce fragment avertit simplement que le prêteur peut accorder une *restitutio* même contre des décisions de peu d'importance (*de minimis*

Il serait assez conforme à l'évolution des pouvoirs de plus en plus larges du préteur d'imaginer que celui-ci organisait un débat préliminaire sur le point de savoir quelle action devait être délivrée, — la revendication ou la pétition d'hérédité, l'action confessoire ou la revendication ; — après quoi il aurait délivré l'action sans exception. — L'exception préjudicielle n'aurait servi que pour contraindre les demandeurs entêtés (1).

Ce procédé a pour lui la simplicité, mais des considérations d'analogie nous font supposer plutôt que le demandeur repoussé par l'exception *rei judicatae* pouvait par une réplique faire valoir que la première instance n'avait abouti qu'à un résultat tout négatif. Était-ce une réplique de dol ? Était-ce une réplique spéciale semblable à la *replicatio rei secundum se judicatae* (2) ? Le silence des textes ne nous permet pas de trancher ce débat secondaire.

Ainsi le demandeur n'était pas empêché d'intenter la pétition d'hérédité ou la revendication après avoir été débouté sur une action particulière, sur une action en partage, sur une action confessoire. La solution de cette question nous permet de soulever un autre problème : supposons que le demandeur ait gagné le second procès ; la sentence du premier juge est-elle définitive ? Le demandeur qui, sur sa revendication, s'est vu refuser un objet perd-il tout moyen de faire valoir ses droits sur lui ?

non curat praetor) lorsqu'elles créent un préjugé à l'égard d'un objet plus considérable.

(1) Sur un procédé analogue employé en matière d'*exceptio divisionis*, cf. p. 125, n. 2.

(2) D., 20, 1, *De pign. et hyp.*, 16, 5 ; 44, 2, *De exc. r. jud.*, 9, 1 ; 16 ; 17.

La solution serait inique. Si cet individu a triomphé sur la pétition d'hérédité, c'est qu'il a droit à tous les objets particuliers dépendant de la succession ; s'il a été reconnu propriétaire du fonds Titien, il a droit aux fruits et peut-être a-t-il raison de réclamer la servitude antérieurement revendiquée par lui. Ces droits seront sauvegardés.

Lorsqu'un plaideur a été débouté à cause de l'insertion dans la formule d'une exception préjudicielle, il n'a pas pu être déclaré non-propriétaire et son adversaire n'a certainement pas été reconnu propriétaire ; le juge s'est borné à constater qu'il n'y avait pas lieu de mettre la force publique au service du demandeur qui peut-être avait raison en droit pur (1).

Et alors, — si le demandeur réussit sur la pétition d'hérédité après avoir été débouté sur la revendication ou obtient le fonds après s'être vu refuser les fruits, — nous nous trouvons en face de deux jugements successifs sur le même objet : jugement négatif se bornant à décider que les choses doivent rester en état, jugement positif affirmant que l'hérédité ou la propriété et par conséquent l'objet particulier ou les fruits appartiennent au demandeur. On ne peut pas dire que ce soient des jugements contradictoires : l'héritier ou le propriétaire ob-

(1) Ce résultat se produit d'ailleurs toutes les fois que le défendeur triomphe grâce à l'invocation d'une exception qui (à la différence d'une défense proprement dite) ne contredit pas directement la prétention du demandeur. Mais ordinairement la sentence rendue sur l'exception suffit à contraindre le demandeur d'abandonner toute prétention sur le droit qu'il réclame, car une action ultérieure se heurterait à l'exception de chose jugée, tandis que nous avons reconnu que le plaideur repoussé par l'exception préjudicielle peut intenter la véritable action du procès.

tiennent sans discussion possible l'objet particulier ou les fruits.

La question se présente dans des termes un peu différents lorsque le demandeur est obligé d'intenter à nouveau son action (action en partage ou action confessoire), lorsqu'il a triomphé sur la pétition d'hérédité ou la revendication. En ce cas il invoquera ces actions déjà employées et si on lui objecte la chose jugée il répondra par la réplique *rei secundum se judicatae*.

Evidenter enim iniquissimum est proficere rei judicatae exceptionem ei contra quem judicatum est (44, 2, 16).

Le jugement rendu sur la pétition d'hérédité ou sur la revendication a en effet été prononcé pour le demandeur contre le défendeur tandis que la première sentence sur l'action en partage ou sur l'action confessoire était une sentence neutre.

*
**

Pour mettre ces idées en pleine lumière et pour montrer toute l'efficacité de cette pétition d'hérédité et de cette revendication, il importe d'insister sur un côté ordinairement négligé de l'autorité de la chose jugée.

Dans tous les procès réels où le défendeur nie la prétention même du demandeur, intervient à côté de la condamnation ou de l'absolution (1) une *pronunciatio* (2) :

(1) Parfois même sans qu'il y ait une condamnation ou une absolution, comme dans les actions préjudicielles que nous étudierons plus loin.

(2) Voici les textes les plus caractéristiques qui intéressent les actions mises en jeu par la théorie des exceptions préjudicielles :

Aulus Titii haeres est; Fundus Auli est. Cette *pronunciatio* avait sans doute lieu avant l'absolution ou au moment où le juge, faisant usage de son *arbitrium*, indiquait les restitutions auxquelles le défendeur devait se soumettre s'il voulait éviter la condamnation (1). Bref le

Pour la revendication, 6, 1, *De r. v.*, 35, 1, 20, 1, *De pign. et hyp.*, 31; 27, 9, *De reb. eorum*, 3, 3; 42, 2, *De confessis*, 6, 2; 44, 2, *De exc. r. jud.*, 30, 1; pour l'action confessoire, 8, 5; *Si servitus vindicetur*, 8, 4 (ce texte montre à merveille comment c'est la *pronunciatio* qui constitue l'élément primordial du procès; condamnation et restitution ne sont qu'actes accessoires); 19, 1, *De act. empti*, 3, 3; pour la pétition d'hérédité, *De legatis*, I, 50, 1; 34, 9, *De his quae ut indignis*, 8; 44, 2, *De Exc. r. jud.*, 13, etc., etc. — Le mot *pronunciatio* semble bien technique. Pourtant le frag. 50, 16, *De verb. sign.*, 46 enseigne que les mots *pronuntiare* et *statuere* ont la même valeur; le frag. 6, 1, *De r. v.*, 35, 1 emploie le mot *declarare*. A vrai dire c'est l'idée qui importe et elle est incontestable. — Voir une esquisse de la théorie de la *pronunciatio* dans Zachariae, *Z. G. R.*, 1847, 14, pp. 95-108, qui a le tort de s'attacher exclusivement au mot. Cf. aussi Savigny, *Traité*, t. VI, § 287, pp. 314-316 et Bethmann-Hollweg, *C.P.*, II, pp. 624-626. Pour le dépouillement des textes, Merguet, *Cicero's Lexicon*; Puchta, *op. cit.*, § 175; Bülow, *De praejudicialibus formulis*, p. 6. — Mais M. von Velsen (*De exc. praej.*, p. 52 et ss.) déforme la théorie jusqu'à la rendre absurde. Pour lui (si nous le comprenons bien), lorsque le demandeur intente la revendication et qu'il est débouté par l'*exceptio q. p. hereditati n. f.*, le juge doit émettre une *pronunciatio* sur la qualité d'héritier; de même ce juge doit *pronunciare* sur la propriété du fonds dominant lorsque le demandeur réclame une servitude. Non. 1° Dans le premier cas le juge ne prononce pas sur la qualité d'héritier, dans le deuxième il ne prononce pas sur la qualité de propriétaire. 2° Dans les deux cas il se borne à émettre une *pronunciatio* négative qui, ainsi que nous le verrons, n'a pas les effets d'une *pronunciatio* positive.

(1) Nous savons que toutes les actions réelles intentées par formule pétitoire étaient munies de la *clausula arbitraria* (Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 1016, n. 3) et d'autre part nous ne croyons pas qu'il y ait de place pour la *pronunciatio* dans la sentence de condamnation ou d'absolution. De plus de nombreux passages rendent très proba-

juge ne se bornait pas à condamner ou à absoudre, il proclamait le droit ou l'absence de droit du demandeur.

Cette *pronunciatio* intervenait dans les deux alternatives (1), mais elle avait une valeur spéciale lorsqu'elle affirmait le bien-fondé des prétentions du demandeur (2). Quelle était sa portée ?

Faut-il dire qu'elle produisait un effet absolu, *erga omnes*, et qu'elle s'imposait aux juges des procès ultérieurs ? Assurément non ; rien n'empêchera un tiers d'intenter la revendication contre le gagnant en se prétendant lui-même propriétaire.

La *pronunciatio* devait être reconnue pour vraie dans tous les procès où la question tranchée par elle ne constituait pas l'objet direct du litige, à l'encontre de toutes les personnes qui ne reprenaient pas pour leur propre compte l'instance principale sur laquelle le juge avait prononcé (3).

ble l'opinion mentionnée au texte : Les fragments 6, 1, 35, 1 et 42, 1, 59, 2 opposent la *pronunciatio* à la *condemnatio* ; le frag. 42, 2, 6, 2 assimile la *pronunciatio* à l'ordre de restituer : ... *perinde atque si pronuntiatum... dabitur igitur tempus ad restitutionem*.

(1) D., 44,2,15. — Le juge prononçait l'absence de droit aussi bien que le droit du demandeur ; il suffisait que le défendeur attaque directement la prétention de son adversaire.

(2) D'ailleurs cette sentence affirmative pouvait être suivie de condamnation ou d'absolution suivant que le défendeur exécutait ou non les restitutions exigées par le juge.

(3) Telle est la portée de l'autorité dite exceptionnelle des jugements rendus en matière d'état et en matière de successions. Un nouveau prétendu maître et un nouveau prétendu héritier pourront intenter par la suite une nouvelle *causa liberalis*, une nouvelle pétition d'hérédité, mais dans tous les procès (entre les mêmes parties ou entre d'autres personnes) où ne se posera pas directement la question de liberté ou la question d'hérédité (procès criminels, réclamations des légataires, etc.), la *pronunciatio* qui a été rendue sur la

Reprenons nos hypothèses. Entre deux sentences dont l'une ne contient qu'une absolution sans prononciation et dont l'autre affirme : *Aulus Titii haeres est ; Auli fundus est*, aucun conflit n'est possible. C'est la deuxième qui l'emporte. Mais il y a mieux : la sentence rendue sur la pétition d'hérédité et sur la revendication est obligatoire pour le juge de l'action en partage et le juge de

liberté ou sur l'hérédité est obligatoire pour le juge (Girard, *Manuel*⁴, p. 4036). Mais il n'y a aucune raison de limiter cette théorie à la *causa liberalis* et à la pétition d'hérédité. Si les textes en parlent surtout pour celles-ci, c'est que, dans leur domaine, elle est susceptible de nombreuses conséquences pratiques, mais il est possible de lui trouver des applications pour la revendication : *Frimus* après avoir été prononcé propriétaire du fonds Titien contre *Secundus* réclame à *Tertius* une servitude qui existe au profit de ce fonds. Le juge du procès confessoire devra tenir pour acquis que *Frimus* est propriétaire du fonds. C'est la simple application du principe : A chaque droit spécial correspond une action spéciale. — Ainsi dans tous les litiges engagés sur une action réelle (revendication, pétition d'hérédité, action confessoire) la *pronunciatio* positive du juge possède une valeur absolue tant qu'elle n'est pas anéantie par une *pronunciatio* rendue sur la même action. Cela ne constitue pas un privilège artificiel au profit des actions réelles. Il y a une différence essentielle entre le cas où une action réelle a été suivie d'une *pronunciatio* positive, d'une part, — et d'autre part, les cas dans lesquels le défendeur a été absous simplement parce que son adversaire n'a pas été reconnu propriétaire et tous les cas d'action personnelle. Comme les droits réels sont exclusifs, le fait qu'un individu en a été reconnu titulaire entraîne la conséquence que les autres ne le sont point. *Interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit, an contra... quia eo ipso quo meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse : Si vero meam non esse, nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua* (D., 44, 2, 15) ; comp. 44, 2, 30, 1 : *Si de proprietate fundi litigatur et secundum actorem pronuntiatum fuisset... etc.* — Nous pouvons constater chez plusieurs auteurs contemporains une tendance marquée à considérer que la chose jugée avait à l'origine une valeur absolue ; M. Esmein vient de donner une forme précise à ces idées dans un article des *Mélanges Gérardin*, 1907. Cf. en particulier, pp. 242-243.

l'action confessoire ; ils doivent tenir pour acquis qu'Aulus est héritier, qu'Aulus est propriétaire du fonds prétendu dominant. Même solution pour l'espèce du fragment 25, § 17 (5,3). Non seulement le tiers acquéreur ne pourra opposer une exception valable au demandeur qui a triomphé sur la pétition d'hérédité, mais il devra tenir pour acquise la qualité d'héritier de son adversaire, à moins de se porter lui-même héritier (1).

En résumé l'exception préjudicielle n'empêche pas le demandeur d'intenter la véritable action du procès et même de reprendre, après sa victoire, l'action moins importante sur laquelle il avait été débouté. Mais ce résultat ne doit pas être mis sur le compte d'une singularité de l'exception préjudicielle ; il s'explique tout naturellement si l'on étudie le jeu et l'évolution de la notion de chose jugée. Nous n'avons pas besoin de recourir à la théorie anti-scientifique des exceptions de procédure ou aux subtilités verbales de Bülow affirmant que l'exception préjudicielle est tout à fait semblable aux autres exceptions, mais en diffère essentiellement.

SECTION III. — Les exceptions préjudicielles et l'autorité de la chose jugée. — Théorie des *praejudicia*.

Maintes fois déjà nous avons constaté le grand rôle joué dans la matière des *praejudicia* prohibés par les notions de la chose déduite en justice et de la chose jugée. Nous croyons bon de grouper quelques-uns des résultats qui découlent des rapports de ces deux théories. Plusieurs auteurs ont du reste esquissé avant nous cette

(1) V. plus haut, p. 97, n. 1 ; D., 30, *De leg.*, I, 50 donne cette solution pour les légataires et les créanciers de la succession.

comparaison : Brackenhöft intitule en 1839 un ouvrage : « L'identité et la connexité matérielle des rapports de droit, — ou le domaine de l'effet de la chose jugée, la concurrence des actions et le *praejudicium*. » — M. Bülow, pour faire toucher du doigt la ressemblance de l'exception *rei in iudicium deductae* avec l'exception préjudicielle, appelle cette dernière *exceptio rei in iudicium deducendae* (1). — M. de Velsen consacre quelques pages de son mémoire aux rapprochements des deux institutions (2).

Nous avons vu d'autre part qu'une indication suggestive nous est offerte par le voisinage de nos exceptions dans les textes des jurisconsultes. Pour ne prendre que les ouvrages relatifs à l'Edit, nous constatons qu'Ulpien traite des deux exceptions dans le livre 75 de son *Commentaire* et Julien dans ses livres 50 et 51 (3).

L'exception de chose jugée et l'exception préjudicielle sont en effet toutes deux fondées sur les rapports d'identité qui unissent deux actions. Cette idée n'est pas moins exacte pour la seconde que pour la première. L'exception préjudicielle, nous l'avons remarqué, ne met pas seulement en jeu des actions connexes, mais des actions concurrentes ; elle suppose que le demandeur possède deux moyens de droit différents pour obtenir le même but.

Empruntons à M. Affolter une terminologie commode. Cet auteur distingue l'identité réelle et l'identité logique (4). Eh bien ! L'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium*

(1) Bülow, *Processinreden*, pp. 227-228.

(2) Velsen, *De exc. praej.*, pp. 52-56.

(3) Lenel, *Edit*, §§ 275 et 276.

(4) Affolter, *Institutionen system*, p. 279 et ss. L'auteur subdi-

deductae reposa d'abord sur l'identité réelle, puis à la fois sur l'identité réelle et l'identité logique de deux actions ; l'exception préjudicielle ne peut avoir naturellement pour base que l'identité logique.

L'identité logique, voilà donc le fondement commun des deux exceptions à l'époque classique ; et nous croyons que ce rapprochement projette une vive lumière sur l'histoire de la théorie de la chose jugée à Rome.

Les textes du septième siècle que nous avons étudiés nous ont montré que de tout temps les Romains attachèrent une importance considérable aux *praejudicia* (1). Chez un peuple aussi traditionaliste le juge était naturellement tenté de se conformer à la sentence d'un juge précédent, pour peu qu'il existât quelque rapport entre le procès actuellement pendant et un procès antérieur.

Les exceptions préjudicielles procèdent de cette idée générale, mais de plus elles donnent l'occasion de distinguer entre les *praejudicia* de force inégale, elles font mettre à part ceux qui sont fondés sur l'identité logique des deux actions. Il n'y avait plus qu'à faire pénétrer ce concept ainsi dégagé dans la théorie de l'*exceptio rei in iudicium deductae* pour aboutir au principe de l'autorité positive des jugements (2).

L'exactitude de ce point de vue est confirmée par le fait que l'évolution de la chose jugée s'opère parallèle-

vis l'identité logique en identité analytique (*condictio et actio depositi*) et identité synthétique qui suppose deux litiges, deux *res* dont l'un est la prémisse et l'autre la conséquence. Seule l'identité synthétique intéresse les exceptions préjudicielles.

(1) Cf. Chapitre préliminaire ; Comp. Erman, *Mélanges Appleton*, p. 284 et ss.

(2) Cf. Chap. précédent, p. 126 et ss.

ment à l'évolution de la notion du *praejudicium*. Le mot *praejudicium* signifie d'abord une décision antérieure qui peut être écartée par le juge du procès actuel ; à l'époque classique il sert parfois à caractériser une décision qui possède une autorité absolue (1). C'est que ce concept, introduit dans la théorie de la chose jugée comme dans un moule, en épousa, pour ainsi dire, les formes et s'appliqua non plus seulement à la jurisprudence, à la connexité, à l'identité logique, mais encore à l'identité réelle.

Cet élargissement de l'exception *rei iudicatae vel in iudicium deductae* exerça une réaction facile à comprendre sur la portée de l'exception préjudicielle. La théorie de l'*eadem quaestio* a pour effet d'interdire au demandeur d'intenter la pétition d'hérédité après avoir triomphé sur la revendication ou la revendication après une action confessoire de servitude. De ce chef l'exception préjudicielle acquiert une importance plus grande que par le passé, elle sert désormais à empêcher un procès moins important d'avoir autorité de chose jugée à l'encontre d'un procès plus important ; elle permet au contraire à ce procès plus important de passer le premier et de créer un *praejudicium* à l'égard de l'autre. C'est une dernière fonction dérivée qui s'ajoute à toutes celles de l'exception préjudicielle (2).

*
**

Identité logique, *eadem quaestio* constituent la base de l'*exceptio praejudicialis* et de l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Cette parenté explique qu'on ait parfois hésité à rapporter certains textes à l'une ou à

(1) Cf. Chap. préliminaire, p. 9 et ss.

(2) Comp. Chap. III, sect. I, § I, p. 43 et ss.

l'autre (1). Il importe donc de délimiter nettement leurs domaines respectifs et un célèbre passage des *Digesta* de Julien nous en fournira l'occasion.

Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet non obstare exceptionem quod praejudicium hereditati non fiat : futuri enim iudicii, non facti nomine hujusmodi exceptiones comparatae sunt (2).

Le texte sert de point de départ à toute la théorie de M. Bülow qui l'expliquait en disant que les exceptions préjudicielles n'étaient insérées que dans le cas où le procès important n'a pas encore été intenté ; quand il était déjà pendant, comme dans l'hypothèse de Julien, le préteur statuait par décret. — Mais comment fonder une construction aussi artificielle sur un texte aussi laconique (3) ? — Une explication plus simple s'impose. L'exception préjudicielle ne s'applique pas parce que c'est l'exception *rei in iudicium deductae* qui trouve place. Nous sommes dans les termes mêmes du fragment déjà cité d'Ulpien : *Si hereditate petita singulas res petat, ... exceptione summovebitur.*

La justification donnée par Julien confirme cette solution. Les exceptions de cette sorte, dit-il, visent un *iudicium* futur et non un *iudicium* déjà accompli. Il faut

(1) Par exemple les frag. 5, 2, 49, 1 ; 5, 3, 49 et 44, 1, 17 déjà étudiés.

(2) D., 44, 1, *De exc.*, 13 = Julien, 1.50, *digestorum.*

(3) Nous avons déjà combattu le fondement logique du système de Bülow et remarqué qu'aucun des fragments relatifs à l'exception préjudicielle ne portait la marque d'une telle distinction ; nous verrons d'autre part que le décret préjudiciel peut en principe s'appliquer même dans des hypothèses où la *major causa* n'est pas encore pendante.

interpréter le mot *iudicium* suivant son sens technique par : phase de la procédure qui se passe *in iudicio*, après la *litis contestatio* (1).

Ainsi l'exception *rei in iudicium deductae* s'appliquerait quand le procès d'hérédité a déjà été déduit en justice et l'exception préjudicielle, quand il n'a pas encore été intenté ou qu'il se trouve encore dans la phase du *jus*.

Nous ne nous dissimulons pas une grave objection. Le texte d'Ulpien ne se réfère qu'à l'exception *rei iudicatae* ; c'est elle seule que vise tout le titre 44,2 au Digeste. Est-ce que la théorie de l'*eadem quaestio* s'applique également à l'exception *rei in iudicium deductae* (2) ? L'absence des documents empêche de se prononcer à coup sûr, mais la solution la plus vraisemblable est que les deux notions et les deux effets de la déduction en justice et du jugement se juxtaposèrent. L'exception *rei iudicatae* et l'exception *rei in iudicium deductae* se communiquèrent l'une à l'autre tous leurs caractères ; et cela dura jusqu'à la disparition de la seconde (3).

(1) Il nous est du reste indifférent que l'expression *iudicium facere* s'entende de l'activité du juge ou des plaideurs. Sur cette expression, cf. Heuman-Seckel, 1907, V^o *Judicium*, 1, a ; Merguet, *op. cit.*, V^o *Judicium*.

(2) Naturellement la question ne se poserait pas avant l'époque classique, mais le seul texte qui nous occupe est celui de Julien.

(3) Nous n'avons pas besoin de trancher la question si controversée de l'unité ou de la duplicité de l'exception de chose jugée et déduite en justice. — Cf. p. 126, n. 3. — Même dans les textes de l'époque classique il semble bien que la chose déduite en justice soit partout mise sur le même pied que la chose jugée. C'est ce que dit le frag. 9, 4, *De nox act.*, 3 dans sa première partie : *exceptione rei iudicatae summovebitur quia res in superius iudicium deducta et finita est.* La seconde partie du texte est interpolée (Eisele, *Abhandlungen*, p. 55 ; Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 97).

En effet, l'exception *rei in iudicium deductae* dut perdre peu à peu toutes ses raisons d'exister (1). La permanence des gouverneurs anéantit la péremption d'instance et du même coup l'exception *r. i. j. d.* fondée sur l'identité réelle. D'autre part les principes nouveaux ne pouvaient permettre à l'exception de jouer lorsque la première action intentée n'était pas susceptible de donner au demandeur tous les fruits qu'il espérait retirer de la seconde. Ainsi, pour faire l'hypothèse inverse de celle de Julien, le demandeur ne pouvait pas être repoussé sans retour lorsqu'il intentait la revendication après avoir déduit en justice la pétition d'hérédité : il faudrait reprendre la théorie que nous avons faite au sujet du plaideur débouté par l'exception préjudicielle.

L'exception *r. i. j. d.* devait donc s'effacer comme un organe qui a perdu tout rôle utile ; pour en remplacer la dernière fonction, nous voyons apparaître au Code le principe que le demandeur ne peut pas changer d'action au cours du procès, mais alors le prêteur se bornait à user de la *denegatio actionis* (2).

Si M. Bülow confond les domaines de l'exception *r. i. j. d.* et de l'exception préjudicielle, M. Affolter se fait de cette dernière une conception singulière lorsqu'il imagine qu'elle a pour but d'écarter la prétention du demandeur qui réclame le fonds dominant en se basant sur une sentence intervenue à la suite de son action confessoire

(1) Sur la disparition au temps des Sévères de l'*exc. r. i. j. d.*, cf. Erman, *Z. S. St.*, 1906, pp. 407-408.

(2) Ce principe semble d'ailleurs avoir des racines lointaines dans le droit romain. Dans le *pro Roscio* Cicéron reproche à Fannius d'avoir changé *pendente iudicio* l'action *pro socio* pour la *condictio* mais ici ce n'est qu'une incorrection de la part du demandeur (Naber, *Mnemosyne*, 1889, *loc. cit.*).

de servitude (1). Toute la théorie des exceptions préjudicielles proteste contre cette opinion.

Pour réduire à leur juste mesure les rapports de l'exception préjudicielle et de l'exception *rei iudicatae vel in iudicium deductae* nous devons simplement constater qu'à l'époque classique la théorie de l'*eadem quaestio* (identité logique) leur était commune ; — que le concept semble avoir pris naissance dans l'exception préjudicielle ; — et que son introduction dans l'exception de chose jugée amplifia l'efficacité de l'exception préjudicielle. Ces points mis à part, chacune des exceptions garde son champ d'application distinct.

Nous allons passer à l'étude des différentes hypothèses de décret préjudiciel ; nous verrons que celles-ci ne présentent pas avec l'exception de chose jugée les mêmes relations que l'exception préjudicielle.

(1) Affolter, *Institutionen system*, pp. 273 et ss., 295 et ss. ; Cf. Erman, mélanges Appleton, p. 292 et la note.

CHAPITRE V

LES PRAEJUDICIA PROHIBÉS (suite). — LE DÉCRET PRÉJUDICIEL.

Comme le domaine des exceptions préjudicielles est strictement restreint et comme d'autre part les juriconsultes de l'époque classique formulent le principe général que jamais *minor causa* ne doit faire préjugé à une *major causa* (1), nous devrions conclure à l'existence d'un décret préjudiciel général. Mais l'examen des textes montre qu'il y avait loin à Rome entre la pratique et la théorie; une règle aussi vaste n'a pas pu fonctionner parce que les juristes n'ont jamais précisé ce qu'ils entendaient par une *major causa* (2). Nous devons nous borner à passer en revue toutes les hypothèses dans lesquelles le prêteur donne la priorité à une action dans le but d'éviter un préjugé (3). Aucun système d'ensemble ne permet de rendre compte des multiples dispositions

(1) Paul, l. 1. *Sententiarum* (D., 5, 1, 54).

(2) Nératius (D., 44, 1, 21) enseigne seulement dans quel cas il y a *praejudicium* (*quum ea quaestio in iudicium deducitur, quae vel tota vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re majori*), sans définir non plus la *res major*. Planck (*op. cit.*, p. 192 et ss.) a essayé de dresser la liste des *causae majores*, mais celle-ci ne peut avoir qu'une valeur empirique: quand les textes qui nous sont parvenus parlent de *praejudicium*, c'est que le procès préféré doit être une *causa major*.

(3) Nous avons dans notre chapitre préliminaire limité le domaine des « questions préjudicielles » et par conséquent celui du décret préjudiciel.

relatives à ces questions; on peut seulement énumérer les cas où un procès est considéré comme « plus important » par rapport à un autre. Tantôt les deux litiges sont reliés par une question juridique commune, tantôt ils n'ont de commun que leur objet, parfois même il n'y a qu'un procès qui menace de faire préjudice à un état (1).

SECTION I. — La pétition d'hérédité considérée comme « *causa major* ».

En principe la pétition d'hérédité (2) est envisagée comme *causa major* par rapport à tous les autres litiges. Un fragment d'Ulpien et une scolie des Basiliques mettent en lumière les deux faces de cette idée: face négative et face positive.

Eorum iudiciorum quae de hereditatis petitione sunt ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium ejus fieri debeat (3).

(1) Notre étude sera forcément moins complète pour les décrets que pour les exceptions préjudicielles; car il faudrait faire pour chacun d'eux une étude séparée qui ordinairement présenterait peu d'intérêt juridique. De nombreux auteurs ont déjà examiné dans les détails plusieurs hypothèses de décret, en particulier, Planck, *op. cit.*, pp. 105-120; Francke, *op. cit.*, pp. 79-107, Bülow, *Processeinreden*, pp. 135-160.

(2) Ce que nous disons de la pétition d'hérédité doit être compris également de la *querela inofficiosi testamenti* et des autres actions en nullité d'un testament. Le rang entre ces actions elles-mêmes ne dépend que de l'initiative du demandeur: D., 5, 2, *De inoff. test.*, 8, 12; C., 3, 28, *De inoff. test.*, 14 et 16; *Schol. ad. Basil.*, Heimbach, IV, p. 34.

(3) Ulpien, l. 14 *ad. Ed.* (D., 5, 3, *De her. pet.*, 5, 2). — Il est possible que ce texte se soit référé dans l'original au tribunal des Centumvirs; nous avons déjà traité ce point.

Ἡ νερεδιτάτις πετιτῶν παντα μὲν προκριματίζει τὰ δικαστήρια προκριματίζεται δὲ ὑπ' οὐδενος πλὴν τῶν πουβλικῶν (1).

Cette disposition se comprend ; de nombreux intérêts sont attachés à la solution de la pétition d'hérédité : validité des legs, des affranchissements, etc. Pourtant si elle était appliquée rigoureusement, elle conduirait à des résultats singuliers, car les procès d'hérédité dépendent souvent eux-mêmes d'un procès d'état ou d'un procès criminel. Aussi les Romains ne prirent-ils pas cette formule au pied de la lettre : à l'époque classique ils ne l'utilisent que dans des hypothèses peu nombreuses et plus tard ils la sacrifient pleinement à un autre principe moins systématique et plus rationnel. Nous n'étudions pour l'instant que le droit classique.

1° *Actions des créanciers héréditaires et des légataires contre les prétendants à l'hérédité ; — Actions contre les débiteurs héréditaires.* — Dans le célèbre passage du Code que nous avons déjà commenté, Justinien, après avoir annoncé qu'il va réformer les exceptions préjudicielles, entreprend de régler les procès dirigés par les créanciers héréditaires et les légataires contre les possesseurs ou les demandeurs de l'hérédité ; il laisse ainsi croire à l'existence d'une exception *q. p. hereditati n. f.* en faveur de ces derniers. Telle fut en effet pendant longtemps la théorie courante (2) et Wetzell lui-même s'appuyait sur cette constitution pour affirmer que Justi-

(1) *Bas.*, ad. 42, 1 ; *Heimb.*, IV, 187.

(2) C'était la théorie des anciens auteurs, — voir p. ex. *Doneau*, l. 19, c. 13, § 14 ; *Cujas*, ad. t. 5, 3, 49 —, qui a été reprise avec quelques améliorations par *Planck*, *op. cit.*, pp. 228-230. Depuis *Dernburg*, *op. cit.*, pp. 105-120 ; *Vangerow*, *Pandekten*, 2, § 508, et *Bülow*, *De exc. praej.*, p. 31 et *Processeinreden*, pp. 142-149, la théorie contraire est fixée. Aussi nous ne donnons pas de développements.

nien avait aboli la distinction préexistante entre le décret et l'exception préjudicielle (1).

Aujourd'hui tous les romanistes reconnaissent que Justinien a commis une erreur juridique et que, loin de posséder une exception préjudicielle, le défendeur et le demandeur à la pétition d'hérédité ne pourront pas non plus réclamer au préteur une *denegatio actionis* basée sur la théorie des *praejudicia* ; et il en est de même pour le débiteur héréditaire actionné par celui qui se prétend héritier.

A l'époque classique le légataire a le droit de réclamer son legs à n'importe lequel des prétendants à l'hérédité ; seulement il peut être obligé à fournir caution de restituer dans le cas où la succession serait dévolue à un autre qu'à son payeur (2). S'il ne peut ou ne veut remplir cette exigence, le préteur lui refusera l'action en délivrance (3). — Malgré le laconisme des textes la solution paraît avoir été identique dans l'hypothèse où c'est le prétendant à l'hérédité qui intente une *condictio* ou une action réelle contre le débiteur héréditaire (4). — Quant

(1) *Wetzel*, *System*², p. 814, n. 65. — *Wetzel* attaqua la théorie de *Bülow* contenue dans sa dissertation, *De exc. praej.* ; *Bülow* lui répond dans ses *Processeinreden*, p. 145 et ss.

(2) *D.*, *De leg.*, II, 48, 1 ; 35, 3, *Si cui plus*, l. 3, 6 ; l. 4, *pr.* — 3, l. 8 ; 35, 2, *Ad leg. Falc.*, 41 ; *C.*, 63, 7, *De leg.*, 9. — *Comp. C.*, 3, 31, 12, *pr.* : *Si quidem pro legato*, etc. Justinien se borne à des réformes de détail : le légataire devra le cas échéant restituer les intérêts à 3 0/0 et les fruits et il pourra laisser d'abord trancher la pétition d'hérédité, quitte à réclamer lui-même au gagnant les intérêts et les fruits (le personnage de *si ipse maluerit litem* est évidemment le *legatarius*).

(3) Peut-être même y avait-il une exception basée sur le refus de donner caution ; — mais encore une fois, si la caution est accordée, on ne peut renvoyer le paiement des legs au moment de la liquidation de la pétition d'hérédité.

(4) Autrefois on disait généralement que le *possessor* n'a pas d'ac-

au créancier de la succession il ne peut jamais être contraint de fournir caution et il doit être payé immédiatement (1).

Ce n'est que dans un cas que les actions des créanciers héréditaires devront être suspendues jusqu'à la solution de la pétition d'hérédité : quand le fisc réclame pour lui la succession. Le fragment 49, 14, *De jure fisci*, 35, qui prévoit cette hypothèse a souvent reçu une interprétation inexacte ; on a cru qu'il réglait le rang de deux pétitions d'hérédité, celle du fisc et celle de l'autre prétendant à la succession (2) ; en réalité il a simplement pour but

tions contre le débiteur héréditaire et que le *petitor* n'a que des actions réelles (Planck, *op. et loc. cit.*). Ces distinctions sont vaines. Cf. Dernburg, *op. cit.*, pp. 115-121. — Le frag. 16, 3, 37 qui permet au débiteur de déposer la chose litigieuse montre qu'il n'y a pas *d'exc. praej.* qui rendrait le dépôt inutile. — Cf aussi 5, 3, 57 et *De leg.*, III, 27, 2. — Nous croyons que le frag. 5, 3, 49 *in fine* souvent invoqué en cette matière vise plutôt les détenteurs qui ne se prétendent pas eux-mêmes héritiers (*qui res hereditarias occupaverint*).

(1) D., 35, 3, *Si cui plus*, 4, 1. Dernburg discute avec beaucoup de sens critique tous les textes que l'on a invoqués à ce propos (*op. cit.*, pp. 108-115). Ajouter : *Schol. ad. Basil.*, Heimb. IV, p. 342. — Justinien (C., 3, 31, 12, 1) ne fait aucune innovation malgré les apparences ; il ne faudrait pas croire que son énumération soit limitative dans la première partie de ce paragraphe, car dans la seconde partie il ajoute « *vel alia personali actione* ». De même le recours par l'action de gestion d'affaires et le droit de rétention existaient déjà avant lui (le frag. 5, 3, 31, *pr.* accordait ce dernier même au possesseur de mauvaise foi).

(2) Telle semble bien être l'idée de Bülow, *Processeinreden*, pp. 151-152. A vrai dire le texte est assez singulier ; il pose l'alternative : *utrum jus fisci ante exequendum sit et sustinendae actiones ceterorum, an nihilominus inhibendae petitiones creditorum singulorum, ne publicae causae praejudicetur* ; et il conclut : *idque senatusconsultis expressum est*. Dans cette phrase *ceterorum* semble bien se rapporter aux autres prétendants à la succession, mais il faut sous-entendre une réponse négative après *ceterorum*, ce qui le prouve c'est le mot

d'empêcher les créanciers d'agir contre le fisc avant que celui-ci soit sûr d'hériter, car il ne faut pas que le fisc coure le moindre risque. Quelques auteurs, remarquant que les procès du fisc étaient tranchés par le *procurator* impérial ou par le *rationalis*, ont rattaché ce fragment à un privilège de compétence, mais il n'est pas nécessaire de faire intervenir cette idée (1).

Ainsi, sauf dans une hypothèse exceptionnelle, ces procès sont en dehors des questions préjudicielles (2). — De cela nous n'avons pas à donner de raison ; nous nous bornons à constater le fait et nous sommes peu touchés par les considérations des auteurs qui expliquent que les actions des légataires et des créanciers et débiteurs héréditaires ne mettent en jeu aucune *quaestio quae communis est quaestioni de re majori* (3). Les Romains de l'époque classique ne s'assujettirent pas à une théorie aussi stricte.

nihilominus du second terme de l'alternative. M. Mommsen propose une restitution ainsi conçue : *Quaeritur utrum nihilo magis inhibendae sint petitiones creditorum singulorum, an jus fisci ante exequendum sit et sustinendae actiones ceterorum* : dans cette restitution la question de suspension de la pétition d'hérédité rivale ne se pose même pas.

(1) Cf. Planck, *op. cit.*, p. 197, n. 3. Sur la compétence du *procurator* et du *rationalis*, cf. D., 1, 16, *De off. proconsulis*, 9, *pr.*, C., 3, 26, *Ubi causae fiscales*, 1, 2, 5.

(2) Pourtant dans le paragraphe 2, *eod. frag.*, 3, 31, 12, Justinien touche à de véritables questions préjudicielles, mais c'est qu'alors il s'occupe des rapports des procès de liberté avec les procès d'hérédité.

(3) Bülow, *Processeinreden*, p. 145. Es liegt also keine *quaestio quae communis est quaestioni de re majori* vor ; daher fehlt es an jedem Praejudicialzusammenhange. Diese Fälle gehören gar nicht in die Praejudicienlehre. Cette vue est toute moderne ; nous verrons que les Romains faisaient rentrer dans les questions préjudicielles des hypothèses où les deux procès n'étaient unis que par une communauté d'objet.

2° *Les procès de liberté.* — D., 5, 3, 7. — Lorsqu'un testament contient un affranchissement le procès de liberté ne peut intervenir avant que la validité du testament ait été reconnue. Cette solution fut consacrée par un sénatusconsulte antérieur au règne de Trajan (D., 5, 3, 7, = Ulpien, l. 14, *ad Ed.*).

Si quis libertatem ex testamento sibi competisse dicat, non debet iudex de libertate sententiam dicere, ne praejudicium de testamento cognituro faciat : et ita senatus censuit.

Le but de cette décision était d'empêcher la *pronunciatio* rendue sur la *causa liberalis* de créer un *praejudicium* à l'égard d'une action en nullité de testament. On voulait parer à un double désordre : 1° L'examen du testament devait donner lieu à une instance séparée avant qu'on abordât la question de liberté, car la prononciation de la liberté possédait une valeur absolue qui n'aurait pas été ébranlée par la ruine du testament (1) ; il fallait donc que le juge de la *causa liberalis* sache à quoi s'en tenir sur la valeur du testament avant de rendre une sentence aussi grave ; 2° sans doute le procès en nullité du testament pouvait être introduit après l'achèvement de la *causa liberalis*, mais la décision du premier juge aurait créé un important préjugé pour le second procès. — Nous sommes en présence d'un excellent exemple

(1) Sur la portée de cette *pronunciatio*, cf., ch. vi. — Au contraire M. Chabrun (*Querela inofficiosi testamenti*, p. 65 et ss.) d'après M. Maynz (*Cours* 5, t. III, p. 421) admet que, si le testament est déclaré nul dans une instance postérieure, l'héritier pourra revenir sur la question de liberté, mais devra intenter une *vindicatio in servitute* et supporter la charge de la preuve. Cette dérogation à l'autorité de la chose jugée est inadmissible, surtout lorsqu'il s'agit d'une *pronunciatio* rendue en matière de *causa liberalis*.

de question préjudicielle : Voici deux procès connexes d'une importance telle qu'ils doivent faire l'objet d'instances distinctes ; ces instances se succéderont dans l'ordre logique.

Aucune hésitation n'est possible sur le moyen juridique employé pour régler l'ordre de ces procès. Le sénatusconsulte se borne à prescrire au préteur de faire passer l'un avant l'autre ; c'est un cas de décret préjudiciel (1).

Un rescrit de Trajan, précieux pour l'histoire de la *querela inofficiosi testamenti* (2), vient préciser qu'on suivrait le même ordre lorsque le testament serait susceptible d'être attaqué pour cause d'inofficiosité.

Sed et divus Trajanus rescripsit differendum de libertate iudicium donec de inofficioso iudicium aut inducatur aut finem accipiat.

Ni le sénatusconsulte, ni le rescrit ne faisaient de distinction suivant que le procès d'hérédité était, ou non, déjà intenté. Le rescrit prescrivait même *aut inducatur aut finem accipiat* (3). Mais d'après Ulpien on restreignit la portée de la règle antérieure.

Ita demum autem sustinentur liberalia iudicia, si jam de inofficioso iudicium contestatum est :

(1) *Contra* tous les anciens auteurs qui ne distinguaient pas entre le décret et l'exception, et parmi les romanistes plus récents, Dernburg, *op. cit.*, pp. 114-115 et Wetzell, *System* 2, p. 811.

(2) A ce point de vue cf. Schröder, *Das Notherbenrecht vor der Novelle 115*, p. 417 et ss. ; Eisele, *Z. S. St.*, t. XV, p. 274 ; Chabrun, *Querela inofficiosi testamenti*, p. 63 et ss.

(3) Ces mots doivent se traduire : jusqu'à ce que la *querela* soit intentée ou, si elle est intentée, terminée. Pourtant la formule est un peu embarrassée. Peut-être peut-on donner encore un autre sens à *finem accipiat* : jusqu'à ce que la *querela* prenne fin par la mort, la renonciation, la prescription quinquennale.

ceterum si non contestetur, non exspectantur liberalia iudicia ; et ita divus Pius rescripsit.

Ainsi le préteur ne devrait surseoir au procès de liberté que quand le procès d'hérédité est déjà pendant ; et Ulpien fait découler cette solution d'un rescrit d'Antonin le Pieux dont il expose l'espèce. Mais la lecture des détails ainsi fournis nous montre que la généralisation d'Ulpien porte à faux (1).

L'esclave Licinnianus est gratifié dans un testament de la liberté et de l'hérédité ; il est immédiatement en possession d'état d'homme libre.

L'héritier *ab intestat* intente contre lui une *vindicatio in servitute* fondée sur la nullité du testament ; l'ancien esclave invoque le rescrit de Trajan (2), il intentera

(1) Voici la suite du texte : *Nam cum quidam Licinnianus de statu suo quaestionem patiebatur et ne maturius pronunciaretur de condicione sua, nolebat ad liberale iudicium ire, dicens suscepturum se de inofficioso testamento iudicium et petiturum hereditatem quia libertatem et hereditatem ex testamento sibi defendebat : divus Pius ait, si quidem possessor esset hereditatis Licinnianus, facilius audiendum, quoniam esset hereditatis nomine iudicium suscepturus et erat in arbitrio ejus, qui se dominum esse dicit, agere de inofficioso testamento iudicium. Nunc vero sub obtentu iudicii de inofficioso testamento ab ipso Licinniano non suscepti per quinquennium, non debere moram fieri servituti. Plane summam aestimandum iudici concessit, an forte bona fide impleretur iudicium de testamento : et si id deprehenderit, praestituendum modicum tempus, intra quod si non fuerit contestatum, jubeat iudicem libertatis partibus suis fungi.*

(2) M. Chabrun, *op. cit.*, p. 63 et ss., croit au contraire que Licinnianus ne pouvait invoquer le rescrit de Trajan qui, d'après lui, aurait prévu seulement le cas où l'esclave intente une *vindicatio in libertatem* contre l'héritier. Nous ne voyons quant à nous aucune raison de distinguer entre la *vindicatio in libertatem* et la *vindicatio in servitute* : dans les deux hypothèses même intérêt à faire passer d'abord le procès d'hérédité, même crainte de *praejudicium*. Dans l'espèce du fragment, dit M. Chabrun, « Licinnianus n'a pas à crain-

d'abord la pétition d'hérédité contre l'héritier du sang et celui-ci lui opposera, s'il veut, la question d'inofficiosité (*dicens suscepturum se de inofficioso testamento iudicium et petiturum hereditatem*(1)) ; et c'est seulement après la solution du procès qu'il pourra être réclamé comme esclave.

Cette prétention de Licinnianus était inadmissible. L'héritier du sang possédant la succession ne pouvait pas intenter la *querela* ; seul Licinnianus aurait pu prendre l'initiative d'user de la pétition d'hérédité et il se gardait bien de le faire pour ne pas être revendiqué comme esclave. Antonin le Pieux n'exige pas que le procès d'hérédité soit pendant ; il se contente de distinguer suivant que c'est l'héritier ou Licinnianus qui est nanti de la possession, c'est-à-dire en mesure d'intenter la pé-

dre que son procès ne crée un *praejudicium de testamento cognituro*, puisque le testament y sera sûrement examiné ». Mais justement les Romains ne veulent pas qu'on tranche la question d'hérédité dans un autre débat que la pétition d'hérédité ! — Cette hypothèse de l'auteur n'était d'ailleurs pas nécessaire pour réfuter la théorie de Hartmann.

(1) *Suscipere de inofficioso testamento iudicium et petere hereditatem* sont les deux faces d'un seul procès. Licinnianus affirme qu'il veut intenter d'abord la pétition d'hérédité à laquelle l'héritier répondra en invoquant l'inofficiosité. Ce mécanisme est prévu dans 5, 2, 8, 13. Ce texte enseigne que la *q. i. t.* ne peut être intentée par le possédant, mais que l'inofficiosité peut être opposée avec la même force à l'héritier inscrit qui intente la pétition d'hérédité. Hartmann soutenait au contraire que cette phrase de 5, 3, 7, 1 contenait une alternative ; il voulait ainsi prouver que la *querela* pouvait être intentée par l'héritier quand bien même celui-ci était possesseur de l'hérédité (*Ueber die querela inofficiosi testamenti*, p. 20. — *Contra* Chabrun, *op. cit.*, p. 63 et ss.) Mais la suite du texte montre précisément que l'héritier ne pouvait pas invoquer la *querela*, et cela parce qu'il possédait. La *querela* n'est possible que si c'est Licinnianus qui possède : *Si quidem possessor esset hereditatis Licinnianus...*

tition d'hérédité ou la *querela* : *Divus Pius ait, si quidem possessor esset...* L'objection de Licinnianus ne serait justifiée que dans la seconde alternative (1).

Et l'empereur conclut que le rescrit de Trajan ne doit pas être appliqué et qu'il faut instruire le procès de liberté (*non debere moram fieri servituti*). Pourtant, concède-t-il, le magistrat pourra, s'il apprécie que Licinnianus est de bonne foi, lui accorder un bref délai pour tenter la pétition d'hérédité (2) ; ce délai passé, le procès de liberté suivra son cours,

On voit que le rescrit n'a pas pour objet de limiter la constitution de Trajan à l'hypothèse où le procès d'hérédité est déjà intenté ; il précise seulement qu'on ne peut opposer la *denegatio actionis* que si le demandeur est en mesure d'user de la pétition d'hérédité. Cette restriction est si naturelle qu'elle devait être admise dès avant Antonin et celui-ci n'a probablement fait qu'élargir encore le domaine du décret en édictant la mesure qui termine le paragraphe (3).

Comment d'un rescrit aussi clair Ulpien a-t-il pu tirer la profonde distinction qu'il paraît enseigner. Nous croyons qu'il ne faut pas isoler sa formule du contexte.

(1) Cette explication est déjà très bien développée dans une scolie des Basiliques. *Ad 5, 3, 7, n. 3, l. 47, t. 1* ; Heimbach, t. IV, p. 187. — Cf. aussi Cujas (*op. cit. ad h. loc.*).

(2) Le texte précise que cinq ans déjà se sont écoulés depuis que Licinnianus a pu agir. Pourtant il semble bien que l'héritier puisse, malgré la prescription quinquennale, objecter à la pétition d'hérédité l'inofficiosité du testament. Sans doute cette prescription ne s'opposait qu'à l'exercice actif de la *q. i. t.* ; ou encore elle ne commençait à courir qu'à dater du jour où la *q. i. t.* pouvait être intentée.

(3) Le président Favre (*Rationalia, ad h. loc.*) voit dans cette disposition un « tribonianisme » ; il enlève ainsi toute raison d'être au rescrit d'Antonin.

Le jurisconsulte suppose connue l'espèce du rescrit et c'est seulement en nous référant à la situation même de Licinnianus et de son adversaire que nous devons entendre les mots : « *Si non contestetur, non exspectantur liberalia judicia.* »

A la rigueur on pourrait supposer que la théorie a subi une transformation radicale entre l'époque d'Antonin et celle d'Ulpien et que le jurisconsulte par esprit de tradition s'efforce de rattacher la jurisprudence de son temps à un ancien texte, mais, même dans cette hypothèse improbable (1), il serait faux de dire qu'en principe le décret préjudiciel était inapplicable lorsque la *causa major* était *fulura* (2) ; cette idée n'aurait pris naissance que dans un cas isolé au troisième siècle. Ce texte invoqué par M. Bülow contient une condamnation formelle de son système.

Le paragraphe 2 du fragment n'est pas d'une explication moins aisée : Antonin le Pieux décide que lorsque deux procès de liberté et d'hérédité sont soutenus par le même défendeur, mais que celui-ci n'invoque pas sa liberté *ex testamento*, — le rescrit de Trajan est inapplicable et que le demandeur peut suivre l'ordre qui lui plaît. Cette décision nous semble si naturelle qu'elle « allait sans dire », mais elle n'était pas inutile après la proclamation imprudente du principe que la pétition d'hérédité est « *causa major* ». — Dans ce cas Antonin le Pieux recommande au magistrat d'avertir le juge de la situation, *ne ul-*

(1) Cf. fin du chapitre.

(2) S'il était besoin d'éplucher les mots du texte, nous pourrions encore relever, outre *aut inducatur aut finem accipiat*, les expressions : *praejudicium de testamento cognituro, licet iudicium de testamento moveri speretur...*

lum adminiculum libertatis ex testamento admittat (1).

Le fragment d'Ulpien se rapporte à la procédure extraordinaire. En matière de liberté la compétence des consuls remonte au moins au temps des Antonins et celle du préteur de *liberalibus causis* au temps des Sévères (2). A vrai dire les textes reconnaissent une compétence concurrente au jurés jusqu'à l'époque d'Ulpien (3), mais l'existence d'interpolations certaines montre que dans ce texte les compilateurs ont voulu faire disparaître la mention du consul ou du préteur de *liberalibus causis* (4). Dans la phrase *plane summam-fungi* le mot *judex* employé deux fois doit être attribué à deux personnages différents : le *magistrat* apprécie s'il doit accorder un délai puis ordonne au *juge* d'instruire la *causa liberalis*.

Aucun texte n'atteste l'existence de la procédure extraordinaire en matière de liberté à l'époque de Trajan ; il est donc plus prudent de dire qu'Ulpien transposa les solutions créées pour l'*ordo* (sénatusconsulte et rescrit de Trajan) dans le domaine de la *cognitio extraordinaria*. La théorie avait la même raison d'être sous les deux régimes.

(1) Nous avons déjà rencontré l'opinion erronée de Dernburg et de Wetzell qui font de cette *praedictio* une sorte de *praescriptio pro reo*. Cf. Bülow, *De exc. praej.*, p. 28, n. 65.

(2) D., 40, 12, *De liberali causa*, 27, 1-2 et 27, *pr.* ; C. *Inscr. lat.*, X, 3598 ; C., 4, 36, *Si mancip.*, 1.

(3) D., 7, 7, *Si usufructus*, 6 ; 40, 12, *De lib. causa*, 36 ; 42, 1, *De re jud.*, 36 et 38.

(4) Il serait étrange que les compilateurs aient fait disparaître la mention du préteur. Pourtant il est à remarquer que dans ce texte la distinction du *jus* et du *judicium*, du rôle du magistrat et de celui du juge est nettement gardée. Sans doute Ulpien s'est borné à adapter aux besoins de son époque les règles antérieures en faisant de l'ancien *judex* un *judex pedaneus*.

3^o *Autres hypothèses*. — Abusé par l'ampleur de la formule d'Ulpien (5, 3, 5, 2), M. Bülow s'est efforcé de découvrir d'autres hypothèses dans lesquels un procès est suspendu *ne praejudicium fiat petitioni hereditatis* (1) ; il en trouve une dans le texte qui recommande au préteur de ne pas accorder l'interdit *de tabulis proferendis* lorsque le procès d'hérédité dépend du contenu de ces tablettes ou soulève une question de droit public (2). Mais nous ne voyons là qu'une mesure de précaution prise par le magistrat pour éviter la destruction d'un document important.

M. Bülow attache une plus grande importance au fragment 18,2, *Fam. ercisc.*, 51,1, qui lui sert à construire son système (3). Nous sommes en présence de deux adversaires dont l'un intente la pétition d'hérédité et l'autre l'action *familiae erciscundae* ; comme la pétition d'hérédité est déjà pendante, l'action *fam. erc.* ne sera pas repoussée par l'exception *q. p. hereditati n. f.*, mais le *praejudicium* sera réglé par décret. On reconnaît la distinction établie par M. Bülow entre le décret et l'exception. — Mais ce texte a précisément pour but d'affirmer que ni décret, ni exception n'interviennent (4) : *Pri-*

(1) Bülow, *Processeinreden*, p. 135 et ss.

(2) D., 43, 5, *De tab. exhib.*, 5 ; Javolenus, l. 13 *ex Cassio. De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si hereditatis controversia ex his pendet, aut si ad publicam quaestionem pertinet ; itaque in aede sacra interim deponendae sunt aut apud virum idoneum.*

(3) Bülow, *Processeinreden*, pp. 129-130.

(4) Voici le texte (Julien, l. 8, *Dig.*) *Si ego a te hereditatem petere vellem, tu mecum familiae erciscundae agere, ex causa utriusque nostrum mos gerendus est ; nam si ego totam hereditatem possideo et te ex parte dimidia heredem esse confiteor, sed a communiione discedere volo, impedire debeo familiae erciscundae judicium, quia aliter dividi inter nos*

mus possède toute l'hérédité et par conséquent il ne peut pas intenter la pétition d'hérédité, mais seulement l'action *fam. etc.* ; *Secundus* qui ne possède pas l'hérédité a par contre intérêt à employer la pétition d'hérédité. Les deux actions suivront leur cours sans être arrêtées ni l'une, ni l'autre (1). — Ce texte doit donc être écarté et puisqu'il ne nous reste plus que le fragment 10, 2, 1, 1, nous pouvons affirmer que la question du fragment 10, 2, 51, 1, était seulement de savoir si une *exception* préjudicielle serait ou non accordée.

Enfin M. Bülow nomme l'hypothèse de l'édit Carbonien, mais on ne peut pas dire que cet édit ait eu pour but d'empêcher de faire un *praejudicium* à la pétition d'hérédité. Nous lui consacrerons une étude à part.

Au contraire nous devons éclaircir immédiatement la question des rapports du procès arbitral avec la pétition d'hérédité ; elle est visée par le fragment 4, 8, D., *de receptis*, 32, 10 = Paul, *l. 13, ad Ed.* :

hereditas non potest. Item si tu justam causam habes, propter quam per hereditatis petitionem potius quam familiae erciscundae judicium negotium distrahere velis, tibi quoque permittendum erit hereditatem petere ; nam quaedam veniunt in hereditatis petitionem quae in familiae erciscundae judicio non deducuntur ; velut si ego debitor hereditarius sim, judicio familiae erciscundae non consequeris id quod defuncto debui, per hereditatis petitionem consequeris.

(1) Il semble alors qu'on puisse aboutir à une contrariété de jugements. Le juge de l'action *fam. etc.* doit en effet examiner au fond la question d'hérédité (10, 2, 1, 1 *in fine*). Nous pouvons supposer que les deux procès étaient réunis dans une même instance : *Privata judicicia saepe unum judicem habere multis et diversis formulis solent* (Quintilien, *Inst. or.*, III, 10, 4). Nous savons qu'il en était ainsi pour les actions de partage que les cohéritiers pouvaient intenter l'un contre l'autre : *Judex familiae erciscundae nec inter paucos coheredes, sed inter omnes dandus est* (Paul, *Sent.*, 1, 48, 4).

Si is faciat controversiam hereditatis, qui cum defuncto compromiserat, futurum est praejudicium hereditati, si arbiter sententiam dicat ; ergo interea inhibendus est arbiter.

Outre M. Bülow (1), deux romanistes ont étudié ce texte, mais on peut leur reprocher de l'avoir fait avec une idée préconçue. Dernburg (2) enseigne que le personnage qui intente la pétition d'hérédité après avoir conclu un compromis avec le défunt était le débiteur de ce dernier ; mais sur quoi se fonde-t-il pour imaginer cette hypothèse ? M. Koschaker (3) affirme au contraire que c'est le créancier du *de cuius* qui se présente comme héritier : si ce créancier réclame la continuation de l'arbitrage, on le repoussera pour qu'il intente d'abord la pétition d'hérédité et, s'il triomphe sur celle-ci, le compromis se trouvera sans objet à cause de la confusion des patrimoines.

Mais pourquoi limiter ainsi le champ d'application du fragment 32, § 10 (4) ? Ce texte suppose simplement que *Primus* a fait un compromis avec *Secundus*, — n'importe lequel, à raison d'une dette active ou passive ou à raison d'une propriété contestée. *Secundus* meurt et *Tertius* devient possesseur de sa succession que revendique *Primus*. Les opérations de l'arbitrage devront être inter-

(1) Bülow, *op. cit.*, pp. 141-142.

(2) Dernburg, *op. cit.*, pp. 65-66.

(3) Koschaker, *translatio judicii*, pp. 277-278. Nous ne pouvons admettre les objections faites par M. Koschaker à Dernburg ; le système de ce dernier contient aussi sa part de vérité, il a seulement le tort de se limiter à une « espèce » unique.

(4) M. Koschaker invoque un texte des Basiliques (VII, 2, 32). Ce texte est loin d'être exclusif et n'a d'ailleurs qu'une valeur interprétative.

rompues quelle que soit la partie qui en prend l'initiative et, comme la loi ne distingue pas, le préteur devrait même s'interposer d'office.

Dans tous les cas en effet un même *praejudicium* est à craindre. Pourquoi continuer à discuter le montant d'une dette qui peut être réduite à néant par la sentence rendue sur le procès d'hérédité ? La décision de l'arbitre peut même tenir pour acquis que l'hérédité revient à *Primus* ou à *Secundus* ; d'où préjugé moral.

Il n'est pas inutile, pour couper court à bien des hésitations, de remarquer qu'en tout cas jamais l'*exceptio q. p. hereditati n. f.* n'est applicable à cette matière ; la procédure arbitrale ne connaît pas d'exceptions, elle ne peut être suspendue ou empêchée que sur l'initiative du magistrat (1).

Ainsi la principale application de la maxime d'Ulpien (5, 3, 5, 2) est constituée par l'exception *q. p. hereditati n. f.* ; à côté d'elle on ne peut relever que des hypothèses de *causa liberalis* et de sentences arbitrales. A dire vrai les Romains n'employaient leur idée de *major causa* que dans les cas où la pétition d'hérédité conditionnait un autre procès. Nul doute d'ailleurs que la liste serait plus longue si nous possédions un plus grand nombre de textes classiques relatifs à la théorie des *praejudicia*.

SECTION II. — Procès interrompus en faveur de la « *causa liberalis* ».

Cette question est traitée dans un texte capital de

(1) Au contraire, Dernburg suppose l'existence d'une exception préjudicielle ; et tel semble bien être aussi l'avis de M. Koschaker.

Paul (1) qui méthodiquement envisage les cinq situations possibles (2).

1. — *Actions du prétendu esclave contre le prétendu maître* (3). — Après que la *liberalis causa* est ordonnée, l'esclave, en vertu d'une règle très ancienne, est provisoirement considéré comme une homme libre (4). Aussi il a le droit d'intenter des actions contre celui qui le revendique, en particulier il peut l'attaquer par une action *de calumnia* ou *de injuria* (5). Mais on craignit que ces *judicia minora* ne créassent un *praejudicium* à l'encontre de la *causa liberalis* (6) et on adopta une mesure qui sauvegarde tous les intérêts : le prétendu esclave procédera pour ces actions à une *lilis contestatio* qui assurera la stabilité de son droit, mais le *judicium* ne sera instruit qu'après la liquidation du procès de liberté (7).

(1) D., 40, 12, *De lib. causa*, 24 ; Paul, l. 51 *ad. Ed.* Ce texte a été commenté surtout par Planck, *op. cit.*, pp. 220-225 et Bülow, *De exc. praej.*, pp. 35-37.

(2) N'étudiant ici que la théorie classique, nous ne nous occupons, en même temps que des textes du Digeste, que des textes du Code qui donnent la même solution qu'eux.

(3) 40, 12, 24, *pr. Ordinata liberali causa, liberi loco habetur is qui de statu suo litigat, ita ut adversus eum quoque qui se dominum esse dicit actiones ei non denegentur quascumque intendere velit: Quid enim si quae tales sint ut tempore aut morte intereant? Quare non concedatur ei litem contestando in tutum eas redigere?*

(4) D., 1, 2, *De orig. jur.*, 2, 24.

(5) Cas spécialement visé par un texte du Code, 7, 16, *De lib. causa*, 31.

(6) On craint un préjugé moral ; on veut suivre l'ordre normal des procès. — M. Bülow (*De exc. praej.*, p. 35, n. 99) affirme que la priorité de la *causa liberalis* est due à son caractère de *praejudicium*. Cette dernière idée est contestable et nous la retrouverons plus loin, mais elle nous semble inutile ici.

(7) Dans le même sens au Code : 7, 19, *De ord. cogn.*, 1, 4 *fr.* ; 7, 1.

Et si l'*actio minor* a été intentée la première? — L'espece n'est pas visée par le texte; il paraît pourtant certain que cette action doit suivre son cours normal. En effet le début du paragraphe 2 montre qu'il existe une différence de traitement entre la première et la seconde situation: dans l'une on distingue suivant que la *causa liberalis* est, ou non, déjà ordonnée; dans la seconde toute distinction disparaît: *Sed... non est quærendum an lis ordinata sit.* — Cette solution est également donnée par un texte du Code (7, 19, *De ord. cogn.*, 2) (1). Le juge de l'action moins importante rendra sa sentence sans s'occuper de la question de liberté.

2. — *Actions du prétendu maître contre le prétendu esclave* (2). — Il faut traiter les actions du prétendu maî-

(1) *Si de hereditate et libertate controversia est, prius agi causa libertatis debet. Sed si de hereditate agatur: ordinanda prius quidem est causa libertatis; sed sufficit ei qui libertate utitur ad victoriam de hereditate secundum eum esse prononciatum.* — Ce texte suppose la coexistence de la pétition d'hérédité et de la *causa liberalis*. Dans la première phrase celle-ci passe avant celle-là parce que les deux questions sont distinctes, parce que la liberté ne dépend pas du testament comme dans le fragment 5, 3, 7, *pr.* et 1 du Digeste. La fin du texte signifie que le juge de la pétition d'hérédité n'aura pas à tenir compte de la question de liberté. Si plus tard le gagnant du procès successoral succombe dans un procès de liberté, l'hérédité sera acquise à son maître (D., 40, 12, 25, 2), mais dans cette loi du Code il semble qu'on envisage seulement l'hypothèse de deux procès pendant entre le prétendu maître et le prétendu esclave.

(2) D., 40, 12, 24, 3. *Sed si quas actiones inferat dominus, quaeritur an compellendus sit suscipere iudicium. Et plerique existimant, si in personam agat, suscipere ipsum ad liti-contestationem, sed sustinendum iudicium donec de libertate iudicetur; nec videri praeiudicium libertati fieri aut voluntate domini in libertate eum morari; nam, ordinato liberali iudicio, interim pro libero habetur, et sicut ipse agere, ita cum ipso quoque agi potest. Ceterum ex eventu aut utile iudicium erit aut nullum, si contra libertatem prononciaverit.*

tre comme celles du prétendu esclave. Cela est affirmé clairement par le paragraphe 3, *eod. frag.* Ces actions seront suspendues jusqu'au jugement de la *causa liberalis* (1). Mais ce texte soulève deux difficultés accessoires: Est-ce que le maître a le droit de procéder à la *litis contestatio* pour ces actions secondaires? — On l'admet généralement, répond le jurisconsulte, pour les actions personnelles. — Pourquoi exclut-on les actions réelles? — Sans doute parce que la seule demande en justice interrompt relativement à cette dernière la *praescriptio longi temporis* (2).

Paul répond ensuite à une objection possible: Le maître ne semble-t-il pas reconnaître la liberté de l'esclave en intentant contre lui d'autres actions que la *causa liberalis*? — Non, cette assignation ne crée aucun préjugé en faveur de la liberté. C'est en ce sens que nous interprétons la phrase *nec videri morari*; il ne faut point y chercher la trace d'un « *praeiudicium* prohibé ». Paul constate simplement qu'il n'existe pas de *praeiudicium*.

Après avoir étudié les rapports de l'esclave et du prétendu maître, passons à l'examen de procès qui peuvent surgir entre ceux-ci et des tiers.

3. — *Actions du prétendu esclave contre un tiers* (3).

(1) Même solution au Code, dans 7, 19, *De ord. cogn.*, 6.

(2) Cette explication n'est pas très satisfaisante; pour l'admettre il faut supposer: 1° que la *praescriptio longi temporis* est interrompue par la demande en justice, — et c'est en effet l'opinion dominante (cf. Windscheid, *Pand.*, 1, § 180, n. 7); 2° que l'*usucapio* a si bien perdu toute importance qu'on n'en tient plus compte dès l'époque de Paul, ce qui est plus douteux. — Planck (*op. cit.*, p. 24) explique que la *restitutio in integrum* peut faire disparaître l'*usucapio*, mais une *restitutio* pourrait aussi bien intervenir pour rendre au demandeur l'usage d'une action personnelle.

(3) *Sed si cum aliis experiri velit, non est quaerendum an lis ordinata*

— Cette hypothèse est envisagée par le paragraphe 2 qui commence par signaler une opposition avec le cas précédent (1). Il ne faut pas distinguer suivant que la *causa liberalis* est, ou non, déjà ordonnée. On pouvait craindre en effet que l'individu sur le point d'être poursuivi ne s'entendit avec un tiers qui paralyserait l'action de son adversaire en intentant contre lui une *vindicatio in servitute*. Par conséquent, dans aucun cas la *minor actio* n'est interrompue. Les deux procès sont instruits concurremment.

Le sens de ce paragraphe nous semble indiscutable (2); mais alors comment expliquer qu'il donne une

sit, ne inveniatur ratio, quemadmodum subjecto aliquo, qui libertati controversiam moveat, interim actiones excludantur; aequae enim ex eventu iudicii liberalis aut utilis aut inanis actio ejus efficietur (40, 12, 24, 2).

(1) Les paragraphes 2 et 3 commencent tous deux par *Sed*; les mots *an lis ordinata sit* du paragraphe 2 s'opposent aux mots *ordinata liberali causa* du *pr.*

(2) Notre explication est pourtant toute différente de celles de nos prédécesseurs. Planck (*op. cit.*, p. 223) enseigne que toutes les *actiones minores* sont interrompues après la *litiscontestatio*. — Mais comment expliquer cette aggravation de sévérité? — Bülow, *De exc. praej.*, pp. 36-37, affirme que le *speciale iudicium* est toujours différé; le paragraphe 2 signifierait seulement que le *praejudicium* n'est pas prohibé tant que la *causa liberalis* n'est pas intentée. — Mais alors que veulent dire les mots *non est quaerendum an lis ordinata sit*. Ces deux théories sont condamnées par l'indication du motif *ne inveniatur ratio...* On veut empêcher les actions d'être « exclues » et non pas leur appliquer un traitement plus rigoureux. — On objectera les derniers mots de la phrase, *aequae enim efficietur*. A la rigueur ils peuvent se justifier. Dans les deux cas (*aequae*), que la *causa minor* soit ou non intentée la première, l'efficacité du *iudicium* dépend de la solution donnée à la *causa liberalis*. Cela va de soi. Mais la phrase est suspecte; elle répète à peu près une formule qui, dans le paragraphe 3, *caeterum ex eventu...*, signifie seulement qu'on reprendra le procès si le prétendu esclave a triomphé dans la *causa liberalis*. Nous ne sommes pas loin de voir une interpolation dans la finale

solution différente de celle qui est fournie par le paragraphe 4? Paul l'explique lui-même: c'est pour éviter un inconvénient pratique; dans les deux hypothèses du paragraphe 2 et du paragraphe 4, on est en présence du même *praejudicium* qui après tout n'a pas une importance très considérable (1), mais on passe outre pour la première, en établissant ainsi une distinction analogue à celle que Justinien imaginera dans une constitution du Code (2). — Nous voyons que, même à l'époque classique, les Romains ne se soucient pas trop de la théorie rigoureuse des *praejudicia* et savent sacrifier la logique aux intérêts légitimes des plaideurs.

4. — *Actions d'un tiers contre le prétendu esclave* (3).

— Ces actions sont interrompues par la *causa liberalis*, mais elles sont sans doute conduites jusqu'à la *litiscontestatio* (4) et le défendeur doit fournir caution *iudicio se*

du paragraphe 2. *Aequae* se traduit plus normalement par « de même »; les compilateurs auraient écrit la phrase *aequae enim...* en ayant sous les yeux la phrase *caeterum ex eventu...* qui pourtant ne vient qu'après. Cette légère modification s'explique par le changement de législation réalisé par Dioclétien (C., 7, 49, 5) sur lequel nous reviendrons.

(1) Le juge de la *minor causa* n'a pas à s'occuper de la question de liberté; s'il absout le tiers, aucune difficulté; s'il le condamne, celui-ci payera entre les mains de l'esclave ou du maître suivant l'issue de la *causa liberalis* (D., 40, 12, 25, 2).

(2) C., 7, 49, 7. — Cf. chap. vii.

(3) 40, 12, 24, 4, *initio*. — *Si is qui in libertatem proclamat furti aut damni injuria ab aliquo arguatur. Mela ait eum cavere debere iudicio sisti, ne melioris condicionis sit qui dubiae libertatis est quam qui certae; sed sustinendum iudicium ne praejudicium libertati fiat.* — La plupart des auteurs remplacent dans ce texte *in libertatem proclamat* par *adseritur*. Cf. chap. vi. Il s'agit en tout cas ici d'une instance définitivement engagée.

(4) Nous ne voyons pas de raison de traiter le tiers plus sévèrement que le maître ou l'esclave dans les hypothèses des §§ *pr.* et 3.

sisti (1). Cette obligation permet d'éviter le difficile problème qui se poserait en cas où le défendeur serait reconnu comme esclave ; le demandeur serait indemnisé par la caution.

5. — *Actions d'un tiers contre le possesseur d'un esclave* (2). — Paul donne la même solution que dans l'hypothèse précédente : ces actions sont suspendues ; mais l'intervention d'un troisième personnage complique la situation.

Le texte suppose que le demandeur a intenté une action noxale contre le possesseur d'un esclave à raison du vol de ce dernier et qu'il a déjà procédé à la *litis contestatio* (3). Pour éviter un *praejudicium* (4) on interromp le *judicium* de cette action noxale ; puis le prétendu esclave triomphe dans la *causa liberalis*. L'action noxale ne peut plus aboutir. La prohibition du préjugé va-t-elle avoir pour effet d'enlever tout moyen de recours à la

(1) M. Lenel fait remarquer justement que les mots *cavere-sisti* ont remplacé dans la compilation les mots *vadimonium facere debere* (Pal. Paul, n° 646).

(2) 40, 12, 24, 4, *in fine*. — *Aequè si cum possessore hominis furti agi coeperit, deinde is, cujus nomine agebatur, in libertatem proclamaverit (adsertus sit?) sustinendum judicium, ut, si liber judicatus sit, in ipsum transferatur judicium ; et, si damnatio facta sit, judicati actionem potius in eum dandum.*

(3) *Si agi coeperit*. — Comp. dans 9,4, 42, *pr.* *Si noxale judicium susceptum est* et dans 11,1,14, *pr.* *Si judicium acceptum est*. Si la *litis contestatio* n'avait pas encore eu lieu, aucune difficulté ne se poserait, car l'action noxale serait écartée par la mise en liberté de l'esclave. Cf. Girard, *Les actions noxales*, N. R. H., 1887, 11, pp. 434 et 435.

(4) M. Bülow, *De praej. exc.*, pp. 36, 37, parle d'un *praejudicium periculosum* ; en réalité, le juge de l'action noxale n'aurait pas à trancher la question de liberté ; on craint ici comme dans les cas précédents un préjugé moral et on veut éviter l'instruction d'un procès qui peut être inutile.

victime du vol ? Au contraire plusieurs textes lui permettent d'agir contre l'ancien esclave (1), mais sur la manière dont disparaît l'action noxale et sur la naissance de l'action directe les interprètes diffèrent.

Cette action directe a pour base l'obligation qui, dès une époque ancienne, peut grever l'esclave coupable d'un délit (2), mais cette action directe est consommée par la déduction en justice de l'action noxale (3). Comment peut-elle revivre ? Deux auteurs récents, MM. Wenger et Koschaker, trouvent dans un texte d'Ulpien (4) les traces d'un système hardi : l'action noxale est radicalement annulée, elle est censée n'avoir jamais existé (*inutile videbitur*) et n'avoir jamais été intentée ; le demandeur peut sans autre forme user de l'action directe contre l'auteur du vol (5). Le fragment de Paul donne une solution plus habituelle ; il décide que le *judicium* est transféré contre l'esclave ; les règles ordinaires de la *translatio judicii* devront s'appliquer (6). Le magistrat défend au juge de l'action noxale de continuer l'examen du procès et le demandeur bénéficie d'une *restitutio in integrum*

(1) Outre 40, 12, 24, 4, Cf. 9, 4, *De nox. act.*, 42 *pr.*, 1, 1, *De interrog.*, 14, *pr.* et dans un cas analogue 9, 4, *De nox. act.*, 14 et 15.

(2) Cf. Girard, *art. cit.*, N. R. H., 1888, p. 34 ; D., 44, 7, *De oblig. et act.* : *Servi ex delictis obligantur.*

(3) D., 9, 4, 24 ; 47, 2, *De furtis*, 42, 1.

(4) D., 9, 4, 42, *pr.*

(5) Wenger, *Actio judicati*, p. 64 et ss. ; Koschaker, *Translatio judicii*, pp. 220-226.

(6) Cf. Koschaker, *op. cit.* ; pour le décret *qui judicare vetat*, p. 62 et note 3 ; pour la *restitutio*, p. 62 et ss. — Le mécanisme n'est pas le même pour la translation d'un procès à l'héritier ou contre l'héritier qui, conformément à la doctrine traditionnelle et contrairement à la théorie de Eisele (*Z. R. G.*, 15, p. 140), se produit *ipso jure*. Mais ce mode d'opérer tient à ce que l'héritier prend la place

qui lui permet, malgré la déduction en justice, d'intenter l'action directe.

Comment concilier ces deux théories opposées? MM. Wenger et Koschaker donnent la préférence au fragment d'Ulpien. Les mots *transferatur iudicium* ne sont pas employés par Paul dans leur sens technique, déclare M. Koschaker. — Il nous paraît au contraire plus sûr d'adopter le second système.

Le texte de Paul est corroboré par un texte de Gaius qui donne une *translatio iudicii* (le mot lui-même s'y trouve) contre l'esclave *statuliber* qui obtient sa liberté (1). La situation est identique à celle de l'esclave qui triomphe dans la *causa liberalis*. Un fragment de Javolenus suppose la même solution (2); le maître doit être acquitté, dit-il; par conséquent l'action noxale n'est pas annulée de plein droit. D'autres textes attestent qu'après la *litis contestatio* l'action noxale subsiste bien que la puissance du maître soit anéantie (3).

Le mot *inutilis* sur lequel se fonde l'opinion de M. Kos-

du défunt et cette idée est inapplicable aux rapports du maître et de l'ancien esclave. Sur la *translatio heredi*, Koschaker, pp. 239-255.

(1) 9, 4, *De nox act.*, 15. *Praetor decernere debet translationem iudicii in statu liberum fieri.*

(2) 11, 1, *De interrog.*, 14, 1. — Javolenus enseigne que le juge acquittera le maître sur l'action noxale, tandis que dans la théorie achevée de la *translatio* le prêteur défend au juge de continuer l'examen du procès. Ces deux théories appartiennent à deux périodes historiques successives. Au début du troisième siècle le prêteur règle lui-même par décret une question qui devait fatalement se terminer par une absolution; l'évolution est conforme à ce que nous savons sur l'augmentation de son initiative. — D'ailleurs dans la théorie de Javolenus comme dans celle de Paul doit intervenir une *restitutio in integrum*.

(3) Girard, *art. cit.*, N. R. H., 1887, p. 435. — Cf. en particulier, D., 9, 4, 37 et 38; 6, 1, 58.

chaker n'est-il d'ailleurs pas encore plus élastique que les mots *transferatur iudicium* (1)? *Inutile iudicium* veut dire que l'action ne peut pas, pour une raison ou pour une autre, aboutir à satisfaire le demandeur; il ne précise rien. Comment sur un indice aussi fragile, M. Koschaker a-t-il pu se croire obligé de faire brèche au droit commun de la *translatio* qu'il avait lui-même si solidement établi? Nous comprenons mal comment le seul fait de la mise en liberté de l'esclave anéantirait une action noxale qui peut parfaitement continuer à s'exercer et nous ne voyons comme ressource laissée au demandeur que la facilité d'obtenir une *restitutio in integrum* précédée d'un décret *qui iudicare vetat*.

MM. Wenger et Koschaker se heurtent à une nouvelle difficulté lorsqu'il s'agit d'expliquer la fin du texte de Paul: *et si damnatio facta sit, iudicati actionem potius in eum dandam*. Le jurisconsulte décide que l'*actio iudicati* obtenue contre le maître sera délivrée contre l'esclave. C'est donc que la procédure engagée contre le maître n'est pas annulée de plein droit par la liberté de l'esclave. M. Koschaker est obligé de reconnaître que cette dernière solution de Paul constitue une dérogation au soi-disant système d'Ulpien.

Le transfert de l'*actio iudicati* s'explique mieux si l'on admet la survivance de l'action noxale. Le prêteur ne délivre pas une *restitutio in integrum*, mais, pour simplifier la procédure, accorde l'*actio iudicati* directement contre l'esclave. Celui-ci ne pourra se défendre qu'en risquant une condamnation au double, mais il ne sera

(1) Heumann-Seckel, 1907, *Handlexicon*, V° *Inutilis*.

(2) L'objet unique de l'*actio iudicati* est la *litis aestimatio* (Girard, *ibid.*, p. 448).

pas frappé par l'infamie attachée à l'action de vol. — Cette décision exorbitante ne laisse pourtant pas que de surprendre ; elle nous semble jeter une vive lumière sur la conception que les Romains de l'époque classique se faisaient de l'action noxale qui à certains points de vue est, pour ainsi dire, dirigée à la fois contre le maître et la personne en puissance (1).

Pour en finir avec les *praejudicia* prohibés en faveur de la *causa liberalis*, citons un texte qui prescrit de suspendre l'interdit *de homine libero exhibendo* lorsque le procès de liberté est intenté (2).

L'exception préjudicielle n'intervient dans aucune de ces hypothèses ; la simple lecture des textes montre qu'elles sont réglées par décret et personne n'en doute plus aujourd'hui (3).

(1) Sur le fondement de l'action noxale, cf. Girard, *ibid.*, p. 430 et ss.

(2) D., 43, 19, *De hom. lib. exhib.*, 3, 7. La première partie du texte (*Plane — liber est*) vise les cas où la *causa liberalis* est intentée avant l'interdit, mais la seconde (*coeterum-cognitioni*) édicte un principe général, semble-t-il. — Puisque nous sommes en matière de questions d'état, signalons encore le fragment 4,4, *De capite minutus*, 43, qui recommande aux *praeses* de trancher d'abord la question de l'âge du plaideur *quia per eam probationem in integrum restitutioni ejusdem adolescentis et aliis causis praejudicatur*. — Une foule de textes du titre 25, 3, *De agnosc. et alendis lib.* parlent de *praejudicia*, mais il ne s'agit pas de *praejudicia* prohibés : on se demande seulement si tel jugement, telle abstention, tel acte ont l'autorité de la chose jugée ou exercent une influence sur la filiation de certains individus : textes relatifs au sénatusconsulte Placien (fr. 1, §§ 10-15), ou aux sentences rendues en matière d'aliments (fr. 3, 7 ; 9 ; 18, comp. 1, 6, *De his qui sui vel alieni juris*, 10). — Enfin nous retrouverons plus tard l'édit Carbonien et le titre *Ne de statu defunctorum*.

(3) Sur la littérature antérieure aux *Processeinreden* de Bülow, Cf. cet ouvrage, p. 151, n. 42.

SECTION III. — Le décret préjudiciel en matière délictuelle.

En abordant cette étude il est permis d'être dérouté par la coexistence de deux principes contraires affirmés par les jurisconsultes classiques (1) : *Neque debet publico judicio privata actione praejudicari quidam putant*. — *Nec enim prohibendus est privato agere judicio quod publico judicio praejudicatur, quia ad privatam causam pertinet* (2) ; — et par l'incohérence apparente des nombreuses hypothèses mentionnées au Digeste (3). Pour dégager les idées directrices nous devons tenir compte de l'évolution historique et distinguer trois séries d'espèces : 1° actions concurrentes visant au même but ; 2° actions concurrentes reposant sur le même fondement ; 3° actions relatives au même objet et reliées simplement par une question commune. Les actions en jeu sont ou bien une action délictuelle et une action civile, ou bien deux actions délictuelles publiques ou privées (4).

(1) Nous ne nous occupons dans ce paragraphe que du droit antérieur à Dioclétien.

(2) D., 47, 8, *Vi bonorum raptorum*, 2, 1 ; 47, 10, *De injuriis*, 6.

(3) Pour le dépouillement des textes, cf. Planck, *op. cit.*, p. 230 et ss. ; Bülow, *Processeinreden*, p. 174 et ss. ; Mommsen, *Strafrecht*, pp. 887-893. — A Planck et à Bülow on peut reprocher d'examiner en bloc les hypothèses sans les sérier ; M. Mommsen ne se place pas à notre point de vue et n'étudie que la concurrence des actions que fait naître un délit.

(4) Nous appelons *action délictuelle* l'action qui a pour but de sanctionner un délit public ou privé, sans distinguer suivant qu'elle est pénale, répressivoire ou mixte. Notons pourtant que les textes peuvent appeler « civile » une action délictuelle privée (cf. par ex. D., 47, 10, 7, 6 : *civiliter* doit faire allusion à l'action privée d'injures). L'action délictuelle est *publique* ou *privée*, suivant qu'elle sanctionne un délit public ou privé (Comp. Mommsen, *Strafrecht*, p. 175) ; na-

Nous ne disposons guère que de textes de la fin du deuxième ou du début du troisième siècle, mais ceux-ci nous permettent d'affirmer qu'à l'époque antérieure on donnait plus volontiers que par la suite le pas aux procès délictuels sur les procès civils (1), aux procès publics sur les procès privés (2). Nous avons déjà vu l'importance extrême que Cicéron attachait aux *praejudicia* et l'exception *extra quam in reum capitis* du *De inventione* n'était sans doute qu'une des nombreuses applications des *praejudicia prohibés* en matière délictuelle (3).

1° *Actions concurrentes ayant le même but.* — La question de priorité ne se pose naturellement que lorsque les actions peuvent être successivement intentées. Or lorsque deux actions délictuelles publiques existent à raison du même fait et visent le même but, elles s'excluent l'une l'autre (4). — Au contraire l'action délictuelle publique et l'action délictuelle privée sont généralement concurrentes (5) ; ainsi l'une constitue un *praejudicium* par rapport à l'autre.

A l'époque d'Ulpien l'action privée ne peut pas être intentée avant l'action publique quand elle poursuit le

tuellement les actions évoluent comme les délits lorsque ceux-ci, après avoir été considérés comme privés, deviennent délits publics, cf. *infra*. — Sur le caractère secondaire de la distinction entre les actions publiques ou privés, cf. Mommsen, *Strafrecht*, pp. 3-6.

(1) Cf. *infra*.

(2) Cf. *infra*.

(3) Sur la crainte des *praejudicia* dans Cicéron, cf. le chapitre préliminaire.

(4) Mommsen, *Strafrecht*, p. 890, n° IV. — *Vetuit de eadem re pluribus legibus agi* (Suétone, *Titus*, tit. 8). D., 48, 2, 12 ; 44, 7, 53.

(5) Ce qui ne veut pas dire qu'au début du troisième siècle (à cause de la théorie développée de la chose jugée) elles pouvaient s'intenter l'une après l'autre (47, 10, *De injuriis*, 6).

même but, c'est-à-dire non pas la réparation du préjudice, mais le châtement du coupable. Un célèbre texte du Digeste établit à merveille la théorie. Toutes les fois que l'action privée remplit cette fonction qu'on s'est habitué à considérer comme une fonction de droit public (*ubi principaliter de ea re agitur quae habet publicam executionem... ut vindicetur, non ut damnum sarciat*) on ne lui permet pas de *facere praejudicium* à l'action publique (1). Le préteur refusera l'action par décret (2).

Ulpien fait allusion à une distinction traditionnelle ; il semble vouloir seulement illustrer d'un exemple un principe général ; pourtant à son époque la théorie qu'il développe n'a pas grande importance pratique. L'hypothèse que nous avons rencontrée dans le *De inventione* (3) ne peut plus se réaliser. Selon toute vraisemblance la loi Cornélia *de injuriis* a remplacé l'action privée d'injures par une action publique en ce qui concerne les voies de fait (4), et d'autre part les injures morales ne sont sanctionnées que par une action privée (5). Puisqu'il n'y

(1) Planck, *loc. cit.*, et Mommsen, p. 630, n. 2, ne font pas la distinction entre le décret et l'exception.

(2) D., 47, 10, *De injuriis*, 7, 1.

(3) Cf., p. 99 et ss.

(4) En effet, un texte d'Ulpien (47, 10, 7, 6) montre qu'un rescrit permet d'intenter à nouveau l'action privée d'injures ; c'est donc qu'elle avait été abolie (Comp. un texte de Marcien, 47, 10, 37, 1). Cette théorie indiquée par M. Mommsen (*Strafrecht*, p. 804, n. 3) a été mise en lumière surtout par M. Girard, *Manuel* *, p. 401, n. 4 et *Mélanges Gérardin*, 1907, p. 279, n. 1 et 2. — Sur le point de savoir si le rescrit est de Septime-Sevère ou de Caracalla, cf. en dernier lieu cette même dissertation de M. Girard, p. 279, n. 1.

(5) D., 47, 10, 6 ; cf. Hitzig, *Injuria*, 1899, p. 62, dont M. Girard (art. cit.) suit la doctrine.

a plus concours d'actions, le décret ou l'exception préjudicielle ne peuvent jouer aucun rôle.

L'espèce citée par Ulpien est différente : Un esclave a été victime d'un meurtre ou d'une tentative de meurtre ; son maître peut intenter contre l'assassin une action publique de la loi Cornélia *de sicariis* et une action aquilienne pour obtenir réparation du préjudice (1). Le texte parle d'une troisième action *injuriarum* ; celle-ci ne peut être que l'action d'injures qui appartient à un maître lorsque le meurtre de son esclave présente le caractère d'un outrage (2). Cette action doit être considérée comme la sanction d'une injure morale (3) et n'a pas été abolie par la loi Cornélia *de injuriis*.

Ulpien applique à cette espèce la maxime traditionnelle : le préteur peut laisser le demandeur intenter l'action aquilienne qui poursuit un but essentiellement pécuniaire, mais il ne tolérera pas qu'on préjuge de l'action Cornélia *de sicariis* par une action d'injures qui a surtout pour objectif la vengeance et la punition.

Nous n'avons réussi à découvrir aucune autre hypothèse dans laquelle pût fonctionner le décret préjudiciel (4). Labéon permettait même au préteur d'accorder

(1) Cf. en particulier Paul, *Sent.*, 5, 23, 1, D., 9, 2, *Ad. leg. Aquilianam*, 2, 3.

(2) Sur le concours de l'action d'injures et de l'action aquilienne D., 9, 2, 5, 1 *in fine* et 3, *in fine*, et 9, 2, 27, 17 ; Gaius, 3, 222.

(3) Cela découle des textes cités à la note précédente qui attestent le maintien de l'*actio injuriarum aestimatoria*. D'ailleurs en raison la blessure faite à l'esclave (qui lui-même ne reçoit pas d'injure, car il n'a pas de personnalité, Gaius, 3, 222) ne constitue pour le maître qu'un outrage moral.

(4) En effet toutes les autres actions délictuelles privées de l'époque classique (*actiones furti, bonorum vi raptorum, etc.*) n'étaient pas

l'action privée d'injures au maître dont on avait maltraité l'esclave (1). Sans doute ce jurisconsulte ne contestait pas le principe, mais seulement son application ; il estimait que le plaideur songeait à la réparation d'un préjudice matériel plus qu'au châtement du coupable.

Si, dans l'hypothèse du fragment 7, 1, l'action privée d'injures n'est pas supprimée par la loi Cornélia *de injuriis*, en fait elle est réduite à néant ; le décret préjudiciel joue un rôle analogue à celui des exceptions, il force le demandeur à intenter l'action qui correspond le mieux à son but, l'action publique ; puis l'autorité de la chose jugée empêche ce plaideur de recommencer le procès *vel alio genere judicii* : *Si actum sit publico judicio, denegandum est privatum* (2). — Ainsi ce texte devrait être rattaché à la théorie du changement de certains délits

considérées comme remplissant le même but qu'une action publique. Cf. en particulier D., 4, 8, 1, *De publ. judiciis*, 4. — Pourtant un texte de Paul semble faire allusion à une théorie plus générale. Le fragment 48, 1, 2 extrait du livre 15 du commentaire sur l'Edit de ce jurisconsulte et qui doit se rattacher au titre XIII de l'Edit *quibus causis praejudicium fieri non oportet* (Lenel, *Edit.*, t. 1, p. 458, *Edictum* 2, p. 436 et *Pal.*, Paul, n° 260), établit une distinction entre les *judicia capitalia* et les *judicia non capitalia* qui se rapportait sans doute à notre matière : Les *causae capitales* auraient seules bénéficié d'un rang de faveur. Ce système cadre bien avec l'hypothèse de l'exception *extra quam in reum capitis* du *De inventione* et avec l'exemple du fragment 47, 10, 7, 1, car le meurtre ou la tentative de meurtre ont été frappés de peines capitales par la loi Cornélia *de sicariis* aussi bien que par la législation antérieure (*Mosaicarum et rom. leg. Collatio*, 1, *De sicariis*, 3, 1). Sur ces points, cf. Mommsen, *Strafrecht*, p. 627, n. 1, p. 630, n. 2, pp. 631-632. — Si ce système a une portée générale, c'est une raison de plus pour affirmer que jamais l'action d'injures de la loi Cornélia qui n'est pas une *causa capitalis*, n'a bénéficié du décret préjudiciel.

(1) D., 47, 10, 7, 1 *in fine*.

(2) D., 47, 10, 6.

privés en délits publics plutôt qu'à l'étude du rang des procès ; mais ici ce n'est pas une loi, c'est la vieille idée des « *praejudicia prohibés* » qui opère l'évolution.

Un rescrit de Septime-Sévère ou de Caracalla permit à nouveau d'intenter l'action d'injures *aestimatoria* à côté de l'action publique (1). Cette réforme permettait au décret préjudiciel de recommencer à fonctionner ; mais il est peu probable qu'on ait tenté de renouveler une théorie périmée pour abolir indirectement les effets de la réforme impériale.

2° *Actions basées sur le même fondement, mais visant des buts différents.* — Il s'agit encore du concours de deux actions délictuelles publique et privée ; elles peuvent être cumulées et employées dans l'ordre qui plait au demandeur ; et, comme l'hypothèse précédente ne comprend qu'un exemple, nous nous expliquons l'enseignement d'Ulpien (2).

Atquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt judicia, ex his causis non esse nos prohibendos quominus et privato agamus.

Et Ulpien fait l'application de ce principe à l'action de la loi Aquilia qui peut être intentée à raison du meurtre d'un esclave sans crainte de faire préjudice à l'action de la loi Cornélia, *nam ibi principaliter de damno agitur quod domino datum est*. Plusieurs textes citent à côté de l'action de la loi Aquilia les actions *furti*, *vi bonorum raptorum* et à côté de la loi Cornélia l'action Julia *de vi privata* (3).

(1) Cf. p. 177, n. 4.

(2) D., 47, 10, 7, 1.

(3) D., 9, 2, *Ad. leg. Aquilianam*, 23, 9 ; 47, 8, *Vi bonorum raptorum*, 2, 1 ; 48, 1, *De publicis judiciis*, 4. D'après ces trois textes l'action

Le fragment 47, 8, 2, 1, atteste que les jurisconsultes antérieurs défendaient généralement au préteur de délivrer n'importe quelle action privée avant l'action publique (1). Le fragment 47, 10, 7, 6 semble indiquer que le changement de la législation fut opéré définitivement par Caracalla (2).

Le fragment 48, 1, 4 assimile aux actions délictuelles privées les interdits *unde vi* et *de tabulis testamenti exhibendis* ; le premier a le même fondement que l'action d'injures (3).

Nous pouvons également prévoir la concurrence de deux actions délictuelles privées, par exemple des actions *injuriarum* et *legis Aquiliae*. Cette hypothèse est étudiée d'une manière fort exacte par le fragment 9, 2, *Ad leg. Aquilianam*, 5, 1. *Actio concurrat, — sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae*. Il paraît plus rationnel de donner la priorité à l'action la plus grave et de fait un texte général (50, 17, *De div. reg.*, 104) fait passer d'abord le procès capable d'aboutir à une déclaration d'infamie ; *praeponenda est causa existimationis*. Cette action doit créer un *praejudicium* et n'en peut su-

privée constitue un préjugé à l'égard de l'action publique, mais le juge de la seconde n'en doit point tenir compte. — Ajouter, 19, 5, *De praescriptis verbis*, 14, 1 ; 48, 2 ; *De accusationibus*, 15.

(1) Nous pouvons nous baser aussi sur l'importance des *Praejudicia* chez Cicéron ou Quintilien (chap. préliminaire) et sur le fait que la *causa publica* était autrefois considérée comme *causa major* même lorsque la *causa privata* n'avait pas le même fondement qu'elle (*Code*, 3, 8, *De ordine cognitionum*).

(2) Cf. p. 177 et ss.

(3) Les fragments 43, 5, *De tabulis exhibendis*, 3, 6 (à rapprocher du frag. 5 déjà étudié) déclare que l'interdit *de tabulis exhibendis* et l'action de la loi *Cornelia testamentaria* ne s'excluent pas l'un l'autre et peuvent être intentés dans l'ordre qu'on veut.

bir aucun. Si les deux *judicia* sont également *famosa*, leur rang n'est pas réglementé quand bien même les intérêts pécuniaires en jeu seraient de valeur inégale. — Cependant les principes semblent mal fixés. Un texte de Paul (D., 47, 7, *Arborum furtim caesarum*, 1) permet d'intenter dans l'ordre qu'on veut l'action de la loi Aquilia et l'action infamante *arborum furtim caesarum* prévue par la loi des XII tables.

3° *Actions réunies par une question commune* (1). — Un certain nombre de textes s'occupent du concours d'actions délictuelles avec des actions purement pécuniaires ; bien que nées du même acte, elles sont indépendantes, elles peuvent se cumuler et donner lieu à des jugements différents. Les Romains ne craignent pas que l'action civile fasse préjudice à l'action criminelle et le demandeur sera libre de les intenter dans l'ordre qui lui semblera le meilleur (2), il en est de même pour deux actions délictuelles qui, dans le même acte, tendent à la punition de deux choses différentes (3).

Mais ici encore les Romains de l'époque antérieure semblent s'être montrés plus méfiants à l'égard des *praejudicia*. Les Verrines nous en fournissent la preuve. Le

(1) Plus exactement ces actions se distinguent des précédentes en ce qu'elles ont de commun non pas tout leur fondement, mais seulement une partie de ce fondement.

(2) Exemples, D., 47, 1, *De priv. del.*, 3 ; 47, 2, *De furtis*, 56, 1, 92 ; 47, 8, *De vi bonorum raptorum*, 2, 1. De même l'action du contrat ou de tutelle peut être intentée en cas de spoliation sans être gênée par la coexistence d'une action délictuelle. Cf. Mommsen, *op. cit.*, p. 888, n° II.

(3) Deux procès de droit public : inceste et adultère (48, 18, *De quaestionibus*, 5). Deux procès de droit privé : vol, rapine, dommage (47, 8 *vi bonorum raptorum*, 2, 10, 26), etc. Cf. Mommsen, *op. cit.*, p. 890, n° III.

successeur de Verrès, le préteur Métellus, refuse d'instruire un procès contre un complice de Verrès, Apronius, de crainte de créer un préjugé relativement au procès dirigé contre le célèbre concussionnaire (1).

Quelques textes épars dans le Digeste et dans le Code prouvent qu'à une certaine période les procès relatifs aux délits étaient considérés comme *res majores* par rapport aux procès civils. Un texte de Constantin fait encore allusion à cet ancien état de choses (2). Au Digeste Callistrate énonce la maxime : *Prius cognoscendum de vi quam de proprietate rei* (3). De même la pétition de l'héré-

(1) *In Verrem*, a. II, l. III, c. 65. M. Bülow (*Processeinreden*, p. 153 et ss.) affirme que, si le préteur délivre ici un décret et non pas une exception, c'est que le procès contre Verrès est déjà engagé. Nous ne le suivrons pas dans la discussion qu'il entreprend. La vérité, c'est qu'il est impossible de dire si le *judicium* est *praesens* ou *futurum*. La diversité des hypothèses du *De inventione* et des Verrines suffirait à expliquer pourquoi la première est réglée par exception et la seconde par décret. D'ailleurs les deux décisions sont des décisions d'espèce ; nous l'avons déjà vu pour la première. Dans les Verrines le préteur refuse l'action de crainte de créer un préjugé pour un autre procès *entre deux parties différentes*, ce qui est très grave, puisqu'ainsi le demandeur se trouve réduit à l'inaction sans pouvoir rien tenter. Cette décision de Métellus montre l'étendue de son arbitraire ; il est vrai que le chef *quod per vim aut metum abstulisset* d'après lequel Apronius était poursuivi, avait été inséré dans l'Edit par Métellus lui-même. — A remarquer encore qu'il s'agit d'un *praejudicium de capite*, et, contre Velsen, que l'un des buts du préteur est de ne point donner le pas aux récupérateurs sur une *quaestio* : il ne s'agit pourtant pas d'une exception.

(2) C., 3, 8, *De ordine judiciorum*, 4... *ut prius de crimine judicetur ; quod, utpote majus, merito minori praefertur*. Cet axiome est d'autant plus remarquable dans la bouche de Constantin qu'à cette époque il n'a plus de raison d'être pratique (Cf. ch. VII). Il fallait que la tradition ait habitué longtemps les esprits à cette idée.

(3) D., 5, 1, *De judiciis*, 37 ; 48, 6, *Ad leg. Jul. de vi publica*, 5, 1. On pourrait croire que les mots *de vi* ne font allusion qu'à un inter-

dité (qui pourtant est ordinairement une *causa major*) doit être suspendue tant que le procès de faux relatif au testament n'est pas terminé, mais le défendeur à la pétition d'hérédité qui soulève la question de faux doit donner caution (1).

Le fragment 5, 3, 6, demande un mot d'explication ; il distingue trois hypothèses (2) : 1° L'héritier inscrit à qui on réclame le legs reconnaît la validité du testament et du legs ; il doit acquitter le legs, mais peut réclamer une caution suivant le droit commun que nous avons déjà étudié (3) ; 2° l'héritier reconnaît la validité du testament sans admettre celle du legs ; dans ce cas on plaide et le procès en réclamation de legs peut être instruit avant que le procès de faux soit tranché (*quaerendum an debeatursi testamentum falsum esse dicatur*). Si le legs est validé, il doit être délivré contre prestation de caution « *si evicta fuerit hereditas, ea restitutum* (4) » et cette caution répond de la restitution pour le cas où dans la

dit, mais ce jugement est extrait d'un livre de Marcien (l. 14 *Institutionum*) qui paraît traiter exclusivement de questions criminelles (Lenel, Pal., Marcien, nos 459-484) ou d'un livre de Callistrate (l. 1 *Cognitionum*) relatif à la procédure criminelle (Pal., Callist. 29-38). Et Marcien ajoute : *Sed et decrevit ut prius de vi quaeratur, quam de jure domini sive possessionis*. Pourtant un texte du Code (7, 62, *De appellationibus*, 4) assimile la question de violence et la question de possession.

(1) D., 5, 3, *De her. pet.*, 5, 1.

(2) Comp. Francke, *op. cit.*, pp. 107-118.

(3) Cf. p. 151, n. 2.

(4) C. 6, 37, *De legatis*, 9. La fin du texte semble indiquer que dans le cas où le legs est nié par l'héritier, il n'y a pas de caution à fournir. Cela irait contre le bon sens. Nous pensons que la phrase signifie que caution est due même lorsqu'aucune controverse n'est engagée sur le testament. C'est au préteur de juger si la caution est nécessaire (35, 3, 4 *pr.* ; 46, 5, 1, 9).

suite le testament serait reconnu faux ; 3° dans le cas où le procès de faux est intenté par le légataire lui-même il faut attendre que cette question soit tranchée avant de discuter la validité du legs ou de le délivrer sous caution (1),

Le Digeste mentionne encore une hypothèse dans laquelle la *causa liberalis* ne peut être intentée qu'après un procès criminel ; c'est le cas où la famille soupçonne que le testateur a été assassiné (2). Tant que l'affaire de meurtre n'a pas été jugée, on empêche ou on suspend le procès de liberté (3), car il ne faut pas affranchir un esclave qui peut être soumis à la torture si son maître a été assassiné.

Le fragment 48, 5, *Ad legem Juliam de adulteriis*, 33, *pr.* suppose que le mari accuse sa femme d'avoir commis un adultère avec son esclave ; il devra intenter une action criminelle contre la femme, « *potius quam in praejudicium ejus servum torquere* ». Comment la torture infligée à l'esclave peut-elle préjuger de la culpabilité de la femme ? Sans doute le mot *praejudicium* n'est pas pris dans son sens technique. On craint que le mari ne porte atteinte à la réputation de sa femme en châtiant son esclave ou qu'il ne pèse sur la décision du juge de l'adultère en détruisant lui-même une richesse précieuse (4).

(1) Rapprochons de ces hypothèses une disposition de Septime Sévère et Caracalla relative, il est vrai, à la procédure extraordinaire : Les revendications du fisc ne peuvent intervenir qu'après les procès criminels (C., 3, 26, *Ubi causae fiscales*, 1).

(2) D., 40, 12, *De liberali causa*, 7, 4.

(3) *Proclamatio denegatur... et si data fuerit... differtur liberale iudicium. Ibid.*

(4) On peut pourtant émettre l'hypothèse que le maître devait demander au magistrat l'autorisation de torturer son esclave et la

Cette matière de l'adultère présente plusieurs règles relatives au rang des procès. Ainsi les deux complices ne peuvent être attaqués en même temps ni par un, ni par plusieurs accusateurs (1) ; d'ordinaire le demandeur est libre de choisir l'ordre des procès, mais la femme mariée bénéficie de deux faveurs ; elle ne doit être accusée et jugée qu'après son complice (2) ; si celui-ci est acquitté, elle ne peut être poursuivie ; s'il est condamné un second procès sera intenté contre elle (3). Un autre texte prescrit qu'avant d'intenter une accusation d'adultère contre la femme, il faut intenter contre son mari une accusation de *lenocinium* (4).

Mentionnons enfin que l'accusateur qui veut intenter un second procès criminel public sous prétexte que le premier n'a pas été régulièrement conduit, doit d'abord déposer une plainte en prévarication contre le premier accusateur (5).

Mais, encore une fois, dans l'immense majorité des cas le demandeur est libre de commencer par l'action qu'il veut. Conformément à ce principe le fragment 25, 2, *De act. rerum amotarum*, 27 décide que l'action *rerum amotarum* et l'accusation d'adultère peuvent être instruites concurremment. Dans les rares hypothèses où les juris-

décision du magistrat aurait constitué un préjugé pour l'adultère. Les mots du texte semblent favorables à cette idée : *si quis dicat*.

(1) Par un accusateur, D., 48, 5, *Ad leg. Jul. de adulteriis*, 16, 9 ; 40, 6 ; C., 9, 9, *Ad leg. Jul. de adulteriis*, 8 ; — par des accusateurs différents, D., 48, 5, 18, 6 ; 32.

(2) D., *h. t.*, 2, *pr.*, 5 ; 15, 8 ; 39, 3 ; 41, 44 ; 48, 6.

(3) D., *h. t.*, 18, 6. 20, 3.

(4) D., *h. t.*, 27, *pr.*

(5) D., 47, 15, *De praevicatione*, 3, 1, 43 ; 29 ; *De hom. hb.*, 3, 13, C., 2, 7, *De advocatis*, 1 ; 9, 2, *De accus. et instr.*, 11.

consultes de l'époque classique prohibent un *praejudicium*, ils semblent bien s'en référer à un vieux principe qui considère les procès criminels comme *causae majores*, mais leur essai de systématisation est si timide qu'on peut conclure à l'absence de toute théorie d'ensemble sur les « *praejudicia prohibés* » en matière délictuelle (1).

SECTION IV. — Procès ayant le même objet.

Nous faisons allusion à des procès qui n'ont de commun que l'objet réclamé (2) ; par exemple plusieurs vic-

(1) Nous sommes obligés de rattacher toutes ces espèces de droit criminel à la théorie des « *praejudicia prohibés* » parce que telle semble bien être la conception romaine de l'époque classique, mais en fait elles débordent ce cadre étroit et s'expliqueraient mieux dans le système de la « condition » qui triompha au Bas-Empire. Ici comme presque partout les théories furent précédées et nécessitées par la lente infiltration de la pratique. — D'ailleurs nous sommes loin de pouvoir rendre compte de toutes les allégations contenues dans les textes classiques. Ainsi la déclamation 319 de Quintilien (*adultera venefica*) demeure pour nous une énigme : Un mari accuse sa femme d'adultère et cite leur fils commun comme témoin ; celui-ci meurt empoisonné ; le mari veut intenter contre sa femme une accusation d'empoisonnement, mais cette dernière réclame que le procès d'adultère soit d'abord vidé ; son avocat demande aux juges (*judices*) saisis à la fois des deux instances (*duo crimina apud vos praeponuntur, adulterium et parricidium*) de trancher en premier lieu la question d'adultère qui ne doit subir aucun *praejudicium*, mais au contraire exercer un *praejudicium* sur la question d'empoisonnement. Ce texte semble prouver que les deux procès sont confiés au même tribunal, que ce sont les juges et non le magistrat qui doivent régler l'ordre des instances et qu'ils ont sur ce point un pouvoir arbitraire. Remarquons que l'avocat invoque bien la théorie des « *praejudicia prohibés* » : *posse hoc inter praejudicia accusationis*.

(2) Quand les procès n'ont rien de commun, la détermination de leur rang dépend de l'arbitraire du magistrat dans la procédure extraordinaire (D., 1, 16, *De officio proconsulis*, 9, 4) et plus ancienne-

times d'un même esclave intentent contre le maître une action noxale ou bien une seule hérédité est revendiquée par plusieurs personnes. Il n'y a pas là de question préjudicielle au sens moderne ; les prétentions des demandeurs sont parfaitement distinctes en droit et elles devraient faire l'objet de procès distincts sans influencer l'une sur l'autre. Généralement les Romains décidaient que les instances étaient indépendantes (1) ; mais on donnait la préférence à celui qui, le premier, avait obtenu un jugement (*melior est conditio occupantis*) (2), ordinairement à condition qu'il fournisse caution au défendeur de le protéger contre les réclamations ultérieures (3).

Telles sont les deux considérations qui déterminent le rang des procès réunis par une communauté d'objets. — Quelquefois par exception les actions doivent être réunies dans une même instance ; cette dérogation au principe « une question, une action » ne semble se produire que dans les actions doubles de partage et de bornage et dans la *causa liberalis* (4).

ment, sans doute sur tirage au sort : *dicas sortiri* ; sur ce dernier point, cf. Girard, *Manuel* 4, p. 972, n. 2 et les références.

(1) Application pour l'appel : D., 49, 1, *De appellationibus*, 10, *pr* et 3.

(2) D., 9, 4, *De nox. act.*, 14, *pr. Ei itaque debetur non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit ; et ideo ei, qui postea vicerit, actionem denegari iudicati* ; 15, 1, *De peculio*, 10.

(3) D., 16, 3, *Depositum*, 1, 37 ; *De legatis*, II, 48, 1.

(4) Sur la réunion des procès dans une même instance, cf. Planck, *Mehrheit*, chap. 1, pp. 64-162. — A part les actions doubles et les *causae liberales*, on ne réunit que les actions pendantes entre les mêmes personnes, en particulier les demandes reconventionnelles (D., 43, 8, *App. resc.*, 1, 4 ; C., 7, 45, *De sent. et interl.*, 14). Pour les actions en partage, cf. Paul, *Sent.*, 1, 18, 4 déjà cité ; pour la *causa liberalis*, D., 40, 12, 8, 1 et 2.

SECTION V. — Praejudicia prohibés en faveur d'un état.

En droit moderne une question préjudicielle suppose la coexistence de deux procès. Les Romains, au contraire, parlaient aussi de « *praejudicia prohibés* » en faveur d'une personne, d'un état. La plupart des auteurs (1) négligent l'étude de ces derniers, mais sans raison plausible, car le commentateur doit respecter les cadres du droit romain au lieu de lui imposer les théories actuelles.

Il est défendu de préjudicier à l'état des défunts et, dans certaines conditions, à l'état des mineurs.

1. — *Défense de préjudicier à l'état des défunts* (2). — Il est interdit de mettre en question l'état des personnes mortes depuis cinq ans : Tel est le principe du titre *Ne de statu defunctorum* (3), et, pour éviter qu'on cherche à tourner cette règle, le fragment 4, § 1, défend de faire préjudice à cet état par une question pécuniaire, et le fragment 1, § 1, défend de discuter l'état d'une personne morte depuis moins de cinq ans quand, par ce procès *praejudicium futurum est ante quinquennium mortuo*. Une constitution d'Hadrien étendit cette prohibition à l'état des vivants (§ 2). Un sénatusconsulte rendu sur une *oratio* de Marc-Aurèle renforça la défense : Dans les cinq

(1) Planck, Dernburg, *op. cit.*, Keller, *civ. pr.*, § 43, n. 491, Wetzell *System*, § 64, p. 709, n. 46. — Tel est aussi l'avis de M. Bülow (*De except. praej.*, pp. 19-22) ; il ne fait une exception pour certaines actions écartées par l'Edit Carbonien que parce que celles-ci lui semblent constituer un *praejudicium* à l'égard de la pétition d'hérédité (*Ibid.*, pp. 32-34).

(2) D., 40, 15, *Ne de statu defunctorum*.

(3) Le frag. 4, *pr.*, attribue cette mesure à Nerva et d'après le frag. 4, § 1, c'est Claude qui aurait le premier interdit tout *praejudicium* causé par un procès pécuniaire.

ans qui suivent la mort, il est permis d'intenter un procès qui tend à rendre plus honorable (*honestior*) l'état du défunt, mais on ne peut commencer un procès pour faire annuler son ingénuité et, si l'instance est pendante, elle est anéantie (1). Par le même acte, Marc-Aurèle décida qu'on ne pouvait intenter l'action *de collusione detegenda* que pendant les cinq ans qui suivent la prononciation de l'ingénuité (2). La question se pose de savoir si la même défense de « préjudicier » par un procès voisin doit être étendue aux nouvelles hypothèses prévues par Marc-Aurèle. Une réponse affirmative semble s'imposer (3).

2. — *L'Édit Carbonien* (4). — Cet Edit qui paraît remonter au VII^e siècle (5) accorde une *bonorum possessio* provisoire à l'impubère dont on conteste la filiation pour l'empêcher de recueillir les biens de ses parents.

(1) D., 40, 15, 1, 3 et 4. — La distinction est confirmée par la première partie du fragment 3. La fin de ce passage d'Hermogénien est plus difficile à comprendre ; elle semble signifier que l'on peut commencer un procès pour faire reconnaître l'ingénuité d'une personne morte depuis plus de cinq ans ; cette disposition serait contredite par les fragments 1, § 3 et 4 et 3 *in* *tu*o. A moins de croire que *post* a été interpolé pour *ante*, nous devons supposer que le procès en reconnaissance d'ingénuité a été commencé avant les cinq ans et alors s'appliquerait la règle prévue dans le fragment 40, 16, *De collusione detegenda*, 2, 3, pour une hypothèse analogue : *Quinquennium autem non ad perficiendam retractationem, sed ad inchoandam puto praeferendum*.

(2) D., 40, 16, *De collusione detegenda*, 2, 1.

(3) Postérieurement une constitution de Dioclétien et Maximien (C., 7, 16, *De lib. causa*, 13) établit le principe plus rigoureux : *Principaliter de statu defuncti agi non potest*. Mais la suite du texte confère au magistrat tout pouvoir pour décider quels procès devront être empêchés.

(4) D., 37, 10, *De Carboniano edicto*.

(5) Sur la date de l'édit Carbonien, cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 869, n. 5 et les références.

Pendant toute la durée de cette *bonorum possessio*, c'est-à-dire jusqu'à l'époque de la puberté, le prêteur refuse de délivrer les actions qui pourraient « préjudicier à l'impubère, à l'état de l'impubère (1) » ; il rejette notamment les procès d'état ou les pétitions d'hérédité dirigées contre l'impubère (2), mais aussi les procès d'état ou les pétitions d'hérédité intentées entre d'autres personnes (3), les procès criminels d'adultère ou de supposition de part (4), les actions des légataires et des fidéicommissaires (5).

M. Bülow enseigne que toutes ces actions qui mettent en jeu d'autres personnes que l'héritier sont écartées *ne praejudicium fiat hereditatis petitioni* (6). En effet, dit-il, la condition de l'impubère ne pourra être tranchée que par la pétition d'hérédité (7) et les seules actions arrêtées sont celles qui ont quelque rapport avec cette pétition d'hérédité (8). Mais de ces deux allégations la première

(1) *H. t.*, 3, 8 et 11 ; 5, 1 ; 10 ; 13 ; — 5, 2, *De inoff.*, 20 ; 37, 9, *De ventre*, 8.

(2) *H. t.*, 3, 11 ; 10. Le mot *praejudicium* ne se trouve pas dans les textes suivants : *H. t.*, 1, *pr.* et 10 ; 3, 5, 7 et 10 ; 6, 1 ; 7, 1 et 7 ; 8 ; — 37, 9, *De ventre*, 7, 1 ; — 40, 16, *De collusione deteg.*, 2, 2 ; 43 30, *De lib. exhib.*, 3, 4.

(3) *H. t.*, 3, 8, 10 et 11 ; 7, 7.

(4) *H. t.*, 1, 11 ; 2 ; 3, 6 ; 13 ; — 37, 9, *De ventre*, 8.

(5) *H. t.*, 3, 1.

(6) Bülow, *De exc. praej.*, pp. 21-22, 32-34 ; Dans les *Processeinreden*, il se montre moins affirmatif et déclare que sa théorie est toujours exacte quelle que soit la valeur de ces allégations. p. 139, n. 19.

(7) Les deux principaux textes invoqués par M. Bülow (*H. t.*, 3, 7 ; 3, 13) sont loin de justifier l'affirmation ; ils montrent seulement que la question de filiation peut être tranchée incidemment à un procès d'hérédité.

(8) *H. t.*, 3, 2 ; 6, 3. Le premier de ces fragments enseigne que si la question d'état est seule contestée, son examen sera également

est manifestement fausse et la seconde reçoit une portée inexacte : la suspension des actions est seulement l'accessoire de l'envoi en possession provisoire accordée par l'édit Carbonien ; quoi de surprenant si elles présentent quelque chose de commun avec la propriété de la succession ?

Au contraire, M. Bethmann-Hollweg soutient que les actions sont arrêtées pour ne pas créer un préjugé à l'égard de l'action d'état qui sera plus tard intentée contre l'intéressé devenu pubère (1). — Cette affirmation nous semble plus proche de la vérité, pourtant nous ne pouvons admettre le point de vue de M. Bethmann-Hollweg. Le préteur après avoir envoyé l'impubère en possession, renvoie à l'époque de la puberté toutes les actions qui pourraient l'amener à conférer l'hérédité à une autre personne (2) ; il faut que l'intéressé soit capable de se défendre lui-même dans un procès aussi important. Au moment de la puberté les actions paralysées reprennent leur cours et sont intentées suivant leur ordre normal ; encore une fois on n'a pas voulu éviter un *praejudicium actioni*, mais un *praejudicium conditioni*.

Le titre 37, 10, comme le titre 40, 15, ne parlent que de *sustinere*, de *differre actionem* ou de *quaestio cessans* (3).

renvoyé à l'époque de la puberté, mais d'après des constitutions impériales et non d'après l'édit Carbonien.

(1) Bethmann-Hollweg, *Civ. pr.*, t. II, p. 943, n. 97.

(2) Cette *denegatio actionis* ressemble à nos exceptions dilatoires valables pendant trois mois et quarante jours de l'héritier et de la femme commune en biens.

(3) 37, 10, *De Carboniano edicto*, 1, 11 ; 3, 5 et 10 ; 13 etc. ; — 40, 15, *Ne de statu defunctorum*, 4, 1. — Au contraire Planck, *op. cit.*, p. 210, n. 19 et Rudorff, *Rechtsgesch.*, t. II, p. 118, n. 27, parlaient d'une exception. — M. Bülow, *Processeinreden*, pp. 140-141 s'at-

Le préteur qui a délivré la *bonorum possessio* la protège par de simples *denegationes actionum*.

SECTION VI. — Vues d'ensemble sur le décret préjudiciel.

Nous venons de passer en revue une série d'hypothèses dans lesquelles le préteur empêche un procès de suivre son cours *ne praejudicium fiat*. Les nombreuses lacunes du Digeste ne nous permettent ni de fournir une liste complète des « *praejudicia prohibés* », ni même de dégager les principes et de retrouver les cadres romains. Deux idées seulement s'imposent. Les jurisconsultes attribuaient une grande importance aux *praejudicia* de toutes sortes et ils se référaient ordinairement à la vieille distinction des *causae majores* et des *causae minores* (1). Nous avons groupé sous cinq chefs les différents cas de décret préjudiciel, mais cette classification ne va pas sans arbitraire. Non seulement nous avons pu laisser en dehors d'elle un certain nombre d'espèces (2), mais il n'est pas sûr que nous ayons conféré leur véritable valeur à celles que nous avons examinées. Ainsi la maxime

tarde longuement à prouver que les parties doivent déjà songer à la pétition d'hérédité lorsque le préteur rend son décret ; cela est bien évident puisque la *denegatio actionis* est l'accessoire de l'envoi en possession !

(1) Par exemple nous n'avons pas mentionné que le tribunal du Prince obtient la préférence sur les autres juridictions (Plin, *ep.* V, 20 ; VII, 6).

(2) Puchta déclare qu'il est impossible de réduire les questions préjudicielles de l'époque classique à la théorie des *res majores* parce que la plupart du temps il est impossible d'affirmer que telle *causa est major* par rapport à une autre (*Institutionem*, t. I, p. 521, n. f.). — Cela est certain au point de vue logique, mais en fait les Romains semblent bien avoir rattaché toutes les espèces à la théorie imprécise des *res majores, res minores*.

praeponenda est causa existimationis peut avoir une portée considérable. Des nombreux textes étudiés nous ne pouvons donc tirer qu'une conclusion négative. Les Romains ne semblent pas s'être laissé guider par une théorie rationnelle rigoureuse ; ils s'appliquaient simplement à rattacher les solutions de détail à des principes traditionnels commodes. Toutes les formules ambitieuses que nous avons rencontrées, — priorité des procès d'une importance pécuniaire plus grande, défense de préjudicier à la pétition d'hérédité, etc. — nous ont paru imprécises et inexactes.

Nous avons appelé décrets les décisions du préteur ; en réalité celui-ci agit de deux manières différentes : ou bien il refuse l'action (*actionem denegat*) ou bien il défend au juge de continuer l'instance (*judicare vetat*).

La *denegatio actionis* n'intervient que dans des cas exceptionnels : lorsque le magistrat veut définitivement empêcher un plaideur d'intenter une action (conflit d'une action délictuelle publique et d'une action délictuelle privée ; refus de l'*actio iudicati* lorsque plusieurs personnes réclament le même objet), — ou lorsqu'il interdit de faire préjudice à un état : la prohibition de préjudicier à l'état des défunts est perpétuelle, mais la prohibition de l'édit Carbonien n'est que temporaire ; aussi les prescriptions sont interrompues pendant toute la durée de l'impuberté (1).

Très généralement le décret préjudiciel est une dé-

(1) Cette solution découle de tous les fragments du titre 37, 10, *De Carboniano edicto* qui montrent le demandeur intentant sans difficulté ses actions à l'époque de la puberté ; elle est appliquée par un texte relatif à l'action *de collusione detegenda*, 40, 16, 2, 3 : *Quinquennium non currere dicendum est*.

fense de juger (1), c'est-à-dire une interruption du *judicium* (2). Cette interruption se produit naturellement lorsque les plaideurs ont déjà procédé à la *litis contestatio* sur la *causa minor* au moment où la *causa major* est introduite ; mais, pareillement, quand le procès le plus important est déjà intenté, le préteur ne refuse pas l'action secondaire, il l'accueille et la conduit jusqu'à la *litis contestatio* afin d'éviter l'extinction du droit (3).

Le décret préjudiciel n'est pas une défense absolue de juger. Dès que le *judicium majus* a reçu sa solution, le procès suspendu reprend son cours à moins que la sentence rendue sur le premier procès n'enlève toute raison d'être au second, comme lorsque le défendeur a été proclamé esclave à la suite de la *causa liberalis*. Cette hypothèse mise à part, le juge du *judicium minus* reprend sa tâche au point où il l'avait laissée sans être obligé d'attendre une nouvelle invitation du magistrat.

(1) Sur ce décret, cf. Koschaker, *Translatio iudicii*, p. 62, n. 3 : *Ce judicare vetare*, remarque-t-il, constitue le pendant du *judicare jubere* qui est inclus dans la formule. M. Koschaker remarque que ces défenses peuvent être absolues ou temporaires (citations de *papyri* à l'appui). Nous n'avons à nous occuper que des défenses temporaires puisqu'en matière de *praejudicia* les défenses absolues sont remplacées par des *denegationes actionis*.

(2) Cf. D., 5, 1, *De judiciis*, 58 : *Judicium solvitur vetante eo qui judicare jusserat*. Les textes qui nous intéressent s'expriment ainsi : *Non debet iudex sententiam dicere, differendum de libertate iudicium* (5, 3, 7), *sustinetur iudicium* (5, 3, 6), *sustinendum iudicium* (40, 12, 24, 3), etc.

(3) Cf. par exemple les textes cités dans la note précédente. Parmi les décrets de défense temporaire, M. Koschaker distingue ceux qui arrêtent le procès immédiatement après la *litis contestatio* et ceux qui interrompent le *judicium*, mais ce n'est pas là une classification naturelle ; les deux solutions ne dépendent que d'une rencontre accidentelle.

Quels sont les effets du décret préjudiciel ? — La *denegatio actionis* ne déduit pas l'action en justice (1) ; le plaideur pourrait demander à nouveau l'action au préteur qui l'a refusée ou à ses successeurs, mais ordinairement il ne sera pas écouté parce que la cause du refus est perpétuelle (refus de l'action d'injures, de l'action *judicati*, d'une action qui porte préjudice à l'état des défunts ; — dans la première de ces trois hypothèses le plaideur n'aura aucune difficulté pour obtenir l'action publique après avoir vainement réclamé l'action privée). Dans le cas de l'édit Carbonien le demandeur recevra l'action à laquelle il a droit, sitôt l'âge de la puberté arrivé.

Au contraire la défense de juger n'empêche pas le procès d'être déduit en justice. Cela est sans inconvénient parce que les *causae major et minor* ne constituent pas *eadem quaestio alio genere iudicii* et ne s'empêchent pas l'une l'autre et parce que la *causa minor* ne fait que continuer après la solution du premier procès ; aucune *restitutio in integrum* n'est donc nécessaire à moins que l'instance ne soit périmée (2).

Le fragment 40, 12, 24, 4 *in fine* n'apporte à ces règles qu'une exception apparente (3). Si le procès intenté contre l'ancien esclave exige l'intervention d'une *restitutio*, c'est qu'il a été déduit en justice par l'action noxale, tout en constituant un procès distinct.

(1) Sur les effets de la *denegatio actionis*, cf. Schott, *das Gervähren des Rechtsschutzes*, 1903, chap. VII. Ce que Schott dit de la *denegatio* en ce qui concerne l'absence de recours s'applique aussi au *iudicare vetare*.

(2) Parfois une caution est accordée comme garantie supplémentaire au demandeur (5, 3, 5, 1 ; 40, 12, 24, 4, etc.).

(3) Cf. p. 170 et ss.

Nous avons vu qu'il est difficile d'assigner des limites précises au champ d'application du décret préjudiciel qui peut intervenir même dans les cas où est prévue une exception (1). La seule formule admissible est que le décret intervient de droit commun toutes les fois qu'aucune exception n'est accordée. M. Bülow a cru pouvoir serrer de plus près la distinction en affirmant que le décret n'est applicable que quand les deux procès sont également pendants (2). Au contraire, le décret empêche des *praejudicia* en faveur de procès futurs comme de procès présents, car ils sont à craindre dans les deux cas. Voici le véritable point de vue : le préteur retarde ou supprime l'*actio minor* en faveur d'un procès qui est seulement en expectative lorsque ce dernier peut être intenté par le demandeur de l'*actio minor* ; ainsi le *liberale iudicium* doit en principe laisser le pas à la pétition d'hérédité et la réaction que nous avons notée à propos du fragment 5, 3, 7, ne fait que confirmer la règle que nous admettons (3) ; ainsi l'action morale d'injures est refusée lorsque l'action de la loi Cornélia est possible (4). A l'inverse le décret préjudiciel suppose la coexistence du *iudicium majus* lorsqu'il ne dépend pas du demandeur au premier procès de l'intenter, car sans cela il conduirait à un véritable déni de justice. Ainsi on ne peut suspendre l'action noxale que lorsque l'esclave a intenté une *vindicatio in libertatem* (5). Ainsi le défendeur à la pétition d'hérédité n'a pas le droit de se soustraire au procès

(1) Cf. chap. II.

(2) Bülow, *Processenreden*, Cf. surtout p. 155 et ss.

(3) Cf. p. 155 et ss.

(4) Cf. p. 177 et ss.

(5) D., 40, 12, 24, 4 ; Cf. p. 170 et ss.

sous prétexte que plus tard il intentera une action de faux (1). La distinction de M. Bülow est purement artificielle (2), elle ne repose que sur un passage isolé de son contexte (3) et sur un fragment détourné de son sens naturel (4) ; elle oblige à séparer radicalement les hypothèses de décret et les hypothèses d'exception ; elle conduit à faire une théorie à part pour les *praejudicia* en matière criminelle.

M. Bülow alléguait qu'il serait trop dangereux de prescrire qu'en général un procès peut être suspendu en considération d'un procès futur. Nous n'y contredisons pas ; mais cette idée n'a rien à voir avec la distinction du décret et de l'exception. Le péril est écarté par l'intervention de la règle limitative que nous avons formulée, tandis que la crainte de ce péril n'est rattachée par aucune relation logique à l'existence du décret ou de l'exception.

La théorie de M. de Velsen (5), d'après laquelle ni le décret ni l'exception ne fonctionnaient en faveur de procès futurs est plus logique, mais ne résiste pas à la simple lecture des textes.

(1) D., 5, 3, 5, 1 ; Cf., p. 184, n° 1.

(2) Nous avons signalé, p. 190 et ss., les efforts aussi vains que pénibles de M. Bülow pour faire rentrer les décrets promiss par l'édit Carbonien dans son système.

(3) ... *Sustinentur liberalia iudicia, si jam de inofficiso iudicium contestatum est : ceterum si non contestetur, non exspectantur liberalia iudicia...* (5, 3, 7, 1). — Pour la discussion de tout le fragment, cf. p. 154 et ss.

(4) D., 10, 2, *Fam. erisc.*, 51, 1. — Cf. p. 161 et s.

(5) Velsen, *Die exc. praej.*, pp. 34-35.

CHAPITRE VI

LES « PRAEJUDICIA » OBLIGATOIRES.

L'étude des actions préjudicielles — *praejudicia* — constitue le point de vue positif des questions préjudicielles. Ce sont des actions qui doivent être jugées avant certaines autres et exercer sur celles-ci une influence considérable. Notre tâche n'est pas de les étudier dans le détail ; nous avons seulement à fixer leur nombre, à tirer au clair les rapports qui les unissent au décret et à l'exception préjudicielle, à nous demander leur raison d'être et à rechercher par quels moyens est assurée leur priorité. En un mot nous ne voulons pas consacrer une monographie séparée à chacune de ces institutions, mais seulement envisager les actions préjudicielles sous l'angle des « *praejudicia* obligatoires », par opposition aux « *praejudicia* prohibés » (1). Pourtant nous devons discuter un peu plus longuement la question de la *causa liberalis*.

Nous avons vu que la pétition d'hérédité et les procès criminels, par exemple, jouissaient d'un rang de faveur et c'est en ce sens qu'on a pu les appeler des *praejudicia* (2) ; mais *stricto sensu* les *praejudicia* sont caracté-

(1) Pour la théorie complète des actions préjudicielles, cf. Bülow, *De praejudicialibus formulis*, 1859.

(2) Sur ce sens, cf. Bülow, *op. cit.*, p. 23. Des actions préjudicielles il faut rapprocher les *praejudicia* qui, dans le Code Théodosien,

risés par une forme spéciale. Le prêteur dans leur formule pose simplement au juge une question (*an libertus sit, quanta dos sit*) et ne lui donne pas le pouvoir de « condamner », mais uniquement de « prononcer », de répondre à l'interrogation ; la formule est dépourvue de *condemnatio* (1). Nous devons d'abord nous appliquer à rechercher quelles sont les actions qui sont intentées sous cette forme (2).

I. — *La « causa liberalis ».*

La *causa liberalis* est le procès dans lequel la question posée est de savoir non pas si tel individu est esclave de *Primus* ou de *Secundus*, mais s'il est libre ou esclave. Dans le vieux droit romain ce concept abstrait de liberté était mal accessible à des esprits primitifs et exclusivement pratiques ; habitués à matérialiser tous les rapports juridiques les Romains ne pouvaient à l'origine distinguer entre le procès en revendication ordinaire et le procès de liberté ; — seulement la force des choses les poussa de bonne heure à introduire quelques modifications à l'ancienne procédure ; ils étaient bien obligés de

sont des procès secondaires et préparatoires qui précèdent la sentence principale ; ils disparurent après Théodose et on a rayé le mot lui-même des passages correspondants du Code de Justinien : Th., 1, 2, 3 = J., 1, 29, 2 ; — Th., 11, 30, 2 = J., 7, 62, 12 ; Th., 7, 62, 25 = J., 7, 62, 21 ; — Th., 11, 36, 5 = J., 7, 62, 20 ; — Th., 11, 36, 15 = J., 7, 62, 24.

(1) Gaius, 4, 44. *Intentio aliquando sola invenitur, sicut in praejudicialibus formulis*. L'idée est développée dans le commentaire de Théophile, ad 4, 6, *De act.*, 13.

(2) Liste de Gaius (4, 44) : *Praejudicia an aliquis libertus sit et quanta dos sit*. Liste des Institutes de Justinien (4, 6, 13) : *Praejudicia de libertate, de ingenuitate, de partu agnoscendo*.

reconnaître qu'il est plus facile de distinguer un bœuf d'un cheval qu'un esclave d'un homme libre !

Aussi dès l'époque des actions de la loi, où la *causa liberalis* s'intente dans la forme ordinaire des actions réelles par une *legis actio sacramenti* ou, plus tard, au moyen de la procédure *per sponsionem* et où l'instance est débattue entre le prétendu maître et un *adsertor libertatis* (1), on accorde à l'individu dont la liberté est contestée quelques faveurs dont la plus célèbre est celle qui est relative à la liberté provisoire (2).

Mais la *causa liberalis* se sépara-t-elle de la revendication sous le régime de la procédure formulaire ? Jusqu'à ces dernières années la plupart des romanistes pensaient qu'elle emprunta la forme d'un *praejudicium an liber sit* ou d'un *praejudicium an servus sit* (3). Aujourd'hui ils sont plus disposés à admettre, à la suite de M. Lenel, que l'existence du premier *praejudicium* est peu vrai-

(1) Dans l'ancien droit l'*adsertor libertatis* est un véritable revendiquant et la mise en liberté provisoire doit s'analyser plutôt comme une prise de possession par cet *adsertor*. C'est ainsi que nous expliquons le refus opposé par Appius Claudius aux réclamations des parents de Virginie (Tite-Live, III, 44 et ss.). L'*adsertor* possède véritablement le prétendu esclave ; aussi quand un individu est *alieni juris*, comme c'est le cas de Virginie qui est sous la puissance paternelle, la personne qui a la puissance peut seule jouer le rôle d'*adsertor* : Seul, Virginus pourrait réclamer sa fille ; puisqu'il est absent, la possession provisoire doit être attribuée à Marcus. *In his enim quae asserantur in libertatem, quia quibus lege agere posse, id juris esse ; in ea quae in patris manu sit, neminem esse alium cui dominus possessionem cedat*. Ainsi Appius ne viole pas la loi dans la première phase du procès, mais seulement lorsque Virginus, l'*adsertor legitime*, revient et se voit refuser la possession provisoire.

(2) Enumération dans Girard, *Manuel*⁴, p. 101.

(3) En dernier lieu Ubbelohde, *Gött. gel. Anz.*, 1888, p. 360 et ss. ; Schlossmann, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 225-245.

semblable sous le régime de la procédure formulaire et que le *praejudicium an servus sit* n'a jamais existé (1).

Trois textes attestent l'existence d'un *praejudicium* en matière de liberté : une constitution de Dioclétien (C., 7, 16, *De lib. causa*, 21), une disposition des Institutes de Justinien (4, 6, *De actionibus*, 13) qui mentionne au milieu d'autres le *praejudicium an liber sit* et enfin la paraphrase de Théophile sur ce même passage des Institutes. — Mais les partisans du nouveau système s'étonnent du silence de Gaius qui ne mentionne pas ces *praejudicia* alors qu'il en cite de moins importants dans sa liste du Commentaire IV ; ils ajoutent que le *praejudicium* de la constitution de Dioclétien doit s'entendre du *praejudicium utrum ex servitute in libertatem petatur, an ex libertate in servitutum* ; ils font remarquer que d'ailleurs aucun texte ne parle du *praejudicium an servus sit* et concluent en affirmant que le *praejudicium an servus sit* est une invention des commentateurs modernes et que le *praejudicium an liber sit* provient probablement d'une erreur de Justinien.

Ces observations ne sont pas absolument décisives. Gaius ne cite pas tous les *praejudicia* connus à son époque et il existe une bonne raison pour qu'il ne parle pas de *praejudicium* en matière de liberté : le nom courant du procès est l'expression *causa liberalis* qui était beaucoup plus familière à Gaius. Nous verrons d'ailleurs que

(1) Lenel, *Edit*, §§ 178 et 179, 2, p. 411 et ss., nouv. éd. all., 1907, pp. 366-370. — Dans le même sens Girard, *Manuel*⁴, p. 401, n. 7. Rappelons que le *praejudicium an liber sit* serait intenté lorsqu'un individu en état d'esclavage réclame la liberté et le *praejudicium an servus sit* lorsqu'un individu en possession de la liberté est réclamé comme esclave.

la théorie des *praejudicia* ne s'élabora que tardivement et progressivement ; il est possible que les Romains n'aient usé des *praejudicia an liber, an servus sit* que vers la fin de l'époque classique, au moment où le concept de liberté s'était complètement dégagé (1).

Le sens exact de la constitution de Dioclétien est difficile à tirer au clair :

Eam quae in possessione libertatis non sine dolo malo reperitur in servitute constitutae simile habere praejudicium....

Il ne peut, semble-t-il, s'agir du *praejudicium utrum-an* puisque celui-ci était toujours conçu de la même façon et que le texte compare entre deux sortes de *praejudicia*. Dioclétien paraît décider que la femme qui est libre de mauvaise foi ne peut pas plus user du *praejudicium an serva sit* que la femme qui est en état de servitude, mais doit se contenter du *praejudicium an libera sit* et par conséquent assumer le fardeau de la preuve. Du même coup la constitution démontrerait l'existence de deux *praejudicia* contraires : le *praejudicium an liber sit* et le *praejudicium an servus sit*. — Mais il est aussi possible que les mots *habere praejudicium* signifient obtenir une sentence sur le *praejudicium utrum-an* et dans ce cas l'existence de ce dernier serait seule attestée.

Enfin Justinien ne paraît donner que des exemples de *praejudicia* et l'existence du *praejudicium an liber sit* rendrait normale l'existence du *praejudicium an servus sit*.

Ainsi ces textes sont impuissants à déterminer une

(1) On peut aussi songer — et cela concilierait les deux théories opposées — à la concurrence de la revendication et d'un *praejudicium*, comme dans l'hypothèse du frag. 6, 1, *De r. v.*, 1, 2.

certitude ; il faut chercher des éléments de conviction dans des textes voisins. Nous aurons de la peine à dégager une solution indiscutable parmi les arguments qui abondent dans les deux sens.

Nous sommes peu touchés par la considération que la procédure de l'époque formulaire s'appliquait mal à la *causa liberalis* (1). La *legis actio sacramenti* ne s'accordait pas mieux avec la nature des procès de liberté puisque l'*adsertor* réclamait comme sa propriété un individu qui devait demeurer en liberté.

Par contre, il est trop simple d'affirmer que les procès de liberté doivent à l'époque formulaire se confondre avec les procès en revendication parce que cette identité existait sous le régime des actions de la loi. Il ressort nettement des textes que pendant la période classique l'esprit juridique romain sait dégager la question de liberté des questions matérielles qui la masquaient autrefois et comprend que le procès de liberté est différent d'un procès en revendication d'un esclave (2).

(1) Bülow, *De praej. form.*, pp. 9 et 10.

(2) Plusieurs textes nous semblent porter la trace très nette de cette conception de l'époque classique. Dans le fragment 40, 12, 27, il s'agit de savoir si le défaut du maître qui réclame un individu comme son esclave procure à ce dernier la qualité d'ingénu. — Non, répond Ulpian, le juge pourra seulement prononcer que le défendeur n'est pas l'esclave du demandeur, mais il ne pourra pas prononcer qu'il est un homme libre. Ainsi, dans l'esprit du jurisconsulte, la *causa liberalis* ne se résout plus comme jadis en un simple procès en revendication agité entre l'*adsertor* et le prétendu maître. Le magistrat demande au juge de répondre à une question : Stichus est-il libre ? il ne lui demande pas de rendre une condamnation pour une partie contre son adversaire. — Le fragment 40, 12, 8, 2 nous met en présence de deux individus qui réclament l'un et l'autre une part indivise d'un esclave. Le premier échoue dans la *causa liberalis*, le

M. Lenel allègue aussi que la *causa liberalis* est douée d'un effet réel qui est étranger aux *praejudicia* ordinaires, mais cette remarque n'a peut-être pas toute la portée que lui attribue son auteur. Le juge se bornerait à prononcer sur la question de liberté ; après quoi il ap-

second triomphe. On se demande si le succès de celui-ci profite à celui-là et l'une des réponses est : oui, parce que l'un des deux a remporté une victoire pour le tout : *omnino alteruter vicerit*. Or ce demandeur n'a pas triomphé « pour le tout » dans la revendication puisqu'il ne réclamait qu'une quote-part. Le jurisconsulte semble donc bien distinguer les deux questions de liberté et de propriété. — A rapprocher de ces textes le fragment de Pomponius qui atteste l'évolution des idées : *Conventio privata neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest* (D., 40, 12, 37). — La transformation du rôle joué par l'*adsertor* est également caractéristique. A l'époque ancienne ce personnage est un vrai possesseur de l'esclave (cf. p. 204, n. 1) ; plus tard, au contraire, non seulement il n'est pas le maître du procès, mais il ne peut plus même être considéré comme le représentant de l'intéressé ; c'est un simple assistant destiné à habiliter le prétendu esclave qui, sous la procédure extraordinaire, peut en personne ester en justice. C'est ce dernier qui mène le procès (*qui de libertate sua litigat*), qui fournit la preuve, qui doit nécessairement comparaître, 40, 12, 7, 5 ; 27, 1. — Dans le premier de ces deux textes la mention de l'*adsertor* a été effacée ; aussi la plupart des auteurs remplacent *in libertatem proclamat* par *adserit* ; en outre Gradenwitz (*Interpolationen*, p. 101) et Lenel (*Pal.*, Ulpian, n° 1291) supposent que les mots de la finale « *qui de libertate sua litigat* » s'accordent mal avec l'intervention de l'*adsertor* ; Lenel propose les mots « *cujus de libertate litigatur* ». Mais M. Wlassak (*Z. Grünhut*, 1892, p. 709) montre que cette expression n'est pas interpolée (C. Th., 4, 8, 6, 4 = C. J., 7, 18, 3) et s'explique par le rôle du prétendu esclave qui conduit en fait le procès ; dans le même sens Jøers, *Untersuchungen*, 1892, p. 50. — Dans le Code Théodosien apparaissent des hypothèses où certains individus dont l'état est contesté peuvent, parce qu'ils sont depuis vingt ans en possession publique de la liberté ou parce qu'ils ont rendu des services à l'Etat, plaider directement sans l'assistance d'un *adsertor* (C. Th., 4, 8, *De lib. causa*, 9).

partiendrait aux parties de tirer des conséquences pratiques de cette sentence. Au contraire, on aurait le droit de s'étonner qu'un simple procès de revendication produise les effets mentionnés au titre *De liberali causa* et on pourrait tirer argument de l'analogie qui existe entre la *causa liberalis* et les *praejudicia*, dont l'existence est incontestée, qui sont relatifs aux affranchis (1). Bien que ces actions soient elles aussi en rapport étroit avec un avantage matériel : prestation d'*operae*, obtention de la succession de l'affranchi etc., les Romains éprouvèrent le besoin de faire trancher à part la question d'ingénuité : *praejudicia an libertus, an ingenuus sit*. — Le *praejudicium de libertate* n'est pas plus monstrueux que le *praejudicium de libertinitate*.

Le vocabulaire employé, — *proclamare in libertatem, in servitatem* ; *vindicare* ou *petere in libertatem, in servitatem* ne doit pas non plus faire préjuger de la question (2).

Examinons donc directement si, au temps de la procédure formulaire la *causa liberalis* pouvait et devait s'exercer dans la forme ordinaire des actions ou dans la forme des *praejudicia*. Le problème doit être réduit à une question de forme.

(1) *Quid enim interest servum suum quis an libertum contendat?* (D., 22, 3, *De probat.*, 14).

(2) *Contra*, Lenel, *Edit.*, 2, p. 111, nouv. éd. all., p. 367. — De même M. Girard, *Manuel*⁴, p. 101, n. 7, objecte le frag. 40, 12, 30, qui, d'après lui, suppose la *vindicatio in servitatem* intentée dans les formes ordinaires des actions réelles. Dans ce texte on lit seulement les mots : *Duobus petentibus in servitatem*, qui ne sont pas décisifs, et *duci servum debere* qui s'accordent bien avec le fragment 40, 12, 36, lequel peut cadrer avec la théorie du *praejudicium*. A la vérité le titre 40, 12 est plein de passages qui peuvent s'interpréter dans les deux sens ; et c'est ce qui fait la difficulté du problème.

On comprend comment, malgré son imperfection théorique, l'action de la loi *per sacramentum* pouvait s'appliquer aux procès de liberté. L'*adsertor* n'obtenait pas la propriété de l'esclave, car son *sacramentum* n'était pas proclamé *justum* plus que celui de son adversaire ; si le prétendu maître ne faisait pas la preuve de son droit, la liberté provisoire était simplement consolidée (1). Mais comment une *sponsio praejudicialis* ou une formule pétitoire pouvaient-elles conduire à la solution d'une question de servitude ou de liberté ? Nous le recherchons successivement pour la *vindicatio in libertatem* et la *vindicatio in servitatem*.

I. — *Vindicatio in libertatem*. — Il est certain que dans ce procès la question de liberté se distingue de la question de propriété ; l'*adsertor* ne réclame pas la propriété, mais la mise en liberté de son protégé. De même aucune *condemnatio* n'est nécessaire. Si l'individu est déclaré libre, *ipso facto* personne ne peut plus en être propriétaire ; s'il est reconnu esclave, le maître l'emmène à nouveau sans autre forme de procès. Mais rien n'empêche d'autre part que le litige soit vidé *per sponsonem* (2) : la promesse du prétendu maître porterait alors comme condition soit la liberté, soit plutôt l'absence de propriété du défendeur (3). Nous allons même plus loin que M. Lenel, car nous concevons que la *vindicatio in libertatem* puisse s'intenter *per formulam petitoriam*. Dans

(1) Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 101, n. 7 *in fine*. — Ce que nous disons au texte n'est vrai que si l'on considère que la liberté provisoire de l'époque ancienne ne se confond pas entièrement avec la possession provisoire de l'*adsertor*.

(2) Lenel, *Edit.*, 2, p. 112, *Edictum*², p. 368.

(3) Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 337 *in fine*.

ce cas la formule poserait seulement la question sous une forme négative (1).

Concluons que l'existence du *praejudicium an liber sit* est très douteuse à l'époque classique, mais que son inexistence est loin d'être démontrée.

II. — *Vindicatio in servitatem*. — M. Lenel prétendit ruiner directement la théorie du *praejudicium an servus sit* en établissant que les procès de liberté comportaient une *condemnatio*. Il remarqua que dans le livre 55 d'Ulpien, le livre 50 de Paul et le livre 2 de Gaius *ad Edictum* où ces auteurs traitent de la *causa liberalis* il était question de restitution et d'estimation d'*operae servorum*. C'est donc que le procès de liberté doit comporter une condamnation ; il ne peut dès lors s'intenter sous la forme d'un *praejudicium* (2).

Cette conclusion ne nous paraît pas s'imposer. Quelle que soit la procédure employée, il fallait bien qu'on règle les restitutions de l'esclave, des fruits, des *operae servorum*. Supposons un instant l'existence du *praejudicium*

(1) *S. P. hunc hominem Nⁱ Nⁱ non esse*. Nous ne pensons pas que l'intention de la formule ait pu être conçue dans la forme pure et simple de la revendication : *S. P. hunc hominem Aⁱ Aⁱ (l'adsertor) esse*, car l'*adsertor* ne peut pas réclamer l'individu comme lui appartenant. De même nous rejetons la formule : *S. P. Stichum liberum esse* qui ne ressemblerait à aucune autre. Le problème abstrait de la liberté ne devait pas se poser à part ; cela est du reste indépendant de la question de forme des *praejudicia* : nous verrons que le *praejudicium an libertus sit* exprimait le nom d'un patron déterminé, p. 224, n. 4. S'il existait des *praejudicia* en matière de liberté, ils étaient conçus : *an Stichus Nⁱ Nⁱ non servus sit, an Stichus Aⁱ Aⁱ servus sit* (pour la *vindicatio in servitatem*).

(2) Textes cités par M. Lenel (*Ed.*, 2, pp. 114-115, *Edictum*², pp. 369-370) ; D., 7, 7, *De operis serv.*, 4 ; 6. 50, 16, *De verb. sign.*, 75. 40, 12, *De lib. causa*, 30 et 36.

an servus sit : Ce *praejudicium* est accompagné d'une *satisfactio pro praede litis et vindiciarum* par laquelle l'*adsertor* promet de restituer l'objet du procès et ses accessoires ou leur estimation (1). Après avoir triomphé sur le *praejudicium* le maître peut réclamer tout cela à l'*adsertor* ou aux cautions, mais il est nécessaire qu'un arbitre en fixe la valeur (2). Les textes objectés par M. Lenel se comprennent donc également, qu'il s'agisse d'un *praejudicium*, d'une *sponsio* ou d'une *formula petitoria* : Dans les deux premiers cas ils se rapporteraient à la *satisfactio*, à l'*arbitratus* accessoire du juge et à la liquidation qui doit suivre la sentence rendue sur le *praejudicium* ou sur la promesse de vingt-cinq sesterces.

Nous rejetons pourtant cette explication. Dans la *vindicatio in servitatem*, la question de liberté et la question de propriété se confondent en fait (3) ; il faut et il suffit

(1) Lenel, *Ed.*, 2, p. 112, nouv. éd. all., p. 368.

(2) A quel moment se placerait cet *arbitratus* ? Serait-il rendu par le juge du *praejudicium* lui-même ou bien par un arbitre distinct ? — Nous avons déjà de la peine à résoudre cette question pour la procédure *per sponsionem*. — Cf. les hésitations de Lenel, *Ed.*, 2, p. 270, n. 2. — Il paraît bien onéreux d'imaginer un *arbitratus* séparé qui ressemblerait à l'ancien *arbitrium liti aestimandae* décrit par M. Huvelin (*Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 319-334). En tout cas la liquidation devrait être opérée avant les poursuites contre les cautions ou l'exercice de l'*actio judicati*. — Les deux théories en présence expliquent également ce texte de Papinien (40, 12, 36) : *Dominus qui obtinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogitur*. Cette règle constitue une dérogation pratique, qui n'est pas assez remarquée, au principe des condamnations pécuniaires.

(3) Le frag. 40, 12, 12, 5. — *Si operae alicui debeantur, is quoque liberali iudicio experiri potest*, — semble dire que le créancier d'*operae servorum* peut faire trancher la question d'esclavage à part, avant d'exiger la prestation des *operae* ; mais ce texte fournit plutôt un

que le prétendu maître prouve qu'il est propriétaire de tel individu ; et cette position du problème cadre parfaitement avec les termes de la formule pétitoire ou avec le mécanisme de la procédure *per sponsionem*. Il semble donc que le *praejudicium an servus sit* n'a aucune raison d'être et, si on rapproche cette constatation de l'absence de textes le visant expressément, on conclura à son inexistence probable.

En terminant, insistons sur ce point que la question des *praejudicia an liber sit, an servus sit* est une question de forme. Quelle que soit la solution, les effets pratiques sont les mêmes. S'il y avait un *praejudicium*, le préteur se bornerait à disjoindre la *pronunciatio* de la *condemnatio*. Le juge auquel est soumis un problème concret touchant à l'état d'un individu doit d'abord, dans tous les cas, rendre une *pronunciatio* et cette sentence solennelle (qui d'ailleurs figure dans tous les procès réels) possède les mêmes effets qu'une *pronunciatio* intervenant sur un *praejudicium* (1).

argument contre l'existence d'un *praejudicium*. La *causa liberalis* se confond toujours avec un procès réel concret ; elle est tranchée incidemment ; elle se produit sous la forme d'une revendication ou d'une réclamation d'*operae servorum*. — Ce texte montre en tout cas que la *causa liberalis* peut être agitée entre d'autres personnes que le prétendu maître et le prétendu esclave. *Contra*, Bülow, *De praej. form.*, pp. 48-49. Cet auteur invoque la loi 7, 49, *De ord. cogn.*, 4 au Code, mais celle-ci ne tranche pas la question puisqu'elle ne définit pas le *liberale iudicium* qui peut, dans l'espèce, être envisagé comme un procès concret de propriété.

(1) Nous verrons que ces *pronunciationes* : — Stichus est l'esclave ou n'est pas l'esclave de Titus — suffisent à rendre compte de la prétendue autorité absolue de la chose jugée en matière d'état. Sur les *pronunciationes* rendues dans tous les procès réels, cf. p. 438, n. 3.

Les textes mentionnent un autre *praejudicium* relatif à la *causa liberalis* qui, celui-là, paraît bien authentique : le *praejudicium utrum ex servitate in libertatem petatur, an ex libertate in servitatem* qui sert à fixer si l'on doit intenter la *vindicatio in libertatem* ou la *vindicatio in servitatem* ; et cela est important, car dans l'une c'est l'*adsertor* qui doit fournir la preuve, tandis que dans la seconde cette charge incombe au prétendu maître. Mais ce *praejudicium* n'exerce aucune influence sur l'attribution des *vindicatae* qui continuent à être nécessairement prononcées *secundum libertatem*.

L'existence du *praejudicium utrum-an* ne nous est attestée que par un fragment du Digeste et une loi du Code qui sont relatifs à la procédure extraordinaire (1). Ces passages prouvent que les *praejudicia* n'appartenaient pas uniquement au système de l'*Ordo*.

II. — Les autres actions préjudicielles d'état.

1° L'existence et les cas d'application des *praejudicia de libertinitate* ne soulèvent pas de difficulté. Le *praejudicium an libertus sit* est mentionné par les Institutes de Justinien et quatre textes du Digeste (2). Dans deux de

(1) D., 40, 12, *De lib. causa*, 7, 5. — Les mots *qui de libertate cogniturus est* se rapportent au magistrat qui instruit les deux instances successives *extra ordinem*. M. Wlassak (*Z. Grünhut*, 19, 1892, p. 709 et ss.) ne nomme que le préteur *de liberalibus causis* et dans ce cas il faudrait admettre l'existence d'une légère interpolation ; mais M. Jörs remarque justement que ces mots doivent faire allusion au consul aussi bien qu'à ce préteur, car tous deux sont compétents pour juger la *causa liberalis* (*Untersuchungen*, p. 50, n. 2). — C., 7, 16, *De lib. causa*, 21.

(2) Inst. Just., 4, 6, *De act.*, 43 ; D., 2, 4, *De in jus vocando*, 8, 1 ; 22, 3, *De probationibus*, 18 pr. ; 25, 3, *De agnos.*, 5, 18 ; 40, 14, *Si ingenuus*, 6.

ces derniers Ulpien fait remarquer expressément que l'action préjudicielle peut être intentée soit par le prétendu maître, soit par le prétendu affranchi en dehors de tout procès sur un avantage matériel, et ceci constitue l'essence même du *praejudicium* (1). Les textes ne parlent que du *praejudicium an libertus sit*, mais, comme l'action obéit à des règles différentes suivant qu'elle est intentée par le maître ou par l'affranchi, il est légitime de supposer que, dans les mains de ce dernier, elle s'appelait *praejudicium an libertus non sit* (2).

2° Le fragment 6, 1, *De r. v.*, 1, 2 fait allusion à des *praejudicia* qui serviraient au père pour réclamer les enfants en puissance. D'après ce texte le même résultat pourrait être atteint par la revendication *adjecta causa*, la *cognitio praetoris* ou par un interdit. Aucun autre détail ne nous est donné. Le fragment 43, 30, *De lib. exhib.*, 3, 3, nous parle dans le même cas de la *notio praetoris*,

(1) Action du patron contre l'affranchi, 40, 14, 6 : *Sive nulla causa interveniat* ; — action de l'affranchi contre le patron, 22, 3, 14 : *Si quis autem-tractari potest*. Ce fragment 14 qui impose la preuve tantôt à l'affranchi, tantôt au patron, paraît en contradiction avec le fragment 18, § 1, qui la met à la charge du patron. C'est que la preuve de l'ingénuité ou de la qualité d'affranchi doit être imposée non pas à celui qui est demandeur dans le *praejudicium*, mais à celui qui est demandeur dans l'action qui rend nécessaire le *praejudicium* ; justement le fragment 18, § 1, suppose que le prétendu patron réclame des *operae* à un individu qui riposte par un *praejudicium an libertus non sit*. C'est le premier qui doit fournir la preuve.

(2) Cela est confirmé par le fragment 44, 1, *De exc.*, 12 : *Generatiter in praejudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit*. Cette maxime doit s'entendre en tenant compte de la note précédente. Mais nous verrons que le second *praejudicium* devait poser seulement la question : *An Aulus libertus non sit Ni Ni*.

mais nous avons vu que celle-ci n'est pas inconciliable avec une action préjudicielle.

3° Le *praejudicium de partu agnoscendo* est au contraire délivré à l'enfant qui veut se faire reconnaître par son père ; il constitue une action en recherche de la paternité. Les textes du Digeste paraissent le rattacher au sénatusconsulte Plancien et à un sénatusconsulte postérieur rendu sous Hadrien, mais ces deux mesures législatives ne concernent que des demandes d'aliments qui ne préjugent pas de la filiation (1). Ce fut Justinien qui fondit l'action accordée par ces sénatusconsultes et le *praejudicium* en remaniant et en interpolant plusieurs textes.

Tels sont les *praejudicia* d'état mentionnés par les textes ; ils paraissent appartenir à un mouvement de doctrine assez tardif. Tous les textes du Digeste qui en font mention sont extraits d'Ulpien. Le fragment 6, 1, 1, 2 connaît d'autres moyens juridiques que le *praejudicium* pour les réclamations d'enfant ; les hésitations du fragment 22, 3, 14 montrent que, même au temps d'Ulpien, la théorie du *praejudicium de ingenuitate* n'était pas encore formée. A vrai dire les fragments 25, 3, 4 et 5 affirment que Julien parlait d'un *praejudicium*, mais nous savons combien ces textes sont sujets à caution puisqu'ils ont été remaniés par Ulpien et par Justinien.

Nous pouvons donc supposer que les Romains ne dégagèrent la question abstraite d'état des autres questions d'intérêt immédiat et matériel qu'à la fin de l'époque classique (2) et qu'Ulpien se fit le principal interprète de

(1) Cf. Karlowa, *Gesch.*, II, p. 1187. D., 25, 3, *De agnosc.*, 5, 18.

(2) Cela expliquerait le silence de Gaius relativement aux *praejudicia* en matière de liberté.

cette transformation. La réforme a-t-elle embrassé tous les procès d'état ? — Cette opinion était la plus répandue auprès de nos anciens auteurs qui volontiers tenaient pour synonymes les mots « *praejudicium* » et « question d'état » (1) ; mais à aucune période on ne peut relever de texte qui paraisse généraliser l'institution. En particulier nous ne trouvons aucun *praejudicium* en matière de procès de cité (2).

III. — *Praejudicia en dehors des questions d'état.*

Ces *praejudicia* se firent jour à une époque plus ancienne ; ils appartiennent aux domaines les plus différents et il est malaisé de les rattacher à une théorie d'ensemble. Indiquons seulement leur portée probable.

1° Le *praejudicium an ex lege Cicereia praedictum sit* est mentionné par le Commentaire III, § 123 des Institutes de Gaius. — Il est intenté par le débiteur contre le créancier qui n'a pas fait dans les trente jours du contrat la *praedictio* exigée par la loi Cicérea (3).

2° Le *praejudicium quanta dos sit* est aussi mentionné par Gaius. Les auteurs ont émis des opinions très diffé-

(1) Sur les anciens auteurs cf. Bülow, *De praej. formulis*, p. 21. Savigny (*Traité*, Trad. Guenoux², t. V, p. 19 et ss.) soutient encore que toutes les actions d'état sont des *praejudicia*.

(2) Dans le *pro Caecina*, 33,97, les décemvirs tranchent incidemment une question de cité préalable à un procès de liberté. — M. Desserteaux n'étudie pas la question au point de vue qui nous occupe ; il affirme pourtant que la cité ne donne pas lieu à une question préalable (Mélanges Gérardin, 1907, pp. 481-496, en part., p. 487). La loi Papia de 689 créa un jury spécial pour les procès de cité ; elle donna peut-être lieu à un décret ou à une exception préjudicielle pour faire respecter la compétence de ce tribunal.

(3) Cf. Bekker, *Akt.*, t. I, p. 264 ; Girard, *Manuel*⁴, p. 756, n. 2.

rentes sur son rôle (1), mais nous ne voyons aucune raison de le limiter à telle ou telle hypothèse ; il doit intervenir toutes les fois qu'au cours d'un procès se pose la question du contenu de la dot ; par exemple lorsque le mari refuse de livrer un immeuble aliéné ou le revendique en soutenant qu'il a été acheté avec l'argent de la dot (2), et surtout au moment de la restitution de la dot.

Cette seconde hypothèse est de beaucoup la plus pratique. D'après M. de Ihering le *praejudicium de dote* daterait de l'époque où la femme demandait sa dot par une formule munie d'une *intentio certa* (3). A cette période on admettait déjà que les dépenses nécessaires diminuent de plein droit la dot (4), et, pour ne pas commettre de *plus petitio*, la femme devait, avant de réclamer sa dot, en faire fixer le montant au moyen d'un *praejudicium*. — Il nous paraît difficile de trouver des cas d'application à ce système. A vrai dire l'*actio ex stipulatu* semble avoir toujours une *intentio certa* (5), mais quand la stipulation a porté sur la dot, aucune *plus petitio* n'est possible ; le juge doit lui-même apprécier quelle est la dot et en particulier tenir compte des impenses qui la diminuent de plein droit ; quand au contraire le contrat a eu

(1) Cf. Bechmann, *Dotatrecht*, t. II, p. 267 ; Dernburg, *Compensatio*², p. 105 ; Czycharz, *Dotatrecht*, p. 277 et ss. ; Bülow, *De praej. form.*, p. 14 ; Lenel, Ed., t. II, p. 122.

(2) Les objets achetés avec les sommes dotales sont dotaux (D., 23, 3, *De j. dotium*, 54) et, comme les Romains ne semblent pas avoir connu d'institution analogue à notre remploi, il devait souvent être difficile de fixer la composition de la dot.

(3) Ihering, *Geist*, liv. II, 1^{re} partie, tit. III, ch. II, sect. 3, § 62.

(4) D., 23, 4, *De pact. dot.*, 5, 2.

(5) M. Esmein a démontré que la stipulation *de dote* était probablement toujours certaine (*N.R.H.*, 1893, pp. 147-150).

pour objet une somme d'argent, l'évaluation ne constitue-t-elle pas un arrangement qui garantit à la femme une créance fixe et soustraite à tous les risques (1) ?

Quant à l'action *rei uxoriae*, bien qu'elle soit une action *in factum*, il est très douteux qu'elle ait une *intentio certa* (2). Ou plutôt on peut dire que les *actiones in factum* sont en dehors de la classification des actions certaines et incertaines ; elles doivent être examinées chacune en elle-même ; or, la formule de l'action *rei uxoriae* ne peut pas comporter de *plus petitio* (3).

Nous ne pensons donc pas que le *praejudicium quanta dos sit* ait pu servir plus que les autres à éviter une *plus petitio*. Son rôle devait être à la fois moins important et moins limité.

3° Le défendeur contre qui on a procédé à une *venditio bonorum* peut en faire prononcer la nullité par le moyen du *praejudicium an ex lege bona venierint* (4). Cette action sera le plus souvent sans doute intentée en dehors de tout autre procès ; elle pourra servir aussi de moyen de défense contre l'*interdictum possessorium* de l'*emptor bonorum*.

4° Le paragraphe 5, 9, *De stipulationibus*, 1 des Sen-

(1) Un doute pourrait naître au cas où la stipulation a porté sur un corps certain qui constitue la dot, mais il semble bien que cette chose ne doive pas être considérée comme dot, mais seulement comme l'objet d'une stipulation qui sera rigoureusement exécutée.

(2) Cf. Girard, *Manuel* ⁴, p. 4012, n. 3.

(3) Voici la reconstitution de M. Lenel : *Si paret Nm Nm Aae Aae, dotem partemve ejus reddere oportere — quod ejus melius aequius erit, ejus judex Nm Nm Aae Aae c., s. n. p. a.* Sur cette formule, cf. les observations de M. Thomas, *N. R. H.*, 1904, p. 546. Celles-ci ne portent pas sur les mots *dotem partemve ejus* qui empêchent toute *plus petitio*.

(4) D., 42, 5, *De reb. auct. jud. poss.*, 30 ; Comp pour la nullité des ventes faites à contre-temps : 42, 4, *quibus ex causis*, 7, 3.

tences de Paul, fait allusion à deux sortes de *praejudicia* : l'un qui constitue l'objet même du texte et qui semble être intenté par le substitué contre l'institué ; l'autre qui sert de terme de comparaison et qui est intitulé : *an ea res de qua agitur major sit centum sestertiis*. Ce dernier a seul été étudié (1) ; il sert à fixer la valeur de l'objet litigieux, sans doute pour déterminer la compétence ou le nombre des cautions à fournir ; le premier paraît poser la question de savoir si une stipulation est intervenue entre le substitué et l'institué (2).

Ces quatre *praejudicia* appartiennent à des ordres d'idées très différents et il est vraisemblable que les compilateurs de Justinien en firent disparaître quelques autres (3). En effet les Institutes et les ouvrages postérieurs ne connaissent que des *praejudicia de statu*. Ces quatre *praejudicia* ne constituent sans doute que les faibles vestiges d'une institution abolie avant Justinien (4).

IV. — Nature et effets des actions préjudicielles.

Dans sa dissertation parue en 1859, M. Bülow énonçait

(1) Lenel, *Ed.*, II, 275-277, développements plus abondants dans la seconde édition allemande, p. 503 et ss. ; Wlassak, *Prozessgesetz*, I, 226 et ss.

(2) *Hujus enim praejudicium* paraît bien se rapporter à *interpositae stipulationis*.

(3) MM. Eisele (*Abhandlungen*, p. 177 et ss.) et Lenel (*Ed.*, 2, pp. 186-187, *Edictum* ², pp. 429-430) voient dans le *Pro Flacco*, c. 24, § 48 un *praejudicium an judicatum sit* qui constituerait un « pourvoi en cassation offensif ». Mais cette théorie n'est confirmée par aucun des textes allégués (49, 8, 1, *pr.* ; 2, 15, 11) ; cf. aussi Merkel, *Appellation*, pp. 27-29. Les mots du *Pro Flacco... ut, si judicatum negaret in duplum iret*, ... ne doivent pas être entendus de deux actions distinctes ; ils signifient simplement que le défendeur s'expose à payer le double s'il contredit à l'*actio judicati*.

(4) Comp. ce mouvement avec l'abolition des *praejudicia* du Code théodosien, cf., p. 199, n. 2.

l'idée que les *praejudicia* sont des actions trop ou trop peu importantes pour admettre une condamnation (1). La formule est plus brillante qu'exacte. A la vérité, les procès d'état sont d'une portée capitale, mais peut-on dire que les autres objets des actions préjudicielles soient sans importance? S'il en était ainsi, les Romains n'auraient pas pris la peine de les faire instruire dans une instance séparée, alors qu'ils auraient pu être tranchés incidemment à un autre procès.

Nous avons déjà indiqué la nature des *praejudicia*; ils proviennent de la décomposition d'un procès. Cette affirmation pourra paraître étrange si l'on songe à la simplicité du procès romain primitif; mais il faut remarquer que dans la formule « *une question, une action* », on veut parler d'une question concrète, matérielle; et celle-ci peut comporter l'examen d'une infinité de points de droit et de fait; son unité n'est qu'apparente. Ainsi, l'*intentio* « *si paret Stichum Auli esse* » est en réalité très complexe; et cette abondance de problèmes incidents est encore plus frappante dans une action *in bonum et æquum concepta*, telle que l'action *rei uxoriae* par exemple.

Dans les procès qui mettaient en jeu la condition juridique d'une personne, les juristes dégagèrent plusieurs questions d'état et en firent l'objet d'une action à part (2); — de même, dans un certain nombre d'autres procès, ils instituèrent des formules spéciales, *quanta dos sit, an*

(1) Bülow, *De praej. form.*, pp. 18-19. — L'idée de M. Bülow est encore plus fautive si on doit rayer de la liste les *praejudicia an liber, an servus sit*.

(2) Les Institutes de Justinien (4, 6, 13) enseignent que toutes les actions préjudicielles sont d'origine prétorienne sauf le *praejudicium an liber sit* qui serait d'origine civile; c'est encore une raison pour suspecter l'existence de ce *praejudicium* à l'époque classique.

ex lege Cicereia praedictum sit, pour des points de droit ou de fait qui, normalement, ne figuraient qu'à titre d'exceptions, de défenses, d'éléments d'information (1); telle est l'explication de tous les *praejudicia*.

Ces actions demeurent en relation étroite avec le procès d'où elles ont été abstraites, mais — et cela est surtout important pour les questions d'état — elles peuvent être intentées indépendamment de lui. Deux textes l'affirment pour le *praejudicium de ingenuitate* (2) et il en va certainement de même pour tous les autres: le *praejudicium an ex lege bona venierint* devait surtout être employé en dehors de tout autre litige. Quant au *praejudicium an ex lege Cicereia praedictum sit*, il paraît avoir été créé comme une action isolée qui se suffit à elle-même. Le mot *praejudicium* signifie donc ceci: question qui a été extraite d'un procès pour être jugée d'avance, et non pas forcément; question qui doit être jugée avant un second procès pour exercer sur lui une influence de « préjugé » (3).

En général cependant le *praejudicium* se présente comme l'incident d'un autre procès. Ainsi un patron réclame des *operae* à son affranchi; ainsi la femme divorcée intente contre son ancien mari l'action *rei uxoriae*. Ces demandes peuvent donner lieu aux *praejudicia an libertus sit, quanta dos sit*. Il semble bien d'ailleurs que le *praejudicium* ne soit obligatoire dans aucun cas (4). Si, ni le patron, ni l'affranchi n'intentent une

(1) Le principal avantage était sans doute de pouvoir d'avance faire trancher une question importante pour d'autres procès et d'éviter ainsi le dépérissement de la preuve.

(2) D., 22, 3, *De probationibus*, 14; 40, 14, *Si ingenuus*, 6.

(3) Comme on le disait autrefois: Brackenhöft, *op. cit.*, p. 398; Leist, *De praejud. in concursu crim. et civ.*, pp. 7-9.

(4) C'est ce qui explique la concurrence signalée par les textes

action *an libertus sit* ou *an ingenuus sit*, le juge du procès d'*operae* résoudra lui-même la question d'état ; mais chacun des deux plaideurs peut prendre l'initiative de solliciter une formule préjudicielle.

C'est la méconnaissance de ces principes qui a conduit la plupart des auteurs à confondre les domaines de l'exception et de l'action préjudicielle. Le rapprochement des deux institutions est marqué dans le Digeste lui-même. Dans l'intitulé du titre 44, 1, le mot *praejudicium* fait allusion à l'action comme à l'exception préjudicielle (1). Trompés par l'identité des expressions, les anciens romanistes appelaient *praejudicia* toutes les actions qui jouissaient d'un rang de faveur, par exemple la pétition d'hérédité ou certains procès criminels (2) ; ils ajoutaient que les actions préjudicielles étaient mises en jeu par le moyen d'exceptions préjudicielles. Ainsi le patron était repoussé sur l'action *operarum* par une exception *ne praejudicium fiat ingenuitati* et intentait alors le *praejudicium an libertus sit*.

Ce système compliqué ne peut plus se soutenir ; nulle part la pétition d'hérédité ou les procès criminels ne sont appelés *praejudicia* et aucun texte ne justifie cette construction. Le mot *praejudicium* appliqué aux actions fait allusion à une forme précise.

L'exception préjudicielle suppose l'existence de deux

entre le *praejudicium* et d'autres moyens de droit (6, 1, *De r. v.*, 1, 2).

(1) Pour l'exception préjudicielle, frag. 13, 16, 18 ; pour l'action, frag. 12. — Dans le titre 25, 3, le mot *praejudicium* dans le sens d'action se trouve (frag. 5, 18) au milieu de textes qui l'emploient dans le sens ordinaire d'influence préjudicielle.

(2) Raevardus, *De praejudiciis*, II, 3 ; Brackenhöft, *op. cit.*, p. 398 ; Heumann-Seckel, 1907, V° *Praejudicium, initio*, n'évitent pas assez clairement cette confusion.

procès distincts reliés par une question commune ; au contraire l'action préjudicielle est constituée par une partie détachée d'un autre procès ; elle suppose l'existence d'un procès unique partagé en deux. Les deux institutions sont loin de se confondre. Ce ne serait que par une rencontre fortuite que la *causa liberalis* constituerait un *praejudicium* tout en bénéficiant d'une exception préjudicielle. Elle est protégée par une exception préjudicielle lorsqu'elle se trouve en connexité avec un procès différent, une action noxale par exemple, et cette protection est tout à fait indépendante de la question de savoir si, oui ou non, du procès concret en revendication d'un esclave les Romains ont dégagé le *praejudicium an servus sit*.

Les *praejudicia* n'ont pas besoin d'une exception pour être jugés les premiers. Lorsque le défendeur intente un *praejudicium*, celui-ci est nécessairement instruit avant la question matérielle qui lui a donné naissance. Est-il même utile de dire que le préteur rend un décret ? Il se borne à faire trancher d'abord le *praejudicium* ; il ne suspend pas une procédure commencée, il se contente de sérier les points litigieux.

L'effet des sentences préjudicielles est celui des jugements préparatoires. Le juge ne rend pas une condamnation, mais seulement une prononciation (1). Celle-ci em-

(1) Le mot *pronunciatio* paraît être technique pour désigner la sentence du *praejudicium* aussi bien que l'avis préparatoire qui précède la condamnation dans les procès réels (cf. p. 136, n. 2). Pour le *praejudicium*, cf. D., 2, 4, 8, 1 ; — 4, 2, 8, 1 ; — 4, 3, 24 ; — 5, 3, 7, 1 ; — 12, 6, 67, *pr.* — 17, 1, 8, 5 ; — 25, 3, 1, 16 ; — 3, 5, 9 ; — 26, 7, 11 ; — 40, 1, 23, 24 ; — 40, 4, 53 ; — 40, 9, 19 ; — 40, 12, 27, 1 ; 29, 1 ; — 40, 14, 1 ; — 40, 16, 3, 4 ; — Suétone, Vespasien, c. 3 ; Petrone, *Satyricon*, c. 80, etc., etc. Pourtant le frag. 44, 1, 10 ne semble faire

pêche naturellement que le *praejudicium* soit à nouveau intenté, mais son principal avantage est de constituer un résultat acquis pour la solution de tous les procès où la question préjudicielle sera soulevée. Lorsque le patron victorieux sur le *praejudicium an libertus sit* réclamera des *operae* à son affranchi, le juge devra tenir pour constant que le défendeur est l'affranchi du demandeur ; — le juge de l'action *rei uxoriae* reconnaîtra comme définitif le chiffre de la dot fixé sur le *praejudicium quanta dos sit*. C'est à cela que se réduit l'autorité des sentences préjudicielles.

La plupart des auteurs se sont mépris sur la valeur de la *pronunciatio* rendue dans les procès d'état (1). D'après eux, cette sentence serait douée d'effets exceptionnels à l'égard de tous les procès ultérieurs et vis-à-vis des tiers ; et les uns expliquent ces effets par la force probatoire des sentences préjudicielles (2), les autres par le caractère de droit public des questions d'état ou par le grand nombre d'affaires qu'elles intéressent (3).

Réduisons la portée de ces effets prétendus extraordinaires. Le patron peut faire valoir ses droits sur un affranchi quand bien même un autre a déjà intenté la même demande (4). Loin de faire une exception pour les

aucune différence entre *pronunciatum* et *judicatum* et le *frag.* 50, 16, 46 assimile *statuere* et *pronunciare*. Sur le vocabulaire, cf. Zachariæ, *Z. G. R.*, t. 14, p. 95, n. 4 ; Puchta, *op. cit.*, § 173 ; Bülow, *op. cit.*, p. 6 ; Keller et Wach, *op. cit.*, p. 299.

(1) La question ne se pose pas pour les autres *praejudicia* qui n'intéressent qu'un nombre très restreint de procès.

(2) Bülow, *De praej. form.*, p. 37 et ss.

(3) Puchta, Keller (*op. et loc. cit.*) ; Zachariæ (art. cit.) explique ces effets par la nature de la *pronunciatio*.

(4) D., 40, 14, *Si ingenuus*, 1 et 5.

praejudicia, le fragment 63 au titre *de re judicata* (42,1) applique au procès d'ingénuité la règle commune : *res inter alios judicatas aliis non praejudicare* (1).

Par contre nous voyons que les sentences préjudicielles font foi entre les parties et à l'égard des tiers pour tous les litiges qui n'ont pas pour objet principal l'objet même du *praejudicium* : qualité d'affranchi, de fils, etc. La sentence du *praejudicium de partu agnoscendo* n'empêche pas un autre individu de se déclarer le père en intentant le *praejudicium an filius sit*, mais elle est valable à l'égard des tiers qui ne prétendent pas à la qualité de père, en particulier vis-à-vis des frères de l'intéressé (2). — La sentence qui a prononcé l'ingénuité d'une personne doit être tenue pour vraie à l'égard des plaideurs qui ne se présentent pas comme patrons (3).

Mais ces solutions ne doivent point être rattachées au caractère exceptionnel des *praejudicia* (leur portée serait étrangement disproportionnée à leur origine et à leur nature), ni à l'importance des actions d'état ; il nous suffit de recourir au principe que nous avons déjà énoncé à

(1) De même dans les procès de liberté nous voyons que, quand deux maîtres réclament un esclave et que l'un d'eux est repoussé, l'autre peut agir à son tour (40, 12, 9, 2) ; nous voyons aussi que quand un maître revendique un individu en se basant sur un acte d'achat et qu'il est débouté, il peut renouveler le procès en se basant sur un testament postérieur à sa première demande (*cod. tit.*, 42).

(2) D., 25, 3, *De agnosc.*, 1, 16, 2. 3.

(3) D., 1, 5, *De statu hominum*, 25 (comp. 50, 17, 207) ; 37, 14, *De jure patronatus*, 14. — Pour la *causa liberalis* : D., 40, 12, *De lib. causa*, 24, 2 et 4 ; 9, 4, *De nox. act.*, 42, enseignent que le juge de l'action noxale doit se conformer à la sentence rendue sur le *judicium liberale* ; celui-ci fait également autorité vis-à-vis des procès criminels (C. 7, 19, *De ord. cogn.*, 3 et 5).

propos de toutes les actions réelles (1). La *pronunciatio* positive du juge possède une valeur absolue tant qu'elle n'est pas anéantie par une *pronunciatio* rendue sur le même objet (2).

Les *praejudicia* d'état (comme toutes les actions d'état) sont des actions réelles (3) en ce qu'elles tendent à imposer à un individu une qualité exclusive (4); on ne peut pas à Rome posséder une condition juridique différente suivant que l'on est en rapport avec telle ou telle personne (5).

(1) Cf., p. 138, n. 3.

(2) La théorie du « légitime contradicteur » qui régnait dans l'ancien droit français est d'accord avec le fond du droit romain, mais ne correspond pas du tout aux conceptions romaines.

(3) Les Institutes (4, 16, 13) déclarent que les *praejudicia* d'état semblent être des actions réelles. La question était fort discutée autrefois (Cf. pour l'affirmative Savigny, *Traité*, trad. Guenoux², t. V, p. 21 et ss.).

(4) Cette qualité n'est pas la qualité abstraite d'esclave, d'homme libre, d'affranchi, d'ingénu, mais d'esclave ou non de Titius, d'affranchi ou non de Céius. Cela suffisait d'ailleurs à faire produire à la sentence les effets que nous signalons au texte : Lorsque Stichus est reconnu non esclave de Titius, un autre individu peut faire déclarer esclave ce même Stichus, mais il devra pour cela intenter un procès principal en revendication contre lui. Le fragment 40, 14, *Si ingenuus*, 6, suppose justement qu'un individu reconnaît être l'affranchi d'un tiers, mais qu'il obtient un *praejudicium* contre une personne qui lui réclame des *operae* pour faire prononcer que ce dernier n'est pas son patron : ce *praejudicium* ne pouvait pas poser la question d'ingénuité, mais seulement la question de savoir si Stichus était l'affranchi de *Primus*? Quant au procès de liberté, nous avons vu que très probablement il se confond toujours avec un autre procès réel.

(5) Nous croyons que lorsqu'un deuxième plaideur réussit à faire prononcer qu'il est le père, le maître, le patron, cette sentence abolit les attributions de *dominium* qui avaient pu être faites antérieurement. Un fils ne saurait avoir deux pères, pas plus qu'un

CHAPITRE VII

DISPARITION DU SYSTÈME DES « PRAEJUDICIA » PROHIBÉS. CONCLUSION.

Tel procès doit passer avant tel autre parce qu'il est plus important et que la *res major* ne doit pas être précédée d'un *praejudicium*, mais au contraire exercer une influence sur la solution de la *res minor*. On peut considérer que cette formule reflète assez exactement la théorie romaine classique des questions préjudicielles; elle avait le tort d'être vague et peu rationnelle. Pourquoi la *causa major* doit-elle être jugée la première? Comment distinguer entre les *causae majores* et *minores*? A la vérité nous avons constaté que les juristes firent sortir de la vieille idée des *praejudicia* prohibés des solutions sages et cohérentes, mais il restait à trouver un système qui permit de grouper les progrès acquis et d'écartier des institutions démodées, en même temps qu'il donnerait satisfaction à la logique. Cette évolution qui se dessine déjà au cours du dernier siècle de l'époque classique est accomplie au moment des compilations de Justinien. Dans les textes du Bas-Empire nous voyons

champ ne peut appartenir en même temps à deux propriétaires. Sur ce point encore il faut identifier le procès d'état et le procès réel. — C'est une solution facile de la théorie de la chose jugée en matière d'état que nous avons tant de peine à construire en France. Cf. Aubry et Rau, t. IV, p. 559; Planiol, II, n^{os} 475-484; Thèses Bufnoir (1893) et Chéneaux (1895).

que la vie se retire peu à peu de l'ancienne théorie tandis qu'un nouveau principe se fait jour. Le demandeur est libre d'intenter les actions dans l'ordre qu'il veut ; pourtant lorsqu'un procès dépend d'un autre, il faut les réunir dans une même instance ou bien donner le pas au « procès conditionnant » sur le « procès conditionné ».

Ce système est latent dans les textes du Digeste ; les compilateurs en étaient pénétrés et ils ne colligèrent que les textes pouvant cadrer avec lui (1). C'est ce fait qui explique le laconisme et la dispersion des fragments relatifs aux *praejudicia* prohibés. Du groupe de textes qui devait s'intercaler entre les développements concernant les exceptions en général et la théorie de l'exception de chose jugée (2) il n'est guère resté que l'intitulé du titre 44,1. Les compilateurs ont supprimé la rubrique spéciale qui devait exister dans l'Edit et ont simplement adjoint aux mots : *De exceptionibus et praescriptionibus* le mot *praejudiciis* dont ils ne comprenaient plus les différents sens, puisqu'ils traitent dans ce même titre des actions préjudicielles (44,1,12).

Le silence du Code et des Institutes de Justinien est plus frappant encore. Dans le Code le titre correspondant au titre 44, 1 du Digeste porte simplement : *De exceptionibus et praescriptionibus* (8, 36). On ignore l'idée des « *praejudicia* prohibés » ; la rubrique du titre 9, 31 emploie bien le verbe *praejudicet*, mais dans un autre sens qu'à l'époque classique : l'auteur se demande simplement si le demandeur peut intenter un procès criminel après un procès civil relatif au même objet ; la question du rang des procès n'est pas en jeu ou plutôt elle

(1) Cf. Planck, *op. cit.*, p. 251 et ss.

(2) Cf. notre chapitre préliminaire, pp. 16-17.

est déjà tranchée dans le sens de la liberté ; il s'agit d'une question de cumul des actions. — Les Institutes de Justinien ne parlent pas des exceptions préjudicielles alors que les Institutes de Gaius leur consacraient un long passage (4, 133) interrompu aujourd'hui par une lacune du texte.

Nous pouvons suivre la disposition de la théorie classique et la marche des idées nouvelles dans quelques textes du Code qui traitent de la procédure civile et de la procédure criminelle.

I. — *Priorité accordée à la pétition d'hérédité.* — Bien qu'un scholiaste érudit des Basiliques rappelle le principe : *hereditalis petitio omnibus judiciis praejudicat* (1), le Code n'accorde le premier rang à la pétition d'hérédité que dans des cas où celle-ci conditionne un autre procès. D'ailleurs les textes sont rares. Nous avons vu que la loi 3, 31, *De her. pet.*, 12,1, se borne à reproduire les dispositions contenues dans les jurisconsultes classiques. La loi 4, 16, *De her. act.*, 5, impose au prétendant d'une hérédité qui est créancier du *de cujus* d'intenter d'abord la pétition d'hérédité : si le demandeur triomphe la dette s'éteindra par confusion. D'après la loi 3, 31, 12, 2, la pétition d'hérédité doit en principe précéder la *causa liberalis* quand celle-ci est fondée sur un testament, mais, *libertatis favore et humanitatis*, les esclaves sont émancipés de plein droit si la fausseté du testament n'a pas été démontrée dans l'année du décès. Enfin à l'époque de Justinien le prétendant à l'hérédité doit en principe intenter la pétition d'hérédité avant de poursuivre le tiers qui a acquis du possesseur un objet de la suc-

(1) *Ad Basil.*, Heimb., 4, p. 187.

cession. Cela résulte de l'interpolation du célèbre fragment du Digeste, 5, 3, *De her. pet.*, 25, 17 : *Et puto posse res vindicari nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent.*

II. — *Priorité accordée aux procès d'état.* — Le plus souvent les procès dépendent d'une question d'état. Faut-il donc toujours donner le pas à celle-ci au risque d'éterniser les procès et de favoriser l'esprit de chicane ? Les constitutions impériales marquent quelque flottement dans le système du législateur ; voici les distinctions auxquelles elles semblent s'arrêter :

Les questions d'état autres que la question de liberté peuvent être tranchées incidemment à toute autre affaire même par un juge ordinairement incompétent en matière d'état (1). A la vérité ce juge ne règle que provisoirement la question d'état qui pourra, par la suite, faire l'objet d'un litige à part.

Pour les questions de liberté il faut distinguer : Si le procès de liberté est soulevé en cours d'une autre instance, on se borne à l'« ordonner » sans lui donner de solution. La loi 7, 19, *De ord. cogn.*, 2, *in fine*, qui prévoit l'hypothèse suppose que le procès engagé le premier est une pétition d'hérédité et que le défendeur ou un tiers intente contre le demandeur une *vindicatio in servitulem*. Le demandeur n'a pas besoin de prouver sa liberté pour obtenir la succession, mais, naturellement, si plus tard

(1) C., 3, 8, *De ord. jud.*, 1 ; nous pensons également que la question d'état prévue au fragment 3, 4, *De judiciis*, 3 n'est pas une question de liberté. — Pourtant la loi 3, 8, 2, ordonne d'instruire un procès de filiation avant une action *familiae eriscundae*. Sans doute Caracalla estimait que le juge de fait d'une action en partage n'avait pas qualité pour trancher une question d'état.

il succombe dans le procès de liberté, l'hérédité sera acquise à son maître (D., 40, 12, 25, 2).

Mais si le procès de liberté est intenté en même temps qu'un autre procès soit civil, soit criminel (1), il doit être instruit et jugé en premier lieu et les rescrits impériaux ont un devoir au juge qui prévoit qu'une question d'état sera soulevée, de la trancher avant tout autre litige.

Il se produit même que les constitutions impériales donnent un rang de faveur à la *causa liberalis* dans des cas où le droit classique voulait qu'on instruisse concurremment les deux actions. Ainsi Dioclétien décide (7, 19, 5) que le défendeur à un procès de liberté doit attendre que la question d'état soit tranchée avant de réclamer le paiement d'une dette à un tiers (2).

Lorsque pendant un procès de liberté le prétendu esclave intente une action de vol contre le prétendu maître, Constantin établit une distinction équitable suivant que l'individu dont l'état est contesté est en possession de l'esclavage ou de la liberté. Dans la première hypothèse la *causa liberalis* doit être vidée tout d'abord ; dans la seconde l'action de vol suit son cours : si le demandeur gagne son procès, il obtient restitution des objets volés pourvu qu'il donne caution de les rendre dans le cas où il serait proclamé l'esclave de son adversaire (7, 19, 7, *pr.* — 3).

Conformément aux principes, si l'action de vo est ins-

(1) Procès criminel, C., 7, 19, *De ord. cogn.*, 1. 3. 4. 6 ; — 7, 16, *De lib. causa*, 31 ; — 9, 35, *De injuriis*, 10 ; — 9, 9, *Ad leg. Juliam de adulteriis*, 26. — Procès civil, C., 7, 19, 2, 5.

(2) *Contra*, D., 40, 12, 24, 2. Sans doute Dioclétien ne voulait pas que le débiteur fut exposé à payer une seconde fois au maître l'objet de sa dette.

truite avant que la question de liberté soit posée, la première sera d'abord jugée et le prétendu esclave obtiendra restitution sans caution (7, 19, 7, 4).

III. — Dans le Code il n'y a plus ni *res major*, ni *res minor*; aussi voyons-nous bénéficier de la priorité d'autres actions civiles que la pétition d'hérédité ou la *causa liberalis* lorsqu'elles conditionnent tel ou tel procès : la question de propriété d'un esclave doit être vidée avant l'action de plagiat (1).

IV. — Mais souvent le procès criminel doit passer avant le procès civil. La loi 3, 8, 4, de l'année 336, rappelle même le principe classique : *majus merito minori praefertur*, mais cette phrase incidente n'a qu'une valeur historique et n'entraîne pas de solution précise ; le but de la loi est d'empêcher le procès criminel d'exercer une influence sur le procès civil ; nous sommes loin de la théorie des *praejudicia*. D'ailleurs la loi 3, *h. t.*, de l'année 262, autorise seulement le juge à joindre les deux instances lorsqu'un procès civil se présente incidemment à un procès criminel ou réciproquement. Il est bien entendu que le procès criminel doit être jugé le premier, si sa solution est indispensable pour l'instruction d'un procès civil, comme cela se présente souvent dans le cas d'une accusation de faux en écriture (2).

(1) C., 9, 20, *Ad leg. Fabiam de plagiaris*, 1 et 8. — Ajouter la loi 3, 26, *Ubi causae fiscales*, 1, qui déclare que le fisc ne pourra se faire attribuer les biens d'un criminel qu'après jugement rendu sur le crime et les lois 7, 62, *De appellationibus*, 1 et 9, 42, *Ad leg. Juliam de vi*, 7, 1, qui décident que le débat sur la possession précède le *crimen violentiae*.

(2) Pour les procès de faux, on peut raisonner *a contrario* de la loi 9, 22, *Ad leg. Corneliam de falsis*, 2, qui décide que l'action de faux intentée par le défendeur de mauvaise foi n'empêche pas le procès

V. — *Coexistence de deux accusations criminelles*. — Les lois 9, 1, *De his qui accusare*, 1 et 19 décident que l'accusation la plus grave doit passer avant l'accusation la plus légère, mais ici encore le nouveau principe s'applique. Un individu ne peut en accuser un autre que s'il n'est pas coupable d'un crime plus grave, il devra donc se laver de l'accusation qui pèse sur lui avant de déposer sa propre plainte.

VI. — *Détermination du rang de deux procès relatifs au même délit*. — La loi unique au titre *Quando civilis actio* (9, 31), qui permet le cumul de deux actions civile et criminelle relatives au même délit, autorise le demandeur à les intenter dans l'ordre qui lui plaît (1). D'autres textes du Code fournissent de nombreuses applications de cette règle qui était déjà en vigueur à l'époque classique (2). On peut seulement se demander si l'action publique continue à passer avant l'action privée lorsque toutes deux poursuivent le même but (hypothèse de D., 47, 10, 7, 1). Nous ne trouvons dans le Code aucun vestige de cette ancienne théorie qui ne paraît pas compatible avec les nouvelles maximes juridiques ; sans doute le triomphe

principal de suivre son cours. Cf. aussi la loi 4, 21, *De fide instrumentorum*, 21. — La loi 9, 9, *Ad leg. Juliam de adulteriis*, 32 (33) indique que l'accusation d'adultère doit précéder la réclamation en restitution de la dot.

(1) Comp. C. th., 9, 20, 1. Le C. J. ajoute pour insister : *Sive prius criminalis, sive civilis actio moveatur*. — Cf. aussi le commentaire fourni par les Basiliques, 60, 62, 4 ; Schol. 1 : *Quia una de re habet civilem et criminalem actionem, quam vult prius exercet, ac deinde agit altera, in nullo praejudicium patiens*.

(2) Outre les exemples cités par la loi 9, 31, un. elle-même, cf. les lois 9, 22, *Ad legem Cornelium de falsis*, 9, 16, 22-24 qui supposent qu'on peut intenter dans l'ordre qu'on veut les actions civile et criminelle de faux.

de l'action publique sur l'action privée était-il assuré par d'autres moyens.

Ainsi nous voyons que, malgré l'opposition des formules, les Romains de l'époque classique et du Bas-Empire aboutissaient sensiblement aux mêmes solutions pratiques rationnelles et équitables, mais ils mirent longtemps à dégager l'idée qui doit présider à la détermination du rang des procès : *Il faut que le procès conditionnant soit jugé avant le procès conditionné*. C'est ce principe qui aujourd'hui encore domine la théorie française, mais pour nous le problème se complique d'une question de compétence que les Romains écartaient volontairement (1). Voilà pourquoi ils posèrent dans toute sa pureté, — au moins à l'époque de Justinien, — le problème des questions préjudicielles, et mirent au jour une législation dont l'étude offre un intérêt durable.

(1) Cf. C., 3, 1, *De judiciis*, 3 et 3, 8, *De ord. jud.*, 1.

TABLE

DES PRINCIPAUX TEXTES COMMENTÉS

Cicéron :	
<i>De inventione</i> , II, 19 et s.	p. 38, n. 2 — p. 54, n. 1.
II, 20.	p. 99 et ss. — p. 177.
<i>De oratore</i> , I, 37. 118.	p. 117, n. 1.
<i>Part. orat.</i> , 28. 99-100.	p. 38, n. 2.
<i>In Verrem</i> , a. II, 1. III, c. 65, § 152.	p. 102, n. 1 — p. 183, n. 1.
<i>Pro Caecina</i> , 33. 97.	p. 214, n. 2.
<i>Pro Flacco</i> , 21. 48.	p. 217, n. 3.
21. 49.	p. 38, n. 1.
<i>Ep. ad Quintum</i> , 1. 2. 3. 10.	p. 37, n. 2.
Auctor ad Herennium : <i>Rhetorica</i> , I, 12. 22.	p. 38, n. 1 — p. 53, n. 2 — p. 54, nn. 1 et 2.
Tite-Live : <i>Historiae</i> , III, 44 et s. V, 41.	p. 201, n. 1. p. 6, n. 2.
Quintilien : <i>Inst. or.</i> , III, 10. 1.	p. 162, n. 1.
V, 2.	p. 7 et ss. — p. 101, n. 3.
VII, 5.	p. 117, n. 4.
<i>Declamationes</i> , 319.	p. 187, n. 1.
Aurélius Victor : <i>Ars rhetorica</i> , IV, 1.	p. 117, n. 1.
Pseudo-Asconius : <i>In Cic. Divin.</i> c. 4.	p. 17, n. 1.
Gaius : <i>Institutes</i> , IV, 31.	p. 160, n. 1.
44.	p. 200, n. 1 — p. 202 — p. 213, n. 1.
131 et 131 ^a	p. 114.
133.	p. 46 — p. 52 — p. 55 — p. 67 — p. 71, n. 2.
134 et 137.	p. 111 et ss. — p. 227.
Paul : <i>Sentences</i> , 5.9.1.	p. 114.
Collatio , 1.3.1.	p. 117.
	p. 178, n. 4.

C. Théodosien , 9.20.1	p. 231, n. 1.
4.8. 9.	p. 204, n. 2.
textes relatifs aux « praejudicia ».	p. 199, n. 2.
C. Justinien , 3.1. 3.	p. 228, n. 1 — p. 232, n. 1.
8. 1	p. 228, n. 1 — p. 232, n. 1.
2	p. 228, n. 1.
3	p. 230.
4	p. 183, n. 2 — p. 230.
26. 1	p. 185, n. 1.
31.12	p. 52 — p. 56 — p. 62 — p. 150 et ss. — p. 227.
4.16. 5	p. 227.
6.37. 9	p. 184, n. 4.
7.16.13	p. 190, n. 3.
21	p. 202 et ss.
7.19. 2	p. 166, n. 1 — p. 228.
5	p. 168, n. 2 — p. 229.
7	p. 229.
9. 1. 1 et 19.	p. 231.
22. 2	p. 230, n. 2.
22. 9.16.	p. 231, n. 2.
31.un	p. 231.
Inst. Justinien , IV, 6.13.	p. 200, n. 2 — p. 218, n. 2.
Digeste . 1. 5.25.	p. 223, n. 3.
16. 9.4.	p. 187, n. 2.
17. 8.	p. 38, n. 1.
18. 4.	p. 162, n. 1.
4. 1. 4.	p. 133, n. 3.
4.43.	p. 174, n. 2.
8.32.10	p. 163 et ss.
5. 1.35.	p. 116, n. 3.
37.	p. 183, n. 3.
54.	p. 25, n. 1 — p. 148, n. 1.
58.	p. 195, n. 2.
3. 5.1.	p. 184, n. 1.
2.	p. 52 — p. 66 — p. 149 et ss. — p. 164.
6.	p. 184 et ss.
3. 7.	p. 154 et ss.
1.	p. 32.
13.4.	p. 47 — p. 78.
19.	p. 72, n. 1.
4.	p. 68.
25.17	p. 76, n. 3 — p. 84 et ss. — p. 228.

49.	p. 151, n. 3.
4. 7.	p. 128, n. 3.
6. 1. 1. 2	p. 212.
9. 2. 5. 1.	p. 181.
4. 3.	p. 145, n. 3.
14.pr.	p. 188, n. 2.
15.	p. 171, n. 1.
42.pr.	p. 170 et ss.
10. 2. 1. 1	p. 74 — 162, n. 1.
51. 1	p. 161.
11. 3.13. 1.	p. 69, n. 2.
1.14. 1.	p. 171, n. 1.
12. 2. 2. 1.	p. 40, n. 1.
9.pr.	p. 38, n. 2.
16. 3.37.	p. 151, n. 3.
22. 3.14	p. 206, n. 1 — p. 212, n. 1.
18. 1	p. 212, n. 1.
25. 2.27.	p. 186.
3. 5.18	p. 213, n. 1.
30 <i>Deleg.</i> I. 50. 1	p. 97, n. 1.
37.10	p. 190 et s.
40.12. 7. 4	p. 185, n. 2.
5.	p. 204, n. 1 — p. 211, n. 1.
8. 2	p. 204, n. 1.
9. 2	p. 223.
12. 5	p. 209, n. 3.
24.	p. 165, et ss.
4	p. 196.
25. 2	p. 166, n. 1.
27.	p. 204, n. 1.
30.	p. 206, n. 2.
36.	p. 206, n. 2 — p. 209, n. 2.
37.	p. 204, n. 1.
14. 6	p. 212, n. 1 — p. 224, n. 4.
15.	p. 189 et ss.
16. 2. 1	p. 190, n. 2.
42. 1.63.	p. 223.
5.30.	p. 216, n. 4.
43. 5. 5.	p. 161, n. 2.
19.3. 7	p. 174, n. 2.
44. 1.12.	p. 212, n. 2.
13.	p. 32 — p. 144 et ss.
16.	p. 27 — p. 3 — 104 et ss.
17.	p. 106 et s.
18.	p. 107 et ss.
1.	p. 25, n. 1 — 66, n. 3 — 148, n. 2.

2. 1.	p. 9.
2.	p. 133, n. 1.
7. 4.	p. 130 et s.
15.	p. 132, n. 3 — p. 138, n. 1 — p. 139, n. 3.
16.	p. 136.
23.	p. 109, n. 3.
47. 7. 1.	p. 182.
8. 2. 1.	p. 175 et ss.
10. 6.	p. 175 et ss.
10. 7. 1.	p. 103, n. 1 — p. 177 et ss.
6.	p. 177, n. 4.
15. 3. 1.	p. 186, n. 5.
48. 1. 2.	p. 178, n. 4.
4.	p. 181.
5. 2.pr. etc.	p. 186, n. 2.
27.pr.	p. 186, n. 4.
33.pr.	p. 185.
6. 5. 1.	p. 183, n. 3.
49. 15.35.	p. 152.
17.104.	p. 181.
Basiliques : 24.1.n° 13, Scholie 7.	p. 47, n. 1.
60. 62. 1, Scholie 1	p. 231, n. 1.
42, 1, Scholie.	p. 150.

BIBLIOGRAPHIE SPÉCIALE (1).

- Bekker.** — Die Aktionen des römischen Privatrechts, t. I, 1871, pp. 376-381.
— Processualische Consumtion, 1853.
— *Z. S. St.*, 15, 1894, pp. 377 et ss. ; 24, 1903, pp. 361-368.
- Brackenhoeft.** — Die Identität und materielle connexité der Rechtsverhältnisse, 1839.
- Bucholtz.** — Dissertatio de exceptione praejudiciali, Halae, 1739.
- O. Bülow.** — Dissertatio de praejudicialibus formulis, 1839.
— Dissertatio de praejudicialibus exceptionibus, 1863.
— Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, 1868.
- Chabrun.** — La querela inofficiosi testamenti, thèse Paris, 1906.
- Dernburg.** — Ueber das Verhältnis der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singular-Klagen, 1852.
- Eisele.** — Abhandlungen zum Civilprocess, 1889, pp. 4-8.
— *Archiv für die civilistische Praxis*, 79, 1892, pp. 327-403.
— *Z. S. St.*, 21, 1900, p. 1 et ss.
- Erman.** — *Mélanges Appleton*, 1903, pp. 294 et ss.
— *Z. S. St.*, 27, 1906, p. 407 et ss.
- W. Francke.** — Exegetisch-dogmatischer commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione, 1864.
- Girard.** — Actions noxales, *N. R. H.*, 1887, pp. 408-449 ; 1888, pp. 31-58.
— Date de la loi Æbutia. *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 11-54, *N. R. H.*, 1897, pp. 249-294.
— L'édit perpétuel, *N. R. H.*, 1904, p. 120, n. 1.
- Jobbé-Duval.** — Explication du n° 173 du livre I du *De oratore*, *N. R. H.*, 1904, pp. 536-577 ; 1905, pp. 9-48.
- Keller.** — Ueber Litiscontestation und Urtheil, 1827.

(1) Nous ne mentionnons dans cette liste ni les traités généraux, ni les ouvrages auxquels nous avons fait des emprunts sans importance.

- Koschaker.** — *Translatio iudicii*, 1905.
P. Krüger. — *Processualische consumption*, 1864.
Leinweber. — *Die hereditatis petitio*, 1899.
Leist. — *De praejudicialibus*, 1840.
Lenel. — *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1867.
Leonhard — *Festgabe für F. Dahn*, 2, pp. 67-106, *Die Replik des Prozessgewinns*, 1905.
Martin. — *Le tribunal des Centumvirs*, thèse Paris, 1904.
Maschke. — *Die Freiheitsprocess im Klassischen Altertum*, 1888.
Merkel. — *Konkurs der Aktionen*, 1877.
Meyer. — *De civilis et criminalis causae praejudicio*, 1841.
Mommsen. — *Strafrecht*, 1899, liv. IV, sect. 12. Trad. franç. Duquesne, 3 vol., 1903-1907.
Naber (J.-C.). — *Mnémosyne*, 1889, pp. 115-127 ; pp. 338-409.
Öertmann. — *K. V. I.*, 39, 1896, pp. 386-392.
Partsch. — *Die longi temporis praescriptio*, 1906.
Pernice. — *De ratione quae inter praetorem et iudicium intercedit*, 1864.
Planck. — *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Processrecht*, 1884.
Platner. — *De sententia praetoris*, 1850.
Rævardus. — *De praejudiciis*, liv. I et II dans ses œuvres complètes, éd. Francfort, 1601.
Savigny. — *Dissertatio de concursu delictorum formali*, 1800.
Serafini. — *V.*, III, 25, 17, *Archivio*, 1878, p. 404 et ss.
Schott. — *Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen civilprozess*, 1903.
 — *Römischer Civilprozess und moderne Prozesswissenschaft*, 1904.
Schlesinger. — *Gött. gel. Anz.*, 1869.
Stintzing. — *Ueber das Verhältniss der legis actio sacramenti zu dem Verfahren durch sponsio praejudicialis*, 1853.
 — *Beiträge*, 1901, II, *Ueber das possidere pro possessore*.
Thomas. — *L'évolution de la théorie de la chose jugée*, thèse Toulouse, 1898.
Velsen. — *Die exceptiones praejudiciales*, 1896.
 — *Z. S. St.*, 21, 1900, pp. 103-107.
Wenger. — *Zur Lehre von der Actio Judicati*, 1901.
Wlassak. — *Litiscontestatio in Formularprozess*, 1889.
 — *Zeitschr. Grünhut*, 19, 1892, p. 709 et ss.
Zachariae. — *Von der Pronuntiatio*, *Z. G. R.* 14, 1847.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS	1-2
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE	3-17
Différentes espèces de questions préjudicielles, p. 3. — Le système romain et le système moderne, p. 4. — Sens du mot <i>praejudicium</i> , p. 5. — Détermination du domaine de notre étude, p. 12. — Les groupes de textes relatifs aux <i>praejudicia</i> dans le <i>Corpus</i> , p. 13.	
CHAPITRE PREMIER. — Hypothèses sur les ques- tions préjudicielles au temps des actions de la loi.	18-24
CHAPITRE II. — Les <i>praejudicia prohibés</i> . — Le dé- cret et l'exception préjudiciels	25-41
Principe, p. 25. — Distinction entre le décret et l'excep- tion, p. 26. — Inexistence d'une exception générale, p. 26. — Existence de trois exceptions préjudicielles, p. 28. — Champs d'application du décret et de l'ex- ception, p. 28. — Exposé général de notre système, p. 30.	
CHAPITRE III. — Les <i>praejudicia prohibés (suite)</i> . — Principes et conditions d'appli- cation de chacune des trois excep- tions préjudicielles.	42-110
SECTION I. — <i>Exceptio quod praejudicium hereditati non fiat</i>	42-99
§ 1. — <i>But essentiel et fonctions dérivées</i> , p. 43. I. — <i>But essentiel</i> , p. 43. — Le demandeur est	

	Pages
obligé d'intenter la véritable action du procès, p. 43.	
II. — L'exception <i>quod praejudicium hereditati non fiat</i> et le tribunal des Centumvirs, p. 51.	
III. — L'exception <i>quod praejudicium hereditati non fiat</i> et le sénatusconsulte Juventien, p. 65.	
§ 2. — Conditions d'application de l'exception, p. 66.	
I. — Les actions repoussées par l'exception, p. 66. — Actions absorbées par la pétition d'hérédité, p. 67. — Action <i>familiae eriscundae</i> , p. 70.	
II. — Conditions relatives au demandeur, p. 71.	
III. — Conditions relatives au défendeur, p. 74.	
IV. — L'exception <i>q. p. hereditati n. f.</i> et les tiers acquéreurs, p. 76. — D., 5, 3, <i>De her. pet.</i> , 25, 17, p. 84. — Situation faite à l'héritier apparent, au véritable héritier et à l'acquéreur, p. 98.	
SECTION II. — Les exceptions secondaires	99-100
§ 1. — L'exception <i>extra quam in reum capitis praejudicium fiat</i> , p. 99.	
§ 2. — L'exception <i>quod praejudicium fundo partive ejus non fiat</i> , p. 104.	
CHAPITRE IV. — Les <i>praejudicia prohibés</i> (suite). — Sanctions et effets des exceptions préjudicielles	111-147
SECTION I. — Exceptions et prescriptions préjudicielles.	111-122
Effets identiques de l'exception et de la prescription préjudicielles, p. 111.	
SECTION II. — Effets des exceptions préjudicielles.	123-140
Théorie traditionnelle des exceptions dilatoires, p. 123.	
Evolution de la théorie de la chose jugée, p. 126. — L'autorité positive de la chose jugée, p. 129. — Le demandeur peut intenter la véritable action du procès après avoir été débouté par l'exception préjudicielle, p. 130. — Le demandeur peut aussi intenter à nouveau les <i>judicia minora</i> , p. 134. — Effets de	

	Pages
la <i>pronuntiatio</i> rendue en faveur du demandeur dans un procès réel, p. 136.	
SECTION III. — Les exceptions préjudicielles et l'autorité de la chose jugée. — Théorie des <i>praejudicia</i>	140-147
Rapports de l'exception de chose jugée et de l'exception préjudicielle, p. 140. — D., 44, 1, <i>De exc.</i> , 13, p. 144.	
CHAPITRE V. — Les <i>praejudicia prohibés</i> (suite). — Le décret préjudiciel	148-198
Multiplicité et diversité des hypothèses, p. 148.	
SECTION I. — La pétition d'hérédité considérée comme <i>causa major</i>	149-164
1° Actions des créanciers héréditaires et des légataires contre les prétendants à l'hérédité; actions contre les débiteurs héréditaires, p. 150. — 2° Les procès de liberté; D., 5, 3, <i>De her. pet.</i> , 7, p. 154. — 3° Autres hypothèses, p. 161. — Action <i>familiae eriscundae</i> , p. 161. — Procès arbitral, p. 162.	
SECTION II. — Procès interrompus en faveur de la <i>causa liberalis</i> ; D., 40, 12, <i>De lib. causa</i> , 24.	164-174
1° Actions du prétendu esclave contre le prétendu maître, p. 165. — 2° Actions du prétendu maître contre le prétendu esclave, p. 166. — 3° Actions du prétendu esclave contre un tiers, p. 167. — 4° Actions d'un tiers contre le prétendu esclave, p. 169. — 5° Actions d'un tiers contre le possesseur d'un esclave, p. 170.	
SECTION III. — Le décret préjudiciel en matière délictuelle	175-187
1° Actions concurrentes ayant le même but, p. 176. — 2° Actions basées sur le même fondement, mais visant des buts différents, p. 180. — 3° Actions réunies par une question commune, p. 182.	
SECTION IV. — Procès ayant le même objet	187-188

	Pages
SECTION V. — <i>Praejudicia prohibés en faveur d'un état.</i>	189-193
1° Défense de préjudicier à l'état des défunts, p. 189.	
— 2° L'Edit Carbonien, p. 190.	
SECTION VI. — <i>Vues d'ensemble sur le décret préjudiciel.</i>	193-197
Espèces, p. 193. — Effets, p. 196. — Domaine, p. 197.	
CHAPITRE VI. — Les praejudicia obligatoires . . .	199-224
I. — <i>La causa liberalis.</i>	200-211
II. — <i>Les autres actions préjudicielles d'état . . .</i>	211-214
1° <i>Praejudicia de libertinitate</i> , p. 211. — 2° <i>Praejudicia</i> pour réclamer un enfant, p. 212. — 3° <i>Praejudicium</i> <i>de partu agnoscendo</i> , p. 213.	
III. — <i>Praejudicia en dehors des questions d'état . .</i>	214-217
1° <i>Praejudicium an ex lege Cicereia praedictum sit</i> , p. 214. — 2° <i>Praejudicium quanta dos sit</i> , p. 214. — 3° <i>Praejudicium an ex lege bona venierint</i> , p. 216. — <i>Praejudicium an ea res de qua agitur major sit</i> <i>centum sestertiis</i> , p. 217.	
IV. — Nature et effets des actions préjudicielles. .	217-224
CHAPITRE VII. — Disparition du système des praeju- dicia prohibés. — Conclusion. .	224-232
Apparition au Bas-Empire d'un nouveau principe, p. 224. — Priorité accordée à la pétition d'hérédité, p. 227. — Aux procès d'état, p. 228. — A un autre procès civil, p. 230. — A un procès délictuel, p. 231. — Pluralité d'actions relatives au même délit, p. 231.	
PRINCIPAUX TEXTES COMMENTÉS.	233
BIBLIOGRAPHIE SPÉCIALE.	237



REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04217