LA

TRANSLATIO JUDICII

DANS LA

PROCÉDURE CIVILE ROMAINE

Inv. čís: 179
Sign: 117

LA

TRANSLATIO JUDICII

DANS LA

PROCÉDURE CIVILE ROMAINE

PAR

J. DUQUESNE

Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble

I dce 140

3208-I.

LIBRAIRIE
de la Société du
RECUEIL SIREY
22, rue Soufflot, PARIS, 5e arrond.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1910

839/5 B

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY U.ŽP
STARÝ FOND
Č. inv.: 04313

9504. — Grenoble, imp. ALLIER FRÈRES.

LA TRANSLATIO JUDICII

DANS LA PROCÉDURE CIVILE ROMAINE

INTRODUCTION

Il arrive fréquemment dans nos sociétés modernes, où les litiges durent de longs mois et parfois plusieurs années, qu'au cours d'une instance un changement se produise dans la composition du tribunal ou dans le personnel des plaideurs. Le même fait avait lieu à Rome et provoquait, quand il survenait après la constitution définitive du procès, une procédure spéciale qui portait le nom de *translatio judicii,* dont le but était, comme son nom l'indique, de transférer le procès au nouveau juge ou au nouveau plaideur, mais sur la nature de laquelle nous sommes mal renseignés.

Dans la procédure civile française, l'incident est réglé d'une manière simple : La *mutatio judicis* ou *partis* n'anéantit pas le procès; les effets de la demande en justice, interruption de la prescription et droit éventuel du demandeur aux intérêts moratoires, subsistent; il n'y a qu'à assurer la continuation du procès. Les moyens employés dans ce but varient d'ailleurs avec les hypothèses.

Une modification est-elle survenue dans la composition du tribunal *pendente lite* dans des conditions telles que le nombre

des juges ayant assisté à toute la procédure d'instruction à l'audience n'atteigne pas le minimum légal, les juges nouveaux ne peuvent participer au jugement qu'autant que la procédure d'instruction a été renouvelée devant eux[1], sauf des simplifications importantes que consacre la pratique pour éviter des pertes de temps[2]. Il est particulièrement intéressant de noter ici qu'en s'inspirant du système romain des *cognitiones* on considère que les jugements d'avant-dire droit, jugements préparatoires et interlocutoires, divisent l'instance en une série de phases successives, dont chacune correspond à une situation nouvelle, de telle façon que les jugements de cette nature, rendus avant la *mutatio judicis*, restent ordinairement acquis[3].

Une *mutatio partis*[4] se produit-elle au cours d'une instance, il faut distinguer suivant que l'affaire est en état ou non. Quand l'affaire est en état, c'est-à-dire lorsque les conclusions ont été contradictoirement prises à l'audience, la mort de l'un des plai-

[1] Arg. des art. 118 et 468 du C. pr. civ.

[2] On se contente ordinairement, pour écarter la nullité, d'inviter les avoués à renouveler leurs conclusions à l'audience. V. Cuche, *Manuel de procédure civile et commerciale*, 1909, p. 439.

[3] Garsonnet, *Traité théoriq. et pratiq. de procédure*, t. III, p. 415 et suiv.; Glasson, *Précis théoriq. et pratiq. de procéd. civ.*, 2e édit., par A. Tissier, t. I, p. 517.

[4] Nous ne nous occupons ici que des changements survenus dans le personnel des parties. Nous laissons complètement de côté tout ce qui concerne les avoués ou mandataires spéciaux sans lesquels les parties ne peuvent, en principe, dans notre procédure civile française, ni postuler, ni conclure en justice. Ceux-ci nous rappellent les *juris periti* du droit romain, *causidici*, *advocati*, appelés aussi à l'époque impériale *patroni* et *oratores*, qui postulent *pro aliis*. Tous ne sont que des porte-parole des plaideurs, ils ne deviennent pas parties au procès. (Sur les *advocati* romains, v. Pauly-Wissowa. *Realencyclopädie*, v° *advocatus*.) — Tout autre est la situation des mandataires légaux ou conventionnels et des gérants d'affaires, *cognitores*, *procuratores*, *defensores*, *tutores*, *curatores* et *actores* du droit romain, qui prennent au procès la place des parties et le conduisent comme leur sien propre. C'est à ces derniers seuls que nous pensons lorsque nous parlons, au texte, de la cessation des fonctions des représentants judiciaires : mandataires légaux et conventionnels et gérants d'affaires; la question de la *translatio judicii* ne se pose, en effet, qu'au cas de changement d'un représentant de cette espèce et non pas au cas de substitution d'un *advocatus* à un autre.

deurs ou la cessation des fonctions dans lesquelles l'un d'eux procédait (extinction du mandat légal ou conventionnel) n'interrompt pas la procédure; l'autre plaideur peut poursuivre le prononcé du jugement[1], sauf la faculté qui appartient au tribunal d'accorder une remise pour permettre aux héritiers, à l'intéressé lui-même ou à son nouveau mandataire, d'intervenir au procès. Si l'affaire n'est pas encore en état, la cessation des fonctions du mandataire légal ou conventionnel ou du gérant d'affaires n'empêche pas davantage la continuation du procès[2]. L'instance n'est interrompue qu'en cas de décès de l'un des plaideurs; il faut, dans ce dernier cas, un acte de reprise d'instance, acte d'avoué à avoué ou ajournement suivant les cas[3]. Mais ici, comme dans l'hypothèse de *mutatio judicis*, les jugements d'avant-dire droit antérieurement rendus gardent, en principe, leur valeur sous la condition que l'instance soit reprise.

Quels que soient d'ailleurs les détails de ces diverses procédures, une idée générale les domine, c'est que tout changement dans la composition du tribunal ou dans la personne des plaideurs n'est qu'un incident qui ne rompt pas l'unité du procès, laisse subsister, en principe, les jugements d'avant-dire droit antérieurement rendus et se règle, grâce surtout aux tempéraments de la pratique, sans grave complication et sans grand retard.

Sans aucun doute, rien ne s'oppose à ce que l'institution de la *translatio judicii* nous apparaisse sous un aspect analogue dans la procédure extraordinaire des Romains; car les traits

[1] C. pr. civ., art. 342.

[2] C. pr. civ., art. 345. Comme nous l'avons dit p. 6, n. 4, nous ne visons ici que les mandataires qui prennent au procès la place du représenté et laissons hors de notre examen les avoués qui ne font que postuler pour les parties. La cessation des fonctions d'un avoué avant que l'affaire ne soit en état est, en effet, une cause d'interruption d'instance (C. pr. civ., art. 344).

[3] C. pr. civ., art. 344, 346, 347. Sur les diverses questions relatives à la *mutatio partis*, v. Cuche, *loc. cit.*, p. 774-775; Garsonnet, *loc. cit.*, p. 144 et suiv.; Glasson-Tissier, *loc. cit.*, t. II, p. 1 et suiv.

généraux qui caractérisent notre procédure moderne et qui contribuent à donner au transfert du procès la forme souple et commode qu'il y a reçue remontent par leurs origines lointaines au Bas-Empire. De part et d'autre, le formalisme inhérent à toute procédure est réduit au minimum et n'entraîne aucune sanction brutale comme celle que nous rencontrons en cas d'erreur sous le régime des *legis actiones*[1] et même encore dans la procédure formulaire[2]; le procès est, des deux côtés, instruit et jugé par une même autorité judiciaire qui conduit l'affaire progressivement à son terme par le règlement successif des divers points contestés[3]; enfin, dans une mesure un peu différente, la fixation des éléments du litige par les conclusions des avoués, ou, en droit romain, par la *litis denuntiatio* ou le *libellus conventionis* et par la *litis contestatio,* ne lie d'une façon absolue ni les parties, ni le juge. C'est ainsi, par exemple, que dans la procédure extraordinaire romaine le juge doit tenir compte des moyens péremptoires qui sont opposés pour la première fois après la *litis contestatio*[4]. De même, tout au moins dans les derniers temps du Bas-Empire, les erreurs commises par le demandeur dans l'énoncé de ses prétentions restent sans effet, le juge ayant à rechercher quelle est exactement l'importance du droit litigieux, sans tenir compte des erreurs en plus ou en moins qui ont pu être commises dans la demande[5]. Notons enfin que dans les

[1] Gaius, 4, 11. 30.

[2] Gaius, 4, 53. 56. 57. 60.

[3] Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, t. III, p. 252.

[4] Bethmann-Hollweg, *loc. cit.*, t. III, p. 268. La règle paraît remonter à Dioclétien et Maximien : *C. J.*, 7, 50, 2 et 8, 35 [36], 8. Le premier de ces textes a dû être retouché par les commissaires de Justinien, mais il est difficile de déterminer l'altération que le texte a subie (v. Lenel, *Edictum*[2], p. 121, n. 1).

[5] *C. J.*, 3, 10 (Zénon a. 486 ou 487), notamment § 3 : Εἰ δέ τις εἰς ἔλαττον τῆς ἀληθείας διετιμήσατο τὴν ἑαυτοῦ δίκην, μὴ προσεχέτω τούτῳ ὁ δικάζων, ἀλλὰ πρὸς τὴν ἀληθῆ ποσότητα τὴν ψῆφον ἐνεγκέτω. — *C. J.*, 3, 10, 2 (Justinien)... Ἀληθὴς δὲ ποσότης τῆς ἐναγωγῆς νοείσθω, εἰς ἣν ὁ δικάζων ἐνεγκεῖν τὴν ψῆφον. — Cf. d'une manière plus générale Bethmann-Hollweg, *l. c.*, t.III,p. 245-247 (avec cette réserve que *C. J.*, 2, 1, 3, cité p. 245, n. 19, appartient par ses origines à la procédure formulaire).

deux systèmes de procédure l'individualité du juge est sans importance pour le procès, car le juge n'est pas nommé en vue d'un litige déterminé, mais est, à raison de sa fonction publique, compétent pour juger par lui-même, ou, s'il lui plaît, par délégué, toutes les affaires qui rentrent dans le domaine de sa juridiction; c'est donc le détenteur de telle fonction publique pris *in abstracto* et non pas telle personne déterminée qui est un élément du procès. On conçoit aisément que dans une telle organisation judiciaire la seule restriction aux changements de juges pendant le cours du procès se trouve dans la nécessité, pour celui qui est appelé à trancher un litige, d'avoir pu se former une conviction personnelle au moyen d'une procédure régulière de preuve.

En réalité, on peut, malgré la pauvreté des sources, découvrir dans la procédure du Bas-Empire un système de *translatio judicii* analogue à celui que nous offre la procédure civile française. Il semble bien, tout d'abord, que le changement de juge laisse subsister les *cognitiones* antérieures. C'est ainsi qu'à la fin du IVe siècle (384-385) une *relatio* du préfet de la ville, Symmaque, aux empereurs Théodose Ier, Valentinien II et Arcadius nous montre que les jugements d'avant-dire droit rendus par un *prior judex* s'imposent au nouveau juge[1]. Et Justinien, dans la constitution bien connue où il fixe à trois ans le délai de péremption des instances distingue, à propos de la *mutatio judicis* postérieure à la *litis contestatio,* le cas où ce changement est provoqué par la forfaiture d'un juge et celui où il a une autre cause[2]. Dans la première hypothèse, le juge est destitué, le procès est repris *ab initio,* comme si aucune instance n'avait eu lieu, et le

[1] Symmaque, *Ep.*, 10, 19, ed. Seeck, *M. G. H.*, Auct. Antiquiss., t. VI, Pars I, p. 293. Pour l'interprétation générale de cette *relatio*, v. Bethmann-Hollweg, *loc. cit.*, t. III, p. 356 et suiv. Sur la question qui nous intéresse, v. notamment c. 3 : *sed quia* **prior cognitor** *ut justo defensori restituerat temporum cursum, qui per actores non potest impetrari, et procuratio legebatur praetoris allegata judicio, haec quoque praescriptio conquievit.*

[2] *C. J.*, 3, 1, 13, 8-8a., constitution de 530.

nouveau juge jouit intégralement du délai de trois ans [1]. Dans la seconde, le nouveau juge n'a, au contraire, qu'à poursuivre l'instance, ce qui veut dire vraisemblablement qu'il reprend le procès à partir de la dernière *cognitio* terminée par une *sententia* de son prédécesseur et ne dispose pour cela que de la partie du délai de trois ans restant à courir lors de sa nomination, à moins que cette fraction ne soit inférieure à un an. Il obtient, en effet, dans cette dernière occurrence, la restitution du temps nécessaire pour parfaire une année [2]. Il en fut de même, croyons-nous, au cas de changement de l'un des plaideurs *inter moras litis* [3]. On peut, pour le soutenir, invoquer une scolie particulièrement significative des Basiliques, où, à propos de la *translatio judicii* sur le *statuliber* qui a acquis la liberté pendant le cours de l'action noxale, le scoliaste remarque que l'expression μεταφέρεται = = *transfertur* n'aurait pas pu être employée si la substitution de l'ancien *statuliber* au défendeur primitif avait rendu caducs tous les jugements d'avant-dire droit préalablement rendus [4]. Ce témoignage tardif a sa valeur pour l'époque qui nous intéresse, car il nous atteste comment la *translatio judicii* des jurisconsultes classiques a été conçue au Bas-Empire sous le régime de la procédure extraordinaire [1].

[1] § 8 : *his omnibus locum habentibus, cum unus judex omnem causam ab initio peragat.*

[2] § 8a... *intra reliquum tempus causa finiatur : sin autem minus quam annale sit, tunc omne quod deest repleatur, ut non in minore perfecti anni tempore litem possit subrogatus judex tam discutere quam terminare.*

[3] La *relatio* précitée de Symmaque (p. 9, n. 1) laisse l'impression que l'affaire est toujours la même, malgré les complications que font surgir les changements de plaideurs survenus au cours du procès, mais ne contient à cet égard aucune affirmation d'une valeur technique.

[4] *Bas.*, 60, 5, 15 = *D*, 9, 4, 15 (Heimbach, t. V, p. 349) : μεταφέρεται]. Διὰ τοῦτο ἐδήλωσεν, ὅτι τὰ προκεκριμένα τοῦ ἔχοντος τὸν δοῦλον τὸν ὑπὸ αἵρεσιν ἐλεύθερον οὐκ ἀργεῖ, ἀλλὰ κατ' ἀκολουθίαν ἐκείνων δικάσεται καὶ ὁ δοῦλος ἐλευθερωθεὶς σήμερον... Δι' αὐτὸ γὰρ εἶπεν τό, μεταφέρεται· εἰ γὰρ ἀνίσχυρα ἦσαν τὰ προκεκριμένα ἀντὶ οὐδενός, οὐκ ἂν ἐχρήσατο ταύτῃ τῇ λέξει. De cette scolie, il convient d'en rapprocher d'autres d'après lesquelles le plaideur sur lequel le procès est transféré ne fait qu'exercer le reste de l'action (Bas., 21, 2, 6, 3, Heimbach, t. II, p. 438 : τὰ λοιπὰ τῆς δίκης ἐγύμνασεν ; *Bas.*, 21, 2, 14, 1, Heimbach, t. II, p. 448 : τὰ λοιπὰ γυμνάσας τῆς ὑποθέσεως). Le texte lui-même des Basiliq., 38, 15, 4 (Heimbach, t. III, p. 782) dit que les héritiers du tuteur, sur lesquels l'*actio tutelae directa* est transférée, achèvent le procès : οἱ κληρονόμοι πληρώσωσι τὸ δικαστήριον τῆς κατὰ τῶν ἐπιτρόπων ἀγωγῆς.

La question qui se pose maintenant est celle de savoir d'où provient ce régime de la *translatio judicii* que nous croyons découvrir dans la procédure extraordinaire. S'agit-il là d'un système éclos pour la première fois dans cette procédure peu formaliste ou sommes-nous en présence d'un legs de l'*ordo judiciorum privatorum?*

Le problème n'a jamais été, à notre connaissance, posé dans ces termes. La raison en est que les interprètes ne se sont guère souciés jusqu'ici de préciser les conditions de la *translatio judicii* dans la procédure extraordinaire. La réponse était donnée principalement ou même exclusivement pour la procédure formulaire. Elle y fut d'ailleurs pendant longtemps très simple : la *translatio judicii* laissait subsister le procès et était opérée d'autorité par le magistrat qui faisait à lui seul les corrections de formule rendues nécessaires par le changement de juge ou de plaideur [2]. Une telle conception ne devait guère susciter de débats, car elle offrait, déjà pour l'époque de la procédure formulaire, un régime commode et pratique analogue à celui que nous présentent, avec des nuances de détail, les procédures issues

[1] La législation impériale ne nous fournit aucune indication sur le procédé de réalisation de la *translatio judicii*, elle ne nous donne que quelques prescriptions sur les cas dans lesquels ce transfert a lieu. Nous apprenons ainsi qu'une constitution de Constantin (a. 319), insérée au *C. J.*, 2, 12, 22, reproduit la règle de l'édit relative au *cognitor* et dispose que le mandant ne peut changer son mandataire au cours du procès que pour une cause sérieuse (inimitié capitale ou une maladie grave survenue *pendente lite*) ; qu'une constitution de Julien (*C. Th.*, 2, 12, 1.a.363), insérée au *C. J.*, 2, 12, 23, décide que le mandat judiciaire subsistera au cas de décès du mandant survenu postérieurement à la *litis contestatio* (v. Symmaque, *Ep.*, 10, 19, cité p. 9, n. 1); qu'une constitution des empereurs Théodose II et Valentinien III (*C. Th.*, 2, 12, 7.a. 424) prescrit qu'au cas de décès du *procurator* ou du *cognitor*, même postérieurement à la *litis contestatio*, l'action fera retour au mandant.

[2] V. pour l'exposé de cette opinion, ch. I.

immédiatement ou médiatement de la procédure du Bas-Empire.

Les romanistes n'ont embrassé la question de la *translatio judicii* avec plus d'ampleur que depuis une trentaine d'années. L'impulsion vint alors de M. Eisele qui, s'appuyant sur une sagace interprétation d'une scolie des Basiliques qu'il proposait, vint affirmer que la *translatio judicii* donnait toujours lieu dans la procédure formulaire à une *in integrum restitutio* [1]. En outre, les discussions qui suivirent bénéficièrent d'une construction doctrinale, dont on peut discuter les diverses conceptions et même la valeur au point de vue du droit moderne [2], mais qui trouve pour le droit romain un solide appui dans la terminologie technique et l'analyse théorique des jurisconsultes classiques. Sous la diversité des formes que revêt cette construction, on peut y découvrir cette idée commune que le procès n'est pas seulement une procédure par laquelle on fait valoir en justice un droit dont l'existence ou l'étendue est contestée, mais qu'il est en même temps et surtout un rapport juridique distinct de celui qui est déduit en justice et ayant pour sujets les plaideurs et, même d'après certains auteurs, le juge. Appliquée au problème de la *translatio judicii,* cette théorie soulève tout naturellement la question de savoir si la *mutatio partis* ou *judicis* n'entraînait pas l'anéantissement du *judicium* antérieur et la formation d'un *novum judicium,* ou si, au contraire, il n'y avait pas, malgré ce changement, maintien du *judicium* précédemment constitué. Les derniers écrits qui traitent le sujet sont tous dominés par cette conception doctrinale [3]. Il nous paraît, dans ces conditions, indispensable de préciser dès maintenant les termes de cette construction juridique pour nous permettre de mieux saisir et de mieux juger la forme que le problème de la *translatio judicii* a revêtue dans les travaux des romanistes modernes et pour fixer

[1] V. pour l'exposé de cette opinion, ch. I.

[2] V. pour l'exposé et la discussion de cette question au point de vue du droit moderne l'excellente monographie de M. Kohler, *Der Prozess als Rechtsverhältnis* (1888).

[3] V. notamment les écrits de Wlassak, Sperl et Koschaker cités plus loin.

dès le début la part qu'il convient de faire, dans une question dont la solution doit être cherchée principalement dans les textes et l'histoire de la procédure civile romaine, à une théorie abstraite construite *a posteriori* par les jurisconsultes de Rome et perfectionnée par les interprètes modernes.

Le rapport juridique que, dans la technique moderne, nous qualifions de procès, porte, en droit romain, le nom de *judicium* et résulte de la liaison contradictoire et définitive de l'instance que les deux plaideurs accomplissent dans la *litis contestatio* [1]. Celle-ci a même normalement, d'après la théorie romaine, un effet novatoire en vertu duquel elle éteint le droit déduit en justice et le remplace par le *judicium.* Les jurisconsultes romains ont de très bonne heure traduit ce résultat dans une construction juridique élégante et particulièrement expressive que Gaius, 3, 180, nous a heureusement conservée dans toute son intégrité et dans sa forme première. Ce texte bien connu est ainsi conçu :

« Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa judicati teneri. Et hoc *est* quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere. »

La *litis contestatio* consomme donc le droit déduit en justice

[1] Pour ce sens du mot *judicium*, v. notamment Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, v° *judicium*, 2. Il ne nous appartient pas d'examiner ici les autres sens possibles du mot *judicium*, ni de suivre la réaction légitime provoquée par l'interprétation trop fréquente de *judicium* par formule que proposait M. Wlassak, *Röm. Prozessgesetze*, 1, p. 26-31 ; 2, p. 10-69 ; *Litiskontestation*, p. 13 et suiv. Sur cette question, v. Gradenwitz, *Z. S. St.*, 9, p. 184-194 ; Kübler, *Z. S. St.*, 16, p. 137 et suiv. ; Huvelin, *L'arbitrium liti aestimandae*, dans *Mélanges Gérardin*, p. 349 et suiv. Nous pensons que dans les formules si fréquentes : *judicium accipere, suscipere, excipere, pati*, ou *res in judicium venit, deducitur, perducitur*, le mot *judicium* doit être pris normalement dans le sens abstrait de procès.

et le remplace par un rapport juridique nouveau, le *judicium*, de telle façon que les anciens jurisconsultes romains pouvaient déjà dire, en cas de *condictio certae pecuniae* ou *certae rei*, qu'avant la *litis contestatio* le débiteur était tenu de *dare* et après la *litis contestatio* de *condemnari*.

A vrai dire, le *condemnari oportere* de Gaius peut, dans un examen superficiel, éveiller l'idée que le jurisconsulte romain vise par ces mots l'obligation qu'a le défendeur de subir une condamnation et le droit qu'a le juge de condamner ce plaideur. Une telle conception conduit à une construction doctrinale dans laquelle le juge est, à l'égal des plaideurs, l'un des sujets du *judicium*[1], soit qu'on analyse celui-ci en un rapport juridique à triple sujet : demandeur, défendeur, juge[2], soit qu'on y découvre trois rapports juridiques distincts : demandeur-juge, juge-défendeur, demandeur-défendeur, reliés entre eux par l'unité de la *res in judicium deducta*. Mais ces constructions subtiles altèrent la notion de procès. Celui-ci est par origine et par essence une lutte entre les deux plaideurs et garde ce caractère quel que soit le rôle attribué par le droit positif à l'autorité judiciaire. Il ne renferme qu'une prétention du demandeur contre le défendeur, à laquelle le juge est nécessairement étranger, puisqu'il n'a aucun intérêt dans l'affaire. Le juge qui prête son concours à l'instance n'est pas plus partie au procès que le peuple romain, les autorités judiciaires ou municipales ne sont parties à l'acte public qui ne peut être fait sans leur concours. Si nous ne considérons d'ailleurs que le système de l'*ordo judiciorum privatorum*, auquel se rat-

[1] Pour l'exposé de cette construction doctrinale et sa critique au point de vue du droit moderne, v. Kohler, *Prozess als Rechtsverhältnis*, §§ 1 et 2. M. Kohler remarque très justement à cette occasion que les auteurs qui dissèquent le procès en une série de rapports juridiques successifs entre les plaideurs et le juge méconnaissent la puissante unité juridique qui relie toutes les phases du procès et font une regrettable confusion entre l'acte initial qui constitue le procès et les actes ultérieurs qui ne font qu'assurer le développement logique de ce rapport juridique.

[2] V. notamment Sperl, *Succession in den Prozess*, p. 7-8.

tache le texte de Gaius, nous y trouvons d'autres raisons péremptoires de restreindre le *judicium* à un rapport juridique entre les deux plaideurs. Ce rapport prend, en effet, sa source dans la *litis contestatio*, c'est-à-dire dans un acte juridique que le demandeur accomplit avec la seule coopération du défendeur[1]. Issu de cet acte, il ne peut mettre en relation que les personnes qui ont concouru à sa formation, de même que le compromis par lequel on convient de soumettre un litige à un arbitre ne produit d'effet qu'à l'égard de ceux qui l'ont conclu. Le juge qui est resté étranger à la *litis contestatio* ne peut être sujet du *judicium* qui en est résulté. La formule dans laquelle s'incorpore le *judicium* sous la procédure formulaire confirme heureusement cet argument en nous présentant sous un aspect concret la situation respective de ces trois personnes : demandeur, défendeur et juge. Elle nous montre le juge comme une autorité subordonnée au magistrat, mais supérieure aux plaideurs, personnellement désintéressée dans l'affaire et investie du pouvoir de condamner le défendeur au profit du demandeur, si le droit affirmé par ce dernier contre le défendeur est reconnu exact. Les règles qui régissent les rapports du juge et du plaideur sont en parfaite harmonie avec ces constatations théoriques, car elles nous montrent que la sanction de ces rapports doit être cherchée en dehors du *judicium*. Si le juge nommé refuse de statuer, le demandeur ne peut pas agir directement contre lui, il n'a pas d'autre ressource que de s'adresser au magistrat en le priant de contraindre le juge à rendre sa sentence[2]. Si le juge commet quelque faute dans l'accomplissement de ses fonctions, il fait le procès sien et est exposé à une poursuite du plaideur lésé au moyen d'une action *in factum*, mais cette action se fonde non sur la *litis contestatio* qui a donné naissance au *judicium*, mais sur la faute du juge,

[1] C'est à M. Wlassak, *Litiskontestat.*, p. 28 et suiv., que revient le mérite d'avoir établi cette idée avec une netteté qui impose la conviction.

[2] *D.*, 50, 5. 13, 2 ; *D.*, 5, 1, 49, 1 ; cf. aussi *D.*, 4, 8, 32, 12 ; Bethmann-Hollweg, *Zivilprozess*, 2, p. 108, n. 69, et Koschaker, *Translatio*, p. 310, n. 5.

c'est-à-dire, suivant la construction doctrinale des jurisconsultes romains, sur une obligation de ce juge née *quasi ex delicto*[1]. La situation du juge dans le procès ne peut pas être mieux comparée, selon nous, qu'à celle de l'arbitre auquel on a confié dans une vente consensuelle le soin de fixer le montant du prix[2]. La créance du demandeur au montant de la condamnation pécuniaire est subordonnée à la prononciation de la sentence de condamnation par le juge, de même que la créance du prix est subordonnée dans la vente consensuelle à la condition que l'arbitre choisi fera l'évaluation qui lui a été confiée. La *sententia* du *judex* n'apparaît ainsi que comme une condition du *judicium*.

Si, d'autre part, l'on tient compte que la condamnation est toujours pécuniaire dans la procédure formulaire et que la *litis contestatio* génératrice du *judicium* est comparée par les jurisconsultes romains eux-mêmes à un contrat[3] et même à une novation[4], nous arrivons à cette conclusion qu'une saine interprétation du texte de Gaius conduit à rattacher directement le (*debitorem*) *condemnari oportere* au demandeur et à construire le *judicium* comme une créance du demandeur contre le défendeur ayant pour objet le montant déterminé ou indéterminé de la condamnation pécuniaire et pour condition la condamnation à prononcer par le juge nommé dans la formule. Cette créance ne prend donc naissance qu'au moment où le juge rend sa sentence de condamnation, mais ce jugement opère en même temps une novation par changement de cause, de telle façon que le défendeur est désormais tenu *ex causa judicati*.

---

[1] Lenel, *Edictum*[2], p. 161-164; Pernice, Labeo, 2, 2[2], p. 169-172. Cf. notamment *D.*, 50, 13, 6.

[2] Gaius, 3, 140; *C. J.*, 4, 38, 15 (Justinien); *Inst.*, 3, 23, 1.

[3] V. les textes cités par Bekker, *Aktionen*, t. II, p. 181, n. 19, et Wlassak, *Litiskontest.*, p. 64 et suiv. Parmi les textes cités par ces auteurs, les seuls à retenir sont, selon nous, les suivants : *D.*, 15, 1, 3, 11; 27, 3, 22; 45, 1, 83, 1; 5, 1, 61; 6, 1, 5, 4; 10, 3, 13; 4, 4, 3, 1; 44, 6, 1, 1; Cicéron, *De leg.*, 3, 3, 6; Valère Maxime, 8, 3, 2.

[4] V. notamment *D.*, 46, 2, 29 et les autres textes cités par Wlassak, *Litiskont.*, p. 66, n. 2.

Transportée à la procédure extraordinaire, cette construction du *judicium* subit quelques modifications. Sans aucun doute, les jurisconsultes du Bas-Empire, strictement asservis aux doctrines de leurs devanciers, vivent toujours sous l'idée d'un *judicium* constitué par la *litis contestatio*, c'est-à-dire, conformément au droit de leur époque, par le premier exposé contradictoire que les plaideurs font de leur litige devant l'autorité judiciaire[1]. Justinien ne fait que consacrer cette conception en accueillant dans ses *Digesta* les textes des jurisconsultes classiques qui servent de base à la théorie que nous avons exposée pour la procédure formulaire. Mais l'interprète moderne, soucieux d'apporter à la systématisation romaine les corrections qu'impose l'évolution des institutions juridiques, est amené à proposer, pour l'époque du Bas-Empire, un double correctif à la construction du droit classique. D'une part, la possibilité dans les *cognitiones extra ordinem* d'une procédure par défaut suivant les règles de l'*eremodicium*[2] enlève au procès la base contractuelle qui lui servait toujours de support à l'époque précédente et fait surgir des cas où le procès se forme sans *litis contestatio;* le *judicium* est désormais, dans les cas de *desertio litis,* constitué par un acte unilatéral du demandeur que corroborent les édits de citation du juge, notamment l'*edictum peremptorium* par lequel celui-ci manifeste la volonté d'examiner le procès si le plaideur cité persiste dans son défaut après l'expiration du délai qui lui est imparti; le droit romain s'achemine ainsi vers la conception moderne, d'après laquelle le procès naît du seul acte introductif d'instance[3]. D'autre part, pendant cette même période, la volonté

---

[1] *C. J.*, 2, 58 (59), 2, *pr.;* 3, 1, 14, 4; 3, 9, 1.

[2] Cette possibilité ne date vraisemblablement que de la procédure extraordinaire. V. Duquesne, *Contexture générale de la Cautio Judicatum solvi*, dans *Mélanges Fitting*, t. I, p. 341 et suiv.

[3] Il semble bien résulter de *D.*, 5, 1, 73, pr. et § 2, que le procès n'est pendant et l'instance engagée qu'à l'expiration du délai imparti par l'*edictum peremptorium;* mais nous voyons déjà percer dans le droit du Bas-Empire l'idée de faire remonter la naissance du procès à l'acte introductif d'instance. Une

des plaideurs et, sous Justinien, la législation elle-même augmentent considérablement le nombre des cas dans lesquels la *litis contestatio* n'éteint pas le droit déduit en justice, de telle façon que l'idée d'un *judicium,* toujours issu d'une sorte de novation, doit être partiellement abandonnée pour une nouvelle conception, qui sera celle des procédures modernes et d'après laquelle le procès, considéré comme rapport juridique distinct du droit déduit en justice, ne se substitue pas, mais se juxtapose simplement à lui et ne fait que le paralyser en vertu des règles de la litispendance.

Telle est cette importante théorie du *judicium,* rapport juridique et non pas simple procédure, dont l'origine romaine est incontestable et qui influence à juste titre la forme du problème de la *translatio judicii.* Mais il convient de remarquer immédiatement, pour éviter des confusions faciles, que cette théorie ne contient par elle-même aucune solution de ce problème. Deux conceptions sont, en effet, possibles : ou bien le changement d'un des éléments personnels du litige anéantit le *judicium* déjà constitué de telle façon que la *translatio judicii* implique la création d'un *novum judicium;* ou bien ce changement laisse intact le *judicium* et la *translatio judicii* s'opère sans formation d'un nouveau rapport juridique.

---

constitution de Constantin (*C. J.*, 3, 19, 2, 1) décide que si une action en revendication est intentée contre un possesseur *alterius nomine,* ce défendeur doit faire connaître le nom de celui pour lequel il possède, que le juge doit porter le procès à la connaissance de ce dernier et lui impartir un certain délai pour intervenir au procès et qu'en cas de défaut de ce *dominus possessionis* à l'expiration du délai la *praescriptio longi temporis* sera interrompue à partir du jour où le possesseur *alieno nomine* a été appelé en justice : « *tamquam lite quae ei ingeritur ex die, quo possessor ad judicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata.* » Cette constitution de Constantin ne fait d'ailleurs qu'appliquer à un cas particulier et formuler en termes singulièrement intéressants pour nous une règle plus ancienne, déjà contenue dans des constitutions de Dioclétien et de Maximien (*C. J.*, 3, 32, 26; 7, 33, 10), d'après lesquelles l'achèvement de la *praescriptio longi temporis* après la *litis contestatio* ne profite pas même au possesseur de bonne foi, lorsque c'est par la faute de ce dernier que la *litis contestatio* a eu lieu trop tard, c'est-à-dire lorsque la *mora litis contestatae* lui est imputable.

Cette seconde conception, qui est celle de la procédure civile française moderne, est également, comme nous l'avons vu, celle de la procédure extraordinaire des Romains. Elle s'y justifie par des caractères communs à ces deux procédures que nous avons précédemment relevés. Il nous reste à rendre compte ici, au point de vue doctrinal, du maintien du *judicium* malgré la *mutatio judicis* ou *partis.* Remarquons-le tout d'abord, les règles de la *translatio judicii* que nous avons exposées plus haut procèdent de considérations d'intérêt pratique et non de conceptions abstraites; le groupement de ces règles dans une construction doctrinale n'a d'autre but que de donner satisfaction à ce besoin de l'esprit, qui ne peut se contenter d'un amas confus de notions de détail, mais cherche en toutes choses les caractères généraux et les différenciations pour ne s'assimiler que des matériaux logiquement classés. Ajoutons, d'autre part, qu'il n'est pas permis d'oublier que le procès est une institution du droit public et que par suite il n'est pas toujours possible de la faire rentrer dans le cadre des constructions ordinaires du droit privé. Le jurisconsulte ne rencontre d'ailleurs aucune difficulté notable dans l'élaboration de la théorie de la *translatio judicii* au Bas-Empire.

Si nous examinons tout d'abord l'hypothèse du changement de juge, il est tout naturel que cet événement soit dans les *cognitiones extra ordinem* sans effet sur le *judicium.* En effet, le juge n'y est pas nommé en vue d'un procès déterminé; il est qualifié de plein droit, en vertu de sa fonction publique, pour trancher tous les procès rentrant dans sa compétence. La condition du *judicium* n'est pas la sentence de tel juge déterminé, mais du juge compétent, quelle que soit sa personnalité. Il en est ainsi, même lorsque les plaideurs obtiennent que l'affaire soit renvoyée par le juge compétent à un juge ou arbitre de leur choix; ce dernier n'est investi du pouvoir de juger que par une délégation directe du juge, investi de la juridiction. Ce nouvel état de choses tient à ce que le juge n'est plus un simple particulier appelé à émettre une *sententia* sur le différend des parties, mais une autorité publique qui intervient à titre impératif dans le

procès. Ce juge a la faculté de déléguer, à tout moment de l'instance, le pouvoir de juger, de telle façon que les plaideurs en liant contradictoirement le procès n'ont pas pu subordonner l'existence du *judicium* à la condition que la *cognitio* émane de tel juge déterminé. Ce point échappe à leur détermination. Il en résulte logiquement que toute *mutatio judicis* laisse intacte le *judicium,* sauf à renouveler, le cas échéant, la procédure de la preuve en totalité ou en partie devant le nouveau juge pour lui permettre de se faire une conviction personnelle. — Lorsque la *translatio judicii* est provoquée par un changement de plaideur, le maintien du *judicium* peut s'expliquer aisément par une idée de succession dans le procès à titre universel ou à titre particulier. La *litis contestatio* fait des parties qui ont concouru à sa réalisation les sujets du *judicium* à quelque titre qu'ils agissent, qu'ils plaident *suo* ou *alieno nomine.* Le nouveau plaideur, auquel le *judicium* est transféré, peut être considéré comme ayant succédé, en vertu d'un acte de volonté ou d'une disposition législative, au titulaire du *judicium* qu'il remplace.

Le maintien du procès, malgré la *mutatio judicis* ou *partis,* est donc une conception aussi commode en pratique que facile à justifier en théorie. Il est dès lors tout naturel de se demander si ce système très simple n'est pas déjà celui de l'*ordo judiciorum privatorum.* La souplesse de ce système et sa parfaite adaptation aux besoins de la pratique ne sont-elles pas, dans la pénurie des sources, un puissant argument en faveur de l'affirmative et ne devraient-elles pas nous détourner de tout long débat sur cette question?

Nous ne le pensons pas. Il y a, en effet, entre la procédure extraordinaire et celle de l'*ordo* des différences caractéristiques dont l'importance pour le problème de la *translatio judicii* est indéniable. Ces différences obligent l'historien du droit romain à se demander si dans les procès de l'*ordo* la modification d'un des éléments personnels du litige, juge ou partie, n'entraînait pas l'anéantissement du *judicium* constitué par la *litis contestatio* et ne nécessitait pas, pour le transfert du procès à un nouveau juge ou à un nouveau plaideur, la création d'un *novum judicium.*

Tout d'abord, le juge de l'*ordo* prend dans le procès une position très différente de celle qu'occupe le juge de la *cognitio.* Il n'a jamais de plein droit, même s'il fait partie d'un tribunal permanent, le pouvoir de trancher un litige; ce pouvoir doit lui être conféré dans chaque cas particulier par un ordre du magistrat qui le saisit de l'affaire. En outre, dans les cas, de beaucoup les plus nombreux, où l'affaire n'est pas renvoyée à un tribunal permanent, le juge est nommé par le magistrat pour chaque cas concret. Enfin, la nomination du juge et l'ordre de juger constituent normalement, dans une mesure et des conditions que nous préciserons plus tard, des éléments du contrat judiciaire dont la conclusion s'achève par la *litis contestatio.* S'il est permis de concevoir que dans les procès soumis à un tribunal permanent l'ordre de juger ait pu être adressé et l'adhésion des plaideurs donnée au tribunal pris *in abstracto,* cette conjecture n'est pas possible pour l'*unus judex,* les *arbitri* et les *recuperatores.* Le changement d'un de ces juges nécessite une nouvelle nomination, un nouvel ordre de juger et, semble-t-il, une nouvelle acceptation des plaideurs. Tout cela n'entraîne-t-il pas l'anéantissement du *judicium* antérieur dans la mesure où la nomination du juge et l'ordre du magistrat en faisaient partie intégrante et ne nécessite-t-il pas de la part des plaideurs la formation d'un nouveau contrat judiciaire qui n'est possible qu'après rescision de l'ancien? La question ne peut recevoir de réponse *a priori,* mais personne ne niera qu'elle mérite d'être examinée.

La difficulté du problème s'accroît du fait d'une seconde différence capitale entre la procédure des *cognitiones extra ordinem* et celle de l'*ordo.* Celle-ci présente, comme on le sait, le trait caractéristique d'être scindée en deux phases : l'une, le *jus,* qui s'accomplit devant le magistrat et tend à la fixation des éléments du litige et à la nomination du juge; l'autre, le *judicium,* qui a lieu devant le juge, a pour objet la prestation des preuves et pour

but la sentence du juge. La césure est faite par la *litis contestatio* ou acte final de la procédure *in jure*[1] par lequel les deux plaideurs manifestent leur adhésion à tous les éléments du litige tels qu'ils résultent des débats de la procédure *in jure* et constituent ainsi définitivement le procès. Jusque-là, tous les éléments du litige peuvent être changés à volonté par les plaideurs. Passé ce moment, ces changements, lorsqu'ils sont possibles, nécessitent un retour devant le magistrat et une réorganisation du procès. Si ces modifications touchent aux éléments de fond, les textes affirment expressément[2] que le *judicium* précédemment constitué doit être rescindé par voie d'*in integrum restitutio* et qu'il y a lieu par suite à la création d'un *novum judicium* qui nécessite une nouvelle *litis contestatio*. N'en est-il pas de même au cas de changement d'un élément personnel du procès, notamment lorsque le changement entraîne, ce qui est presque constant, une correction de la formule dans la procédure formulaire?

La question devient encore plus pressante, quand on prend en considération un troisième trait caractéristique par lequel la procédure de l'*ordo* se sépare de celle des *cognitiones extra ordinem*. Dans ces dernières, les prétentions des plaideurs peuvent se traduire en termes quelconques; aucun formalisme n'entrave, à cet égard, ni la liberté des parties, ni celle du juge. Ainsi s'explique que la procédure du Bas-Empire ait rejeté les règles rigoureuses de la *plus petitio* que la procédure formulaire lui avait léguées et qui n'étaient déjà chez celle-ci qu'un vestige du formalisme rigoureux des *legis actiones*. Les Romains finissent par admettre que les prétentions des plaideurs pourront être modifiées au cours de l'instance et que le juge devra moins s'attacher

[1] Il en est ainsi, selon nous, même dans la procédure des *legis actiones*. V. ci-dessous p. 28, n. 1.

[2] Gaius, 4, 53. 57. 125. Pour les autres textes qui peuvent être cités ici, v. Lenel, *Edictum*[2], p. 119-121.

aux termes employés qu'au fond même du litige[1]. Il en est tout autrement dans le système de l'*ordo judiciorum privatorum*. Dans la procédure des *legis actiones*, plaideurs et magistrats sont astreints à l'observation de rites sacramentels et à la prononciation de termes solennels sous peine de nullité de l'action. Ils obtiennent avec la procédure formulaire la faculté de se mouvoir librement au cours des débats *in jure* qui n'ont d'autre but que de préparer les éléments du litige; mais toute cette activité aboutit à une œuvre, la formule, qui reçoit de la *legis actio* qu'elle remplace un certain caractère formaliste et jouit par suite d'une immutabilité analogue à la *legis actio*. Cette immutabilité se traduit certainement par l'impossibilité pour le juge de tenir compte des prétentions que les plaideurs formulent pour la première fois devant lui et qui le feraient sortir du mandat que lui trace la *legis actio* ou la formule. Mais n'a-t-elle pas une portée plus étendue et ne s'oppose-t-elle pas à ce que le magistrat et les plaideurs puissent corriger la *legis actio* ou la formule sans la détruire? L'un des caractères généraux des actes formels n'est-il pas précisément de ne pouvoir subir aucune modification dès qu'ils ont été définitivement conclus? Il est loisible aux intéressés de conclure un nouvel acte juridique qui se substitue ou se superpose à l'ancien, jamais cet acte ne s'incorpore à celui qui le précède. Qu'on pense notamment à l'obligation née de la stipulation! Les parties ne peuvent en modifier un des éléments: cause, modalité, sujet, qu'à la condition d'annuler le précédent contrat et d'en faire un nouveau par une stipulation novatoire. L'évolution du droit romain à cet égard est même particulièrement significative. Tant que la stipulation a été un acte rigoureusement formaliste, la novation a toujours entraîné l'extinction de l'obligation ancienne et son remplacement intégral par une nouvelle. Ce n'est que dans le dernier état du droit romain, lorsque la stipulation eut presque complètement dépouillé en fait

[1] V. notamment la constitution de Zénon rapportée plus haut, p. 8, n. 5.

son caractère formaliste, qu'on arriva à admettre qu'en l'absence de manifestation expresse d'une volonté contraire la novation ne ferait que modifier les éléments de la précédente obligation sans la détruire [1]. Il n'est pas douteux que la *legis actio* obéisse à cette règle; nul n'a jamais pensé à soutenir que le magistrat pût, après la clôture définitive de la *legis actio,* autoriser qu'on y fît quelque retouche. Nous savons qu'il en est de même dans la procédure formulaire au cas de correction d'un élément de fond. Le changement d'un élément personnel ferait-il seul exception à cette règle? Et pour quels motifs?

On voit par tout ce qui précède que les historiens du droit romain ont de sérieuses raisons de ne pas admettre sans examen que, déjà dans le système de l'*ordo judiciorum privatorum,* la *translatio judicii* s'opérait sans détruire le *judicium antérieur;* les traits caractéristiques de cette procédure s'y opposent.

Le problème de la *translatio judicii* mérite donc l'attention qui lui a été consacrée dans ces derniers temps. Il est, à vrai dire, dépourvu de tout intérêt pratique actuel; nos procédures modernes sont en possession d'un système simple et commode qui les dispense de chercher dans le passé des inspirations pour des projets de réforme. Mais cette question a une importance indéniable pour l'histoire de la procédure de l'*ordo judiciorum privatorum,* notamment pour celle de la procédure formulaire. Son examen nous fait, en effet, pénétrer jusqu'à l'essence de ces anciennes procédures dont l'influence sur la formation du droit romain ne sera jamais prisée trop haut; il nous montre en même temps sous un jour particulier ce formalisme primitif auquel le droit romain doit en grande partie la netteté et la précision d'une technique juridique qui n'a été égalée dans aucun pays et que la plupart des législations lui ont empruntée : enfin, selon nous, il permet de saisir sur le vif une de ces heureuses interventions par lesquelles le préteur est venu assouplir le droit ri-

[1] *C. J.*, 8, 41 (42), 8 (Justinien).

goureux et formaliste de l'ancienne Rome et l'adapter aux besoins de la pratique et aux exigences de l'équité. A ces divers points de vue, la présente étude offre une ample moisson d'observations intéressantes.

Pour embrasser le sujet dans toute son ampleur, il convient de remonter jusqu'aux origines et de rechercher les règles qui ont régi la *translatio judicii* sous le système des *legis actiones.* Malheureusement les sources ne nous fournissent à cet égard aucun renseignement directement utilisable et nous en sommes réduits à des conjectures fondées entièrement sur le raisonnement. Nous devons donc renoncer à faire une étude détaillée de la *translatio judicii* pendant cette période; nous croyons cependant utile d'indiquer brièvement ici comment les choses ont dû se passer sous cet ancien système de procédure.

Les cas de *translatio judicii* y ont été rares, surtout dans la Rome primitive. Si nous remontons jusqu'aux origines de la cité, les litiges y sont vraisemblablement tranchés par le roi qui interpose son autorité, comme une sorte d'arbitre imposé par la coutume; la présence des intéressés eux-mêmes est requise et les procès peu nombreux et peu compliqués sont jugés sur-le-champ. Lorsque la fondation de la République amène la substitution au roi de deux consuls à pouvoirs annaux, on impose, sinon dès le début, du moins très rapidement, à ces derniers l'obligation de renvoyer la solution du litige à des particuliers jouant le rôle de jurés [1]. C'est de ce moment que date la division de l'instance en deux phases, qui caractérise l'*ordo judiciorum privatorum.* Des causes de *translatio judicii* apparaissent dès cette époque, soit que l'un des plaideurs meure au cours d'une procédure *in judicio,* soit que le juge meure, devienne incapable ou soit empêché *pendente lite.* Ces causes sont sans doute peu fréquentes au début, par suite de la rapidité avec laquelle les procès sont liquidés pendant les premiers siècles de Rome. La

[1] Girard, *Organisation judiciaire,* t. I, p. 77 et suiv.

prohibition quasi absolue de la représentation judiciaire supprime presque totalement les transferts de procès que rendent nécessaires la mort, l'incapacité et la cessation des fonctions des représentants judiciaires. Plus tard, lorsqu'avec l'accroissement de la population, l'extension du territoire et le développement des relations commerciales, les litiges deviennent nombreux et complexes, la durée des procès s'accroît, augmentant les cas où un transfert de procès s'impose.

On peut se demander à juste titre si la *legis actio* n'était pas caduque toutes les fois qu'un juge ou un plaideur mourait, devenait incapable ou était empêché au cours d'un procès. Les anciens Romains ne reculaient pas devant de telles solutions, conséquences brutales du formalisme. Toute la théorie de la *capitis deminutio* en est un frappant exemple et Gaius nous atteste qu'au milieu du IIe siècle de l'ère chrétienne les *lites contestatae legitimo judicio* étaient encore éteintes par la *capitis deminutio*[1]. Malgré ce témoignage, nous hésitons à admettre que les Romains aient, pendant six siècles de leur histoire, accepté, dans les diverses hypothèses que nous examinons ici, l'anéantissement de la *legis actio* et la perte du droit déduit en justice, et instinctivement nous cherchons si la procédure de la *legis actio* impliquait des solutions que nous estimons peu équitables et peu pratiques ou si du moins elle n'offrait pas quelque moyen de les écarter.

Un premier point nous paraît certain, c'est qu'il ne peut être question d'une rescision de la *legis actio* par voie d'*in integrum restitutio* et de son renouvellement entre les nouveaux plaideurs ou dans le but d'obtenir un nouveau juge; l'*in integrum restitutio,* en admettant qu'elle ait déjà reçu quelque application sous le règne exclusif des *legis actiones*[2], n'a jamais pu, semble-

[1] Gaius, 3, 83.

[2] L'*in integrum restitutio* nous paraît une institution plus ancienne que ne l'ont dit parfois des interprètes récents (Duquesne, Cicéron, *Pro Flacco*, c. 30-32, et l'*in integrum restitutio*, p. 19 et suiv. : *Extrait des Annales de l'Univ. de Grenoble*, 1908). Nous pensons même qu'il n'est pas oiseux de se demander si cette institution n'est pas antérieure à la loi Aebutia. Mais une chose nous semble certaine, c'est que le magistrat des *legis actiones* n'a pas encore le pouvoir de corriger le droit civil et que, par conséquent, il ne peut pas rescinder, par voie d'*in integrum restitutio*, un effet qui s'est valablement produit d'après le droit civil. Si l'*in integrum restitutio* a reçu quelque application dès cette époque reculée, ce ne peut être que dans un domaine où l'*imperium* du magistrat n'a subi que peu à peu et dans une mesure toujours restreinte les limitations de la loi, c'est-à-dire à l'égard des pérégrins et dans les provinces.

t-il, servir à rescinder des effets juridiques reconnus et sanctionnés par la coutume ou par la loi; le magistrat n'avait certainement pas encore, à cette époque, le pouvoir de réformer le droit civil.

La réponse aux difficultés qui sont ici soulevées doit nécessairement être cherchée dans une autre voie; elle ne peut être donnée qu'à la condition de distinguer deux hypothèses : celle où la mort, l'incapacité ou l'empêchement se produisait dans la personne du juge et celle où le même événement avait lieu à l'égard de l'un des plaideurs.

Lorsque l'obstacle à la continuation du procès provenait de la mort, de l'incapacité ou d'un empêchement du juge, nous inclinons à penser que le magistrat, au moins dans la dernière période, nommait un nouveau juge sans accomplissement d'une nouvelle *legis actio*. Peut-être en était-il ainsi dès l'époque ancienne, car les renseignements que nous possédons sur les diverses *legis actiones* avec procès, notamment sur la *legis actio sacramenti in rem,* ne nous laissent pas entrevoir que la nomination du juge ait été une partie intégrante des solennités de la *legis actio*. Il nous semble, en tout cas, qu'il a dû en être ainsi depuis la loi Pinaria[1]. Selon nous, cette loi a rendu, si cela n'était pas le cas auparavant, la nomination du juge indépendante des formes de la *legis actio*. Ce n'était, en effet, que trente jours après l'accomplissement de la *legis actio*[2] et leur clôture par une interpellation solennelle adressée aux témoins présents,

[1] Sur l'impossibilité de préciser la date de cette loi, v. Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 84, n. 1.

[2] Gaius, 4, 15.

ou *litis contestatio,* que les parties revenaient devant le magistrat pour recevoir un juge[1]. Rien ne s'oppose dans un pareil système à ce que le magistrat ait nommé un nouveau juge sur le fondement de la même *legis actio* que celle à l'occasion de laquelle il avait déjà donné le juge précédent.

Lorsque l'obstacle à la continuation du procès survenait dans la personne de l'un des plaideurs, plusieurs cas étaient à distinguer. S'agissait-il d'un simple empêchement de fait qui s'opposait à la comparution de l'un des plaideurs devant le juge, il est probable qu'à raison du caractère non formaliste de la procédure du *judicium* on admit, sans doute, de bonne heure que la partie empêchée pourrait se faire représenter d'une manière quelconque, de telle façon que la question de transfert du procès ne se posait pas dans cette hypothèse[2]. Nous savons qu'en cas de *capitis deminutio* subie par l'un des plaideurs au cours de la procédure du *judicium,* le procès était éteint, au moins lorsqu'il présentait les caractères d'un *judicium legitimum.* C'est au cas de décès de l'un des plaideurs que la solution est la plus délicate. Le maintien du *judicium* paraît ici particulièrement désirable, au moins depuis que la conception de la transmissibilité héréditaire des droits et des obligations s'est généralisée chez les Romains. La conjecture la plus simple serait d'admettre que le juge, dont les pouvoirs étaient fixés et circonscrits par les so-

[1] Cette conception est contraire à l'opinion, aujourd'hui la plus répandue, d'après laquelle la *litis contestatio* se place dans la procédure des *legis actiones* au début de la *legis actio.* V. en ce sens Wlassak, *Litiskontestation,* p. 69-77, 79-82; Girard, *Manuel*[4], p. 973, n. 4; Lenel, *Z. S. St.,* t. XXIV, p. 334; Busz, *Form der Litiscontest.,* p. 21-24. — Nous pensons, au contraire, avec Bekker, *Z. S. St.,* t. XXVII, p. 32 et suiv.; Collinet, *N. R. H.,* 1902, p. 532 et suiv.; Cuq., *Institut. juridiq.,* t. I[2], p. 140; Hölder, *Z. S. St.,* t. XXIV, p. 202 et suiv., que la *litis contestatio* suit l'accomplissement de la *legis actio.* Notre opinion se fonde, en partie, sur des arguments personnels que nous nous proposons d'exposer ailleurs. De même, nous admettons avec Bekker, *Z. S. St.,* t. XXVII, p. 43, que depuis la loi Pinaria, la *litis contestatio,* à laquelle s'attache l'effet extinctif de la règle *bis de eadem re ne sit actio,* clôt les formalités de la *legis actio* et que la *datio judicis* a lieu trente jours plus tard.

[2] C'est du moins une conjecture assez communément admise.

lennités de la *legis actio,* rendait sa sentence à l'égard du défunt, comme cela eut certainement lieu à Rome pour les procès criminels de perduellion et d'hérésie[1] et comme cela est également possible dans la procédure civile française, lorsque le décès du plaideur se produit après la mise en état de l'affaire. Mais il semble bien que les Romains n'aient reconnu qu'à titre tout à fait exceptionnel la possibilité de jugements prononcés au regard de défunts; le droit classique décide expressément que la condamnation d'un défunt est nulle[2]. En outre, l'application de la règle « *post meridiem praesenti litem addicito* »[3] eût toujours abouti dans ce cas à faire trancher le litige contre le défunt. Une autre solution consisterait à supposer que le juge interprétait largement l'ordre qui lui avait été donné et rendait, en cas de décès de l'un des plaideurs, sa sentence à l'égard des héritiers; mais une telle initiative paraît peu conciliable avec l'étroite subordination dans laquelle le juge se trouvait vis-à-vis du magistrat. L'hypothèse qui nous paraît la plus vraisemblable est de reconnaître au magistrat le pouvoir de corriger, sans nouvelle *legis actio,* l'ordre qu'il avait précédemment donné au juge. En faveur de cette opinion, on peut faire valoir que l'ordre de juger délivré par le magistrat, quoique empruntant son contenu aux formes de la *legis actio,* en était indépendant, surtout depuis la loi Pinaria. On conçoit que dans ces conditions le magistrat ait pu, dans la mesure où le droit positif l'y autorisait, modifier un élément personnel de son ordre, par exemple substituer des héritiers au défunt, sans qu'une nouvelle *legis actio* ait été accomplie devant lui.

Toutes ces difficultés disparaissent dans des cas nombreux, si l'on pense avec Mommsen que la distinction des *judicia legitima* et des *judicia imperio continentia* remonte à l'époque des *legis actiones* et date vraisemblablement de la loi par excellence

[1] Mommsen, *Röm. Strafrecht,* p. 67 = *tr. fr.,* t. I, p. 76.
[2] *D.,* 49, 8, 2 (Paul, *l.* 3 *respons.*).
[3] *XII Tab.,* 1, 8 (Girard, *Textes*[3], p. 12).

(*lex per eminentiam*), de la loi des Douze Tables[1]. L'effet ex-

[1] *Z. S. St.*, t. XII (1891), p. 267-284, reproduit dans *Juristische Schriften*, t. III, p. 356-374. Dans un sens analogue, v. Cuq., *Institut. juridiq.*, t. II, p. 757. — Cette opinion nous paraît préférable à celle de M. Wlassak, *Röm. Prozessges*, t. I, p. 18-57 ; t. II, p. 86-346, d'après laquelle la notion de *judicium legitimum* ne daterait que de la procédure formulaire et désignerait le *judicium* organisé en vertu de la loi Aebutia. L'étroitesse du champ d'application de ce *judicium* s'expliquerait par ce fait que la loi Aebutia se serait contentée de permettre l'emploi des formules dans les seuls procès qui auraient dû, suivant le droit antérieurement en vigueur, donner lieu à une *legis actio*, c'est-à-dire dans les procès entre citoyens romains s'élevant à Rome ou dans le rayon d'un mille autour de Rome, excluant même de sa réforme les procès qui devaient être portés devant les centumvirs et les décemvirs *litibus judicandis*. — Contre la conjecture de M. Wlassak, on peut faire valoir qu'elle se fonde tout d'abord sur une opposition inexacte entre *judicium* = *formula* et *legis actio* (Kübler, *Ueber die Bedeutung von Judicium und Formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republikanischen Zeit*, *Z. S. St.*, t. XVI (1895), p. 139). Dans beaucoup de textes le mot *judicium* a le sens abstrait de procès (plutôt que celui de tribunal proposé par Gradenwitz, *Z. S. St.*, t. IX, p. 190, et Kübler, *loc. cit.*) et désigne le rapport juridique créé par la *litis contestatio* et dont le tribunal est ordinairement un des éléments (Heumann-Seckel, *Handlexikon*, v° *judicium*). La notion de *judicium* appartient déjà à la procédure des *legis actiones* (Huvelin, *Arbitrium liti aestimandae*, *Mélanges Gérardin*, p. 349) et peut y être distinguée de la *legis actio* (l'opinion de Mommsen est à corriger sur ce point ; cf. Wlassak, *Z. S. St.*, t. XXVIII (1907), p. 127). On peut, en outre, objecter à M. Wlassak que la *legis actio*, suivant l'opinion qui nous paraît la meilleure (v. notamment Girard, *Nouv. observat. sur la date de la loi Aebutia*, dans *Z. S. St.*, t. XXIX (1908), p. 119 et suiv.), était accessible dans une mesure variable aux Latins et pérégrins et était possible devant les préfets d'Italie. Pour M. Girard, qui adopte la conjecture de M. Wlassak sur l'origine des *judicia legitima*, si ces derniers n'embrassent pas les procès des Latins et ceux des pérégrins dans la mesure où ils se liaient par *legis actio*, ni les procès engagés par voie de *legis actio* devant les préfets d'Italie, cela tient à des imperfections de la loi Aebutia qui « ne dépassent pas le niveau de celles qu'on rencontre dans les lois de tous les pays » (cf. *Z. S. St.*, t. XXIX, p. 121, n. 1, i. f.). — Cette explication nous paraît difficilement admissible. Le législateur romain avait déjà perdu, au début du VII^e^ siècle de la fondation de Rome, au moment où fut votée la loi Aebutia, l'habitude de faire ses lois exclusivement pour Rome. De même, il ne devait éprouver à cette époque aucun scrupule à étendre le bénéfice de ses innovations aux Latins, membres sous certaines conditions des assemblées politiques de Rome, surtout lorsqu'il s'agissait de régler les rapports de ces Latins avec des magistrats de Rome, sans empiéter sur l'autonomie des cités latines. D'autre part, les lacunes en question auraient laissé subsister l'obligation de recourir à la *legis actio* dans des domaines où l'application de cette procédure n'était le résultat que d'extensions récentes : à savoir hors de Rome et dans des procès où un non-citoyen était partie. Enfin et surtout, l'explication de M. Girard, comme d'ailleurs celle de M. Wlassak, ne fait que reculer la difficulté. Les *leges Juliae judiciariae* sont venues compléter

tinctif de la *litis contestatio* ne se produisant d'après le droit

l'œuvre de la loi Aebutia ; elles ont supprimé d'une manière presque absolue les *legis actiones* et lui ont substitué dans la même mesure la procédure formulaire. Si la notion de *judicium legitimum* reposait sur les lois introductives de la procédure formulaire, il faudrait admettre que les *judicia* de cette procédure sont *legitima*, même lorsqu'ils n'ont été substitués à la procédure des *legis actiones* que par les *leges Juliae judiciariae*. Dès lors, comment expliquer que Gaius, plus d'un siècle après, donne encore du *judicium legitimum* une définition qui ne convienne qu'aux procès visés par la loi Aebutia? M. Wlassak (*Röm. Prozessges.*, t. II, p. 222) s'est efforcé de parer l'objection en conjecturant que l'une de ces lois *Juliae* s'occupait uniquement des procès visés par la loi Aebutia, tandis que l'autre aurait réglé l'usage de la procédure formulaire dans les autres procès, notamment hors de Rome. Cet expédient ne fait nullement disparaître la difficulté que nous signalons. L'opposition entre les *judicia legitima* et les *judicia imperia continentia* ne se rattache pas à la différence de portée de deux lois qui s'opposeraient l'une à l'autre, mais à l'antithèse entre la *lex* et l'*imperium*. Partout où le magistrat en organisant un procès n'est que l'agent de la loi, le *judicium* est, par la force des choses, *legitimum*. Seule une loi d'organisation judiciaire a pu donner aux *judicia* ce caractère ; la loi Aebutia semble avoir été exclusivement une loi de procédure (Gaius, 4, 30. 31 ; Aulu-Gelle, *Noctes Atticae*, 16, 10, 8), elle n'a pas pu créer la notion de *judicium legitimum*. — Si l'on adopte, comme nous le faisons, l'opinion de Mommsen, il reste à rendre compte de l'application, sous la procédure formulaire, aux *judicia legitima* de règles qui, antérieurement, se rattachaient à la *legis actio :* nécessité pour la femme pubère *sui juris* d'obtenir l'*auctoritas tutoris* lorsqu'elle doit *lege aut legitimo judicio agere* (Ulpien, *Reg.*, 11, 27) ; obligation imposée par l'ancien droit coutumier aux femmes pubères *sui juris* et aux impubères *sui juris* d'obtenir la nomination d'un tuteur spécial qui leur donne l'*auctoritas* lorsqu'ils veulent *lege aut legitimo judicio agere* contre leur tuteur (Gaius, 1, 184 ; Ulpien, *Reg.*, 11, 24). Ces règles n'impliquent nullement que les *judicia legitima* aient succédé historiquement à la *legis actio* en vertu d'une prescription législative quelconque ; elles trouvent leur justification dans cette idée, très nettement établie à l'égard de la femme pubère *sui juris* (Ulpien, *Reg.*, 11, 27 : *si negotium civile gerant;* cf. Puchta-Krüger, *Institut.*, t. II, p. 38), d'après laquelle l'*auctoritas tutoris* était requise pour tous les actes formels de l'ancien droit civil. Si cette *auctoritas* est exigée pour les *judicia legitima*, comme elle l'était pour les *legis actiones*, cela tient à ce que le *judicium legitimum* est, à l'instar de la *legis actio*, une institution formaliste du droit quiritaire. Sous le régime exclusif des *legis actiones*, la règle était rattachée uniquement à la *legis actio*, parce qu'il n'y avait pas de *judicium legitimum* sans *legis actio*. Lorsque par l'introduction de la procédure formulaire les deux notions de procès légitime (*judicium legitimum*) et d'action légitime (*actio legitima*), toujours distinctes en théorie (Gaius, 4, 109 ; *Frag. d'Autun*, 101-105), acquirent désormais une vie indépendante, la règle fut appliquée au *judicium legitimum* et se maintint pour lui seul après la suppression des *legis actiones*. Cette transposition de la règle fut l'œuvre non d'une loi, mais de la jurisprudence. Aussi ne s'accomplit-elle pas sans contestation. Gaius, 1, 184, nous en a gardé le souvenir, mais Ulpien, *Reg.*, 11, 24, semble

civil que dans les *judicia legitima,* le magistrat aurait pu, toutes les fois où le *judicium* ne reposait que sur son *imperium,* permettre le renouvellement du procès pour opérer toutes les *translationes judicii* devenues nécessaires.

L'introduction de la procédure formulaire aggrava cet état de choses à certains égards et l'améliora à d'autres points de vue. L'aggravation provint d'abord de ce que l'individualité du procès, déjà très accusée dans la *legis actio* par suite du formalisme de cette procédure, s'accentua par la condensation des débats *in jure,* dans la formule, ou instruction précise du magistrat, donnée normalement à un juge déterminé et que les plaideurs acceptent dans la *litis contestatio* comme l'instrument définitif de leur litige. Toute modification de cette formule postérieurement à la *litis contestatio* implique que les plaideurs reviennent devant le magistrat et que celui-ci rédige une nouvelle formule, de telle manière que la question se pose tout naturellement de savoir s'il ne faut pas une adhésion des plaideurs aux modifications de la formule dans la forme d'une nouvelle *litis contestatio.* L'aggravation résulte encore de l'extension de l'effet extinctif de la *litis contestatio* aux *judicia imperio continentia.* Enfin, la faculté presque absolue de plaider par procureur entraîna une augmentation considérable des cas de *translatio judicii.* Par contre, l'existence incontestée de l'*in integrum restitutio* fournissait au magistrat, le cas échéant, le moyen de rescinder le procès ancien pour permettre le renouvellement du procès dans les conditions nouvelles qui nécessitaient la *translatio judicii.* Le problème acquiert ainsi pour cette période une complexité qui le rend particulièrement intéressant. Si nous ajoutons que les sources nous fournissent désormais un certain nombre d'informations directes sur la *translatio judicii,* nous comprendrons que les rares romanistes qui se sont occupés de la question aient tous plus ou moins rigoureusement limité

prouver que la conception logique qui préconisait l'incapacité de la femme pubère *sui juris* dans les *judicia legitima* a triomphé.

leurs investigations à la procédure formulaire. Même dans ce domaine restreint la question n'avait jusqu'à ces derniers temps fait l'objet d'aucune recherche méthodique et d'aucune étude d'ensemble. Nous devons donc savoir gré à M. Koschaker d'avoir pris ce sujet comme thème d'une monographie qui lui fait le plus grand honneur[1]. Tous ceux qui, comme moi, auront un commerce prolongé avec son livre y loueront la complète maîtrise des sources, la connaissance parfaite de la littérature juridique, la grande habileté déployée dans la critique et l'interprétation des textes, la netteté du plan et la vigueur soutenue des discussions.

Et cependant, quels que soient les mérites de cette œuvre, nous croyons pouvoir, sans présomption, reprendre utilement le problème de la *translatio judicii* dans la procédure formulaire. Les résultats acquis par notre distingué collègue nous ont permis de pousser nos investigations plus avant et de donner à cette question une réponse vraiment neuve. Et si d'aucuns estiment que la solution que nous proposons est exacte, ils voudront bien ne pas oublier la part qui revient à nos devanciers dans l'élaboration de notre théorie et se rappeler que, dans l'immense labeur de la recherche scientifique, le mérite principal de plus d'un inventeur a été de poursuivre, à l'heure convenable, la solution d'un problème déjà vieux.

[1] *Translatio Judicii. Eine Studie zum römischen Civilprozess,* Graz, Leuschner et Lubensky, 1905, 8°, XI-332 p.

CHAPITRE I.

HISTORIQUE DE LA QUESTION.

L'opinion qui a été longtemps dominante et qu'on retrouve encore de nos jours[1] distingue, parmi les modifications de formule qui deviennent nécessaires après la *litis contestatio,* celles qui concernent un élément réel du procès, comme la correction de l'*intentio* ou de la *condemnatio* ou l'insertion d'une exception, et celles qui sont relatives à un élément personnel du litige : parties ou juges; les premières nécessitent une *in integrum restitutio;* les secondes ne donnent lieu qu'à une *translatio judicii* opérée d'autorité par le magistrat après *cognitio causae* au moyen d'une substitution de nom dans la formule. Les partisans de cette opinion reconnaissent expressément ou implicitement que le transfert du *judicium* n'est qu'un incident de procédure qui ne rompt pas l'unité du procès; aucun ne se demande comment le magistrat peut corriger la formule sans le concours de volonté des plaideurs.

Le premier, M. Eisele, émit une opinion discordante en affirmant que la *translatio judicii* s'opère toujours par voie d'*in integrum restitutio*[2]. Sa conjecture a pour base une sagace interprétation d'une scolie des Basiliques, 8, 2, 94. A cet endroit, le scoliaste Thalélée, commentant une constitution de Dioclétien et de Maximien[3], d'après laquelle il n'y a pas à distinguer le *procurator* qui a été constitué dès le début du litige et celui auquel le procès n'a été transféré qu'après la *litis contestatio,* remarque qu'il n'en était pas ainsi à une époque plus ancienne, « car,

[1] Bethmann-Hollweg. *Röm. Civilprozess,* 2, p. 451 et suiv.; Keller-Wach, *Röm. Civilprozess,* § 68; Accarias, *Précis de droit romain,* 2, n° 765; Cuq, *Institut. juridiq.,* 2, p. 755-756; *Girard, Manuel*[4], p. 1005-1006.

[2] *Z. S. St.,* t. II (1881), p. 138-140.

[3] *C. J.,* 2, 12 [13], 20.

jadis, le procès était exercé en termes différents, lorsque le *procurator* n'était donné qu'après la *litis contestatio*[1] », ce qui, d'après le contexte, signifie que les termes du procès étaient dans ce cas différents de ceux qui étaient employés, lorsque la constitution du *procurator* avait eu lieu avant la *litis contestatio.* Cette allusion rétrospective de Thalélée s'explique aisément suivant M. Eisele. Lorsque le *procurator* n'est substitué dans le procès qu'après le *judicium accipere,* le droit est déjà déduit en justice, et la délivrance d'une nouvelle formule avec remplacement dans la *condemnatio* du nom du *dominus* par celui du *procurator* n'est possible qu'à la condition de rescinder l'effet extinctif de la précédente *litis contestatio.* Une *in integrum restitutio* est nécessaire dans ce but; elle donne lieu, lorsque la déduction en justice a éteint le droit *ipso jure,* à l'octroi d'une formule contenant la fiction que le procès n'a pas encore eu lieu « *ac si de ea re actum non esset* ». Lorsque le *procurator* intervient dès le début du procès, la *condemnatio* est immédiatement rédigée à son nom, aucune fiction ne se rencontre dans la formule; de là la différence de termes à laquelle fait allusion Thalélée. La remarque du scoliaste n'est d'ailleurs qu'accidentelle; il est, en outre, possible qu'elle ne nous ait pas été transmise intégralement. Rien de surprenant dès lors que la scolie, telle qu'elle nous est parvenue, ne signale pas que la *translatio judicii* du *dominus* au *procurator* n'entraînait jadis aucun changement des termes de la formule lorsque la *litis contestatio* ne produisait son effet extinctif qu'*exceptionis ope,* parce que l'*in integrum restitutio* conduisait uniquement ici à un refus de l'*exceptio rei in judicium deductae.* Rien d'étonnant non plus à ce que cette scolie ne nous renseigne pas sur le procédé de *translatio judicii* dans les autres hypothèses. M. Eisele estime que le moyen de l'*in integrum restitutio* devait être généralement

[1] *Basiliq.,* ed. Heimbach, 1,413 : τὸ γὰρ παλαιὸν ἑτέροις ῥήμασιν ἐκινεῖτο τὸ δικαστήριον, ὅτε τις μετὰ προκάταρξιν δέδωκε προκουράτωρα.

utilisé; il l'affirme du moins expressément pour le cas de transmission du procès aux héritiers [1].

M. Wlassak [2], dans une allusion rapide qu'il fait à la question au cours de son histoire de la représentation judiciaire par *cognitor,* admet avec M. Eisele que la *translatio judicii* requiert une nouvelle *litis contestatio* portant sur la formule modifiée. Il est amené à cette conjecture par sa théorie sur la nature contractuelle de la *litis contestatio.* Cette dernière n'est, selon lui, qu'un contrat formel par lequel les plaideurs manifestent leur volonté concordante de plaider suivant les termes de la formule qu'ils ont élaborée avec le concours du magistrat; l'un des éléments de cette formule doit-il être ultérieurement changé, un nouvel accord de volontés, donc une nouvelle *litis contestatio* est nécessaire. Mais M. Wlassak ne précise pas si cette nouvelle liaison d'instance implique une *in integrum restitutio* antérieure, il se contente de remarquer avec une vue très exacte des choses, mais sans trancher la question, qu'il serait important de rechercher « si les Romains admettaient que les deux procès ne formaient qu'un seul rapport juridique et comment ils arrivaient à cette conception [3] ».

La réponse fut donnée par M. Sperl [4]; elle fut une contradiction absolue de la thèse de M. Eisele. Le remplaçant qui intervient dans le procès après la *litis contestatio* succède à son prédécesseur dans le rapport juridique ou *judicium* qui résulte de la liaison de l'instance. Une modification de la formule s'impose, mais il n'y a ni nouvelle *litis contestatio,* ni *novum judicium.*

Ces diverses opinions semaient le désaccord là où régnait ja-

[1] Il convient toutefois de noter ici que M. Eisele, dans son ouvrage *Cognitur und Procuratur,* paru également en 1881, reconnaît, p. 106-107, au moins en ce qui concerne les relations du *dominus* et du *cognitor,* que « la *translatio judicii* ne fait que produire une succession dans le procès ». Cet auteur n'a toutefois pas pris soin de nous indiquer la conciliation entre cette affirmation et sa note de la *Z. S. St.* sur la *translatio judicii.*

[2] *Zur Geschichte der Kognitur* (1893), p. 40-41.

[3] *Loc. cit.,* p. 41, n. 11.

[4] *Succession in den Prozess,* Erste Hälfte (1895), p. 12-54

dis la plus parfaite harmonie. M. Koschaker [1] entreprit de rétablir l'entente dans le camp des romanistes. Constatant que le problème de la *translatio judicii* n'avait été jusqu'ici que sommairement traité ou envisagé seulement sous certaines de ses faces, il eut la louable initiative de l'embrasser dans son ensemble et d'en faire un examen approfondi. Sa savante étude semble avoir rallié de nombreux suffrages et mérite, à raison de son importance et en vue des discussions qui seront ici entreprises, d'être résumée avec quelque ampleur.

Dès le début [2], M. Koschaker fixe le point de vue général auquel il va se placer pour examiner les diverses hypothèses et déterminer ainsi le criterium de solution qu'il adopte. Prenant immédiatement et nettement parti dans la question posée par M. Wlassak de savoir s'il peut y avoir unité de procès malgré la dualité de *litis contestatio,* il pose en termes absolus le principe que tout *judicium accipere* nouveau donne nécessairement naissance à un nouveau rapport juridique. Cette affirmation est, peut-on dire, la pierre fondamentale de toute la thèse construite par M. Koschaker. Pour déterminer dans le silence des sources le procédé de réalisation de la *translatio judicii,* il suffira, selon lui, de rechercher l'effet produit par celle-ci sur le rapport juridique né de la *litis contestatio* antérieure. Si postérieurement à la *translatio judicii* le procès a pour base le même rapport juridique que précédemment, c'est-à-dire s'il porte sur l'*eadem obligatio* et si les Romains considèrent qu'il y a *idem judicium,* nous avons dans ces faits la preuve que la nouvelle personne a pris dans le rapport juridique résultant de la *litis contestatio* la place occupée par son prédécesseur et qu'il y a eu ainsi succession dans le procès. Si, au contraire, les Romains traitent postérieurement à la *translatio judicii* le procès comme portant sur une *nova obligatio* et comme constituant un *novum judicium,* nous pouvons en conclure qu'il n'y a pas succession dans le

[1] *Translatio judicii,* 1905.

[2] *Loc. cit.,* p. 11-12.

procès et qu'il y a une nouvelle *litis contestatio* fondant un nouveau rapport juridique. Mais, comme la première *litis contestatio* a éteint le droit déduit en justice, une nouvelle liaison d'instance sur le fondement du même droit n'est possible qu'en vertu d'une *in integrum restitutio* rescindant l'effet extinctif de la *litis contestatio*. C'est dans ce cas seulement que la conjecture d'Eisele est exacte et qu'il faut admettre avec lui soit la délivrance d'une nouvelle formule avec la fiction *ac si de ea re actum non esset*, soit le refus dans la nouvelle instance de l'exception *rei in judicium deductae*, suivant que la première *litis contestatio* a produit son effet extinctif *ipso jure* ou *exceptionis ope*.

M. Koschaker remarque tout d'abord [1] que l'expression *translatio judicii* n'implique pas, selon lui, que l'ancien *judicium* soit l'objet même du transfert en ce sens que le procès transféré est identique à celui qui a été primitivement engagé. L'expression doit être prise dans une acception large qui lui permette d'embrasser tout déplacement de procès sur une nouvelle personne, quel que soit le procédé employé pour atteindre ce résultat [2]. Il

[1] *Loc. cit.*, p. 14-18.

[2] Il n'est peut-être pas sans intérêt de grouper ici dans un tableau d'ensemble les divers procédés de transfert de procès que M. Koschaker s'efforce de déterminer à propos de chaque hypothèse. Ces divers moyens peuvent se ramener aux trois types généraux suivants : ou bien le transfert du procès est opéré d'autorité par le magistrat sans nouvelle *litis contestatio* des plaideurs, en sorte que l'ancien *judicium* persiste (*translatio judicii cognitoria* et dans le dernier état du droit classique *translatio judicii procuratoria ; translatio judicii* sur héritiers ; *mutatio judicis* qui, pour M. Koschaker, n'est pas un véritable cas de *translatio judicii*) ; ou bien le procès ancien est rescindé par voie d'*in integrum restitutio* et déduit dans un *novum judicium* par une nouvelle *litis contestatio* (*translatio judicii procuratoria* au début ; de même, lorsque le changement d'un élément personnel provoque changement des éléments de fond, par exemple l'insertion d'une *exceptio cognitoria*, et dans quelques hypothèses particulières, comme dans certains transferts d'action noxale : Koschaker, *loc. cit.*, p. 214-220) ; ou bien le transfert du procès donne lieu à la création d'un *novum judicium* par une nouvelle *litis contestatio*, sans qu'une *in integrum restitutio* préalable ait eu lieu, soit que le procès constitue une *res* différente de celle qui a été déduite en justice (par exemple, lorsque le *dominus* veut, dans la première période du droit classique, se substituer à un *procurator* demandeur), soit que le *judicium* antérieur ait été frappé d'une nullité absolue qui le fait considérer comme inexistant (par exemple, lorsqu'une action noxale intentée contre le

faut donc faire abstraction des termes employés et s'attacher dans chaque hypothèse aux règles de fond.

L'auteur choisit pour la première application de son procédé de recherche la matière de la représentation judiciaire (chap. I). Son choix se justifie non seulement par ce fait que les hypothèses de *translatio judicii* y sont nombreuses [1], mais encore et surtout parce que c'est dans ce domaine que les renseignements des sources relatifs à la *translatio judicii* sont le plus abondants. Ce terrain est ainsi favorable à une première expérimentation et à l'acquisition de résultats susceptibles d'être utilisés dans l'examen des autres cas de *translatio judicii*.

Or, en cette matière M. Koschaker découvre immédiatement dans les sources la trace d'une opposition très nette entre la *translatio judicii* dans les rapports du *dominus* et du *cognitor*, que pour la commodité du langage nous appellerons la *translatio judicii cognitoria*, et la *translatio judicii* dans les rapports du *dominus* et du *procurator*, que nous désignerons pour la même raison sous le nom de *translatio judicii procuratoria*. L'*album* du préteur contient en effet un édit *de cognitore mutando vel abdicando* par lequel ce magistrat promet de permettre, après *cognitio causae*, le transfert du *judicium* du *cognitor* à un autre *cognitor* ou au *dominus* [2], tandis que la codification de Salvius Julien ne contient pas, d'après une démonstration de

possesseur d'un esclave doit être transférée sur le coupable lui-même, parce que celui-ci a été *durante lite* reconnu homme libre dans une *causa liberalis*).

[1] Il y a notamment lieu à *translatio judicii* dans trois cas : 1° lorsque le *dominus*, qui a fait personnellement *litis contestatio*, se substitue *pendente lite* un représentant ; 2° lorsque celui qui a été représenté dans la *litis contestatio* veut changer son représentant ou prendre lui-même la conduite du procès ; 3° lorsque le représentant, qui est devenu *dominus litis* par la *litis contestatio*, se substitue un autre représentant. Les rapports des personnes en tutelle et en curatelle avec leurs tuteurs et curateurs ont encore donné lieu à une autre application de la *translatio judicii* le jour où à la fin de la tutelle et de la curatelle les procès engagés par les représentants ou contre eux ont été transportés sur les représentés.

[2] *Fr. Vat.*, 341. Nous retrouverons plus loin ce texte et les discussions auxquelles il donne lieu.

M. Lenel[1] que M. Koschaker adopte avec raison, de disposition analogue pour la *translatio judicii procuratoria.*

Cette lacune de l'Edit Perpétuel s'explique très naturellement, suivant l'opinion de M. Lenel, qu'accepte également M. Koschaker, par ce fait que le besoin d'un édit *de procuratore mutando vel abdicando* ne s'était pas encore fait sentir à l'époque d'Hadrien. « La sentence rendue pour et contre le simple *procurator,* nous dit le savant restaurateur de l'Edit, est sans effet au regard du *dominus;* si celui-ci avait des critiques fondées à formuler contre la manière dont le *procurator* avait conduit le procès, il pouvait les faire valoir sans *translatio judicii* soit immédiatement, soit plus tard en intentant un nouveau procès contre son adversaire; et si le *procurator* cherchait par l'*actio mandati* ou l'*actio negotiorum gestorum* à se décharger des conséquences du procès sur le *dominus,* ce dernier avait encore maintenant tout le temps de produire ses objections[2]. » Ce fut seulement après Hadrien que l'édit de *cognitore mutando vel abdicando* fut étendu par voie d'analogie au *procurator.*

Pour M. Lenel, ce progrès est déjà réalisé à l'époque des Sévères, comme le prouverait un texte d'Ulpien, *D.,* 3, 3, 27, *pr.,* d'après lequel la *translatio judicii,* sans être nécessaire, est possible, lorsque la *litis contestatio* a été faite par un demandeur sans mandat, donc par un simple *procurator.* M. Koschaker[3] soutient, au contraire, que l'extension n'a pas encore été faite au temps d'Ulpien, car *D.,* 3, 3, 27, *pr.* est interpolé et ne vise dans sa rédaction primitive que le *cognitor;* l'application au *procurator* des règles de l'édit *de cognitore mutando vel abdicando* n'aurait eu lieu qu'au cours du IIIe siècle, ainsi que l'attestent une constitution de Dioclétien et de Maximien de l'an 294 (*C. J.,* 2, 12 (13), 20) et une constitution de Constantin de l'an 319 (*C. J.,* 2, 12 (13), 22), qui toutes deux impliquent que la réforme

[1] *Edictum*[2], p. 87-88.
[2] *Edictum*[2], p. 87-88.
[3] *Loc. cit.,* p. 46-52; p. 113-117.

a déjà été réalisée. Les Romains n'avaient toutefois pas attendu ce moment pour opérer des transferts de procès d'un *procurator* à un autre *procurator* ou au *dominus;* l'usage de la *translatio judicii* dans des hypothèses de ce genre nous est déjà attesté dès l'époque antérieure par des textes de Scaevola (*D.,* 46, 8, 5) et de Paul (*D.,* 20, 6, 1, 2). Ces données des textes nous fournissent déjà une preuve indirecte qu'avant l'extension de l'édit de *cognitore mutando vel abdicando* au *procurator* la *translatio judicii* s'opérait différemment suivant qu'il s'agissait d'un *cognitor* ou d'un *procurator.* Reste à déterminer les procédés divergents dont se servaient ici les Romains.

Pour résoudre cette difficulté, M. Koschaker recourt au critérium que nous avons précédemment indiqué et recherche si la *translatio judicii* laisse subsister l'ancien *judicium* ou entraîne la formation d'un nouveau *judicium.* Son enquête le conduit à cette conclusion que la *translatio cognitoria* n'affecte en aucune façon l'unité du procès, tandis que la *translatio procuratoria* provoque la création d'un *novum judicium.*

Sa démonstration vise d'abord la *translatio procuratoria*[1]. La première hypothèse qu'il envisage est celle où la *litis contestatio* a été faite par un *procurator* jouant le rôle de défendeur. Un texte de Paul, *l.* 5 *ad Plaut.* (*D.,* 17, 1, 45, 1), qui s'occupe expressément de ce cas, nous apprend que si ce *procurator* est un mandataire, il peut, à condition d'invoquer une juste cause, exiger par l'*actio mandati contraria* que le mandant le libère en transférant sur sa personne le *judicium* accepté par le mandataire. Il n'est pas douteux que si le *procurator,* au lieu d'être un mandataire, était un simple gérant d'affaires, il avait, le cas échéant, la faculté d'exercer un droit analogue par voie d'*actio negotiorum gestorum contraria.* Or, il y aurait dans ces deux cas des preuves très nettes que la *translatio judicii* donne lieu à une nouvelle *litis contestatio* qui crée un *novum judicium* et qu'elle

[1] *Loc. cit.,* p. 53 et suiv.

réclame par conséquent une *in integrum restitutio.* Ces preuves seraient de deux sortes. Il serait tout d'abord avéré que cette *translatio judicii* exige pour sa réalisation la manifestation de la part du demandeur et du *dominus* de leurs volontés concordantes de plaider avec la formule modifiée, ce qui constitue de leur part une nouvelle *litis contestatio.* La nécessité du consentement du demandeur pourrait être établie par un argument d'analogie tiré de la théorie de la novation et confirmé par des considérations d'utilité pratique. La *litis contestatio* a fait naître au profit du demandeur contre le *procurator* une créance conditionnelle au montant de la condamnation pécuniaire; la *translatio judicii* équivaut pour lui à une novation par changement de débiteur. Or, celle-ci n'est possible qu'autant que le créancier y coopère; il en est ainsi même lorsqu'il s'agit de substituer dans la dette le représenté au représentant (*D.,* 17, 1, 45, 2). La même règle doit s'appliquer à la *translatio judicii;* car celle-ci peut non seulement substituer un *dominus* insolvable à un *procurator* solvable ou dont la solvabilité est tout au moins garantie par la *cautio judicatum solvi,* mais elle peut encore priver le demandeur d'effets précieux produits par la première *litis contestatio.* Le consentement du *dominus* est aussi indispensable, car on peut induire de *D.,* 17, 1, 45, 1 que le seul droit du *procurator,* en cas de refus du *dominus* de coopérer à la *translatio judicii,* est d'obtenir la condamnation pécuniaire de ce dernier par l'action *mandati contraria* ou *negotiorum gestorum contraria.* Ce concours de volontés du demandeur et du *dominus* sur les conditions actuelles du procès n'est pas autre chose qu'une nouvelle *litis contestatio.* Cette première preuve serait, au dire de M. Koschaker, confirmée par une seconde encore plus directe que nous fournit Papinien, *l.* 11 *respons.* (*D.,* 20, 6, 1, 2). A cet endroit, le jurisconsulte romain suppose que le défenseur d'un absent a fourni une *satisdatio judicatum solvi* et que le *judicium* a été ultérieurement transféré au *dominus;* il décide qu'en pareil cas les *sponsores* de la *cautio judicatum solvi* sont libérés. La cause de cette extinction de leur obligation réside, d'après

notre savant collègue, dans ce que la *translatio judicii* fait ici du procès un *novum judicium,* une *alia res.* La *cautio judicatum solvi* est, en effet, inefficace lorsque le *judicium* constitué n'est pas celui pour lequel la stipulation a été conclue [1]. Ce texte fournirait donc un nouvel et décisif argument pour soutenir que la *translatio procuratoria* requiert une *in integrum restitutio* qui permette aux plaideurs de faire une nouvelle *litis contestatio* sur une *res* qui a déjà été *acta.*

Toute l'argumentation qui précède vise le cas où la *translatio judicii* doit avoir lieu du *procurator* défendeur au *dominus;* un raisonnement analogue peut être fait lorsque le *dominus,* qui a fait personnellement *litis contestatio,* veut se substituer après coup un *procurator* [2]; le consentement du demandeur est requis pour les mêmes raisons que dans l'hypothèse précédente et l'adhésion du *procurator* à la formule modifiée n'est pas moins indispensable. Ici encore la *translatio judicii* réclame une nouvelle *litis contestatio* et ne peut s'opérer que par voie d'*in integrum restitutio.*

Dans ces diverses hypothèses la *translatio judicii* suppose que les trois intéressés, le demandeur, l'ancien [3] et le nouveau défendeur comparaissent devant le magistrat et demandent d'un commun accord le transfert du procès. Le préteur examine s'il y a une *justa causa translationis* et, en cas d'affirmative, accorde l'*in integrum restitutio.* Dans ce but, il interdit au juge précédemment nommé de statuer et donne une formule modifiée de telle façon que le nom du défendeur remplace dans la *condemnatio* celui de son prédécesseur et que l'*intentio* contienne, en cas d'extinction *ipso jure* du droit d'agir en justice, rescision de

---

[1] *D.,* 46, 7, 13, 1; 5, 1, 64, 1.

[2] Koschaker, *loc. cit.,* p. 61, n. 3.

[3] La comparution de l'ancien défendeur dans cette instance est nécessaire parce qu'il peut avoir de justes motifs de s'opposer à la *translatio judicii,* par exemple, s'il est *procurator in rem suam,* si le demandeur ne veut pas le décharger de tous les engagements qu'il a pris comme *procurator litis,* s'il est le *dominus* lui-même.

l'ancienne *litis contestatio* au moyen de la fiction *ac si de ea re actum non esset,* déjà proposée par M. Eisele. Le demandeur et le nouveau défendeur manifestent dans une nouvelle *litis contestatio* la volonté de plaider au moyen de la nouvelle formule; le magistrat ne peut pas opérer d'autorité, à l'encontre de leur volonté, le transfert du procès; il n'aurait même pas normalement le moyen de les contraindre à faire *litis contestatio.* Si le demandeur refuse de prêter son concours à la nouvelle instance, le *procurator* n'a pas d'autre ressource que de faire au *dominus* une *translatio cognitoria,* qui, comme nous allons le voir, peut être imposée par le magistrat. Si c'est au contraire le *dominus* qui refuse d'accepter le *judicium,* le *procurator* n'a que le droit de faire condamner le représenté à des dommages et intérêts par l'*actio mandati contraria* ou par l'*actio negotiorum gestorum contraria.*

M. Koschaker examine ensuite l'hypothèse où la *translatio judicii* a lieu du côté du demandeur. Si celui-ci est un *procurator,* il peut par l'action *mandati contraria* ou *negotiorum gestorum contraria*[1] demander au *dominus* de ratifier le procès ou de se substituer à lui. Une *translatio judicii* peut avoir lieu ici dans les mêmes conditions que lorsqu'elle est réclamée par le *procurator* défendeur, c'est-à-dire par voie d'*in integrum restitutio.* Toutefois le *dominus* doit se servir ici normalement d'un autre procédé moins compliqué, que M. Koschaker considère également comme un moyen de *translatio judicii.* Ce procédé consiste pour le *dominus,* dont le droit n'a pas été déduit en justice par le *procurator,* à exercer sa propre action tout en demandant au magistrat de paralyser le *judicium* du *procurator* par la défense de statuer faite au juge de ce procès : le *judicium translatum* constitue également ici un nouveau procès, mais est possible sans *in integrum restitutio* préalable. Celle-ci n'est indispensable qu'autant que la *litis contestatio* faite par le *procurator* a

[1] Arg. *D.*, 17, 1, 45, 1.

éteint le droit du *dominus,* ce qui a lieu lorsque celui-ci a ratifié le procès, ou, du moins pour l'époque postérieure à Gaius, lorsqu'il a donné mandat au *procurator* d'exercer l'action. Le procédé de l'*in integrum restitutio* s'impose pour la même raison lorsque le *dominus,* après avoir fait personnellement *litis contestatio,* veut transférer le procès à un *procurator;* il faut ici une nouvelle *litis contestatio* qui n'est possible qu'après rescision de l'ancienne.

Telle que nous venons de la décrire d'après M. Koschaker la *translatio procuratoria* était peu pratique. L'*in integrum restitutio* qu'elle nécessitait normalement entraînait la rescision du premier *judicium* avec les effets qui s'y rattachaient et l'exigence d'une nouvelle *litis contestatio* faisait dépendre le transfert du procès d'un accord de volontés des plaideurs. Ce double inconvénient ne se rencontrait pas, selon lui, dans la *translatio cognitoria*[1] grâce à la disposition de l'édit de *cognitore mutando vel abdicando.*

Un texte d'Ulpien, *l.* 9 *ad ed.* (*D.*, 3, 3, 27, *pr.;* § 1), fournirait, d'après M. Koschaker, un double argument pour établir que la *translatio cognitoria* laisse subsister l'unité du *judicium.* Ce texte s'occupe du transfert du procès *ex parte actoris* et ne parle dans sa rédaction actuelle que du *procurator;* il appartient, suivant la conjecture de M. Lenel, à la partie de l'œuvre d'Ulpien où ce jurisconsulte commentait l'édit *de cognitore mutando vel abdicando* et visait principalement dans sa rédaction primitive le *cognitor;* il concernerait exclusivement ce dernier d'après M. Koschaker. Or, le § 1 prouve que la *cautio judicatum solvi* reste valable, que le procès soit transféré d'un *dominus* à un *cognitor,* ou d'un *cognitor* au *dominus* ou à un autre *cognitor.* Rapproché du texte de Papinien (*D.*, 20, 6, 1, 2), qui déclare la *cautio judicatum solvi* caduque, lorsque le procès est transféré d'un *procurator* au *dominus,* ce texte ferait ressortir avec une netteté toute particulière l'antithèse qui existerait entre la *trans-*

[1] Koschaker, *loc. cit.*, p. 72 et suiv.

latio procuratoria et la *translatio cognitoria :* la première anéantirait le *judicium* antérieur, celle-ci la laisserait subsister avec tous ces effets. Le *pr.* de cette loi fournirait un second argument du même genre. Il nous montrerait que le magistrat n'accordait la *translatio cognitoria* qu'autant que le plaideur qui devait être substitué au *cognitor* était décidé à se charger du procès et de tous ses accessoires (*omnia judicii*), ce qui s'applique tout particulièrement, semble-t-il, aux *sponsiones* et aux *restipulationes,* et prouverait précisément que ces stipulations gardaient toute leur valeur malgré cette *translatio judicii.*

La *translatio cognitoria* présentait encore, d'après M. Koschaker, un second avantage sur la *translatio procuratoria;* elle ne requérait pas au même degré que cette dernière le concours de volontés des parties et pouvait toujours être réalisée d'autorité par le magistrat. L'auteur examine ici les diverses hypothèses susceptibles de se présenter en pratique et détermine pour chacune d'elles, en se servant des textes qui éventuellement les concernent, dans quelle mesure le consentement des plaideurs était requis pour ce transfert de procès et quels étaient les moyens de contrainte dont disposait ici le magistrat. Ces détails peuvent être ici négligés; il suffit de relever que, selon M. Koschaker, le magistrat, conformément à l'édit *de cognitore mutando vel abdicando,* recherchait dans une *cognitio causae* si la cause de transfert était fondée et, en cas d'affirmative, opérait d'autorité et directement la correction de formule rendue nécessaire par le changement de personne. Aucune nouvelle *litis contestatio* n'avait lieu; le consentement des parties n'était, en principe, requis que dans la mesure où il était nécessaire pour une *datio cognitoris* ou pour la conclusion et le transfert des cautions de procédure. Tout au plus la délivrance de la nouvelle formule a-t-elle pu donner lieu à un *edere* et à un *accipere judicium* de la part des plaideurs; mais ces actes ne constituaient pas une *litis contestatio,* ils ne formaient qu'un contrat de translation *sui generis* qui laissait subsister l'unité de procès [1].

[1] Koschaker, *loc. cit.*, p. 85.

Ainsi organisée, la *translatio cognitoria* est d'une réalisation très commode et l'on conçoit aisément que les jurisconsultes romains aient, au cours du troisième siècle, lorsque l'institution du *procurator* prit une grande extension, transporté à cette dernière les règles formulées par l'édit *de cognitore mutando vel abdicando.*

Pour terminer l'exposé de la *translatio judicii* dans le domaine de la représentation judiciaire, M. Koschaker examine [1] les rapports des incapables, notamment des impubères et des mineurs de vingt-cinq ans, avec leurs représentants légaux : tuteurs et curateurs. Pendant la tutelle ou la curatelle, le procès peut être intenté soit par l'incapable avec l'*auctoritas tutoris* ou le *consensus curatoris,* soit par le représentant légal agissant comme *negotiorum gestor* du pupille. L'incapable et son représentant peuvent, au cours du procès, se substituer un *cognitor* ou un *procurator* et notamment opérer par cette voie un transfert de *judicium* l'un au regard de l'autre; ils n'auront qu'à suivre en pareil cas les règles qui ont été indiquées plus haut pour la *translatio cognitoria* et la *translatio procuratoria.* La question ne se présente sous un jour nouveau et digne de retenir l'attention que pour les *lites contestatae* par le représentant dans l'intérêt de l'incapable et encore pendantes lorsque prend fin la tutelle ou la curatelle. Suivant notre auteur, la *translatio judicii* ne put primitivement avoir lieu dans ce cas que par voie d'*in integrum restitutio* au moyen d'une nouvelle *litis contestatio,* parce que les tuteurs et les curateurs n'étaient traités que comme des *procuratores* de leurs protégés. Cela fut modifié par une règle de droit positif, nettement formulée par Justinien [2], mais remontant au moins au temps d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle [3], d'après laquelle les actions qui compétaient aux tu-

[1] *Loc. cit.*, p. 150 et suiv.

[2] *C. J.*, 5, 37, 26, 3.

[3] *Basilq.*, 38, 9, 39 ; *C. J.*, 5, 39, 1 (Antonin Caracalla) ; *D.*, 2, 11, 15 (Papinien) ; *D.*, 26, 7, 39, 12 (Papinien) ; *D.*, 26, 7, 2, *pr.* (Ulpien) ; *D.*, 26, 7, 28, *pr.* (Marcellus).

teurs et aux curateurs ou contre eux étaient à la fin de la tutelle ou de la curatelle données à leurs protégés ou contre eux. Cette règle dut conduire pour les *lites contestatae* encore pendantes à la fin de la tutelle ou de la curatelle à des *translationes judicii* sur les pupilles. Les Romains ont pu, suivant M. Koschaker, songer pour réaliser ces transferts à un double procédé : ou bien donner aux pupilles ou contre eux une action utile en défendant au juge nommé par la précédente formule de rendre une sentence; ou bien permettre au magistrat de modifier directement la formule sans *in integrum restitutio* et sans nouvelle *litis contestatio* de manière à maintenir l'unité du *judicium,* comme au cas de *translatio cognitoria.* Cet auteur incline à penser que les Romains ont dû préférer ce second procédé et que le progrès a consisté ici à étendre à cette hypothèse les règles de l'édit *de cognitore mutando vel abdicando.*

Après avoir ainsi déterminé les procédés de *translatio judicii* qui, selon lui, sont usités en matière de représentation judiciaire, M. Koschaker consacre un chapitre II[1] à l'examen de plusieurs hypothèses de *translatio judicii,* tout à fait spéciales au droit romain et que les textes signalent accidentellement par de brèves allusions. Toutes ces hypothèses présentent ce caractère commun qu'elles supposent l'existence actuelle ou passée d'un lien de subordination entre les personnes qui se remplacent dans le procès. Elles se rencontrent :

1° Au cas de transfert *de peculio et de in rem verso* sur le *paterfamilias* de l'action *ex delicto* qui a été primitivement engagée contre le fils de famille coupable, lorsque celui-ci meurt *pendente lite;*

2° Au cas où l'on transporte sur l'ancien *statuliber,* sur l'esclave affranchi en vertu d'un fidéicommis ou sur le légataire qui a acquis la propriété de l'esclave en vertu d'un legs *per vindicationem* conditionnel, le *judicium* qui a été accepté *noxaliter* par l'héritier, soit *pendente conditione,* soit avant l'exécution du fidéicommis;

[1] *Loc. cit.*, p. 171-238

3° Au cas où le *judicium* accepté *noxaliter* par le possesseur d'un coupable doit être transféré sur le délinquant lui-même parce que celui-ci a été reconnu homme libre dans une *causa liberalis* pendant la durée du procès noxal;

4° Lorsque l'*actio injuriarum* intentée *nomine filii* par le *paterfamilias* doit pour une raison quelconque être transportée *pendente lite* sur le fils de famille lui-même;

5° Dans les divers cas de *translatio judicii* provoqués par la *capitis deminutio.*

A vrai dire, l'étude des sources ne fournit ici aucune donnée positive pour la solution du problème de la *translatio judicii,* mais l'examen de ces diverses hypothèses fournit à M. Koschaker l'occasion d'appliquer et de vérifier par l'expérimentation les conjectures qu'il a formulées en matière de représentation judiciaire. Ces discussions, intéressantes en elles-mêmes, ne doivent pas nous retenir au moment où nous exposons les grandes lignes de l'œuvre de cet auteur. Nous les retrouverons plus tard, lorsque nous aborderons nous-même l'examen de ces hypothèses. Enregistrons seulement ici la conclusion de M. Koschaker, d'après laquelle la *translatio judicii* provoquerait ordinairement dans ces divers cas la formation d'un *novum judicium*[1], et notons également que dans l'hypothèse où le *judicium* accepté *noxaliter* par le possesseur du délinquant doit être transporté sur le coupable parce que celui-ci a été, *pendente lite,* reconnu personne libre dans une *causa liberalis,* cet auteur propose un procédé spécial de transfert consistant en ce que le *judicium noxale* est frappé de plein droit d'une nullité absolue par l'effet de la sentence rendue dans la *causa liberalis* et peut ainsi être remplacé, sans *in integrum restitutio* préalable, par un *judicium* nouveau, portant sur l'*eadem quaestio,* mais délivré sans clause noxale contre le délinquant lui-même[2].

[1] *Loc. cit.*, p. 238.
[2] *Loc. cit.*, p. 222 et suiv.

Le chapitre III[1] du livre de M. Koschaker nous ramène à une hypothèse de *translatio judicii* très importante : à celle du transfert des procès sur les héritiers. L'application de l'idée de succession dans le procès est ici naturelle. La *litis contestatio* transforme le droit déduit en justice en une créance condition-nelle au montant de la condamnation pécuniaire. N'est-il pas logique que les héritiers succèdent à cette obligation comme aux autres éléments du patrimoine du défunt? Les textes prouvent l'exactitude de cette conception. Ils nous présentent expressément les héritiers comme succédant au défunt dans le rapport juridique fondé par la *litis contestatio*[2]; ils nous attestent à maintes reprises que les actions qui s'éteignent régulièrement par la mort du demandeur ou par celle du défendeur deviennent transmissibles héréditairement tant au point de vue actif qu'au point de vue passif, lorsqu'elles ont été intentées et conduites jusqu'à la *litis contestatio*[3]; enfin, ils nous affirment que les héritiers du tuteur sont, dans le *judicium tutelae directum,* traités comme le tuteur lui-même, lorsque le *judicium* a été accepté par ce dernier et simplement transféré sur les héritiers, tandis que ceux-ci sont soumis à des règles moins rigoureuses, lorsque le *judicium* est intenté pour la première fois contre eux[4]. Il ne peut être question ici d'une *translatio judicii* par voie d'*in integrum restitutio,* comme le propose M. Eisele, car cette rescision anéantirait les effets de la précédente *litis contestatio,* provoquerait la formation d'un *novum judicium* par une nouvelle *litis contestatio* et serait ainsi la négation de toute succession dans le procès. L'inadmissibilité de toute *in integrum restitutio* dans cette hypothèse apparaît d'une manière particulièrement

[1] *Loc. cit.*, p. 239-305.
[2] *D.*, 5, 1, 34 (Javolénus, *l.* 15 *ex Cassio*) ; *D.*, 3, 2, 14 (Paul, *l.* 5 *ad ed.*) ; *D.*, 27, 7, 8, 1 (Paul, *l.* 9 *respons.*) ; *D.*, 44, 7, 59 [58] (Callistrate, *l.* 1 *edicti monitorii*) et autres textes cités par Koschaker, *loc. cit.*, p. 241, n. 3.
[3] *D.*, 50, 17, 139 (Gaius, *l. ad ed. praet. urb.*) ; *D.*, 44, 7, 26 (Ulpien, *l.* 5 *de censibus*) ; *D.*, 44, 7, 59 [58] (Callistrate, *l.* 1 *ed. monit.*).
[4] V. notamment *D.*, 27, 7, 8 (Paul, *l.* 9 *respons.*).

sensible, lorsqu'on envisage spécialement le cas où la *litis contestatio* faite avec le défunt a éteint *ipso jure* le droit déduit en justice. La fiction *ac si de ea re actum non esset* par laquelle se traduirait ici l'*in integrum restitutio* serait la contradiction des règles que nous avons rapportées plus haut. Comment admettre, par exemple, que les actions intransmissibles héréditairement deviennent transmissibles lorsqu'elles ont donné lieu à une *litis contestatio,* si la formule du *judicium* transféré aux héritiers ordonne au juge d'admettre que la *lis* n'a jamais été *contestata?* Comment expliquer que les héritiers du tuteur soient traités différemment suivant que le *judicium tutelae directum* a déjà été accepté ou non par le tuteur, si, au cas de *translatio judicii,* la formule de cette action prescrit au juge de statuer comme si aucune *litis contestatio* n'avait eu lieu? Il faut donc écarter ici toute idée d'*in integrum restitutio* et admettre sans aucune hésitation que les héritiers succèdent pleinement dans le procès issu de la *litis contestatio.*

M. Koschaker ne peut toutefois pas soutenir ici, comme pour le *cognitor,* que le transfert du procès est opéré d'autorité par le magistrat sans concours de volonté des plaideurs; plusieurs textes nous présentent, en effet, cette opération comme l'œuvre des parties elles-mêmes[1]. Ils nous attestent que le *judicium transferre* est un acte du demandeur auquel le défendeur répond par un *judicium accipere.* Cette terminologie éveille tout naturellement l'idée que ces actes correspondent à l'*edere* et à l'*accipere judicium* de la *litis contestatio.* M. Koschaker ne nie pas la très grande analogie de ces actes avec ceux du *litem contestari,* mais se refuse à y voir une *litis contestatio,* car celle-ci donnerait naissance à un *novum judicium,* ce qui est inconciliable avec l'idée de succession dans le procès. Le *judicium transferre* du demandeur et le *judicium accipere* du défendeur

[1] *D.*, 10, 2, 48; *C. J.*, 5, 53, 4, 1.

constituent simplement un contrat de translation *sui generis* qui laisse subsister l'unité de procès [1].

Dans un quatrième et dernier chapitre [2], M. Koschaker s'occupe de la *mutatio judicis;* c'est la dernière modification possible d'un des éléments personnels du procès. Elle consiste dans un changement total ou partiel du personnel judiciaire postérieurement à la *litis contestatio.* Cette hypothèse est ordinairement classée par les romanistes, à l'instigation d'un texte qui parle expressément ici du *judicium transferre* [3], sous la rubrique *translatio judicii.* Pour M. Koschaker, au contraire, la *mutatio judicis* n'est pas un véritable cas de *translatio judicii.* Il n'y a pas lieu, selon lui, de tenir compte ici d'une expression d'un sens très large et qui a pu être employée occasionnellement sans valeur technique : les textes parlent normalement ici d'*alium judicem sumere, dare* [4], de *judicem subdere* [5], *substituere* [6] et non pas de *judicium transferre.* D'autre part et surtout, le juge n'est pas, pour M. Koschaker, sujet du rapport juridique issu de la *litis contestatio,* son changement n'implique donc pas que le *judicium* soit transféré du juge ancien au nouveau.

Quelle que soit d'ailleurs la terminologie adoptée, que les Romains aient ou non considéré la *mutatio judicis* comme un cas de *translatio judicii,* la question se pose toujours de savoir comment se réalisait, à l'époque de la procédure formulaire, le remplacement du juge ancien par le nouveau.

Ici encore M. Koschaker demande la solution à son critérium

---

[1] Après avoir pris parti sur cette question fondamentale (§ 1), M. Koschaker examine ensuite quelle est la modification de formule nécessitée par la *translatio* du *judicium* sur les héritiers (§ 2) et quelle était la procédure suivie pour réaliser cette *translatio* (§ 3). Il étudie enfin (§ 4) une hypothèse particulière contenue aux *D.*, 46, 1, 33. Nous retrouverons ces diverses questions plus loin quand nous examinerons nous-même le transfert du *judicium* sur les héritiers.

[2] *Loc. cit.*, p. 306-322.

[3] *D.*, 50, 5, 13, 3.

[4] *D.*, 5, 1, 17 ; 32 ; 76 ; *D.*, 27, 7, 6.

[5] *D.*, 5, 1, 60 ; Festus, v° *subditus* (Bruns, *Fontes*[7], II, p. 41) ; Cicéron, *Pro Domo,* 32, 85. Cf. aussi Cic., *Verr.*, I, 12.

[6] *D.*, 46, 7, 20.

habituel et recherche si la *mutatio judicis* laisse subsister ou non l'unité du procès. Les textes et la raison s'accordent pour lui répondre par l'affirmative. Alfenus dit expressément que même si tous les juges d'un tribunal étaient changés, le *judicium* n'en resterait pas moins le même [1] et Paul affirme que le juge qui succède à un juge défunt doit statuer comme l'eût fait ce dernier [2] Ces solutions sont logiques dans la conception adoptée par M. Koschaker et d'après laquelle le juge n'est pas sujet du *judicium* issu de la *litis contestatio;* on comprend aisément que dans un pareil système le changement de juge n'exerce aucune influence sur l'existence du *judicium.*

La *mutatio judicis* ne portant pas atteinte à l'unité du procès, notre savant collègue en déduit cette conclusion que cette modification s'opère sans *in integrum restitutio* et sans nouvelle *litis contestatio.* Il n'ose toutefois pas aller jusqu'à soutenir que la correction de la formule est faite d'autorité par le magistrat sans l'assentiment des plaideurs; la fameuse règle de l'*ordo judiciorum privatorum* si vigoureusement exprimée par Cicéron, *Pro Cluentio,* 43, 120 : *neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset* l'en empêche. La seule chose qui pour lui soit certaine est que cet accord de volontés des plaideurs sur la personne du nouveau juge ne revêt pas la forme d'une *litis contestatio,* car celle-ci donnerait naissance à un *novum judicium.* Toute la difficulté consiste à découvrir un procédé qui concilie la nécessité d'une acceptation du nouveau juge par les parties avec le maintien du *judicium* antérieur. Deux explications lui paraissent possibles entre lesquelles il nous laisse le soin d'opter. L'une d'elles consisterait à admettre, avec M. Lenel, que le choix du juge par les plaideurs et sa nomination par le magistrat avaient lieu dans une audience spéciale postérieure à la *litis contestatio,* de telle

---

[1] *D.*, 5, 1, 76.

[2] *D.*, 5, 1, 60.

façon que le changement de ce juge n'impliquât pas la rescision du contrat judiciaire dont la conclusion aurait été achevée avant la nomination du juge. L'autre, vers laquelle semble incliner plutôt M. Koschaker, se ramènerait à proposer l'insertion dans la formule, après la mention du juge primitivement nommé, de la clause « *quive in ejus locum substitutus erit* », analogue à celle dont l'existence nous est attestée pour la *cautio judicatum solvi*[1] et dont le but serait de provoquer lors de la *litis contestatio* une adhésion anticipée des plaideurs à tout changement ultérieur de juge.

Telles sont succinctement résumées les idées maîtresses de l'œuvre de M. Koschaker. Celles-ci n'ont, à notre connaissance, donné lieu jusqu'à présent qu'à une seule contestation motivée : celle de M. Hugo Krüger[2]. D'après cet auteur, la *translatio* du *judicium* sur un nouveau plaideur provoque toujours la constitution d'un *novum judicium*, sans qu'aucune *in integrum restitutio* préalable soit nécessaire, car, selon lui, toute *mutatio partis* fait du procès une *alia res*. En dehors de cette protestation notable[3], les idées de M. Koschaker ont trouvé un accueil favorable dans le monde des romanistes[4] et peuvent être considérées comme l'expression du dernier état de la science du droit romain en la matière.

Le rapide historique que nous venons de tracer des opinions professées dégage très nettement les termes du problème. Toutes

---

[1] *D.*, 46, 7, 20, qui, M. Koschaker le remarque très justement, p. 314, n. 1, se réfère à la procédure extraordinaire et concerne, par conséquent, la *cautio judicatum solvi*.

[2] *Z. de Grünhut*, t. XXXIII, p. 541-548.

[3] Notons aussi que M. E. Seckel, *Die Haftung de peculio und de in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urteil, Aus Röm. und Bürg. Recht... E.-J. Bekker gewidmet* (1907), p. 365, n. 2, proteste contre l'application de l'*in integrum restitutio* en matière de *translatio judicii*, mais sa démonstration est renvoyée à un travail ultérieur.

[4] V. notamment le compte rendu de M. Wenger, *Z. S. St.*, t. XXVI (1905), p. 524-529, et de M. O. Clerici, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, t. XI (1905), p. 66-68.

les conjectures émises se rattachent à l'une ou à l'autre de ces conceptions : ou bien la *translatio judicii* laisse subsister le *judicium* antérieur et cela prouve, de l'avis unanime, que le magistrat opère de sa propre autorité les corrections de la formule nécessitées par la *mutatio judicis* ou *partis*, sans que les plaideurs aient à accepter ces modifications par une nouvelle *litis contestatio;* ou bien le transfert provoque la formation d'un *novum judicium*, ce qui implique une nouvelle *litis contestatio*, soit à la suite d'une *in integrum restitutio* qui, en rescindant le *judicium* antérieur, rend possible son remplacement par un nouveau, soit, suivant une opinion propre à M. Koschaker, par l'exercice d'une action différente ou par le renouvellement d'une action frappée d'une nullité absolue. Nul ne s'est demandé, suivant l'invitation cependant si judicieuse de M. Wlassak, si les Romains, tout en exigeant une nouvelle *litis contestatio* dans laquelle les plaideurs donnaient leur adhésion aux corrections de la formule, n'avaient pas trouvé un moyen d'assurer l'unité de l'ancien et du nouveau procès. Cette recherche méritait, selon nous, d'être tentée et c'est en réalité une réponse à la question si exactement posée, il y a une quinzaine d'années, par notre savant collègue de l'Université de Vienne que nous nous proposons d'apporter dans le présent travail.

CHAPITRE II.

UNITÉ OU DUALITÉ DE PROCÈS DANS LA « TRANSLATIO JUDICII ».

Cette réponse, il convient de le reconnaître, ne peut pas être demandée à la seule terminologie des sources. Les expressions *translatio judicii, judicium transferre,* qui sont les termes techniques par lesquels les jurisconsultes romains désignent tout transfert de procès postérieur à la *litis contestatio,* incitent tout naturellement à penser que le *judicium* transféré est identique au *judicium* dont le transfert a été demandé; mais elles ne permettent à elles seules de poser aucune affirmation certaine en ce sens. M. Koschaker a indiqué deux justes raisons de douter. La première nous est donnée par un texte d'Ulpien, *l.* 11, *ad ed.*[1], où la *translatio judicii* est accompagnée de l'insertion dans la formule d'une exception. Or, celle-ci, nous le savons, ne peut être introduite dans la formule après la *litis contestatio* qu'au moyen d'une *in integrum restitutio.* Le *judicium* antérieur est donc dans ce cas rescindé et remplacé par un nouveau, ce qui n'empêche pas le jurisconsulte Ulpien de présenter l'opération tout entière comme un *judicium transferre.* L'autre raison est un argument d'analogie tiré de la définition de la novation qui, d'après les jurisconsultes romains, est un transfert d'obligation (*debiti... transfusio atque translatio*)[2], bien qu'en droit classique ce transfert implique toujours extinction de l'obligation antérieure et création d'une nouvelle[3]. Rien ne s'oppose

[1] *D.*, 4, 3, 7, 9 (Ulp. *l.* 11 *ad ed.* — V. Lenel, *Pal.*, Ulp. n° 385) : *si dolo malo procurator* [L. : *cognitor*] *passus sit vincere adversarium meum, ut absolveretur, an de dolo mihi actio adversus eum qui vicit competat, potest quaeri. Et puto non competere,* **si paratus sit reus transferre judicium sub exceptione hac « si collusum est » :** *alioquin de dolo actio erit danda, scilicet si cum procuratore* [L. : *cognitore*] *agi non possit, quia non esset solvendo.*

[2] *D.*, 46, 2, 1 *pr.* (Ulp. *l.* 46 *ad Sab.*). *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio.*

[3] Gaius, 3, 176 : *nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem.*

donc à ce que les jurisconsultes romains aient parlé de *translatio judicii* ou de *judicium transferre,* bien que le *judicium translatum* soit un *novum judicium.* Leur langage n'autorise aucune conclusion immédiate quant au point de savoir si le procès transféré est ou non identique à l'ancien; il est également conciliable avec l'une ou l'autre solution.

Nous pensons toutefois que la terminologie des sources est plus expressive que ne l'admet M. Koschaker et qu'elle permet notamment d'écarter *a priori* un des procédés de *translatio judicii* proposés par cet auteur. Les termes techniques qui sont ici employés prouvent, en effet, que même si le *judicium translatum* constitue un *novum judicium,* il y a transport dans ce dernier de tout ou partie du contenu du *judicium* antérieur, de même que dans la novation il y a transfert dans la nouvelle obligation du contenu de l'ancienne. Cette considération, fondée sur le sens même des mots, exclut toute idée de *translatio judicii,* lorsqu'il y a engagement par un nouveau plaideur d'un procès indépendant, par exemple, lorsque le *dominus,* dont le droit n'a pas été déduit en justice par l'action qu'a intentée un simple *procurator,* exerce une action nouvelle. Celle-ci peut contenir exactement la même prétention que celle qu'a fait valoir le *procurator,* il n'y a pas *translatio judicii,* parce que le *judicium* nouveau n'a pas emprunté son contenu à l'ancien. Un texte, que M. Koschaker a malheureusement négligé dans la construction de sa propre théorie, corrobore expressément ces déductions logiques tirées de la terminologie elle-même. Ce texte, *D.*, 3, 3, 27, *pr.* (Ulpien, *l.* 9 *ad ed.*), vise l'hypothèse que nous venons de signaler et décide que, malgré l'exercice de l'action par le *procurator,* la *translatio judicii* ne sera pas nécessaire, tant que l'intervention du *procurator* n'aura pas été ratifiée par le *dominus,* car celui-ci garde en pareil cas la faculté d'agir lui-même en justice[1]. Il ressort de ce fragment que la *translatio judicii* et

[1] *Ceterum si mandatum non est, cum neque in judicium quicquam deduxerit, nec tu ea comprobasti : quae invito te acta sunt tibi non praejudicant* **ideoque translatio earum litium non est tibi necessaria,** *ne alieno facto onereris.* Cette partie du texte, comme l'a ingénieusement fait remarquer M. Eisele,

l'exercice par le *dominus* d'une action nouvelle sont deux choses distinctes qui s'opposent nettement l'une à l'autre.

Cette preuve n'est pas seulement la condamnation d'un des procédés de *translatio judicii* proposés par M. Koschaker; elle est aussi la contradiction la plus nette de la construction de la *translatio judicii* imaginée par M. Hugo Krüger. Le *judicium translatum* n'est pas un procès absolument nouveau sans *in integrum restitutio* préalable, car l'exercice d'une action nouvelle n'est pas, Ulpien nous le laisse nettement entrevoir, une *translatio judicii*[1].

Le même argument de terminologie, confirmé d'ailleurs par d'autres raisons que nous indiquerons en leur temps, permet d'écarter dès maintenant un autre procédé de *translatio judicii,* imaginé par M. Koschaker dans une hypothèse tout à fait particulière et consistant à considérer le *judicium translatum* comme le renouvellement d'un procès antérieurement organisé, mais frappé depuis d'une nullité absolue dont les effets remontent au début de l'instance. Il n'y a, en effet, en pareil cas, aucun transfert du *judicium* ancien au nouveau et l'emploi de l'expression *translatio judicii* serait ici tout à fait abusif. Nous verrons plus tard que les Romains n'ont pas commis cet abus de langage et nous pouvons ainsi ramener

Cognitur, p. 175, appartient, au moins depuis les mots *cum neque*, à un rescrit impérial qui, d'après M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 51, aurait été transporté à cet endroit par les compilateurs. Il n'en reste pas moins que l'empereur inconnu, dont le rescrit est ici rapporté, distinguait rigoureusement et logiquement la *translatio judicii* et l'exercice d'une action nouvelle par le *dominus*.

[1] Cette réfutation générale suffit à elle seule. Ajoutons ici que la règle dégagée par cet auteur de *D.*, 46, 7, 7 et *D.*, 44, 2, 25, 2, et d'après laquelle toute *mutatio personae* ou toute *mutatio causae personae* fait du procès une *alia res* repose sur une interprétation erronée de ces textes (v. Duquesne, *Contribution à l'étude de la cautio judicatum solvi*, p. 7-9, 25-31 = *Mél. Gérardin*, p. 203-205, 221-227) et est directement et abondamment contredite par des solutions incontestables en matière d'effet extinctif de *litis contestatio* (le demandeur qui a agi par *cognitor* peut-il, sans *in integrum restitutio*, faire une nouvelle *litis contestatio* dans la même affaire? le demandeur qui a ratifié la *litis contestatio* de son *procurator* peut-il agir à nouveau? le demandeur qui a fait *litis contestatio* avec le *dominus*, son *cognitor* ou son *procurator*, peut-il, sans *in integrum restitutio*, renouveler la *litis contestatio* avec toute autre personne sur laquelle le défendeur voudrait transférer le *judicium*? etc...).

les termes du problème à des éléments plus simples et affirmer que tout le débat se ramène à opter entre deux procédés, proposés avant M. Koschaker et admis également par lui : ou bien la *translatio judicii* est opérée directement par le magistrat sans nouvelle *litis contestatio* de la part des plaideurs, et dans ce cas le maintien du *judicium* antérieur est incontestable; ou bien la *translatio judicii* implique une rescision du *judicium* précédent par voie d'*in integrum restitutio* et donne lieu à un nouveau *litem contestari,* auquel cas la question se pose tout naturellement de savoir quel est l'effet de cette *in integrum restitutio* sur le *judicium* déjà constitué.

Après avoir ainsi fixé les termes exacts du problème, examinons les divers indices auxquels on s'est jusqu'ici attaché pour découvrir si la *translatio judicii* laisse ou non subsister l'ancien *judicium*.

Section I.

Translatio Judicii et Cautio Judicatum solvi.

Le premier critérium dont M. Koschaker fasse emploi pour découvrir si la *translatio judicii* laisse subsister l'ancien *judicium* ou donne naissance à un nouveau est celui de la *cautio judicatum solvi.* Adoptant une conjecture ancienne de M. Lenel[1], M. Koschaker admet, en effet, que cette *cautio* a un caractère impersonnel et en conclut qu'elle continue à produire ses effets, malgré tout changement de personne survenu dans le procès postérieurement à la *litis contestatio,* pourvu toutefois que le changement n'anéantisse pas le *judicium* en vue duquel elle a été fournie. Or, l'utilisation de ce critérium serait possible en matière de représentation judiciaire grâce à deux textes : *D.*, 20, 6, 1, 2 et *D.*, 3, 3, 27, 1 qui nous parlent de la répercussion de la *translatio judicii* sur la *cautio judicatum solvi.*

Le premier texte, extrait de Papinien, *l.* 11 *respons.*[2], vise le

[1] *Edictum Perpetuum*[1], p. 417-418; *Edit perpétuel*, t. II, p. 279-280.

[2] *D.*, 20, 6, 1, 2 (Lenel, *Pal.*, Papinien, n° 657). *Defensor absentis cautionem judicatum solvi praestitit : in dominum judicio postea translato fidejussores*

cas où un *judicium acceptum* par un *defensor absentis* est ensuite *translatum* sur le *dominus* et dispose que les *sponsores* qui se sont engagés comme garants du premier défendeur dans la *cautio judicatum solvi* sont libérés par cette *translatio*. M. Koschaker y voit la preuve que le *judicium translatum* est un *novum judicium* et en déduit cette conclusion que la *translatio procuratoria,* dont il est ici question, implique une nouvelle *litis contestatio* et par conséquent une *in integrum restitutio* préalable.

L'autre texte[1], extrait d'Ulpien, *l.* 9 *ad ed.,* concerne également

[L. : *sponsores*] *ob rem judicatam quos defensor dedit non tenebuntur nec pignora quae dederunt.*

[1] *D.*, 3, 3, 27, 1 (Lenel, *Pal.*, Ulpien, n° 317) : *si ex parte actoris litis translatio fiat, dicimus committi judicatum solvi stipulationem a reo factam, idque et Neratius probat et Julianus et hoc jure utimur; scilicet si dominus satis accepit. Sed et si procurator* [*cognitor*] *satis accepit et transferatur judicium in dominum : verius est committi et ex stipulatu actionem a procuratore* [*cognitore*] *in dominum transferri. Sed et si a domino vel a procuratore* [*cognitore*] *in procuratorem* [*cognitorem*] *judicium transferatur, non dubitat Marcellus, quin committatur stipulatio. Et haec vera sunt. Et licet procuratori* [*cognitori*] *commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis ex stipulatu actio, directa penitus tollenda.* Abstraction faite de la correction de *procurator* par *cognitor*, communément admise, la rédaction actuelle du texte provoque encore d'autres réserves. La finale « directa penitus tollenda » a depuis longtemps choqué les romanistes ; Cujas, *Op. O.*, 6 (Naples, 1722), col. 380 B. et Antoine Favre, *Rational. in Pand., ad. h. l.* et *Conject. Coloniae Allobrogorum*, 1630, *l.* 12, p. 420 ; *l.* 19, p. 848, l'attribuaient déjà à Tribonien (dans le même sens, de nos jours, Mitteis et Koschaker, chez Koschaker, *Translatio*, p. 74, n. 3). Cette addition était d'ailleurs sans utilité, car la suppression de l'action directe est le corollaire nécessaire de l'octroi d'une action *ex stipulatu utilis ;* peut-être n'est-elle qu'une glose. M. P. Krüger, *Corpus Jur. Civ., ed. stereot.* 11, propose de supprimer au début de la troisième phrase les mots *a domino vel ;* le texte ne viserait, selon lui, à cet endroit que la *mutatio cognitoris.* Nous ne savons pas si cet auteur a développé cette conjecture en quelque endroit de ses écrits, mais nous voyons deux raisons auxquelles il a pu songer : 1° le texte est extrait d'un commentaire de l'édit *de cognitore mutando vel abdicando ;* cet édit ne visait pas l'hypothèse où le *dominus* ne constituait le *cognitor* pour la première fois qu'après la *litis contestatio ;* 2° dans toute la partie du § 1 qui précède, le jurisconsulte suppose que le procès a été lié primitivement par un *cognitor ;* l'insertion des mots *a domino* rompt l'enchaînement des idées. Au point de vue du fond du droit, la preuve de cette interpolation nous paraît être sans intérêt ; car il n'est pas douteux que le *dominus* avait la faculté, même en l'absence de toute disposition de l'édit l'y autorisant, de se substituer un *cognitor* dans le procès et que la *translatio judicii* devait, en principe, obéir ici aux mêmes règles que lorsqu'elle avait lieu du *cognitor* au *dominus* (le défendeur auquel le demandeur donne un *cognitor post litem contestatam* peut

dans sa rédaction actuelle le *procurator ;* mais, suivant la conjecture très bien établie de M. Lenel, il n'est pas douteux que ce fragment appartient à la partie du *l.* 9 *ad ed.* d'Ulpien dans laquelle ce jurisconsulte commentait primitivement l'édit *de cognitore mutando vel abdicando.* Cette transposition de matière a provoqué, de la part des commissaires des *Digesta,* des retouches qu'il est assez facile de découvrir en appliquant au *cognitor* ce qui est dit du *procurator.* Ainsi corrigé, le texte nous apprend que la *cautio judicatum solvi* reste efficace malgré la *translatio cognitoria* faite *ex parte actoris,* que le *judicium* soit transféré du *cognitor* au *dominus* ou à un autre *cognitor* et peut être aussi du *dominus* à un *cognitor.* Cette efficacité ne soulève aucune difficulté, lorsque la *cautio judicatum solvi* a été reçue par le *dominus* lui-même et que le *judicium* est transféré à ce dernier ; la créance qui naît de la *clausula ob rem judicatam* en cas de condamnation prend naissance chez celui-là même au profit duquel la sentence a été rendue. Lorsque, au contraire, la *cautio* a été reçue par le *cognitor* lui-même et que le *judicium* est transféré sur un autre *cognitor* ou sur le *dominus,* la *cautio judicatum solvi* garde son efficacité, mais la créance qu'elle engendre en cas de condamnation se fixe sur la tête d'une personne autre que celle qui obtient la condamnation. La jurisprudence classique semble avoir, au moins dans sa dernière période, admis qu'en pareil cas l'*actio ex stipulatu* devait être transportée sur la personne en faveur de qui la condamnation avait été prononcée. Ce transfert s'opérait vraisemblablement par l'octroi d'une action *ex stipulatu* utile à ce dernier, tandis que l'*actio directa* était paralysée entre les mains du stipulant.

Mais de tout cela il convient surtout de retenir que suivant une opinion ancienne, déjà admise par Neratius et Julien et approuvée par Marcellus et Ulpien, la *cautio judicatum solvi* res-

demander l'insertion dans la formule d'une *exceptio cognitoria,* mais cela ne modifie pas, comme nous le verrons plus loin, la nature de la *translatio judicii*). Il n'y a donc rien de surprenant à ce qu'Ulpien ait envisagé accessoirement à cet endroit la *translatio judicii* du *dominus* au *cognitor.* Peut-être le faisait-il dans une phrase séparée que la surcharge *a domino* a rendue inutile ?

tait efficace malgré la *translatio cognitoria ex parte actoris.* M. Koschaker y voit la preuve que la *translatio cognitoria* laisse toujours subsister l'unité du procès et en déduit la conclusion que cette *translatio* était opérée directement par le magistrat sans nouvelle *litis contestatio.*

A notre avis, les deux textes qui sont ici en cause, *D.*, 20, 6, 1, 2 et *D.*, 3, 3, 27, 1, n'ont pas pour la question de la *translatio judicii* la portée que veut bien leur donner M. Koschaker. Nous l'avons déjà dit ailleurs [1] pour le premier d'entre eux; mais il convient d'embrasser ici le problème dans son ensemble, tout à la fois pour répondre à des critiques et des objections qu'a provoquées notre démonstration antérieure et pour fournir à l'égard du second de ces textes une preuve analogue à celle que nous avons précédemment donnée pour le premier. Nous n'avons d'ailleurs pas l'intention de reprendre toutes les difficultés que soulève la rédaction de la *cautio judicatum solvi,* mais seulement celles dont la solution est indispensable pour une saine interprétation des deux textes dont nous nous occupons ici.

Toute la conjecture de M. Koschaker relative au texte de Papinien, *D.*, 20, 6, 1, 2, repose sur cette idée que la *cautio judicatum solvi* garde son efficacité tant que subsiste le *judicium* en vue duquel elle a été fournie. Si cette *cautio* s'éteint au cas de *translatio judicii* du *defensor absentis* au *dominus,* c'est que cette *translatio,* qui est une *translatio procuratoria,* donne naissance à un *novum judicium.*

Selon nous, la base de tout ce raisonnement est erronée. La *cautio judicatum solvi* s'éteint, malgré la persistance du *judicium* dont elle garantit la marche normale et l'exécution, dès que disparaît la cause pour laquelle elle a été donnée [2]. Nous croyons, en effet, que cette *cautio* indique en tête de sa formule la cause

[1] *Contribution à l'étude de la cautio judicatum solvi,* p. 31 = *Mélanges Gérardin* (1907), p. 227.

[2] V. *Contribution à l'étude de la cautio judic. solvi,* p. 25-31 = *Mélanges Gérardin,* p. 221-227.

pour laquelle elle est fournie, de telle façon que son efficacité soit limitée à la cause qui a été ainsi mentionnée. Un passage de Cicéron, *Pro P. Quinctio,* 8, 30, le prouve, à notre avis, d'une manière péremptoire. Il nous apprend que Sextus Naevius, poursuivant P. Quinctius après avoir obtenu l'envoi en possession des biens de ce dernier, exigeait de son adversaire la *cautio judicatum solvi* : « *ex ea formula,* QUOD AB EO PETAT, CUJUS EX EDICTO PRAETORIS BONA DIES XXX POSSESSA SINT ». Ces termes appartiennent, selon nous, à la rubrique sous laquelle la formule de la *cautio judicatum solvi* était insérée en 673 dans l'édit du préteur urbain, Cn. Cornelius Dolabella; mais ils sont, suivant l'usage, empruntés au début même de la formule proposée à cet endroit. Cette indication de la cause de la *cautio,* d'ailleurs très naturelle, puisque le demandeur ne peut réclamer la *cautio* qu'en se fondant sur un édit spécial qui l'impose au défendeur dans des conditions déterminées, explique seule convenablement les solutions contenues aux *D.*, 46, 7, 7 [1]. Gaius nous apprend, en effet, à cet endroit que la *cautio judicatum solvi* cesse de produire effet, lorsque la personne pour laquelle elle a été fournie ou qui l'a fournie n'accepte pas le *judicium* au même titre que celui qu'elle avait dans la *cautio,* soit, par exemple, que le *cognitor* pour lequel la *cautio judicatum solvi* a été donnée accepte le *judicium* comme simple *procurator,* parce que ses pouvoirs

[1] *D.*, 46, 7, 7 (Gaius, *l.* 27 *ad ed. prov.* Lenel, Gaius, n° 363) : *si ante acceptum judicium prohibitus fuerit procurator* [*cognitor*] *a domino et actor ignorans prohibitum eum esse egerit, an stipulatio committatur? Et nihil aliud dici potest quam committi. Quod si quis sciens prohibitum esse egerit, Julianus non putat stipulationem committi : nam ut committatur, non sufficere ait cum ea persona acceptum esse judicium, quae stipulationi comprehensa est,* **sed oportere etiam causam personae eamdem esse, quae stipulationis interponendae tempore fuit.** *Et ideo, si is, qui procurator* [*cognitor*] *datus est, heres extiterit domino atque ita acceperit judicium sive etiam prohibitus acceperit, non committitur stipulatio : nam et alias responsum esse, si quis absentem defendens satisdederit, deinde, vel procurator* [*cognitor*] *ab eo datus vel postquam heres ei extitit, judicium acceperit, fidejussores* [*sponsores*] *non teneri.* Pour l'interprétation de ce texte, v. notre article *Contrib. à l'étude de la caut. jud. solvi,* p. 3-31 = *Mél. Gérardin,* p. 199-227.

ont été révoqués avant la *litis contestatio,* ou comme *heres,* parce qu'il a recueilli avant ce même moment la succession du *dominus,* soit que le *defensor absentis* qui a personnellement fourni la *cautio judicatum solvi* accepte le *judicium* comme *cognitor* ou comme *heres* du *dominus.* Le *judicium* reste le même dans tous ces cas; il est, en outre, accepté par la personne même visée dans la *cautio;* enfin, l'extinction de la *cautio judicatum solvi* ne peut certainement pas se justifier par une idée d'*expromissio* dans les divers cas où le changement de condition du défendeur fait disparaître la nécessité de la *cautio judicatum solvi,* comme lorsque le *cognitor* ou le *defensor* accepte comme *heres* un *judicium* dans lequel la *cautio judicatum solvi* ne peut pas être exigée *propter genus actionis* ou *propter personam, quia suspecta sit*[1]. La seule explication possible de ce texte est, comme nous l'avons montré ailleurs, que la *cautio judicatum solvi* s'éteint avec la cessation de la cause mentionnée dans sa partie initiale.

La force de cette démonstration a été contestée par M. Lenel[2]. Selon lui, notre interprétation des mots « *ex ea formula* » serait le résultat d'une méprise; cette expression signifierait uniquement « *d'après la prescription émise sous le titre de satisdando* ».

A cette objection, nous n'hésitons pas à répondre que s'il y a une méprise elle n'est pas de notre côté. Le sens général et vraisemblablement originaire de *formula* est celui d'arrangement de mots. Comme le dit très bien Brisson, dans son *De verborum significatione,* « *formula est certa verborum conceptio* ». Et telle est, en réalité, l'acception dans laquelle ce terme est pris par Cicéron, lorsqu'il parle de *formula sponsionis*[3], *formula*

[1] Gaius, 4, 102. Ici, nous comprenons sous la rubrique *genus actionis* non seulement les actions personnelles visées par Gaius dans le texte précité, mais aussi les actions réelles.

[2] *Edictum*[2], p. XV.

[3] *De leg.*, 1, 4, 14; *Pro Q. Rosc. com.*, 4, 12,

stipulationis[1], *formula testimonii*[2], *formula pacti conventi*[3], *formula testamenti*[4], *formula postulationis*[5], *formula interdicti*[6], *formula judicii*[7] ou de *cantor formularum*[8]. C'est seulement par extension du sens primitif que le terme a été employé pour désigner une règle, une prescription. Le chaînon qui relie ces deux acceptions est facile à découvrir; le mot *formula* a été pris parfois dans le sens de règle à raison de l'arrangement fixe de mots qui est nécessaire pour donner à la règle son expression. Si nous consultons notamment les écrits de Cicéron qui sont ici en cause, nous constatons que le mot *formula* n'y reçoit qu'exceptionnellement le sens de règle, de prescription, et que ce sens se rencontre exclusivement en matière philosophique[9]. Jamais Cicéron n'emploie le mot *formula* pour désigner une prescription édictale, un *edictum* au sens restreint du mot. Quelle que puisse être parfois l'imprécision de langage du grand avocat romain, l'opposition entre *edictum* et *formula* est à son époque si rigoureusement établie que jamais il ne confond ces deux termes. La lecture de ses œuvres, notamment de ses plaidoyers, est à cet égard tout à fait convaincante. Nous ne pouvons songer à reproduire ici tous les textes probants. Qu'il nous suffise de citer un passage des Verrines[10] où cette distinction apparaît avec

[1] *Pro Caec.*, 18, 51.

[2] *Pro Flacco*, 15, 36.

[3] *Pro Caec.*, 18, 51.

[4] *Pro Caec.*, 18, 51.

[5] *In Verr., act.* II, 2, 60, 147.

[6] *Pro Tullio*, 29.

[7] *Pro Q. Rosc. com.*, 4, 11; 5, 14, 15; 8, 24, 25; *In Verr., act.* II, 3, 65, 152; *Pro Mur.*, 13, 29; *Pro Caec.*, 18, 51; *De fin.*, 2, 1, 3; *De off.*, 3, 4, 19; 3, 14, 60; *De leg.*, 1, 4, 14.

[8] *De or.*, 1, 55, 236.

[9] *Academic. Post.*, 1, 4, 17 : *sed utrique Platonis ubertate completi certam quandam disciplinae* **formulam composuerunt**; *De off.*, 3, 4, 19. 20. Sans doute, Merguet, *Lexikon zu den Reden und zu den Schriften Ciceros,* traduit d'une manière constante *formula* par règle ou prescription; mais ce manque de précision, explicable chez une personne étrangère aux choses du droit, n'est pas permis à un jurisconsulte.

[10] *In Verr., act. II*, 3, 65, 152.

une netteté particulière : « *postulavit ab L. Metello, ut ex edicto suo judicium daret in Apronium,* QUOD PER VIM AUT METUM ABSTULISSET, *quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia* » et de signaler également le langage très significatif du *Pro P. Quinctio* lui-même. Nombreux sont les endroits de ce plaidoyer où Cicéron fait allusion à des clauses édictales, notamment à celles dans lesquelles le préteur promet l'envoi en possession et toujours il se sert du mot *edictum* pour les désigner, n'hésitant pas à le répéter coup sur coup, parce que c'est une expression technique pour laquelle il n'a pas d'équivalent et qu'il ne peut pas remplacer notamment par le mot *formula*[1]. Le c. 8, § 30, contient lui-même une opposition très nette entre *edictum* et *formula.*

L'argument que nous tirons de Cicéron, *Pro P. Quinctio,* 8, 30, pour établir la mention, en tête de la *cautio judicatum solvi,* de la cause pour laquelle elle est donnée, garde donc toute sa valeur. Nous sommes ainsi autorisé à maintenir l'interprétation que nous avons déjà proposée du texte de Papinien, *D.,* 20, 6, 1, 2, et à affirmer que si la *cautio judicatum solvi* s'éteint au cas de *translatio judicii* du *defensor absentis* au *dominus,* cela tient uniquement à la disparition de la cause pour laquelle cette *cautio* a été fournie[2]. Ce texte ne nous fournit par conséquent

[1] *Pro P. Quinctio,* 6, 25 ; 8, 30. 31 ; 10, 36 ; 14, 45 ; 15, 48. 50 ; 19, 60 ; 20, 65 ; 22, 73 ; 24, 76 ; 25, 79 ; 26, 83 ; 27, 84 ; 28, 86 ; 29, 86, 89 ; surtout 19, 60 : *Tracta edictum :* **qui fraudationis causa latitarit;** 27, 84 : *Sponsio quae in verba facta est? « si ex edicto praetoris bona P. Quinctii possessa non sunt ».* **Redeamus ad edictum. Id quidem quemadmodum jubet possidere?**

[2] L'absence de toute remarque spéciale dans le texte indique que le jurisconsulte romain vise ici l'hypothèse qui vient naturellement à l'esprit, celle où le *defensor absentis* a fourni la *cautio judicatum solvi* en qualité de plaideur agissant *alieno nomine.* Cette intervention d'un *defensor* pouvait évidemment se produire dans des actions qui, à raison de leur nature, imposaient à tout défendeur la prestation de cette *cautio.* Celle-ci contenait-elle en pareil cas l'indication de sa double cause, de telle façon qu'elle aurait pu éventuellement, par exemple en cas de persistance du *judicium,* subsister malgré la *translatio judicii?* A notre avis, cette mention ne devait pas être faite lorsque la *cautio judicatum solvi* était fournie par un *procurator,* car l'intervention ultérieure du *dominus* mettait celui-ci dans la nécessité de fournir une nouvelle *cautio*

aucun indice pour trancher la question de savoir si ce transfert rompt ou non l'unité du procès.

Le second texte invoqué par M. Koschaker, *D.,* 3, 3, 27, 1, ne projette pas plus de lumière sur le problème; il ne fournit, selon nous, aucune réponse certaine à la question de savoir si les applications de la *translatio judicii* qu'on y rencontre laissent ou non subsister l'ancien *judicium.*

Pour notre savant collègue, le maintien de la *cautio judicatum solvi* dans les hypothèses de *translatio cognitoria* que vise ce fragment d'Ulpien s'explique de la manière suivante : la *cautio judicatum solvi,* ayant vraisemblablement une rédaction impersonnelle, persiste malgré toute *mutatio partis* tant que le *judicium* reste le même, ce qui implique que la *translatio cognitoria* dont il est ici question ne rompt pas l'unité du procès.

Pour nous, au contraire, la *cautio judicatum solvi*[1] a une rédaction personnelle et contient notamment dans sa *clausula ob rem judicatam,* qui est ici seule en cause[2], une énumération de personnes parmi lesquelles figurent le demandeur représenté et son *cognitor,* de telle façon que le maintien de la *cautio judicatum solvi* dans les hypothèses de *D.,* 3, 3, 27, 1 est la conséquence même de sa rédaction, indépendamment de la question de savoir si le *judicium* reste ou non le même.

Nous pensons tout d'abord que la *cautio judicatum solvi* a une rédaction personnelle et qu'en particulier sa *clausula ob rem judicatam* contient ou peut contenir le nom du demandeur représenté et celui de son *cognitor.*

judicatum solvi qui aurait rendu inutile celle que le *procurator* aurait fournie *ex omnibus causis.* Il n'en était pas de même lorsque la *cautio judicatum solvi* était donnée par un *dominus* pour son *cognitor;* le *dominus* qui pensait à se substituer éventuellement un *cognitor* avait intérêt à fournir la *cautio judicatum solvi* pour toutes les causes simultanément.

[1] Sur cette question, v. mon article : *Contribution à l'étude de la cautio judicatum solvi,* p. 3-25 = *Mél. Gérardin,* p. 199-221.

[2] La *res* est *defensa,* puisqu'il y a eu *lis contestata* et puisque, même si la *translatio judicii* impliquait ici une nouvelle *litis contestatio,* celle-ci aurait déjà eu lieu, le *judicium* étant *translatum.*

Le caractère personnel de cette *clausula* nous paraît établi d'une manière indiscutable par un texte formel de Gaius, *D.*, 46, 7, 7 [1] et nous sommes heureux de constater que sur ce point essentiel notre démonstration semble avoir convaincu M. Lenel, car celui-ci a abandonné dans sa dernière édition de l'*Edictum Perpetuum* la rédaction abstraite de cette *clausula* vers laquelle il inclinait précédemment [2] pour adopter résolument la formule personnelle suivante : *quantam pecuniam ob eam rem* JUDICATUS ERIS, *tantam pecuniam dari* [3].

Le principe nous paraît donc définitivement admis; la seule difficulté qui subsiste concerne les applications de ce principe, c'est-à-dire la fixation des personnes qui sont énumérées dans cette *cautio*, notamment dans la *clausula ob rem judicatam*.

Cette énumération de personnes était, à notre avis, très large du côté de la défense. Elle visait, en cas de *cautio* fournie par le *dominus*, ce dernier, son héritier et son *cognitor* [4]. Nous nous appuyons pour le soutenir sur la concordance très étendue qui devait exister entre la *cautio judicatum solvi* et la *cautio pro praede litis et vindiciarum*. On sait que d'après une conjecture très vraisemblable de M. Lenel [5], le titre des *Digesta* relatif à la *cautio judicatum solvi* (*D.*, 46, 7) est en grande partie composé avec des matériaux provenant de la *cautio pro praede litis et vindiciarum*. Cette particularité s'explique par ce fait que les commentateurs, qui ont été ici mis à contribution, s'occupaient d'abord, suivant l'ordre de l'Edit, de la *cautio pro praede litis et*

[1] Rapporté p. 63, n. 1. Le membre de phrase décisif est le suivant : *nam ut committatur non sufficere ait* **cum ea persona** *acceptum esse judicium,* **quae stipulationi comprehensa est.** Ce texte vise certainement la *clausula de re judicata* de la *caut. judicatum solvi :* v. Duquesne, *Contribution*, p. 5 et p. 10, n. 1 = *Mél. Gérardin*, p. 201 et p. 206, n. 1.

[2] *Edictum* [1] (1883), p. 418; *Edit perpét.*, 2 (1903), p. 280.

[3] *Edictum* [2] (1907), p. 511 et p. XV, col. 1, *i. f.*

[4] Nous inclinons à admettre que la *clausula ob rem judicatam* de la *cautio judicatum solvi* contenait toujours la mention abstraite de tout *cognitor* que le défendeur pourrait constituer au cours du procès (v. ci-dessous, p. 70).

[5] *Edictum* [2], p. 496; cf. aussi Duquesne, *Contexture générale de la cautio judicatum solvi*, p. 4-8 = *Mél. Fitting*, t. I, p. 324-328.

vindiciarum, puis de la *cautio judicatum solvi*, de telle façon qu'ils se contentaient pour cette dernière, lorsque la chose était possible, de renvoyer aux explications déjà données à propos de l'institution voisine. De là, la nécessité où se sont trouvés les commissaires de Justinien de faire d'importants emprunts aux commentaires de la *cautio pro praede litis et vindiciarum*. L'importance même de ces emprunts implique que ces deux institutions avaient de nombreux points communs et l'on est ainsi autorisé à affirmer que les règles formulées à propos de la *cautio pro praede litis et vindiciarum* peuvent être transportées à la *cautio judicatum solvi*, lorsqu'elles ne sont pas écartées par un texte exprès ou par des particularités de la procédure formulaire à laquelle appartient cette seconde *cautio*.

Or, il n'est pas douteux que la *clausula ob rem non defensam* de la *cautio pro praede litis et vindiciarum* contenait une énumération de personnes sur l'étendue de laquelle il est possible de discuter [1], mais qui comprenait certainement au regard de la

[1] Nous pensons notamment que le *sponsor* et le *procurator rei* n'étaient pas mentionnés dans cette *clausula* (v. Duquesne, *Contribution*, p. 18-21 = *Mél. Gérardin*, p. 214-217). M. Lenel, *Edictum* [2], p. XV, a contesté cette opinion en s'appuyant sur un texte de Paul, *Sent.*, 5, 9, 2, d'après lequel la stipulation dont il est question à cet endroit comprenait, à côté des stipulants, des promettants, des héritiers et des *cognitores*, les *sponsores* et les *procuratores : Ex die accepti judicii dupli fructus computantur. Et tam dantes quam accipientes, heredes quoque eorum, procuratores cognitorumque personae, itemque sponsores eadem stipulatione comprehenduntur : eorum quoque, quorum nomine promittitur.* Ce texte, nous l'admettons avec M. Lenel (v. Duquesne, *Contexture*, p. 6-7 = *Mél. Fitting*, t. I, p. 326-327), se rapporte à la *cautio pro praede litis et vindiciarum* et le sens qu'on est tout naturellement porté à attribuer à l'expression *comprehenduntur* est celui d'une mention de ces personnes dans l'une des *clausulae* de la *cautio*. C'est en s'attachant à ce sens naturel de *comprehenduntur* que notre savant contradicteur affirme que le *sponsor* et le *procurator rei* étaient nommés dans la *clausula ob rem non defensam* de la *cautio pro praede litis et vindiciarum*. — Nous avons établi ailleurs (*Contribution*, p. 17-21 = *Mél. Gérardin*, p. 213-217) que le langage d'Ulpien, *l. 77 ad ed.* (*D.*, 46, 7, 5, 3. 4) s'oppose à cette conclusion. Il prouve, en effet, que les personnes énumérées à cet endroit peuvent venir défendre à ce procès sans avoir à *satisdare*, ce qui implique que la *satisdatio* précédemment fournie garde dans ce cas son efficacité en vertu de la *clausula ob rem judicatam*, sinon le demandeur eût perdu toute garantie, ce qui est bien invraisemblable. Or, *D.*, 46, 7, 5, 4 nous

défense le *dominus,* ses héritiers et son *cognitor.* Nous pensons, en outre, que la *clausula ob rem judicatam* contenait une énumération symétrique dont le but était d'assurer l'efficacité de la *cautio* à l'égard des personnes qui, par suite de leur mention dans la *clausula ob rem non defensam,* pouvaient venir défendre au procès sans qu'une nouvelle *satisdatio* fût nécessaire[1].

Ces mêmes énumérations présentaient une utilité dans la

dit qu'en cas de *defensio* entreprise par l'un des *sponsores,* la *clausula ob rem judicatam* perd toute efficacité et que le *sponsor* qui s'offre pour la *defensio* pourra être contraint de *satisdare* comme un simple *defensor.* Ces deux solutions concourent pour établir que le *sponsor* n'était pas mentionné dans la *clausula ob rem non defensam* de cette *cautio.* Quant au *procurator,* il est de règle qu'il ne peut défendre à un procès qu'à la condition de *satisdare;* aucun texte ne nous parle d'exception résultant à son profit des termes de la *cautio pro praede litis et vindiciarum* (Duquesne, *Contribution,* p. 20 = *Mél. Gérardin,* p. 216) ; nous sommes donc autorisé à en conclure qu'il n'est pas nommé dans la *clausula ob rem non defensam* de ladite *cautio.* Cette argumentation, fondée sur un texte précis et d'une valeur indiscutée, doit prévaloir sur un texte des sentences de Paul, qui, de l'aveu de tous, appartient à un passage profondément mutilé et dont la transmission ne nous est faite que par la source suspecte de la *lex Romana Wisigothorum.* On peut songer à concilier ce texte avec celui d'Ulpien en donnant au mot *comprehenduntur* une portée large dans laquelle il signifierait que les *sponsores* et les *procuratores* ne sont pas étrangers à cette *cautio :* les *sponsores,* à raison de l'engagement accessoire qu'ils y ont pris ; les *procuratores,* parce qu'ils peuvent donner ou recevoir cette *cautio* quand ils agissent pour autrui. Nous croyons plus volontiers que ce texte a été retouché soit par des jurisconsultes postérieurs à Paul, soit par les commissaires d'Alaric pour le mettre en concordance avec les progrès de la pratique. D'une part, d'importants rapprochements ont eu lieu dans la dernière période du droit classique et au début du Bas-Empire entre le *procurator* et le *cognitor,* de telle sorte que le *dominus* a pu se contenter parfois de désigner un simple *procurator* pour son représentant éventuel. Un mandat du même genre a pu être donné au *sponsor;* la question examinée par Ulpien, *D.,* 46, 7, 5, 6, nous montre que déjà au début du IIIe siècle de l'ère chrétienne, le *dominus* donnait parfois au *sponsor* le mandat de défendre. Dans ces conditions, il n'est pas trop osé de penser que la *clausula ob rem non defensam* soit de la *cautio pro praede litis et vindiciarum,* soit plutôt de la *cautio judicatum solvi* (car la *cautio pro praede litis et vindiciarum* a dû tomber en désuétude avec la disparition du tribunal des centumvirs qui eut vraisemblablement lieu au cours du IIIe siècle, v. O. Martin, *Trib. des Centumvirs,* p. 20, et en tout cas avec la généralisation de la procédure extraordinaire) a pu comprendre à partir d'une certaine époque le *procurator rei* et le *sponsor;* mais il n'en est certainement pas encore ainsi au temps de l'Edit, ni même à l'époque d'Ulpien et de Paul.

[1] Cf. Duquesne, *Contribution,* p. 17-18 = *Mél. Gérardin,* p. 213-214.

cautio judicatum solvi et devaient par conséquent, suivant une conjecture que nous avons développée ailleurs[1], se rencontrer également dans cette dernière *cautio.* C'est par là seulement que peut s'expliquer le maintien au titre *Judicatum solvi* des textes qui visaient les énumérations de personnes de la *cautio pro praede litis et vindiciarum.*

M. Lenel[2] a critiqué cette conjecture. Pour lui, toute énumération de personnes *ex parte rei* dans la *clausula ob rem non defensam*[3] de la *cautio judicatum solvi* est possible, mais superflue, car la promesse du défendeur *eam rem boni viri arbitratu defendi* autorise largement toute intervention de personne. De même, la *clausula de re judicata* de cette *cautio,* quoique ayant *ex parte rei* un caractère personnel, ne contient pas à cet égard d'énumération de personnes. Le texte de Gaius, *D.,* 46, 7, 7, qui établit précisément le caractère personnel de cette *clausula* du côté de la défense ne parle que d'une *persona stipulatione comprehensa* et non pas d'une pluralité de personnes. Il est notamment peu vraisemblable que le *cognitor* du défendeur ait été mentionné dans cette *clausula* à côté du *dominus;* car celui-ci n'eût pas trouvé aisément des *sponsores* qui se seraient engagés à supporter les conséquences d'un procès qui pourrait être conduit, le cas échéant, par un *cognitor* quelconque, désigné seulement *in abstracto* dans la *cautio.*

Ces divers arguments ne résistent pas, selon nous, à un examen sérieux. Tout d'abord, l'énumération de personnes de la *clausula de re defendenda* de la *cautio judicatum solvi* a la même utilité que l'énumération correspondante de la *cautio pro praede litis et vindiciarum;* elle dispense de la prestation d'une nouvelle *satisdatio,* lorsque la *defensio* est entreprise par une

[1] *Contribution,* p. 16-17, 22-24 = *Mél. Gérardin,* p. 212-213 ; p. 218-220.

[2] *Edictum*[2], p. XV.

[3] Nous avons dit ailleurs, *Contexture,* p. 3, n. 2 = *Mél. Fitting,* t. I, p. 323, n. 2, que l'expression *clausula ob rem non defensam* convient aux deux cautions sans qu'il y ait d'ailleurs lieu d'y chercher aucune indication sur la rédaction de cette *clausula.*

des personnes comprises dans cette énumération. D'autre part, le singulier de *D.*, 46, 7, 7 n'a pas, à l'égard de la *clausula de re judicata*, la portée que lui donne M. Lenel. Le singulier *ea persona* de ce texte ne peut pas, dans ce membre de phrase qui a les allures d'une généralisation théorique, recevoir un sens concret; il doit être pris dans un sens abstrait et être entendu d'une catégorie de personnes, à savoir de celles qui sont énumérées dans cette *clausula*, par opposition à la catégorie de celles qui n'y figurent pas. L'emploi du singulier pour le pluriel est une variété de métonymie bien connue et souvent employée par les jurisconsultes[1]. Il n'est donc pas permis de conclure du singulier dont se sert Gaius que la *clausula de re judicata* de la *cautio judicatum solvi* ne mentionnait *ex parte rei* qu'une seule personne; la réponse à cette question doit être cherchée ailleurs et indépendamment de ce texte. Elle nous est fournie, comme nous l'avons vu, par le principe de la concordance qui doit exister entre cette *cautio* et la *cautio pro praede litis et vindiciarum*. Ce principe nous conduit, en premier lieu, à admettre la présence dans la *clausula de re judicata* de la *cautio judicatum solvi* des mots « *quod ob eam rem te heredemve tuum* », rapportés par Celsus[2], donc à prétendre que

[1] *D.*, 50, 16, 158 (Celsus, *l.* 25 *dig.*) : *in usu juris frequenter uti nos Cascellius ait singulari appellatione, cum plura generis ejusdem significare vellemus : nam « multum hominem venisse Romam » et « piscem vilem esse » dicimus. Item in stipulando satis habemus de herede cavere « si ea res secundum me heredemve meum judicata erit » et rursus « quod ob eam rem te heredemve tuum » : nempe aeque si plures heredes sint, continentur stipulatione.*

[2] *D.*, 50, 16, 158, cité n. précéd. Cf. Duquesne, *Contribution*, p. 11-24 = *Mél. Gérardin*, p. 207-220. La conjecture d'après laquelle la *clausula de re judicata* de la *cautio judicatum solvi* contient les mots « *quod ob eam rem te heredemve tuum* » conduit, sinon nécessairement, du moins naturellement, à donner pour objet à cette *clausula* une *incerta quantitas*, comme M. Lenel l'admet pour la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, et à rédiger cette partie de la *clausula* à peu près comme suit : « *neque id, quod ob eam rem te heredemve tuum... solvere oportebit, solutum erit* », en la rattachant à une promesse finale « *quanti ea res erit, tantam pecuniam dari* » qui forme l'objet des diverses *clausulae* (v. Duquesne, *Contexture*, p. 33 = *Mélanges Fitting*, t. I, p. 353).

l'*heres* du défendeur y était nommé à côté de ce dernier. Il nous permet, en second lieu, de soutenir que le nom du *cognitor* de ce

On est ainsi également amené à proposer pour la *cautio judicatum solvi* une rédaction alternative, comme celle que M. Lenel adopte pour la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, et à soutenir notamment que les deux *clausulae ob rem non defensam* et *ob rem judicatam* y sont reliées par la conjonction *aut* et non pas par la conjonction *et* ou *que*, de telle façon que le *quanti ea res erit* final ne soit pas dû cumulativement dans les deux cas, mais bien alternativement : ou au cas de *res judicata* ou au cas de *res indefensa*. Ces conjectures que nous avons exposées ailleurs (*Contexture*, p. 10 et suiv. = *Mél. Fitting*, t. I, p. 330 et suiv.) ne nous paraissent pas avoir été affaiblies par la défense de sa propre opinion que M. Lenel a entreprise, *Edictum*[2], p. XV-XVI. Nous reprenons ici brièvement notre argumentation en répondant aux observations de M. Lenel. La rédaction alternative de la *clausula ob rem judicatam* et de la *clausula ob rem non defensam* de la *cautio judicatum solvi* et la soudure de ces deux *clausulae* par une promesse générale de *quanti ea res erit* trouvent un premier appui dans le principe de la concordance qui doit exister entre la *cautio pro praede litis et vindiciarum* et la *cautio judicatum solvi*. Ces deux caractères, étant admis pour la première institution, ne peuvent être refusés à la seconde que pour des raisons graves. Nos adversaires n'en produisent pas. Les seules qu'invoque M. Lenel sont des arguments de textes qui ne sont pas probants. Nous l'avons dit ailleurs (*Contexture*, p. 10-15 = *Mél. Fitting*, t. I, p. 330-335) et notre démonstration n'a pas été, sur ce point, contredite. Rappelons seulement que *D.*, 46, 5, 2, 2 (Paul, *l.* 73 *ad ed.*) : **Incertam** *quantitatem continet stipulatio judicatum solvi* se rapporte plutôt à la *cautio judicatum solvi* qu'à la *cautio pro praede litis et vindiciarum* et que ce texte n'est nullement contredit par *D.*, 46, 7, 9 (Ulpien, *l.* 14 *ad ed.*) : *Judicatum solvi stipulatio* **expeditam** *habet quantitatem : in tantum enim committitur, in quantum judex pronuntiaverit;* car, suivant la juste remarque déjà faite par les glossateurs, la *clausula de re judicata* de cette *cautio* a pour objet, au moment de sa conclusion, une *incerta quantitas;* celle-ci ne devient *expedita* qu'au moment de la condamnation. En face de cette argumentation, M. Lenel (*Edictum*[2], p. XVI) se contente de déclarer qu'il maintient ses positions anciennes et qu'il considère comme invraisemblable une formule qui déclarerait simplement tenu au *quanti ea res erit* un défendeur déjà condamné à payer une somme d'argent. Mais, en formulant cette critique, M. Lenel a sans doute perdu de vue que la *clausula ob rem judicatam* de la *cautio judicatum solvi* sert de base non pas à une *condictio certae pecuniae*, mais à une action *ex stipulatu* (*D.*, 3, 3, 27, 1), de telle façon que, quels que soient les termes de la stipulation, le juge reçoit la mission de condamner le défendeur non pas au montant de la condamnation, mais au « *quidquid ob eam rem N. Negidium A° A° dare facere oportet* ». Les mots « *in tantum enim committitur, in quantum judex pronuntiaverit* » de *D.*, 46, 7, 9 ne visent donc pas une limitation des effets de la *cautio judicatum solvi* résultant directement des termes de celle-ci, ils expriment uniquement une règle de jurisprudence qui doit guider le juge dans l'évaluation du « *quidquid... dare facere oportet* ». — S'il n'y a pas de motifs d'écarter pour la *cautio judicatum solvi* la rédaction alternative et

défendeur figurait également dans cette *clausula* comme il devait se trouver dans la *clausula* correspondante de la *cautio pro*

la promesse finale et globale de *quanti ea res erit*, attestées à l'égard de la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, nous croyons, en sens contraire, qu'il y a des arguments de raison et de texte qui militent en faveur de l'attribution de ces deux caractères à notre *cautio*. Il est tout d'abord certain que la *clausula ob rem judicatam* et la *clausula ob rem non defensam* ne peuvent pas produire effet simultanément. M. Lenel le reconnaît, mais ajoute que dans la mesure où cette efficacité cumulative pouvait se produire, le préteur avait, dans la *denegatio actionis* et l'*exceptio doli* des moyens d'écarter des poursuites successives à raison de ces deux *clausulae*. Ces correctifs ne nous paraissent pas vraisemblables. Le préteur n'avait-il pas un moyen plus pratique d'écarter toute difficulté? N'est-il pas le maître de la formule de la *cautio?* Pourquoi ne la corrigerait-il pas pour éviter ce cumul d'effets? Et n'est-ce pas méconnaître l'un des plus grands talents des jurisconsultes romains, assouplis par une longue pratique du formalisme à l'art de composer des formules, que d'imputer au préteur une rédaction qui ne corresponde pas à son intention. Enfin, nous avons affirmé et nous continuons à penser que *D.*, 46, 7, 13, *pr.* (Ulpien, *l. 7 disputat.*) se réfère à la *cautio judicatum solvi* et prouve que dans cette *cautio* les *clausulae ob rem judicatam* et *ob rem non defensam* étaient réunies dans une proposition unique par un terme disjonctif. Sans aucun doute, M. Lenel a réfuté un des arguments que nous avons invoqué en ce sens. Pour établir que ce texte concerne bien la *cautio judicatum solvi*, nous faisions remarquer qu'Ulpien n'excluait pas de son examen les actions personnelles, puisqu'il supposait que la *clausula ob rem non defensam* de cette *cautio* pouvait perdre son efficacité sans jugement par suite d'un paiement ou d'une acceptilation. Nous reconnaissons que M. Lenel (*Edictum* [2], p. XVI) invoque des raisons décisives pour prouver que les mots « *vel solutione vel transactione vel acceptilatione vel quo alio modo* » rompent l'enchaînement du raisonnement d'Ulpien et doivent être considérés comme une addition des compilateurs (sauf la question de savoir s'il n'y a pas eu par ce procédé suppression de développements qu'Ulpien consacrait à l'extinction de la *cautio judicatum solvi* par paiement, transaction ou acceptilation). Mais les autres arguments que nous avons invoqués pour rattacher ce texte à la *cautio judicatum solvi* subsistent (mention de l'*eremodicium* qui fait penser à la procédure extraordinaire; le § 1 tout entier appartient à la *cautio judicatum solvi*). M. Lenel y répond en conjecturant que si dans l'hypothèse examinée par Ulpien la *cautio* fournie était la *cautio judicatum solvi*, tout le raisonnement d'Ulpien sur la réunion des deux *clausulae* dans une proposition unique à caractère alternatif devrait être considéré comme une digression, faite à titre de comparaison, sur la *cautio pro praede litis et vindiciarum*. Cette explication nous paraît peu vraisemblable. Il suffit de lire attentivement le texte pour voir que le « *dicebam unam clausulam...* », qui amorce le raisonnement d'Ulpien, est la réponse directe à la question qui vient d'être posée; il n'y a là aucune trace de coupure. D'autre part, comment admettre que les commissaires de Justinien, faisant aux *Disputationes* d'Ulpien un emprunt pour composer le titre *Judicatum solvi* des *Digesta* aient justement extrait d'un passage consacré à la *cautio judicatum solvi* les quelques phrases consacrées à la *cautio*

praede litis et vindiciarum. L'objection particulière que M. Lenel [1] fait à cet égard ne porte pas. En effet, les *sponsores* ne devaient pas hésiter autant qu'on veut bien le dire à s'engager pour un *cognitor* quelconque; ils étaient normalement protégés contre tout mécompte par l'intérêt qu'avait le *dominus* lui-même à ne choisir que de bons représentants. D'ailleurs, si cette observation de M. Lenel était exacte, elle aurait dû le conduire à exclure de la *clausula ob rem non defensam* de la *cautio pro praede litis et vindiciarum* la mention abstraite de tout *cognitor* éventuel du défendeur; car cette mention a pour effet d'engager la responsabilité des *sponsores,* si un *cognitor* quelconque vient défendre au procès, et de les obliger, le cas échéant, à exécuter la condamnation prononcée contre ce *cognitor* [2]. Si M. Lenel admet la possibilité d'un tel engagement dans la *cautio pro praede litis et vindiciarum,* pourquoi la rejette-t-il dans la *cautio judicatum solvi?*

Toutes ces raisons nous permettent de conclure que la *cautio judicatum solvi* avait *ex parte rei* un caractère nettement et largement personnel. N'en était-il pas de même *ex parte actoris?* La question a ici une particulière importance; c'est même, en réalité, la seule qui nous intéresse directement, car le texte d'Ulpien, *D.*, 3, 3, 27, 1, dont nous poursuivons ici l'interprétation, ne s'occupe que des changements de personnes qui se produisent du côté de la demande. La démonstration que nous venons de faire au point de vue de la défense n'est toutefois pas sans utilité pour la solution de cet autre problème. En effet, s'il est avéré que les préteurs romains prévoyaient très soigneusement

pro praede litis et vindiciarum qui, précisément pour la combinaison des deux *clausulae*, se serait très nettement séparée de la *cautio judicatum solvi*. Une pareille manière d'agir n'aurait-elle pas été de leur part un défi au bon sens? Ou bien faut-il admettre que Tribonien et ses collègues aient fait des interpolations pour le seul plaisir de compliquer leur tâche et d'embarrasser la postérité?

[1] *Edictum* [2], p. XV.

[2] Cf. Duquesne, *Contribution*, p. 17-18 = *Mél. Gérardin*, p. 213-214.

dans la formule de la *cautio judicatum solvi* certaines mutations de personnes qui pouvaient se produire *ex parte rei*, n'y a-t-il pas là un premier indice qu'il n'ont pas dû être moins prudents à l'égard du demandeur? Et cette prudence s'explique, car nous sommes en matière de contrats formels et de droits strict. Ce premier argument de vraisemblance est immédiatement confirmé par un autre que nous fournit le principe de la concordance qui a dû exister entre la *cautio judicatum solvi* et la *cautio pro praede litis et vindiciarum*. En vertu de ce principe, il est permis de conjecturer que les mots « *si ea res secundum me heredemve meum judicata erit* » ont figuré dans la *clausula ob rem judicatam* de ces deux *cautiones*, de telle façon que les promettants s'y engageaient expressément pour le cas où la condamnation serait prononcée au profit du demandeur ou de son héritier[1]. Plus délicate est, nous le reconnaissons, la question de savoir si le *cognitor* du demandeur était mentionné dans la *clausula ob rem judicatam* de la *cautio judicatum solvi*. Nous l'avons jadis soutenu en nous appuyant sur ce double argument que les énumérations de personnes de la *clausula ob rem non defensam* de la *cautio pro praede litis et vindiciarum* doivent se retrouver dans la *clausula ob rem judicatam* de cette *cautio* — et que de là ces énumérations ont passé dans la *cautio judicatum solvi*. M. Lenel admettant, sur le fondement de Paul, *Sent.*, 5, 9, 2, que le *cognitor actoris* figurait dans la *clausula ob rem non defensam* de la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, nous arrivions, à l'aide des arguments précités, à établir sa présence dans la *clausula ob rem judicatam* de la *cautio judicatum solvi*[2]. Ces raisons n'ont pas perdu toute valeur; mais cette

[1] Cf. Duquesne, *Contribution*, p. 11-24 = *Mél. Gérardin*, p. 207-220.

[2] V. notre restitution de la formule de la *cautio judicatum solvi* dans *Contexture*, p. 32-33 = *Mél. Fitting*, t. I, p. 352-353. En partant de la restitution de la *clausula ob rem non defensam* proposée par M. Lenel pour la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, nous arrivions à l'aide des mêmes arguments à proposer tant pour la *clausula ob rem judicatam* que pour la *clausula ob rem non defensam* de la *cautio judicatum solvi* la mention du *procurator actoris* et

argumentation nous paraît aujourd'hui affaiblie par ce fait que le texte de Paul qui en est le point de départ et l'unique base soulève, quand on veut le rapporter au temps de l'Edit et de Paul, des difficultés qui le rendent suspect[1]. Nous continuons cependant à penser que la mention du *cognitor actoris* dans cette *clausula* reste vraisemblable, car elle est conforme à la tendance nettement établie de donner à nos *cautiones* une rédaction largement personnelle[2].

Les objections que M. Lenel formule contre cette conjecture[3] ne nous paraissent pas décisives. Cet auteur soutient tout d'abord que cette mention du *cognitor actoris* serait inutile, parce qu'en cas de condamnation prononcée au profit du *cognitor*, la *res* n'en serait pas moins « *secundum actorem judicata* ». Mais qu'on veuille bien le remarquer immédiatement, si cette observation de M. Lenel était exacte, elle aurait dû le conduire à supprimer plusieurs mentions de la *cautio pro praede litis et vindiciarum* dont il admet le caractère personnel. Pourquoi, en effet, mentionner dans la *clausula ob rem non defensam* de cette *cautio* l'*heres* et le *cognitor actoris?* Pourrait-on traiter comme *indefensus* celui qui accepte le *judicium* que

éventuellement, par argument d'analogie, celle du tuteur ou du curateur de ce demandeur. Cette conjecture nous paraît aujourd'hui mal établie, car M. Lenel n'apporte pour toute preuve de la mention du *procurator actoris* dans la *clausula ob rem non defensam* de la *cautio pro praede litis et vindiciarum* que le texte suspect (v. ci-dessus, p. 69, n. 1) de Paul, *Sent.*, 5, 9, 2. Quant à *D.*, 46, 7, 5, 8, que M. Lenel cite également à cet endroit, il ne se réfère pas à l'énumération de personnes *ex parte actoris* de cette *clausula*, il interprète les mots *recte defendi* et déclare que la *res* ne sera correctement *defensa* qu'autant que la défense sera entreprise devant le tribunal, auquel le demandeur devait, d'après les règles de compétence, soumettre son affaire.

[1] V. ci-dessus, p. 69, n. 1.

[2] Cette raison ne peut pas être invoquée pour maintenir le *procurator* dans cette *clausula*, du moins si l'on se place à l'époque de la codification de l'Edit Perpétuel. Le demandeur qui songeait alors à se substituer un représentant ne pensait en fait qu'à un *cognitor*, car seul un *cognitor* le représentait pleinement et lui assurait le bénéfice de l'*actio judicati*. Dans le même sens, on peut faire valoir que le nom du *procurator* ne figurait pas *ex parte rei* dans nos *cautiones*.

[3] *Edictum*[2], p. XV.

lui propose, soit l'*heres* qui a recueilli ce *judicium* dans la succession du stipulant, soit le *cognitor* régulièrement constitué par ce stipulant? Est-il même concevable qu'il puisse accepter le *judicium* dans d'autres conditions? De même, quelle est, dans la conception de M. Lenel, l'utilité de la mention de l'*heres* dans la *clausula ob rem judicatam* de la *cautio pro praede litis et vindiciarum?* Le procès que poursuit l'héritier, après le décès du stipulant, n'est-il pas identiquement le même que celui qui a été visé dans la *cautio*[1]? Si ces diverses personnes y sont énumérées, comme nous le pensons également, cela prouve, selon nous, que la pratique a été dans notre matière d'une extrême prudence et qu'elle n'a pas voulu laisser dépendre l'efficacité ou la non-efficacité de la *cautio* de raisonnements juridiques sur l'identité de la *res;* elle a préféré fixer en termes exprès le sort de la *cautio.* Cette constatation ne fait donc que confirmer notre conjecture.

L'autre objection que M. Lenel formule contre notre opinion est la suivante : l'efficacité de la *cautio judicatum solvi* dans les cas de *translatio judicii cognitoria ex parte actoris* visés par Ulpien (*D.,* 3, 3, 27, 1) n'aurait pas donné lieu aux discussions que laisse entrevoir ce texte si la *clausula ob rem judicatam* de cette *cautio* avait mentionné expressément soit le *cognitor actoris* à côté du *dominus,* lorsque la *cautio* était reçue par ce dernier, soit le *dominus* à côté du *cognitor,* lorsque la *cautio* était reçue par ce représentant lui-même.

Cette objection, au premier abord séduisante, serait tout à fait convaincante si le remplacement du *cognitor* par le *dominus* ou du *dominus* par le *cognitor* avait lieu avant toute *litis contestatio.* Aucune difficulté n'aurait pu s'élever en pareil cas, si le *cognitor* en recevant la *cautio judicatum solvi* avait stipulé expressément qu'elle serait efficace en cas d'intervention du *dominus,* ou si le *dominus,* en recevant cette *cautio,* avait égale-

[1] Il suffit, pour écarter actuellement toute difficulté provenant de la *translatio judicii,* de supposer que le stipulant est mort avant la *litis contestatio.*

ment stipulé son efficacité pour le cas où il se substituerait un *cognitor.* Les discussions qu'Ulpien nous révèle à ce sujet en prenant soin d'appuyer son opinion sur l'autorité de Neratius, de Julien et de Marcellus prouveraient d'une manière indubitable que le *cognitor* et le *dominus* ne prenaient pas soin de stipuler l'un pour l'autre dans la *clausula de re judicata* de la *cautio judicatum solvi.* La question change au contraire d'aspect dès l'instant que le changement de personnes a lieu après la *litis contestatio.* S'il est vrai, comme nous nous proposons de l'établir dans le présent travail, que la *translatio judicii,* qui est ici nécessaire, implique dans tous les cas une rescision de la précédente *litis contestatio* par voie d'*in integrum restitutio,* les hésitations que laisse percer le texte d'Ulpien s'expliquent, même si le nom du *cognitor* ou du *dominus* figurait dans la *clausula* en question. Toute la difficulté est, en effet, de savoir si la rescision est absolue au point d'anéantir intégralement le *judicium* antérieur avec ses accessoires, ou si elle est simplement relative de telle façon que le *judicium* antérieur subsiste, au moins en partie, avec certains de ses accessoires. Les jurisconsultes romains se sont prononcés de bonne heure et en majorité pour le maintien de la *cautio judicatum solvi.* Etant donné que cette *cautio* ne se présente certainement pas dans une rédaction abstraite qui en assure l'efficacité malgré les changements de plaideurs qui se produisent sans rompre l'unité du procès, l'opinion de ces jurisconsultes n'est-elle pas plutôt favorable à notre conjecture d'après laquelle le nom du *cognitor actoris* figurait dans la *cautio* reçue par le *dominus* et le nom du *dominus* dans la *cautio* reçue par son *cognitor?*

L'interprétation de *D.,* 3, 3, 27, 1 doit être abordée d'un point de vue un peu différent de celui que semble avoir adopté M. Koschaker. La *cautio judicatum solvi* avait, dans sa *clausula de re judicata,* une rédaction personnelle qui assurait son efficacité au cas de substitution du *dominus* au *cognitor*[1] ou au cas de

[1] Dans le même sens, v. Hugo Krüger, dans *Z. de Grünhut,* t. III, p. 545-546.

substitution du *cognitor* au *dominus*. Mais cette conclusion ne modifie pas, par elle-même, les termes du problème principal que soulève ce texte. Le maintien de la *cautio judicatum solvi* dans les cas de *translatio judicii cognitoria* visés à cet endroit ne prouve-t-il pas, quelle que soit l'opinion admise sur le caractère personnel ou impersonnel de la *cautio,* que le *judicium* constitué subsiste malgré la *translatio judicii?* N'est-ce pas un principe nettement affirmé par les jurisconsultes romains que cette *cautio* est caduque dès que le *judicium* exercé est différent de celui auquel se réfère la stipulation? La persistance de la *cautio* n'est-elle pas une preuve péremptoire que le *judicium translatum* est ici le même que celui qui a été *editum* par le *cognitor* ou le *dominus* dans la *litis contestatio* et que par conséquent le transfert du procès a lieu dans ces cas sans nouvelle *litis contestatio* et sans *in integrum restitutio?*

A l'encontre de cette argumentation, il convient d'observer en premier lieu que les textes qui formulent la règle de la caducité de la *cautio judicatum solvi,* lorsque l'action est différente de celle à laquelle la *cautio* se rapporte, ne visent que les cas où le demandeur, auquel la *satisdatio* a été fournie, intente une action distincte par ses éléments de fond de celle prévue par la *cautio*[1], c'est-à-dire notamment et peut-être même exclusivement un autre genre d'action : par exemple une action personnelle au lieu d'une action réelle ou une action personnelle différente par sa cause ou son objet de celle mentionnée dans la *cautio* (*actio de jurejurando* au lieu de *condictio certae pecuniae,* etc.). Ces textes ne se préoccupent pas des *mutationes partis* qui peuvent se produire après la prestation de la *cautio.* Il est arbi-

[1] *D.*, 5, 1, 64, 1 (Ulpien, *l.* 1 *disput.*) : *si quis alio judicio acturus judicatum solvi satis acceperit, deinde in alio judicio agat, non committetur stipulatio, quia de alia re cautum videtur. D.*, 46, 7, 13, 1 (Ulpien, *l.* 7 *disput.*) : *si fuero a fidejussore* [L. : *sponsore*] *procuratoris stipulatus judicatum solvi quasi in rem acturus et postea in personam egero, vel alia actione acturus, aliam autem dictavero actionem, non committitur stipulatio, quia de alia re actum videtur, de alia stipulatio interposita,*

traire, croyons-nous, de transporter à ces changements de plaideurs la règle contenue dans ces textes, d'autant plus que cette transposition ne pourrait avoir lieu qu'en se servant dans ce but de règles qui n'ont été formulées par les jurisconsultes romains que pour la consommation des droits par leur exercice en justice. C'est à ce seul point de vue, en effet, que les sources juridiques romaines déterminent l'influence que les *mutationes partis* peuvent avoir sur l'identité du *judicium.* Elles ne s'en occupent jamais à propos de la *cautio judicatum solvi.* Nous avons même la preuve que dans cette dernière matière les jurisconsultes romains ne se sont pas, du moins pour les changements antérieurs à la *litis contestatio,* laissé guider par les mêmes conceptions qu'en matière de *litis contestatio* et de chose jugée. Julien, dont Ulpien nous rapporte l'opinion, décide, en effet, que la *cautio judicatum solvi* reçue par un gérant d'affaires qui se propose de revendiquer un fonds pour le compte d'autrui reste efficace, même si avant la liaison contradictoire de l'instance ce stipulant reçoit du *dominus* mandat d'agir et fait *litis contestatio* comme mandataire[1]. Si, modifiant cette hypothèse pour provoquer l'application des règles relatives à la consommation des droits par leur déduction en justice, nous supposons que le gérant d'affaires, après avoir fait *litis contestatio,* reçoit du *dominus* mandat d'agir à nouveau, il peut faire valablement une nouvelle *litis contestatio,* car le droit du *dominus* n'a pas été déduit en justice et le *judicium* qu'il obtiendra en qualité de mandataire constituera, par rapport au premier, une *alia res*[2]. La décision de Julien montre donc qu'il ne convient

[1] *D.*, 2, 8, 11 (Ulpien, *l.* 75 *ad ed.*) : *Julianus ait, si ante, quam mandarem tibi ut fundum peteres, satis acceperis petiturus fundum et postea mandatu meo agere institueris, fidejussores* [L. : *sponsores*] *teneri.*

[2] *D.*, 44, 2, 25, 2 (Julien, *l.* 51 *dig.*) : *si te negotiis meis optuleris et fundum nomine meo petieris, deinde ego hanc petitionem tuam ratam non habuero, sed mandavero tibi, ut ex integro eundem fundum peteres, exceptio rei judicatae non obstabit :* **alia enim res facta est interveniente mandatu.** *Idem est, si non in rem, sed in personam actum fuerit.*

pas de déplacer de leur domaine propre les règles formulées sur l'*eadem res* aux seuls points de vue de l'effet extinctif de la *litis contestatio* et des conséquences de la *res judicata*[1]. Si nous examinons maintenant la question du maintien de la *cautio judicatum solvi* en cas de *mutatio partis* postérieure à la *litis contestatio,* il n'est pas douteux que les règles relatives à l'*eadem res* peuvent recevoir plus aisément leur application, puisqu'elles trouvent dans le *judicium accipere* qui a eu lieu un de leurs supports habituels. Mais rien ne prouve que les Romains aient pensé à appliquer à la *cautio judicatum solvi* les règles qui régissent les changements de personne dans le domaine de la *litis contestatio;* en tout cas, les deux textes qui parlent d'*idem judicium* à propos de cette *cautio* ne visent pas cette hypothèse.

D'ailleurs, la question du maintien de la *cautio judicatum solvi* dans les hypothèses de *translatio judicii* de *D.,* 3, 3, 27, 1 se pose pour nous sous une autre forme. Il s'agit là uniquement de savoir si la rescision de *judicium* que nécessite la *translatio judicii* s'opère d'une manière absolue ou relative. Dans le premier cas, la *cautio judicatum solvi* devrait tout naturellement disparaître avec tous les autres accessoires du *judicium* complètement détruit. Si la rescision n'est que relative, on conçoit, au contraire, que cette *cautio* puisse se maintenir avec les éléments du *judicium* qui subsistent. Pour nous, la *restitutio litis* n'est en cas de *translatio judicii,* comme dans bien d'autres cas, qu'une rescision relative du *judicium* antérieur. Elle donne sans doute lieu à la création par une nouvelle *litis contestatio* d'un *judicium* nouveau dans la forme, mais ce *judicium* est au fond

[1] On peut, en faveur de l'idée que les Romains ne se laissaient pas guider dans la rédaction de la *cautio judicatum solvi* par la préoccupation de l'*idem judicium*, invoquer une pratique qui nous est attestée pour le Bas-Empire par *C. J.*, 2, 12, 27, 2, et d'après laquelle les plaideurs prenaient soin, dès le procès de première instance, de fournir une *cautio judicatum solvi* dans laquelle les promettants s'obligeaient tout à la fois pour le *procurator* qui défendait au procès de première instance et pour celui qui serait appelé à représenter le défendeur en cas d'appel.

identique au *judicium* ancien, grâce à un procédé que nous déterminerons bientôt. Rien de surprenant dès lors que les jurisconsultes romains qui n'étaient liés par aucune règle restrictive aient admis, guidés par cette identité de fond et soutenus probablement aussi par les énumérations de personnes de la *cautio,* que celle-ci subsistait en cas de *translatio judicii ex parte actoris* du *cognitor* au *dominus* ou à un autre *cognitor* ou du *cognitor* à un *dominus.* Tout le problème se ramène pour nous à rechercher si la *restitutio litis* peut n'être qu'une rescision relative du *judicium.* C'est à la solution de ce problème qu'est consacrée la suite du présent chapitre.

Section II.

In Integrum Restitutio et *Litis Contestatio.*

L'idée que la rescision de la *litis contestatio* par voie d'*in integrum restitutio* pourrait n'être qu'une rescision partielle ou relative n'a pas encore été soutenue, à notre connaissance. Les auteurs de procédure civile qui nous énumèrent les cas où la correction d'un élément de fond de la formule après la *litis contestatio* nécessite une rescision du *judicium* antérieur par voie d'*in integrum restitutio* ne se sont jamais préoccupés de la portée de cette dernière. Quant à MM. Eisele et Koschaker qui ont examiné cette question à propos de la *translatio judicii,* ils se sont tous deux nettement prononcés pour l'idée d'une rescision absolue. Pour eux, lorsque la *translatio judicii* donne lieu à une *in integrum restitutio,* la *lis* précédemment *contestata* est complètement rescindée; les plaideurs sollicitent du magistrat une nouvelle formule à laquelle ils donnent leur adhésion dans une nouvelle *litis contestatio;* de celle-ci naît un *novum judicium* tout à fait indépendant de l'ancien. Cette indépendance s'affirme avec une énergie particulière, lorsque la *litis contestatio* antérieure a éteint *ipso jure* le droit du demandeur; l'*in integrum restitutio* se traduit ici par la délivrance d'une for-

mule contenant la fiction que le droit du demandeur n'a jamais été déduit en justice (*ac si de ea re actum non esset*), ce qui est l'abolition complète et expresse du *judicium* antérieur. Lorsque cette extinction n'a lieu qu'*exceptionis ope*, l'*in integrum restitutio* a pour conséquence le refus du magistrat d'insérer l'*exceptio rei in judicium deductae* dans le nouveau *judicium* que les plaideurs constituent par une nouvelle *litis contestatio*[1].

Toute cette construction est, en apparence, fort rationnelle. Le *judicium* est un rapport juridique issu d'un contrat judiciaire dont la conclusion ou l'achèvement s'opère par la *litis contestatio;* à tout contrat judiciaire correspond un *judicium;* toute nouvelle *litis contestatio* donne naissance à un *novum judicium.* Rien de plus logiquement harmonieux, semble-t-il.

Et cependant méfions-nous de ces constructions doctrinales *a priori,* vêtements tout faits dont les théoriciens revêtent aisément les conceptions les plus arbitraires. Recherchons avant tout la valeur pratique de ces abstractions. Seule une parfaite adaptation aux règles du droit positif et aux exigences de la vie sociale peut donner à ces constructions leur raison d'être et leur prix.

Or, un excellent terrain s'offre à nous pour faire cette recherche, c'est celui des cas incontestés de *restitutio litis.* Ces cas sont anciens et nombreux. Il suffit de les rappeler ici d'un mot : ce sont les corrections d'un des éléments réels de la formule postérieurement à la *litis contestatio*[2], les rescisions des procès dans lesquels un pupille a été assisté d'un *falsus tutor*[3] et celles qui ont lieu en vertu des promesses générales d'*in integrum restitutio* pour violence, dol, minorité, *capitis minutio,* absence ou autre juste cause rentrant dans l'application de l'édit *ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituuntur.*

[1] On trouve une construction du même genre chez M. Lenel, *Edictum*[2], p. 116, pour l'*in integrum restitutio* promise sous l'édit *quod falso tutore auctore* [*gestum?*] *esse dicitur.* Sur cette question, v. plus loin, p. 94-95.

[2] Lenel, *Edictum*[2], p. 119-121.

[3] Lenel, *Edictum*[2], p. 115-116.

Faisons actuellement abstraction de la question de la *translatio judicii* et suivons dans ces hypothèses indiscutées de *restitutio litis* les conséquences de la rescision absolue; nous n'aurons aucune peine à montrer qu'elle y aboutit à des résultats inacceptables en pratique.

En effet, s'il était exact, comme l'implique cette théorie, que dans tous les cas de *restitutio litis* le *judicium* antérieur fût rescindé d'une manière absolue, il en résulterait notamment que tous les effets positifs produits par la précédente *litis contestatio*[1] seraient anéantis, sauf possibilité, le cas échéant, de leur réapparition en vertu de la nouvelle *litis contestatio* à la date de celle-ci. Une telle rescision eût en maintes occasions profondément et injustement modifié la condition des plaideurs.

Supposez, par exemple, qu'entre les deux *litis contestationes,* le délai d'exercice d'une action temporaire ait pris fin[2], le sujet actif ou passif d'une action intransmissible héréditairement soit mort[3], l'usucapion[4] ou la *praescriptio longi temporis*[5] se soit achevée au profit du possesseur, l'extinction d'une servitude par non-usage se soit accomplie au profit du propriétaire de la chose grevée[6], l'enrichissement requis en la personne du défendeur se soit évanoui[7], il n'est pas douteux que le demandeur qui aurait pu triompher dans le premier procès succombera dans le second. Dans d'autres cas, sans aboutir à la destruction du droit du demandeur, cette conception de la rescision absolue n'en entraînerait pas moins un grave préjudice pour ce plaideur. C'est ce qui aurait lieu dans les nombreuses actions où le juge doit, pour fixer l'importance des restitutions qu'il ordonne ou des condamnations qu'il prononce, se placer à l'époque de la *litis*

[1] Pour l'exposé de ces effets, v. notamment Bethmann-Hollweg, *Civilproz.,* t. II, p. 512 et suiv., et Keller-Wach, *Civilproz.,* § 60.

[2] *D.,* 12, 2, 9, 3; *D.,* 27, 7, 8, 1; *D.,* 50, 17, 139.

[3] *D.,* 27, 7, 8, 1; *D.,* 50, 17, 139.

[4] *D.,* 41, 4, 2, 21; *D.,* 41, 6, 2.

[5] *C. J.,* 7, 33, 1. 2.

[6] *D.,* 7, 6, 5, 5; *D.,* 8, 5, 8, 4.

[7] *D.,* 3, 5, 36 (37), *pr.; D.,* 4, 2, 20; *D.,* 4, 4, 34, *pr.; D.,* 24, 1, 7, *pr.*

contestatio[1]. Décider que la *lis restituta* est un *judicium* tout à fait nouveau qui prend date au jour de la récente *litis contestatio,* c'est priver le demandeur dans ces actions de tous les accroissements (fruits, part des esclaves, hérédités, legs et donations recueillis par des esclaves) que la chose litigieuse a pu recevoir entre les deux *litis contestationes* et des indemnités auxquelles il a droit pour privation de jouissance postérieure à la *litis contestatio* et pour certains dommages survenus à la chose litigieuse après cette date. Les satisfactions que le demandeur recevrait dans le *judicium restitutorium* pourraient être de ce chef notablement diminuées.

Le demandeur ne serait d'ailleurs pas toujours seul à souffrir d'une telle conception; le défendeur lui-même pourrait avoir à en pâtir. Qu'un débiteur qui a payé sa dette à un impubère, agissant sans *auctoritas tutoris,* soit poursuivi à nouveau par l'impubère en paiement de cette dette, il sera protégé par une exception de dol qui lui permettra d'échapper à la condamnation dans la mesure de l'enrichissement procuré à l'impubère par le paiement et subsistant encore chez celui-ci au moment de la *litis contestatio*[2]. Si la *lis* est *restituta* et si l'enrichissement a disparu dans l'intervalle des deux *litis contestationes,* le défendeur sera-t-il privé de l'exception de dol qu'il pouvait opposer utilement dans le premier procès? Ou bien supposez qu'un fidéjusseur poursuivi pour le tout ait, en vertu de la constitution d'Hadrien, obtenu une division de la poursuite entre tous les fidéjusseurs solvables au jour de la *litis contestatio*[3]; que la *lis* ait été ensuite *restituta* et que dans l'intervalle des deux *litis contestationes* un ou plusieurs fidéjusseurs soient devenus insolvables, le fidéjusseur poursuivi devra-t-il supporter ces insolvabilités récentes?

[1] Sur ce point, v. Bethmann-Hollweg, *loc. cit.*, p. 518 et suiv.
[2] *D.*, 44, 1, 4.
[3] *D.*, 46, 1, 51, 1. 4; *Inst.*, 3, 20, 4.

M. Koschaker n'hésite pas à accepter toutes les conséquences rigoureuses de sa conception logique : tous les effets du précédent *judicium* sont anéantis par la *restitutio litis* et le nouveau *judicium* ne prend date qu'au jour de la nouvelle *litis contestatio.*

Cette attitude était, à vrai dire, facile à prendre dans la matière de la *translatio judicii* où aucun texte explicite n'oblige à admettre une large application de la *restitutio litis.* M. Koschaker reconnaît qu'un tel procédé de transfert était peu pratique, mais s'empresse d'ajouter que les intéressés avaient normalement d'autres moyens d'arriver à leur but.

Une telle opinion est, au contraire, tout à fait insoutenable dans les nombreuses hypothèses incontestées de *restitutio litis* que nous avons signalées et pour lesquelles des textes attestent formellement l'application constante et souvent exclusive de l'*in integrum restitutio.* Il faut, dans ce domaine, ou découvrir un mécanisme pratique de restitution ou avouer l'impuissance des interprètes. Or, nous ne saurions trop insister sur ce point, la théorie de la restitution absolue mettrait souvent le magistrat dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche ou du moins de l'accomplir convenablement. Qu'un mineur de 25 ans ou que, par erreur, un majeur ait commis une *plus petitio* dans une action temporaire dont le délai d'exercice a pris fin postérieurement à la *litis contestatio,* ou dans la revendication d'une chose que le défendeur a usucapée *inter moras litis,* le magistrat va-t-il manquer à sa promesse de corriger la formule en prétextant que la rescision absolue, la seule qui lui soit possible, ferait obstacle au renouvellement du *judicium?* Admettez encore qu'une *condemnatio* contienne des exagérations. Tout défendeur a le droit, en vertu de l'édit, d'en demander la correction par voie d'*in integrum restitutio.* Pourra-t-il l'obtenir, si le droit du demandeur n'est sauvegardé que par la *litis contestatio* qui a eu lieu ou si la rescision absolue de cette *litis contestatio* doit restreindre notablement les droits du demandeur? La situation serait la même si ce défendeur avait omis une exception péremptoire ou si

un mineur de 25 ans avait négligé d'opposer une exception dilatoire. Et cependant, dans tous les cas, l'édit du magistrat promet l'*in integrum restitutio* sans aucune restriction; aucun doute ne perce dans les textes sur la possibilité d'application de cette rescision. A l'inverse, on peut trouver des cas où la *restitutio litis* promise aux demandeurs léserait le défendeur. Qu'un demandeur, mineur de 25 ans ou victime d'une juste erreur, ait commis une *plus petitio* dans la *condictio certae pecuniae* qu'il intente contre un des fidéjusseurs, ce demandeur obtiendra-t-il la correction de la formule erronée, si la rescision que promet ici le magistrat doit faire retomber sur le fidéjusseur poursuivi la part des fidéjusseurs devenus insolvables après la *litis contestatio?*

Ce ne sont là que des exemples; il nous serait aisé d'en allonger la liste en prenant toutes les hypothèses possibles de *restitutio litis* et en considérant les divers préjudices qu'un anéantissement intégral du précédent procès peut causer au demandeur et au défendeur. Mais ce travail serait sans intérêt après la démonstration que nous venons de faire; il nous conduirait à la répétition dans toutes les hypothèses de ce thème toujours le même : la rescision absolue du *judicium* est dans beaucoup de cas ou impossible ou injuste; impossible, lorsque l'effacement de la précédente *litis contestatio* entraîne l'anéantissement du droit du demandeur; injuste, lorsque cet effacement nuit au demandeur ou au défendeur.

Une telle constatation n'est-elle pas de nature à nous faire douter de la légitimité de la conjecture de MM. Eisele et Koschaker? Si la *restitutio litis* était vraiment la rescision absolue que l'on prétend, comment le préteur l'eût-il promise dans les diverses hypothèses que nous avons citées sans excepter les cas où cette institution conduirait à des impossibilités ou à des injustices?

Poser ces questions, c'est, à notre avis, les résoudre. L'*in integrum restitutio* est essentiellement une mesure d'équité que le magistrat n'accorde qu'après une *cognitio causae* spéciale sur

son opportunité et sur la portée qu'il convient de lui attribuer[1]. Le principe fondamental de la matière, celui qui régit les causes de l'*in integrum restitutio* comme ses effets, c'est que tout y dépend du pouvoir arbitraire du magistrat : *totum enim hoc pendet ex praetoris cognitione*[2]. L'*in integrum restitutio* est toujours une rescision d'acte ou d'effet juridique par l'autorité du magistrat; celui-ci octroie, suivant les cas, soit une rescision absolue, soit une rescision partielle ou relative[3].

L'erreur de MM. Eisele et Koschaker est d'avoir considéré comme contradictoire qu'un *judicium* fût tenu pour non avenu au point de vue de son effet extinctif et pour existant encore au point de vue de ses effets positifs. Mais à cette conception abstraite on peut en opposer une autre non moins logique. L'*in integrum restitutio* est par essence le rétablissement d'un état de choses antérieur[4]; la *restitutio litis* est par conséquent le rétablissement d'un procès dans son état antérieur, c'est-à-dire dans l'état où il était lors de la première *litis contestatio.* Cette seconde conception conduit logiquement non seulement à annuler l'effet extinctif de cette *litis contestatio,* mais encore à transporter ses effets positifs au nouveau *judicium;* elle serait donc la justification théorique de notre idée d'une rescision partielle ou relative du précédent *judicium.*

Toutefois, nous commettrions une erreur du même genre que celle de MM. Eisele et Koschaker, si nous prétendions que le préteur s'est laissé guider exclusivement par de telles abstractions en matière de *restitutio litis.* Cette notion d'*in integrum restitutio,* qui en fait un acte de rétablissement d'un état de choses antérieur, indique très exactement l'idée maîtresse de cette institution juridique, celle qui guide le magistrat dans ses

---

[1] Cf. notamment *D.*, 4, 1, 3. 4.

[2] *D.*, 4, 4, 24, 5 *i. f.*

[3] Sur cette question, v. Burchardi, *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* (1831), p. 552-587.

[4] *D.*, 4, 4, 24, 4 (Paul, *l.* 1 *Sent.*) : *Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque integrum jus suum recipiat.*

diverses restitutions concrètes; mais les conséquences pratiques de chacune d'elles sont toujours librement arbitrées par le magistrat d'après l'équité.

Il suffit pour s'en convaincre de suivre la casuistique romaine dans le domaine des effets de l'*in integrum restitutio;* la lecture des sources nous y fait apparaître comme dans un rapide diorama les alternances incessantes de rescisions absolues et de rescisions partielles, attestant sans relâche que sur ce terrain le magistrat jouit d'un pouvoir pleinement arbitraire et exerce un incontestable magistère d'équité[1]. Nous ne pouvons songer à relever ici toutes les solutions intéressantes; notons les plus significatives en les répartissant en deux groupes : le premier comprend des exemples de rescision partielle pris hors de la *restitutio litis* et qui nous montrent avec une particulière netteté que les préteurs romains ne se sont jamais laissé conduire en cette matière par cette conception *a priori* que la rescision d'un acte ou d'un effet juridique par *in integrum restitutio* implique nécessairement un anéantissement complet de cet acte ou de cet effet; l'autre nous montre en matière de *restitutio litis* comment le magistrat a diversifié ici suivant les cas la portée de ses rescisions.

Dans le premier ordre d'idées, on peut tout d'abord citer diverses hypothèses dans lesquelles le magistrat détermine librement les effets passifs de l'*in integrum restitutio* soit dans les rapports des parties, soit au regard des tiers. Nous savons, par exemple, que la vente consentie à des conditions désavantageuses sous la pression d'un supérieur, d'un parent ou d'un ami, n'est rescindée que pour partie : le vendeur recouvre sa chose, mais n'a pas à restituer le prix[2]. Vis-à-vis des tiers, la restitution n'est en principe efficace qu'autant que ceux-ci ont été présents ou régulièrement appelés à la *cognitio causae* dans laquelle le magistrat a prononcé la rescision[3]. Même sous cette

[1] Cf. Burchardi, *loc. cit.*
[2] *C. J.*, 2, 19 (20), 11 (Constantin, a. 326),
[3] *D.*, 4, 4, 29, 2 (Modestin).

réserve, le magistrat est maître d'accorder ou de refuser une restitution absolue, efficace *erga omnes*. C'est ainsi que dans la rescision d'une aliénation il lui appartient de décider si les sous-aliénations consenties par l'acquéreur sont annulées[1]. En dehors de là, le magistrat refuse ordinairement de remettre en cause les droits acquis par des tiers et n'accorde par suite qu'une rescision relative. Lorsque, par exemple, un mineur de 25 ans est restitué contre une acquisition d'hérédité, les affranchissements d'esclaves faits en vertu du testament, les exécutions de legs et les paiements de créances héréditaires restent valables[2]. Est-il restitué contre une répudiation d'hérédité, les aliénations régulièrement faites par le *curator bonorum* pendant la vacance de l'hérédité sont maintenues[3]. Si cette répudiation a été suivie d'une *addictio bonorum libertatum conservandarum causa,* les libertés acquises en vertu de cette dernière subsistent[4].

Très décisives en ce sens sont aussi les décisions diverses qu'on rencontre lorsque l'acte ou l'effet juridique à rescinder intéresse plusieurs personnes dont les unes ont droit à l'*in integrum restitutio* et dont les autres ne peuvent y prétendre. En pareil cas, l'acte juridique n'est ordinairement annulé qu'au profit de ceux auxquels la restitution est promise par l'édit. De multiples applications de cette règle sont faites dans la matière de la minorité. C'est ainsi qu'en cas de vente faite conjointement par un mineur et un majeur d'un bien dont ils sont copropriétaires, la vente n'est rescindée que pour la part du mineur, à moins que l'acheteur ne refuse le maintien partiel de la vente[5]. De même, si une mineure de 25 ans conclut une tran-

[1] *D.*, 4, 4, 9, *pr.* (Ulpien) ; *D.*, 4, 4, 13, 1 (Ulpien).
[2] *D.*, 4, 4, 22 (Ulpien) ; *l.* 31 (Papinien) ; *D.*, 40, 5, 30, 11 (Ulpien). D'ailleurs les affranchissements et les jugements récognitifs de liberté ne peuvent jamais être révoqués par *in integrum restitutio;* cf. Burchardi, *loc. cit.*, p. 140-141.
[3] *D.*, 4, 4, 22 (Ulpien).
[4] *Inst.*, 3, 11, 5.
[5] *D.*, 4, 4, 47, 1 (Scaevola),

saction dans l'intérêt de ses frères et sœurs en même temps que pour elle, la rescision de la transaction n'a lieu que pour sa part, à moins qu'elle n'ait reçu un mandat en ce sens des autres intéressés ou que ceux-ci n'aient ratifié l'acte après coup[1]. Ailleurs, nous voyons que la rescision des dettes contractées par un fils de famille mineur ne produit pas d'effets au regard du père; celui-ci reste, par exemple, soumis à l'*actio de peculio,* bien que le fils ait été restitué contre l'*actio directa*[2]. Dans un autre endroit, la rescision de l'engagement qu'un mineur a pris comme caution à côté d'un majeur n'a lieu qu'au profit du mineur et il appartient au magistrat de décider si la part du mineur retombe ou non sur l'autre caution[3]. Si le mineur restitué est débiteur principal, la rescision de l'obligation principale ne profite pas nécessairement aux cautions, le magistrat a la faculté, s'il le juge équitable, de maintenir les engagements accessoires des cautions[4]. Cette dernière décision est de toutes la plus significative; elle ne nous montre pas seulement les larges pouvoirs des magistrats dans notre matière, mais elle atteste encore et surtout que ceux-ci ne se laissent pas dominer ici par des conceptions logiques, puisqu'ils n'hésitent pas à maintenir des obligations accessoires malgré l'annulation de l'obligation principale qui servait de support à celles-ci. Ont-ils pu, dans ces conditions, hésiter à laisser subsister une partie des effets d'un précédent *judicium,* tout en rescindant son effet extinctif de manière à permettre l'accomplissement d'une nouvelle *litis contestatio?* L'examen de quelques solutions en matière de *restitutio litis* nous fournira à cet égard une réponse tout à fait convaincante.

---

[1] *C. J.*, 2, 25 (26), 1 (Dioclétien et Maximien, a. 294).
[2] *D.*, 4, 4, 3, 4 (Ulpien).
[3] *D.*, 46, 1, 48, 1 (Papinien).
[4] Paul, *Sent.*, 1, 9, 6; *D.*, 3, 3, 51 (Ulpien); *D.*, 4, 4, 3, 4 (Ulpien); *D.*, 4, 4, 13, *pr.* (Ulpien); *D.*, 46, 1, 25 (Ulpien); *D.*, 46, 3, 95, 3 (Papinien); *C. J.*, 2, 23 (24), 1 (Septime Sévère et Antonin Caracalla, a. 194); c. 2 (Dioclétien et Maximien, a. 287).

A vrai dire, les textes qui parlent de *restitutio litis* sont assez nombreux[1], mais la plupart d'entre eux mentionnent simplement le fait sans préciser la portée de la rescision opérée. Quelques fragments seuls sont explicites à cet égard; le reste de la documentation est fourni par des arguments d'analogie.

Ces divers témoignages nous montrent que le magistrat opère ici, comme ailleurs, tantôt des rescisions partielles ou relatives, tantôt des rescisions absolues.

Nous avons plusieurs exemples très nets de rescisions partielles dans les cas suivants : l'*in integrum restitutio* accordée à un mineur de 25 ans contre une sentence ne profite pas aux majeurs qui ont été condamnés par la même sentence[2]; bien plus, le mineur de 25 ans qui n'a pas obtenu par le *judicium tutelae* tout ce qu'il était en droit d'exiger de son tuteur ou de ses héritiers n'obtient la restitution de ce *judicium* que pour agir quant au surplus (*de superfluo*)[3]; ce même mineur frappé par une condamnation peut, dans certains cas, demander et obtenir la rescision de certains chefs de cette sentence, tandis que la condamnation subsiste pour le reste[4]; enfin, il peut, dans les actions qui croissent au double *adversus infitiantem,* faire considérer, au moyen d'une *restitutio litis,* son *infitiatio* comme non avenue et

---

[1] C'est en cette matière que nous sont signalées les premières applications d'*in integrum restitutio :* Cicéron, *Verr.*, 2, 26, 63; *Pro Flacco*, 21, 49; 32, 79 (cf. Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco*, c. 30-32 *et l'In Integrum Restitutio*, p. 25 et suiv.). Dans les écrits des jurisconsultes classiques et les œuvres de Justinien, on trouve de nombreux textes qui se réfèrent à la *restitutio litis.* Sans prétendre donner une énumération limitative, citons Gaius, 4, 53. 57. 125; *D.*, 2, 9, 1; *D.*, 2, 10, 3, 1; *D.*, 4, 1, 7, *pr.* 1; *l.* 8; *D.*, 4, 4, 3, 1; *l.* 6; *l.* 7, 4. 11. 12; *l.* 8; *l.* 9, *pr.* 2; *l.* 16, 5; *l.* 17; *l.* 18, *pr.* 1. 2. 3. 4; *l.* 20, 1; *l.* 21; *l.* 24, *pr.*; *l.* 28; *l.* 29, 1; *l.* 36; *l.* 41; *l.* 42; *l.* 45, 1; *l.* 46; *D.*, 4, 7, 3, 4; *D.*, 9, 4; 26, 5. 6; *D.*, 11, 1, 11, 8. 10; *l.* 12; *D.*, 26, 7, 25; *D.*, 27, 6, 1, 2-6; *l.* 2. 3. 4. 5. 6. 10; *D.*, 42, 1, 33; *D.*, 44, 2, 2; *C. J.*, 2, 12 (13), 4; 2, 26 (27), 1-5; 2, 54 (55), 1. 2; 3, 1, 13, 11; 7, 50, 2; 7, 68, 2; *Inst.*, 4, 6, 33. Quant à Cicéron, *de leg. agr.*, 2, 4, 10, et Suétone, *Claud.*, 29, ils ne contiennent qu'une allusion générale et vague à des rescisions de *judicia.*
[2] *C. J.*, 7, 68, 2 (Alexandre Sévère, a. 224).
[3] *C. J.*, 2, 26 (27), 1 (Alexandre Sévère, a. 231).
[4] *D.*, 4, 4, 29, 1 (Modestin).

échapper ainsi à la condamnation au double[1]. Dans tous ces cas, nous voyons très nettement que le magistrat laisse subsister une partie importante de la *litis contestatio* ou de la condamnation antérieure, qu'il n'opère donc la rescision du *judicium* que pour partie. Le dernier exemple est particulièrement significatif, car il nous montre une rescision de *judicium legis Aquiliae* opérée dans le seul but de substituer à la formule ordinaire de l'action une formule confessoire. Si nous supposons que le délinquant soit mort *inter moras litis,* la rescision ne peut avoir lieu qu'à la condition de maintenir l'effet positif de la première *litis contestatio,* en vertu duquel l'action est devenue transmissible héréditairement.

Dans d'autres cas, le magistrat opère une rescision absolue du *judicium.* Un exemple nous en est donné par Gaius, *l.* 4 *ad ed. prov.* (*D.,* 27, 6, 10[2]), si nous adoptons de ce texte le commentaire généralement donné. Ce texte vise l'hypothèse où un demandeur fait valoir contre un pupille assisté d'un *falsus tutor* soit un droit sanctionné par une action temporaire, soit un droit de propriété. La *litis contestatio* faite dans un tel procès reste sans

[1] *D.,* 4, 4, 9, 2 (Ulpien).

[2] *Si falso tutore auctore actum sit et interea dies actionis interierit aut res usucapta sit, omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset.* Ce texte est, dans sa rédaction actuelle, d'une interprétation délicate. Toute la difficulté consiste à déterminer le sujet de *debet.* Les diverses opinions possibles ont été soutenues. On en trouvera un excellent examen critique dans Glück, *Pandekten,* t. XXXII, p. 307 et suiv. L'opinion aujourd'hui communément admise et que nous devons à Cujas, *Op. omn.,* t. III, col. 647, est que *debet* a pour sujet *falsus tutor.* La fin du texte doit, par suite être restituée, au point de vue du sens, comme suit : *omnia incommoda perinde sustinere debet* **falsus tutor,** *ac si illo tempore vero tutore auctore* **actor** *egisset,* ce qui veut dire que dans les hypothèses visées par le texte, le demandeur est définitivement dépouillé du droit qui a été éteint par la prescription extinctive ou l'usucapion, mais a, contre le *falsus tutor,* une créance d'indemnité égale à l'intérêt qu'il avait à ce que le procès eût été intenté contre un pupille assisté d'un *verus tutor.* Cette conjecture se fonde, d'une part, sur le texte correspondant des *Basiliq.,* 38, 6, 8, d'où il ressort que c'est bien le faux tuteur qui doit supporter la charge de l'indemnité, et, d'autre part, sur ce fait que cette loi 10 figure aux *Dig.,* 27, 6, dans la partie de ce titre qui s'occupe du *judicium in factum* donnée contre le *falsus tutor.*

effet et le droit du demandeur périt postérieurement parce que le délai de l'action temporaire s'achève ou parce que le pupille devient propriétaire par usucapion. Gaius décide, si nous interprétons son langage à la lumière des Basiliques[1], que le *falsus tutor* doit supporter tout le préjudice subi par le demandeur, comme si celui-ci avait exercé son action contre un pupille assisté d'un tuteur véritable. Cette solution implique, comme le conjecture M. Lenel[2], que la *restitutio* accordée dans ce cas en vertu de l'édit est une rescision absolue du précédent *judicium,* de telle façon que cette restitution anéantit tout à la fois l'effet extinctif et les effets positifs de la précédente *litis contestatio.* Comme le droit a été éteint *inter moras litis,* le procès ne peut pas être renouvelé et le demandeur n'a d'autre ressource que d'intenter une action *in factum* en indemnité contre le *falsus tutor* coupable de dol. Cette application de la rescision absolue s'explique par la défaveur qui entoure les restitutions prononcées contre des mineurs; le magistrat s'efforce ici de tempérer le plus possible les effets de sa mesure pour soustraire les mineurs à tout préjudice[3].

Ce texte de Gaius est, à notre connaissance, la seule preuve directe et formelle de rescision absolue de *judicium* que contiennent les sources. Il est toutefois permis de se demander si le magistrat n'opérait pas de la même manière dans un certain nombre d'autres cas. On peut, en effet, invoquer en faveur de cette conjecture un argument indirect et lointain que fournit un fragment de Paul[4]. Le demandeur d'une *pecunia* a, par suite du

[1] 38, 6, 8 (Heimbach, t. III, p. 734).

[2] *Edictum*[2], p. 115, n. 14.

[3] *D.,* 4, 4, 11, 6 (Ulpien, *l.* 11 *ad ed.*).

[4] *D.,* 4, 3, 25 (Paul, *l.* 11 *ad ed.*) : *Cum a te pecuniam peterem eoque nomine judicium acceptum est, falso mihi persuasisti, tamquam eam pecuniam servo meo aut procuratori solvisses, eoque modo consecutus es, ut consentiente me absolvereris : quaerentibus nobis, an in te doli judicium dari debeat, placuit de dolo actionem non dari, quia alio modo mihi succurri potest : nam ex integro agere possum et si obiciatur exceptione rei judicatae, replicatione jure uti potero,*

dol de son adversaire, consenti à l'absolution de ce dernier. Paul lui refuse l'*actio de dolo* comme inutile et, sans doute pour la même raison, ne parle pas ici de l'*in integrum restitutio,* ordinairement préférée à l'*actio de dolo* en cas de dol commis dans un litige [1]. Le demandeur lui paraît suffisamment protégé par la faculté qui lui appartient d'intenter l'action à nouveau et de répondre à l'*exceptio rei judicatae* du défendeur par une *replicatio doli.* Le demandeur obtient donc satisfaction par l'introduction d'un *judicium* nouveau et la *replicatio* doli opère ici à la manière d'une rescision absolue. Ne peut-on pas voir dans ce texte un embryon de preuve que la *replicatio doli* donnait les mêmes satisfactions qu'une *in integrum restitutio* et que celle-ci devait par conséquent opérer également d'une manière absolue et donner naissance à un *judicium* tout à fait nouveau?

Nous ne nions pas la part de vraisemblance qui réside dans cet argument détourné, mais nous pensons qu'il faut en limiter la portée. Ce n'est pas, en effet, par pur accident que la pleine efficacité de cette rescision intégrale par *replicatio doli* nous est attestée en matière de *petitio pecuniae.* Bien que le texte ne précise pas la nature de l'action exercée par le demandeur, les termes employés font immédiatement penser à une *condictio certae pecuniae* ou tout au moins à une action de bonne foi fondée sur un *negotium juris.* Or, dans ces deux cas, la *litis contestatio* ne produit aucun effet positif utile qu'il y ait lieu de transporter au nouveau procès. On conçoit que dans ces conditions le magistrat qui proportionne son intervention aux besoins manifestés se soit contenté d'effacer l'effet extinctif de la sentence, sans maintenir, même pour partie, le précédent *judicium.* Sa conduite serait nécessairement tout autre, si la *litis contestatio* avait produit des conséquences positives notables, comme cela est ordinairement le cas en matière d'actions réelles, de *condictio certae rei,* d'*actio ex stipulatu,* d'*actio ex testamento,* d'actions

[1] *D.*, 4, 1, 7, 1; *D.*, 4, 3, 1, 6.

temporaires ou d'actions intransmissibles héréditairement. La rescision absolue par voie de *replicatio doli* ne donnerait au demandeur qu'une protection imparfaite; une *actio de dolo* ou plutôt une *restitutio litis* avec maintien des effets positifs de la précédente *litis contestatio* serait ici nécessaire. C'est d'ailleurs cette hypothèse qui a dû, avec la restitution *inter moras litis* d'un droit éteint *ipso jure* par la *litis contestatio,* constituer le champ d'application normal de la *restitutio litis ob dolum.*

La seule conjecture qu'autorise le fragment de Paul dont nous nous occupons ici est que le magistrat, en cas de *restitutio litis,* rescindait sans doute complètement le précédent *judicium,* lorsque les plaideurs ne se prévalaient d'aucun effet positif produit par la *litis contestatio* antérieure.

Si nous faisons abstraction de ce cas et de l'hypothèse exceptionnelle visée par Gaius, *D.*, 27, 6, 10, il est permis d'affirmer, après la démonstration que nous avons fournie plus haut, que le magistrat soucieux d'accomplir une œuvre équitable ne devait pas, en matière de *restitutio litis,* se contenter de rescinder l'effet extinctif de la *litis contestatio* antérieure, mais était tenu d'assurer d'une manière quelconque le maintien des effets positifs produits par cette *litis contestatio.*

On pourrait être tenté d'admettre que pour atteindre ce résultat le magistrat opérait ici une double restitution : l'une qui effaçât l'effet extinctif de la précédente *litis contestatio,* l'autre qui réparât les préjudices causés par l'anéantissement de cette dernière. Ainsi, par exemple, lorsque le défendeur à une revendication avait usucapé *post judicium acceptum,* mais avant la restitution, le magistrat aurait refusé au défendeur, en vertu de la première restitution, l'*exceptio rei in judicium deductae* et lui aurait donné, en vertu de la seconde restitution, une formule de *judicium rescissorium* contenant la fiction que l'usucapion n'avait pas été accomplie. De même, si une servitude avait été éteinte *inter moras litis* par non-usage, le magistrat aurait dénié l'*exceptio rei in judicium deductae* et octroyé une nouvelle action confessoire avec la fiction que la servitude réclamée

n'avait pas été éteinte. De même, si le délai d'exercice d'une action était arrivé à son terme lorsque le litige était pendant, le magistrat aurait accordé une formule contenant la fiction que le délai n'était pas expiré, tout en rescindant, suivant le procédé ordinaire, l'effet extinctif de la *litis contestatio.*

Une telle manière de procéder est, en apparence, tout à fait correcte. Elle ne répond toutefois pas aux besoins de la pratique. Il y a tout d'abord un certain nombre de cas où elle est inapplicable. Il en est ainsi toutes les fois qu'il s'agit non de restituer des droits, mais de rétablir des faits. Lorsque la restitution concerne par exemple des *judicia* dont l'exercice est subordonné à l'existence d'un enrichissement dans le patrimoine du défendeur et lorsque cet enrichissement a disparu dans l'intervalle des deux *litis contestationes,* aucune fiction n'est juridiquement concevable qui permette au juge de considérer comme existant un enrichissement qui a cessé d'exister. De même, si la *restitutio litis* est demandée à l'égard d'actions intransmissibles héréditairement par des héritiers ou contre des héritiers en vertu de la règle : *actiones quae morte pereunt semel inclusae judicio salvae permanent,* la fiction *ac si de ea re actum non esset* proposée par MM. Eisele et Koschaker et par laquelle est rescindé l'effet extinctif de la *litis contestatio* est incompatible avec une fiction qui affirmerait le maintien, en vertu de cette même *litis contestatio,* de l'action intransmissible héréditairement. Il faut même aller plus loin et constater que dans les hypothèses où la fiction directe d'existence d'un droit éteint *inter moras litis* est concevable, comme dans les exemples que nous avons cités plus haut, cette fiction n'investit pas le juge du pouvoir de tenir compte de tous les accessoires (*omnis causa*) auxquels le demandeur a droit en équité depuis la première *litis contestatio,* car le nouveau *judicium* prend date au jour de la nouvelle *litis contestatio* et c'est à ce moment que le juge devra normalement se placer pour faire ses évaluations.

A ces divers points de vue, le procédé de la double restitution se révèle comme inapplicable ou insuffisant.

Pour nous, les Romains ont eu recours ici à un moyen utilisable dans tous les cas et qui donne pleine satisfaction aux exigences de l'équité. Ils ont normalement accordé, lorsque les plaideurs réclamaient le maintien d'effets positifs de la précédente *litis contestatio,* un nouveau *judicium* auquel ils attribuaient la date de l'ancien, de telle façon que les plaideurs faisaient une *litis contestatio* antidatée, une *litis contestatio repetita die.* Ce procédé a le grand avantage de procurer à lui seul le double résultat que nous cherchons : rescision de l'effet extinctif de la précédente *litis contestatio,* puisqu'à la date donnée au nouveau contrat judiciaire la *res* n'avait pas encore été *in judicium deducta,* et maintien des effets positifs de la première *litis contestatio.* La simplicité de ce moyen et sa parfaite adaptation aux besoins de la pratique ne sont-elles pas un premier argument en faveur de notre conjecture[1]? Ajoutons immédiatement que le procédé de la *litis contestatio repetita die* n'est pas une invention de notre part, qu'il est bien connu des jurisconsultes romains et que le moyen de l'antidate, dont il n'est qu'une application, est à plusieurs reprises employé par le magistrat pour opérer ses *in integrum restitutiones.* Il y a là un ensemble d'arguments qui par leur combinaison fournissent une base très solide à notre construction et qu'à raison de leur importance nous croyons devoir grouper dans une section spéciale.

Section III.

Litis Contestatio repetita die et Applications similaires de l'Antidate.

Le procédé de l'antidate est un expédient fréquemment usité par les magistrats romains pour donner plus complète satisfac-

[1] *Veritatis simplex oratio est,* disent les moralistes et les philologues (Sénèq., *Ep.,* 49, 12).

tion à l'équité. C'est ainsi que nous le trouvons expressément signalé par les textes en matière de *litis contestatio*, d'interdits et de stipulations prétoriennes. Dans ces deux derniers domaines, il nous est même directement présenté comme un moyen d'opérer une *in integrum restitutio*.

I° *Litis contestatio repetita die.* — L'emploi de la *litis contestatio repetita die* nous est attesté par un texte d'Ulpien [1]. Ce jurisconsulte suppose qu'un défendeur à l'*actio ad exhibendum* usucape postérieurement à la *litis contestatio* et décide que ce défendeur ne sera absous qu'autant qu'il acceptera une formule de revendication dont l'*intentio* sera antidatée, c'est-à-dire portera une date antérieure à l'achèvement de l'usucapion. L'utilité de cette antidate est manifeste. Si le défendeur acceptait du demandeur une formule de revendication portant la date exacte de cette *litis contestatio*, la satisfaction qu'il fournirait au demandeur serait illusoire, car à cette date il est devenu propriétaire. Son acceptation du *judicium* de revendication n'est utile qu'autant qu'elle porte une date antérieure à la réalisation de son usucapion. Cette date doit même, semble-t-il, être celle de la *litis contestatio* qui a eu lieu dans l'*actio ad exhibendum;* le défendeur ne remplit, en effet, complètement son obligation d'exhiber qu'autant qu'il met le demandeur dans la situation exacte où celui-ci aurait été si l'exhibition avait eu lieu au moment même de l'acceptation du *judicium ad exhibendum* [2].

A vrai dire, le texte d'Ulpien ne nous signale pas, dans son état actuel, l'utilité primordiale de la *litis contestatio repetita die*, celle qui est relative à l'existence du droit du demandeur ; il indique immédiatement et exclusivement la répercussion

[1] *D.*, 10, 4, 9, 6 (Ulpien, *l.* 24 *ad ed.*) : *Proinde si post litem contestatam usucaptum exhibeat, non videtur exhibuisse, cum petitor intentionem suam perdiderit, et ideo eum absolvi non oportere, nisi paratus sit repetita die intentionem suscipere, ita ut fructus secundum legem aestimentur.*

[2] *D.*, 10, 4, 9, 5 (Ulpien) ; *Inst.*, 4, 17, 3.

de cette antidate sur l'estimation des fruits par le juge [1]. Il y a là une rupture dans l'enchaînement logique des idées qu'on ne peut imputer au jurisconsulte classique. Celui-ci devait dégager tout d'abord la conclusion la plus importante, celle qui concerne l'existence même du droit, avant de relever l'effet de l'antidate pour les accessoires du droit contesté ; les commissaires ont sans doute opéré ici une de ces multiples coupures que leur imposait leur travail de condensation [2]. Cette conjecture acquiert un grand degré de vraisemblance, lorsqu'on constate qu'une pareille lacune ne se rencontre ni dans le texte des Institutes [3], directement inspiré de *D.*, 10, 4, 9, 6 [4], ni dans celui de la Paraphrase grecque des Institutes attribuée à Théophile [5].

Ulpien enregistrait donc la double utilité de la *litis contestatio repetita die :* l'une qui permettait au juge de statuer sur la question de propriété sans tenir compte de l'usucapion accomplie par le défendeur; l'autre qui l'autorisait à remonter à la date fictive pour faire l'estimation des fruits [6].

[1] Les mots « *ita ut fructus secundum legem aestimentur* », par lesquels cette répercussion est indiquée, sont considérés depuis Cujas, *Op. omn.*, ed. Naples, 1722-1727, t. VII, col. 618, comme visant la règle de la loi des XII Tables qui imposait sous certaines conditions au plaideur de l'*actio sacramenti in rem*, qui avait obtenu l'attribution des *vindiciae*, l'obligation de restituer au double les fruits intérimaires. Cf. Esmein, *Mélanges d'Histoire du Droit*, p. 193, n. 1 ; Lenel, *Edictum* [2], p. 500. Cette interprétation mériterait d'être soumise à un nouvel examen ; il ne nous appartient pas d'entreprendre ce travail ici.

[2] Sur l'importance de ces coupures, v. Dirksen, *Civilist. Abhandl.*, t. I, p. 212 et suiv. ; Jörs, *Röm Rechtswissenschaft z. Z. der Rep.*, p. 11 et suiv. M. G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen* (1910), p. 17-18, considère notre texte comme retouché sans préciser la portée de l'interpolation.

[3] 4, 17, 3.

[4] Cpr. *D.*, 10, 4, 9, 5-6 à *Inst.*, 4, 17, 3.

[5] 4, 17, 3.

[6] Il est à noter que ni le texte des *Inst.*, ni celui de la Paraphrase grecque ne parlent de la *litis contestatio repetita die*. Le premier conclut immédiatement que celui qui a usucapé n'en sera pas moins condamné et ajoute que le juge devra tenir compte des fruits échus « *post acceptum ad exhibendum judicium* ». La Paraphrase grecque est encore plus explicite : il n'y est question que d'une προκάταρξις, celle qui a eu lieu dans l'*actio ad exhibendum* et qui permet au juge de ne pas tenir compte de l'usucapion ultérieurement achevée et de calculer les fruits à partir de ce moment. Le langage de ces textes permet

Cette seconde utilité de la *litis contestatio repetita die* permet de se demander si cet expédient n'était pas utilisé, même lorsque le défendeur n'avait pas usucapé *inter moras litis,* dans le seul but d'assurer au demandeur une plus large restitution de fruits. Toutes les vraisemblances sont en faveur de l'affirmative [1] et le silence des textes ne doit pas nous surprendre étant donné que le procédé de la *litis contestatio repetita die* avait perdu son utilité à l'époque de Justinien [2].

Une autre application de *litis contestatio repetita die* était déjà signalée par Cujas [3] dans un texte de Paul [4]. Ce dernier s'occupe à cet endroit d'un legs fait sous la condition que le bénéficiaire choisisse dans un certain délai l'objet légué parmi ceux du même genre qui se trouveront dans l'hérédité et suppose que l'héritier détenteur des biens héréditaires poursuivi par l'*actio ad exhibendum* fait traîner le procès en longueur pour que le demandeur ne puisse pas faire son option avant l'expiration du

---

de se demander si la distinction de l'action *ad exhibendum*, préparatoire à une action ultérieure, et de cette action s'est rigoureusement maintenue, ou si par suite de la disparition des formules, ces deux actions n'ont pas tendu, en cas de non-exhibition, à devenir deux *cognitiones* distinctes d'un même procès. Ainsi s'expliqueraient les multiples interpolations qui ont eu pour but de faire de l'action *ad exhibendum* une action en restitution. (Pour ces interpolations, v. G. Beseler, *Beiträge*, p. 16-20.) Cette même raison justifierait la suppression de la *litis contestatio repetita die* chez Justinien et dans la Paraphrase ; elle a peut-être également provoqué la radiation de cette *litis contestatio* dans plusieurs textes des compilations de Justinien. Ce délicat problème de l'évolution de l'*actio ad exhibendum* ne peut être abordé ici dans son entier ; nous avons voulu simplement consigner ici l'expression d'une conjecture qui nous paraît avoir un grand degré de vraisemblance.

[1] Il est à remarquer notamment que dans le cas où le défendeur n'acceptait pas de faire *litis contestatio* relativement à l'action directe, la condamnation du juge devait embrasser la valeur des fruits échus postérieurement à l'acceptation du *judicium ad exhibendum* en vertu de la règle d'après laquelle le défendeur « *condemnandus sit in id, quod actoris intererat ab initio rem exhibitam esse* » (*Inst.*, 4, 17, 3 *i. f.*). La situation du demandeur ne devait pas être moins bonne, lorsque le défendeur consentait à accepter le procès direct.

[2] V. p. 101, n. 6.

[3] *Op. omn.*, t. VII, col. 618-619.

[4] *D.*, 10, 4, 10 (Paul, *l.* 26 *ad ed.*) : *Si optione intra certum tempus data judicium in id tempus extractum est, quo frustra exhibetur, utilitas petitoris conservetur...* »

délai qui lui a été imparti. Le texte conclut dans sa rédaction actuelle « *utilitas proprietatis conservetur* ». La forme abstraite et peu précise de cette finale porte un cachet indéniable de byzantinisme. M. P. Krüger, s'inspirant sans doute des Basiliques, 15, 4, 10, remplace *conservetur* par *condemnatione servabitur.* Cette correction correspond bien au droit de Justinien où le juge statuant dans l'*actio ad exhibendum* sur la question même de restitution, condamne le défendeur si celui-ci ne fait pas livraison de la chose choisie par le demandeur après expiration du délai. Mais les mots *utilitas proprietatis* restent suspects et il est permis de supposer que les commissaires de Justinien ont retouché le texte pour supprimer une allusion à un état de choses disparu, probablement à une *litis contestatio repetita die.* A l'époque de Paul, lorsque l'héritier exhibait tardivement, il n'évitait la condamnation qu'autant qu'il permettait au demandeur de faire son choix après coup et acceptait une formule d'action en revendication portant une date antérieure à l'expiration du délai d'option, probablement celle de l'acceptation du *judicium ad exhibendum.*

Il est d'ailleurs très vraisemblable que l'emploi de la *litis contestatio repetita die* a été très large en matière d'*actio ad exhibendum.* Le but ordinaire de cette action y incitait. Le demandeur l'intentait normalement en droit classique pour obtenir l'exhibition d'une chose en vue d'un procès futur qu'il ne pouvait diriger que contre le possesseur ou le détenteur de cette chose. Le défendeur lui fournissait pleine satisfaction, lorsqu'après avoir exhibé il acceptait de lier contradictoirement cet autre procès et de donner à la nouvelle *litis contestatio* la date de celle qui avait eu lieu dans l'*actio ad exhibendum,* de telle façon que le demandeur fût mis exactement dans la situation où il aurait été si l'exhibition avait eu lieu au jour où le *judicium ad exhibendum* avait été *acceptum.* Nous avons déjà indiqué plusieurs hypothèses où cet intérêt se rencontrait; il serait aisé d'en construire d'autres. Nous préférons ne pas nous lancer dans la voie des conjectures pour revenir sur le terrain des

sources où nous allons trouver, à propos des interdits et de la *cautio damni infecti* le procédé de l'antidate directement rattaché à une *in integrum restitutio.*

II° *Interdicta reddita repetita die.* — L'application la plus nette de l'antidate en matière d'interdits nous est signalée par Ulpien, *l.* 70 *ad ed.* (*D.*, 43, 19, 1, 9. 10). A cet endroit, Ulpien s'occupe de l'interdit *de itinere actuque privato* par lequel le magistrat interdit à une personne de faire aucune violence pour empêcher l'usage d'une servitude de passage de la part de celui qui, au cours de l'année précédente, a exercé au moins pendant trente jours cette servitude sans vice de violence, de clandestinité ou de précarité au regard de son adversaire[1]. Le § 9 suppose que pendant l'année qui a précédé la demande de l'interdit le possesseur de la servitude n'a pas pu user de cette dernière par suite d'un cas de force majeure, par exemple d'une inondation, ou par suite d'une violence ou de toute autre cause susceptible de servir de base à une *in integrum restitutio*[2]. Ce possesseur qui ne se trouve plus dans les conditions requises pour obtenir utilement la reddition de l'interdit, puisqu'il n'a pas exercé la servitude au cours de la dernière année, sollicite du magistrat le bénéfice de la restitution et obtient que celui-ci rende en sa faveur un interdit *repetita die*[3], c'est-à-dire un interdit portant une date antérieure à la cause qui a empêché l'exercice de la servitude. De cette manière, si celui contre lequel l'interdit est prononcé fait dans la suite une violence pour empêcher le demandeur de passer, le juge saisi de l'affaire devra reconnaître qu'il y a eu une *vis adversus edictum praetoris* et condamner le défendeur, parce qu'au cours de l'année qui a précédé la date donnée fictivement à l'interdit, le demandeur avait réellement exercé la servitude[1].

Le § 10 suppose que par suite de délais accordés par le magistrat au défendeur, le demandeur se trouve, au moment où l'interdit va être prononcé, dans une situation moins favorable que si l'interdit avait été rendu immédiatement[2]. En effet, le demandeur a, pendant ce temps, été dans l'impossibilité de pénétrer sur son fonds et a subi de ce chef de graves préjudices : il n'a pas pu, par exemple, ensemencer son champ, donner à ses récoltes les soins nécessaires ou faire la moisson. Si l'interdit que le magistrat va prononcer portait sa date réelle, le juge nommé, en cas d'entrave ultérieure à l'exercice de la servitude, ne pourrait tenir compte pour la condamnation que du préjudice subi par le possesseur depuis le jour où l'interdit a été rendu et non pas du préjudice antérieur. Un tel résultat serait inique, puisque le retard apporté à la reddition de l'interdit provient uniquement d'un acte du magistrat et n'a eu lieu que dans

[1] *D.*, 43, 19, 1, *pr.* § 2.

[2] « *Si quis propter inundationem usus non sit itinere actuque hoc anno, cum superiore usus sit, potest repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ex illa parte « si qua mihi justa causa esse videbitur ». Sed et si per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui oportere Marcellus probat. Praeterea et aliis casibus interdictum repetita die competit, ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare solet.* »

[3] Nous avons dit ailleurs (*Cicéron, Pro Flacco*, c. 30-32 *et l'in integrum restitutio*, p. 32-42) que plusieurs textes prouvent d'une manière convaincante que, dans certains cas au moins, l'*in integrum restitutio* était accordée par un décret distinct de celui par lequel le magistrat donnait le *judicium rescissorium*, mais que, dans d'autres, le magistrat usait de la liberté que lui laissait l'absence de formalisme de la *cognitio causae* pour octroyer immédiatement le *judicium rescissorium*. Le langage de notre texte ne nous permet pas d'induire avec certitude comment l'*in integrum restitutio* était opérée dans notre hypothèse. Le début du paragraphe affirme simplement le lien de l'*in integrum restitutio* et de l'interdit *repetita die « potest repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem »* ; la fin du texte semble accorder directement l'interdit « *interdictum repetita die competit* ». Nous croyons vraisemblable que le magistrat n'accordait ici l'*in integrum restitutio* qu'autant que celui qui était dans les conditions pour l'obtenir sollicitait la reddition actuelle de l'interdit, et que, dans ces conditions, le magistrat n'éprouvait pas le besoin de superposer deux décrets.

[1] Une hypothèse analogue est visée par *D.*, 8, 6, 14 (Javolenus, *lib.* 10 *ex Cassio*) ; mais ce texte ne s'occupe que de la persistance ou du rétablissement de la servitude, lorsque son exercice a été entravé pendant un certain temps par un cas de force majeure ; il n'a nullement trait à notre interdit.

[2] *Praeterea sciendum est, si dilatione data adversario futurum est, ut causa interdicti mei deterior fiat, acquissimum esse repetita die reddi interdictum,*

l'intérêt du défendeur. Une telle cause peut servir de base à l'*in integrum restitutio*[1]. Si le demandeur la sollicite[2], le magistrat l'opérera en prononçant un interdit *repetita die,* c'est-à-dire en donnant à son interdit la date du jour où il aurait dû être prononcé, si aucun délai n'avait été accordé au défendeur.

Ces deux textes donnent un point d'appui très sérieux à notre conjecture de la *restitutio litis* par voie de *litis contestatio repetita die.* On connaît l'identité presque complète des effets de la *litis contestatio* et de ceux de la reddition de l'interdit[3]. Ces deux actes fixent tous deux le moment où le juge doit se placer pour statuer sur l'existence et l'étendue du droit du demandeur. De même que ce juge est tenu d'absoudre le défendeur si le droit du demandeur n'existe pas ou a cessé d'exister au jour où le *judicium* a été *acceptum,* de même il doit absoudre le défendeur, si les conditions de l'interdit ne sont pas ou ne sont plus réunies au moment où l'*interdictum* a été *redditum.* En cas de condamnation, celle-ci embrasse la valeur du principal et de tous les accessoires au jour de la *litis contestatio* ou du prononcé de l'interdit et s'étend à tous les accroissements ultérieurs. Si nous constatons avec nos deux textes que, toutes les fois où par suite d'un événement qui légitime l'*in integrum restitutio* un plaideur ne se trouve plus dans les conditions requises pour obtenir utilement la prononciation de l'interdit ou se trouve dans des conditions moins favorables, le magistrat opère l'*in integrum restitutio* en antidatant son interdit, ne sommes-nous pas autorisés à conjecturer que si, dans des circonstances identiques, un plaideur ne peut plus faire utilement *litis contestatio* ou ne peut plus la faire que dans des conditions moins avantageuses, le magistrat opère également la restitution en imposant une *litis contestatio repetita die?*

[1] *D.*, 4, 6, 26, 4.

[2] Le texte ne parle pas expressément d'*in integrum restitutio;* mais l'opinion émise au texte se fonde sur le rapprochement du § 9 et du § 10.

[3] V. Ubbelohde, dans *Glück's Pandekten, Serie der Bücher* 43 *und* 44, 2 *Teil,* p. 62 et suiv.; il n'y a de différence qu'au point de vue de la transmissibilité héréditaire.

Qu'on n'objecte pas que les décisions rapportées par Ulpien, *D.,* 43, 19, 1, 9. 10, constituent des particularités de l'interdit *de itinere actuque privato.* Il serait trop aisé de prouver qu'on peut découvrir dans plusieurs interdits des hypothèses identiques à celles qui sont visées par nos deux textes. Nous pensons ici tout spécialement à un certain nombre d'interdits, créés comme l'interdit *de itinere actuque privato* pour protéger la possession des servitudes et qui, à l'instar de celui-ci, supposent l'exercice de la servitude pendant l'année qui a précédé la reddition de l'interdit. Tels sont les interdits *de itinere reficiendo, de aqua cottidiana et aestiva, de rivis* et *de fonte*[1]. Si l'on suppose que, pour une cause qui peut servir de base à une *in integrum restitutio,* l'exercice de cette servitude ait été impossible de la part de celui qui demande la restitution, le magistrat sera tout naturellement amené à prononcer dans ce cas, comme dans l'hypothèse de l'interdit *de itinere actuque privato,* un interdit *repetita die.* Notre conjecture reçoit même pour certains de ces interdits, pour les interdits *de aqua cottidiana et aestiva* une confirmation indirecte aux *D.,* 8, 3, 35[2]. A cet endroit, le jurisconsulte Paul nous rapporte, d'après Atilicinus[3], un rescrit adressé vraisemblablement par l'empereur Auguste[4] à Statilius Taurus[5] dans les circonstances suivantes. Plusieurs propriétaires riverains du fonds

[1] Lenel, *Edictum*[2], p. 461-462.

[2] Paul, *l.* 15 *ad Plautium : Et Atilicinus ait Caesarem Statilio Tauro rescripsisse in haec verba : « Hi, qui ex fundo Sutrino aquam ducere soliti sunt « adierunt me proposueruntque aquam, qua per aliquot annos usi sunt ex fonte, « qui est in fundo Sutrino, ducere [se] non potuisse, quod fons exaruisset, et « postea ex eo fonte aquam fluere coepisse : petieruntque a me, ut quod jus non « neglegentia aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his res- « titueretur. Quorum mihi postulatio cum non iniqua visa sit, succurrendum « his putavi. Itaque quod jus habuerunt tunc, cum primum ea aqua pervenire « ad eos non potuit, id eis restitui placet. »*

[3] Jurisconsulte du premier siècle, contemporain de Proculus.

[4] En ce sens, Cujas, *Op. om.,* t. IV, col. 146; Paul de Rohden, *Prosopographia imperii Romani,* t. III, p. 264.

[5] Il s'agirait alors du Statilius Taurus qui fut consul en 716, puis en même temps qu'Auguste en 728 et auquel ce dernier confia, en 738, la *cura urbis et Italiae.*

Sutrinus avaient sur celui-ci une servitude d'aqueduc, dont ils ont été dépouillés par non-usage, la source qui alimentait leurs aqueducs ayant été tarie pendant plus de deux ans. Lorsque la source reprit son débit, les propriétaires des fonds dominants sollicitèrent du magistrat la restitution de leur droit de servitude en faisant valoir que celui-ci s'était éteint sans leur faute. Auguste, consulté, répondit que la restitution devait leur être accordée de telle façon qu'ils recouvrassent leur droit tel qu'il existait au moment où la source avait commencé à se tarir. A vrai dire, le rescrit s'occupe expressément de la restitution du droit de servitude, ce qui rend probable que les demandeurs sollicitaient du magistrat la restitution d'une action confessoire de servitude. Mais ils auraient pu demander avec non moins de raison la reddition d'un interdit *de aqua cottidiana* ou *de aqua aestiva,* auquel cas l'interdit aurait dû leur être accordé, tel qu'il leur compétait « *tunc, cum primum ea aqua pervenire ad eos non potuit* », c'est-à-dire, nous semble-t-il, *repetita die.*

L'emploi de l'antidate n'a d'ailleurs pas été limité aux interdits qui protègent la possession des servitudes. On pourrait tout d'abord se demander si ce procédé n'a pas été également usité en matière de *possessio rei,* dans les interdits *retinendae* ou *reciperandae possessionis,* lorsqu'un possesseur, par suite d'une cause légitimant l'*in integrum restitutio,* a été mis dans des conditions qui ne lui permettent pas de faire valoir victorieusement sa possession au moyen des interdits. Aucun obstacle ne s'est opposé, selon nous, à une telle pratique[1]; nous ne pouvons malheureusement en relever aucun vestige dans les fragments trop peu nombreux qui nous sont parvenus des écrits des jurisconsultes classiques sur la matière. Nous trouvons, par contre,

[1] La règle que la possession, en sa qualité d'institution juridique reposant principalement sur des éléments de fait, ne peut pas être restituée par voie de fiction juridique (par exemple par le *postliminium : D.*, 4, 6, 19), ne s'oppose nullement à ce que le préteur antidate son interdit, puisque l'expédient employé dans ce cas consiste uniquement à ne pas tenir compte du temps pendant lequel la possession n'a pas existé.

des traces de ce procédé, en dehors de la matière de la protection possessoire, à propos de l'interdit restitutoire qui se greffe éventuellement sur l'*operis novi nuntiatio,* dans *D.*, 39, 1, 5, 7[1]. Un magistrat entreprend pendant la durée de ses fonctions des travaux de construction que son voisin a le droit d'interdire. Ce dernier ne peut malheureusement pas faire la dénonciation de nouvel œuvre à son adversaire tant que celui-ci est magistrat. Ulpien lui conseille de faire constater par témoins l'impossibilité où il se trouve de faire la *nuntiatio,* de telle façon qu'en opérant la dénonciation de nouvel œuvre après la cessation de la magistrature, il puisse obtenir l'enlèvement des constructions élevées dans l'intervalle, « *quasi repetito die nuntiatione facta* », c'est-à-dire, en réalité, comme si la *nuntiatio* avait eu lieu au jour de la *testatio.* Les mots « *quasi repetito die* » s'expliquent ici très bien; l'*operis novi nuntiatio* n'est pas à proprement parler un acte juridique comme la *litis contestatio* qui est une sorte de contrat judiciaire, elle est essentiellement un acte matériel de protestation, accompli sur les lieux, probablement en présence de témoins et auquel il n'est pas possible de donner une date fictive. Mais, si nous supposons qu'après la *nuntiatio,* l'ancien magistrat n'enlève pas les constructions qu'il a faites postérieurement à la *testatio,* son adversaire demandera au magistrat de prononcer l'interdit restitutoire *quod ante remissionem factum erit*[2] en lui donnant fictivement la date de la *testatio,* donc un interdit *repetito die.* Sans cet expédient, l'ordre du magistrat n'imposerait à l'ancien magistrat que l'obligation d'enlever les constructions faites depuis la *nuntiatio* et lui permettrait par conséquent de laisser subsister celles qu'il a élevées pendant sa magistrature, même après la *testatio.* Grâce à l'antidate, le *nuntiator* pourra obtenir la démolition de tout ce qui a été fait depuis la *testatio.*

[1] *D.*, 39, 1, 5, 7 (Ulpien, *l.* 52 *ad ed.*) : *Si quis ipsi praetori velit opus novum nuntiare* [*finito magistratu nuntiare :* Mommsen et Pothier] *debet, ut interim testetur non posse se nuntiare : et si nuntiavit postea, et quod retro aedificatum erit destruendum erit, quasi repetito die nuntiatione facta.*

[2] Lenel, *Edictum*[2], p. 466.

Ce nouveau témoignage en faveur de la pratique des interdits *repetita die* ne donne pas à notre thèse un soutien moins puissant que les précédents; car il semble bien nous présenter, comme ceux-ci, l'application du procédé de l'antidate dans une hypothèse d'*in integrum restitutio*. Nous savons que le préteur accorde le bénéfice de la restitution au plaideur qui n'a pas pu faire l'*in jus vocatio* en temps convenable parce que son adversaire occupait une magistrature[1]; l'interdit *repetita die* qu'il octroie à celui qui a été empêché de faire l'*operis novi nuntiatio* parce que l'édificateur était un magistrat est une protection du même genre, c'est-à-dire une *in integrum restitutio*.

III° *Cautio Damni Infecti repetita die*. — L'emploi du procédé de l'antidate et son rattachement à l'*in integrum restitutio* nous sont encore attestés dans une autre institution prétorienne, dans celle des stipulations prétoriennes, à propos de la *cautio damni infecti*. Nous avons en cette matière un texte d'Ulpien, *D.*, 39, 2, 15, 31, qui nous parle expressément de *cautio repetita die*[2]. Le jurisconsulte suppose dans ce fragment qu'après refus de la *cautio damni infecti* celui qui pouvait l'exiger, par exemple le propriétaire du fonds menacé, obtient d'être envoyé en possession du fonds menaçant et s'y installe. Il décide que celui qui doit la *cautio damni infecti*, par exemple le propriétaire du fonds menaçant, ne peut recouvrer la possession en offrant cette *cautio* qu'à la condition notamment de s'engager non seulement pour le dommage futur, mais aussi pour le dommage qui s'est déjà produit depuis l'envoi en possession, donc, nous dit-il, qu'à la condition de faire une promesse *repetita die*. En d'autres termes, le propriétaire du fonds menaçant fournira la *cautio damni in-*

[1] *D.*, 4, 6, 26, 2.

[2] *Item videamus, si ei cautio offeratur, posteaquam missus est, an non prius decedere debeat, quam si ei caveatur etiam de eo damno, quod contigit, posteaquam missus est in possessionem? Quod quidem magis probatur :* **repetita igitur die promittendum erit.** *Hoc amplius de impensis quoque, si quas fecerit, erit ei cavendum.*

fecti dans les termes arrêtés par l'édit du magistrat, celle-ci restera une promesse relative à un *damnum non adhuc factum*, mais portera une date antérieure à celle du jour où elle a été réellement faite de manière à embrasser le dommage antérieur. D'après un autre texte[1], cette date sera normalement celle du jour où a eu lieu l'entrée en possession; exceptionnellement ce sera celle du décret d'envoi en possession. Dans ce dernier cas, l'antidate donnée à la *cautio* est nettement le résultat d'une *in integrum restitutio* accordée au *missus in possessionem* qui, pour une cause quelconque, n'est entré en possession qu'après la réalisation du dommage. Le but exclusif de cette *in integrum restitutio* est de faire remonter les effets de la *cautio damni infecti* jusqu'au jour du décret d'envoi en possession, de manière à embrasser le dommage qui s'est produit entre cette date et la prise de possession de la part du *missus*. On peut, dès lors, se demander si la *cautio damni infecti repetita die*, même lorsqu'elle ne porte que la date de l'entrée en possession, n'est pas déjà elle-même le résultat d'une *in integrum restitutio* ayant pour but de rescinder les effets de la prise de possession. Le langage d'Ulpien nous invite à y voir une *in integrum restitutio*[2] et cette conjecture se trouve fortifiée par les diverses applications de la *cautio damni infecti repetita die* que nous croyons pouvoir signaler et où celle-ci nous est ordinairement présentée comme un secours exceptionnel du magistrat accordé dans les mêmes cas que l'*in integrum restitutio*.

Le recours à l'expédient de l'antidate en matière de *damnum infectum* nous paraît, en effet, avoir été plus fréquent que ne

[1] *D. h. t.*, 15, 32 (Ulpien, *l.* 53 *ad ed.*) : *Illud quaeritur, ex quo tempore damni ratio habeatur, utrum ex quo in possessionem ventum est, an vero ex quo praetor decrevit, ut eatur in possessionem. Labeo, ex quo decretum est : Sabinus, ex quo ventum est in possessionem : ego puto causa cognita modo hanc modo illam sententiam probandam. Plerumque enim* **subvenitur etiam ei,** *qui missus in possessionem aliqua ex causa aut non venit aut tardius venit in possessionem.*

[2] « *Plerumque enim subvenitur* **etiam** *ei, qui missus in possessionem... tardius venit in possessionem,* »

l'indiquent les textes; il se rencontre, suivant une conjecture déjà émise avant nous [1], toutes les fois que le magistrat impose à celui qui doit fournir la *cautio damni infecti* un engagement *de damno praeterito*. Ulpien, aux *D. h. t.*, 15, 31, ne nous présente-t-il pas la promesse *repetita die* comme une conséquence naturelle de l'obligation de *cavere de damno quod contigit* [2]?

En outre, les avantages mêmes du procédé de l'antidate avaient dû en généraliser l'emploi à notre matière. Grâce à lui les parties évitaient l'embarras d'une double stipulation : l'une de *damno futuro*, l'autre de *damno praeterito;* la *cautio damni infecti*, telle qu'elle était proposée dans l'*album* du magistrat, remplissait cette double fonction; il suffisait pour lui faire embrasser le préjudice passé de lui donner une date antérieure à ce préjudice [3]. C'est ainsi qu'en dehors de l'hypothèse déjà rencontrée dans *D.*, 39, 2, 15, 31, une *cautio damni infecti repetita die* devait être fournie dans les cas suivants, parce qu'on y imposait une promesse relative à un dommage passé :

1° Lorsque le propriétaire du fonds menaçant [4] se trouvait dans un des cas exceptionnels où il pouvait obtenir la restitution de son fonds après un envoi en possession *ex secundo decreto* et en supposant qu'une *cautio de damno praeterito* ait été rendue nécessaire par la réalisation d'un dommage antérieur [5];

[1] Burckhard, *Cautio Damni Infecti*, dans *Glück's Pandekten, Serie der Bücher* 39 *und* 40, 2 *Teil*, p. 598, n. 46, et p. 613.

[2] « *Repetita* **igitur** *die promittendum erit.* »

[3] Cet avantage ne nous semble pas avoir été entrevu par Burckhard dans son ouvrage déjà cité sur la *cautio damni infecti* (v. notamment p. 613, où il présente la *cautio de damno praeterito* comme une *cautio* distincte de celle qui est relative au *damnum infectum*). Cette fusion logique des deux promesses par le moyen de l'antidate facilite l'explication de plusieurs difficultés examinées par cet auteur. La prestation d'une *cautio damni infecti repetita die* ne dispensait pas toujours le promettant de fournir une seconde promesse, par exemple lorsque le *missus in possessionem* avait déjà fait des travaux sur le fonds menaçant (*D.*, 39, 2, 15, 31).

Dans un but de simplification, je ne vise ici et au cours des explications ultérieures que l'hypothèse normale, celle où les deux personnes en présence sont propriétaires, l'une du fonds menaçant, l'autre du fonds menacé.

[5] *D.*, 39, 2, 15, 33.

2° Lorsque le dommage se produisait après le décret d'envoi en possession, mais avant que le *missus* n'ait pris possession [1];

3° Lorsque le dommage avait lieu après le décret, qui prescrivait de fournir la *cautio damni infecti,* mais avant que celle-ci n'ait été conclue [2];

4° Lorsque le préjudice se réalisait tandis que le magistrat délibérait sur le point de savoir s'il imposerait ou non la *cautio damni infecti* [3];

5° Lorsque le propriétaire du fonds menacé se trouvait dans un des cas exceptionnels où il pouvait exiger la *cautio,* bien que le dommage se fût déjà produit [4].

Or, il est aisé de prouver pour la plupart de ces applications de la *cautio damni infecti repetita die* qu'elle est une mesure de faveur et d'équité prise par le magistrat pour remettre les parties dans l'état où elles se seraient trouvées si la *cautio* avait été fournie plus tôt, donc qu'elle sert à réaliser une *in integrum restitutio.* Le témoignage des textes est très catégorique pour le premier et le cinquième cas. La rescision de la *missio in possessionem ex secundo decreto* n'est accordée qu'à ceux auxquels « *vel aetate vel qua alia justa causa subvenitur* [5] ». De même, si le dommage se produit avant que la *cautio damni infecti* ait été demandée, la victime ne sera protégée et ne pourra exiger la *cautio* après coup qu'autant qu'elle aura été dans l'impossibilité de la réclamer plus tôt soit à raison de la rapidité avec laquelle le préjudice a eu lieu (*propter angustias temporis* [6]), soit à raison

[1] *D.*, 39, 2, 15, 32, 34 ; *l.* 44, *pr.*

[2] Cette hypothèse n'est pas visée expressément par les textes, mais on peut tirer un argument *a fortiori* du 4° pour soutenir qu'il y avait également ici prestation d'une *cautio de damno praeterito.* V. Burckhard, *loc. cit.*, p. 606-620.

[3] *D.*, 39, 2, 15, 28.

[4] *D.*, 39, 2, 7, 2 ; *l.* 8 ; *l.* 9, *pr.* ; *l.* 19 ; *l.* 44, *pr.* On peut rapprocher de cette hypothèse celle où l'entrepreneur d'un *opus in fundo alieno* n'est admis à commencer les travaux qu'autant qu'il s'engage tout à la fois *de damno futuro* et *de damno praeterito* (*D.*, 10, 4, 5, 4).

[5] *D.*, 39, 2, 15, 33 *i. f.*

[6] *D.*, 39, 2, 9, *pr.*

d'une absence *rei publicae causa,* soit même à raison d'une simple absence faite de bonne foi[1], c'est-à-dire dans des cas où elle est protégée par le texte ou par l'interprétation de l'édit *ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituuntur*[2]. Lorsque le dommage se produit entre le décret d'envoi en possession et la prise de possession, les textes disent qu'on vient au secours du *missus* qui a été pour une cause quelconque empêché d'entrer en possession[3], de manière que tout soit réglé comme si le dommage avait eu lieu après la prise de possession[4], termes qui sont favorables à l'idée d'une *in integrum restitutio* dont on pourrait à la rigueur trouver le fondement dans la *clausula generalis* de l'édit *ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituuntur.* C'est en s'appuyant sur l'interprétation large d'une disposition spéciale de ce même édit[5] qu'on peut rattacher à une *in integrum restitutio* la *cautio repetita die* imposée lorsque le dommage a lieu pendant que le magistrat délibérait sur le point de savoir s'il contraindrait ou non à fournir la *cautio damni infecti.* Reste l'hypothèse où le préjudice se réalise après reddition du décret prescrivant la *cautio damni infecti,* mais avant conclusion de cette *cautio.* Aucun texte ne la vise; mais n'a-t-on pas dû y appliquer, par voie d'analogie, les règles qui régissent le cas où le dommage suit le décret d'envoi en possession, mais précède l'entrée en possession elle-même?

Peu importe d'ailleurs que les textes ne permettent pas d'établir qu'il y ait eu dans tous les cas de *cautio damni infecti repetita die* une véritable *in integrum restitutio;* il suffit de prouver qu'il en était souvent ainsi pour que la matière des stipula-

[1] *D.*, 39, 2, 19.

[2] V. notamment *D.*, 4, 6, 16; *l.* 26, 9; *l.* 28, *pr.*

[3] *D.*, 39, 2, 15, 32 : ... *Plerumque enim subvenitur etiam ei, qui missus in possessionem aliqua ex causa... non venit.*

[4] *D.*, 39, 2, 44, *pr.* : « *perinde omnia servanda esse existimavit, atque si posteaquam in possessionem venissem damnum datum esset.* »

[5] *D.*, 4, 6, 26, *pr.* 4.

tions prétoriennes fournisse, comme celle des interdits, un point d'appui sérieux à l'idée que le procédé de l'antidate a servi fréquemment à opérer des *in integrum restitutiones.*

Si nous nous rappelons maintenant de nouveau, au terme de cette incursion dans les textes, l'identité presque absolue des effets de la prononciation d'interdit et de la *litis contestatio,* ne sommes-nous pas autorisé à franchir un dernier pas et à affirmer que le magistrat romain se servait aussi du moyen de l'antidate dans les *restitutiones litis?* Une erreur de formule a-t-elle été commise dans des conditions telles que le demandeur ou le défendeur peut en obtenir la réparation par voie d'*in integrum restitutio,* la *litis contestatio* des parties ou la sentence du juge préjudicie-t-elle à un plaideur qui se trouve dans un cas d'*in integrum restitutio;* le magistrat rescinde le procès, oblige les parties, sous la pression des moyens de contrainte usités dans le domaine de la *jurisdictio,* à organiser un *novum judicium* sur la base d'une nouvelle *litis contestatio,* et prend soin, toutes les fois que l'équité réclame le maintien des effets du précédent *judicium accipere,* de donner la date de ce dernier au nouveau contrat judiciaire. L'antidate consiste ici à rédiger l'*intentio repetita die.* On peut hésiter sur le moyen d'antidater l'*intentio :* ou bien admettre avec M. Lenel[1] que le magistrat fixait lui-même cette date fictive, à la condition d'ajouter avec nous que cette date devait être celle de la *litis contestatio* antérieure[2]; ou bien supposer que le magistrat rappelait simplement cette *litis contestatio* sans en préciser la date[3]. Dans les deux cas, les résultats sont identiques : l'effet extinctif de la précédente *litis contestatio* est écarté puisque la nouvelle est censée faite au

[1] *Edictum*[2], p. 181 : *si paret mulierem q. d. a. Kalendis Januariis illis* A^1A^1 *fuisse ex jure Quiritium;* formule indiquée à propos de l'hypothèse visée par *D.*, 10, 4, 9, 6.

[2] Il en devait être incontestablement ainsi dans les cas de *restitutio litis* non absolue et probablement aussi en matière d'*actio ad exhibendum.* V. *suprà,* p. 100.

[3] *Si paret mulierem q. d. a.* A^1A^1 *fuisse ex jure Quiritium, cum lis inter* A^mA^m *et* N^mN^m *contesta fuit.*

même moment que l'ancienne; tous les effets positifs du premier *judicium accipere* sont maintenus : inutilité de toute usucapion ultérieure, interruption des prescriptions, transmissibilité héréditaire, maintien de l'action malgré la perte de l'enrichissement qui lui sert de base; fixation de l'étendue du droit litigieux, obligation de restituer les accessoires et de réparer les dommages postérieurs. Tous les inconvénients pratiques de la rescision absolue disparaissent; la *restitutio litis* devient une institution souple et éminemment équitable, qui opère un rétablissement vraiment intégral des plaideurs dans l'état antérieur. Par là s'explique l'aisance avec laquelle le préteur recourt à ce moyen.

Section IV.

Translatio Judicii et *In Integrum Restitutio.*

Les résultats auxquels nous venons d'aboutir dans les cas incontestés de *restitutio litis* nous fournissent des éléments de solution nouveaux pour le problème de la *translatio judicii.*

Ils nous permettent tout d'abord de préciser les conditions du transfert toutes les fois où celui-ci nécessite une modification des éléments de fond de la formule, comme l'insertion d'une exception *cognitoria* ou *procuratoria,* ou de l'exception *si collusum est*[1]. Ces cas sont assez nombreux; nous aurons à en signaler plusieurs quand nous examinerons les diverses hypothèses de *translatio judicii.* Une chose est certaine, c'est que le transfert a toujours lieu ici par voie d'*in integrum restitutio.* Celle-ci s'opère sans aucune difficulté : le magistrat donne à la nouvelle *litis contestatio* la date de l'ancienne et résout ainsi le délicat problème de permettre la constitution dans la forme d'un nouveau procès tout en maintenant au fond les effets positifs de l'ancien procès.

[1] *D.*, 4, 3, 7, 9 (Ulpien, *l.* 11 *ad ed.*).

Ce premier résultat de nos investigations a déjà par lui-même son importance. Un autre plus considérable s'y adjoint encore. L'expédient de la *litis contestatio repetita die* nous paraît, en effet, donner la réponse cherchée à la question de savoir comment s'opère la *translatio judicii* en dehors des cas où elle nécessite la modification d'un élément réel de la formule. Pour nous, les Romains n'ont connu qu'un procédé de transfert qui a été dans tous les cas celui de l'*in integrum restitutio* conduisant à la constitution d'un *novum judicium* portant la date de l'ancien, de telle façon qu'il y eût transfert au nouveau procès de toutes les conséquences positives produites par le procès antérieur.

En faveur de cette conjecture, on peut invoquer en premier lieu la scolie déjà citée de Thalélée aux Basiliques, 8, 2, 94, et l'interprétation ingénieuse et très satisfaisante qu'en a proposée M. Eisele[1]. Mais ce texte et l'argumentation à laquelle il sert de support prouvent simplement qu'en cas de *translatio judicii* du *dominus* au *procurator,* il y avait une modification de formule importante qui nécessitait une *in integrum restitutio;* ils ne permettent pas d'affirmer l'emploi général de ce procédé en matière de *translatio judicii.* Une telle conclusion ne peut résulter que de prémisses plus larges que nous fournit le caractère contractuel de la procédure formulaire.

Ce caractère n'est plus guère contesté depuis les travaux pénétrants de M. Wlassak sur la *litis contestatio*[2]. Plusieurs affirmations de cet auteur ont été légitimement attaquées; mais il est un point essentiel de sa théorie à laquelle il convient de donner, avec presque tous les romanistes modernes, une complète adhésion, c'est l'idée fondamentale d'après laquelle la liaison contradictoire de l'instance est dans la procédure formulaire le résultat d'un accord de volontés des plaideurs attestant leur commune volonté de lutter au moyen de la formule

[1] V. *suprà*, p. 34-36

[2] *Litiskontestation im Formularprozess*, notamment, p. 59 et suiv.

dont ils acceptent réciproquement tous les éléments réels et personnels. Un de ces éléments est-il ultérieurement modifié, un nouveau contrat judiciaire, donc une nouvelle *litis contestatio,* s'impose.

Cette nécessité d'une nouvelle *litis contestatio* rendue possible par une *in integrum restitutio* préalable est formellement attestée pour les changements d'éléments réels. La personne des plaideurs et même celle du juge ne sont pas une partie moins importante du rapport juridique constitué par le précédent contrat judiciaire, toute mutation de personne doit donc entraîner logiquement un nouvel accord de volontés manifesté dans la forme normale de l'*edere* et de l'*accipere judicium*. Cette forme a d'ailleurs l'avantage d'assurer, suivant le procédé coutumier, la transmission aux plaideurs de la formule officiellement corrigée par le magistrat. Celui-ci a, conformément aux *postulationes* des parties, fait subir à la formule les retouches jugées nécessaires ou simplement désirables; les plaideurs expriment leur adhésion à l'œuvre du magistrat, d'après M. Wlassak [1], notamment par la remise matérielle de la formule que le demandeur fait au défendeur, ou, d'après l'opinion de M. Lenel [2], à laquelle nous nous rallions, par la dictée de cette nouvelle formule que le demandeur fait au défendeur. M. Wlassak fait lui-même l'application expresse de cette idée qu'un nouveau contrat judiciaire est nécessaire aux hypothèses de mutation de plaideurs provoquées notamment par les relations du *dominus* et du *cognitor* [3] et invoque très légitimement à l'appui de son opinion des textes qui présentent la *translatio judicii* réalisée dans ces cas comme l'œuvre même du demandeur et non du magistrat [4]. Ces témoignages des sources et le fondement contractuel de la procédure de l'*ordo judiciorum privatorum* s'opposent absolument à ce que

[1] *Litiskont.*, p. 53.
[2] *Z. S. St.*, t. XV (1894), p. 374-392; t. XXIV (1903), p. 341-342.
[3] *Zur Geschichte der Cognitur*, p. 41-43.
[4] *D.*, 3, 3, 27, *pr.; l.* 46, *pr.*

la *translatio judicii* ait pu, dans certains cas, être réalisée d'autorité par le magistrat sans nouvelle *litis contestatio.*

M. Koschaker l'admet cependant, bien que le langage des textes lui soit familier et que ses affinités doctrinales en fassent dans l'ensemble un partisan de la théorie de M. Wlassak sur la *litis contestatio.* Son argumentation est, sur ces divers points, peu convaincante et nous offre le point le plus vulnérable de sa doctrine.

Il croit tout d'abord infirmer la preuve tirée par M. Wlassak des deux fragments qui attribuent le *judicium transferre* au demandeur en citant [1] d'autres textes où ce même acte est présenté comme émanant du défendeur ou du magistrat [2]. Il réussit simplement à prouver par là que le transfert du procès implique, comme la *litis contestatio,* la collaboration des plaideurs et suppose l'octroi préalable de la formule officielle par le magistrat. D'autres textes [3], que M. Koschaker groupe à propos du transfert du *judicium* aux héritiers [4], fournissent un nouvel appui à la thèse de M. Wlassak en établissant que là également le transfert du procès est présenté par les jurisconsultes romains comme l'œuvre des parties.

Quant à la nécessité d'une nouvelle acceptation bilatérale des éléments du procès par les plaideurs que la *translatio judicii* met en présence, M. Koschaker ne la conteste pas d'une façon absolue. Il reconnaît tout naturellement qu'il y a une nouvelle *litis contestatio* toutes les fois que le transfert du procès se réalise par *in integrum restitutio* ou par l'engagement d'une action nouvelle. Il admet même à plusieurs reprises un accord de volontés des plaideurs relativement à la nouvelle formule dans des cas où, selon lui, le transfert du procès est fait directement par ce magistrat. Son langage, à vrai dire, n'est pas très catégorique

[1] *Translatio*, p. 86-87.
[2] *D.*, 3, 3, 17, *pr.; l.* 24; *l.* 25 *i. f.*
[3] *D.*, 10, 2, 48; *C. J.*, 5, 53, 4, 1.
[4] *Loc. cit.*, p. 250-251.

en matière de *translatio cognitoria*[1]. Il se contente de remarquer que ceux qui veulent maintenir dans ce cas l'idée de Wlassak, d'après laquelle le demandeur remettait ici au défendeur la formule corrigée, doivent renoncer à voir dans cet acte une nouvelle *litis contestatio* et ne le considérer que comme un contrat de translation *sui generis* qui laisse subsister l'unité du procès. Lui-même ne repousse pas cette construction *a limine,* mais fait simplement valoir que le silence des sources et des considérations pratiques rendent ce contrat peu vraisemblable en cas de *translatio cognitoria.* Tout autre est son langage lorsqu'il traite du transfert du procès provoqué par le décès de l'un des plaideurs[2]. Ici encore, le transfert est, selon lui, l'œuvre principale du magistrat, mais la nécessité du concours de volonté des nouveaux plaideurs est expressément attestée par les textes qui prouvent qu'il faut de la part du demandeur un *actionem transferre,* c'est-à-dire un *edere judicium,* et de la part du défendeur un *judicium accipere.* Toutefois cet accord de volontés qui revêt les formes de la *litis contestatio* n'est pas, d'après M. Koschaker, une véritable *litis contestatio,* car celle-ci détruirait l'unité du procès et exclurait toute idée de succession de l'héritier dans les droits et obligations du défunt; c'est un contrat procédural *sui generis,* qu'on peut appeler contrat de *translatio* et dont le caractère simplement déclaratif laisse subsister les effets de l'ancien *judicium.*

Cette construction d'un contrat de *translatio sui generis* est par elle-même très symptomatique. Elle apparaît comme un mauvais expédient imaginé pour échapper aux conclusions logiques qu'imposent les textes et des théories procédurales solidement établies. Comment admettre, en effet, que cet accord de volontés des plaideurs qui revêt les mêmes formes et a, en réalité, le même but que la *litis contestatio,* soit autre chose qu'une vraie *litis contestatio?* M. Koschaker n'écarte cette dernière que

[1] *Loc. cit.*, p. 85 et suiv.
[2] *Loc. cit.*, p. 250-255.

parce que, selon lui, toute nouvelle *litis contestatio* implique une rescision absolue du *judicium* antérieur par voie d'*in integrum restitutio.* Mais c'est là, comme nous l'avons déjà dit, une grave erreur qui domine tout l'ouvrage de cet auteur et dont les conséquences regrettables s'accusent ici avec une saisissante netteté. Toutes les difficultés dans lesquelles notre savant collègue se débat si longuement se fussent évanouies s'il se fût rappelé que l'*in integrum restitutio* pouvait être une rescision partielle ou relative d'un acte ou d'un effet juridique et s'il eût songé à appliquer ici l'institution de la *litis contestatio repetita die.* Il eût été ainsi en possession immédiate de ce contrat procédural, d'un caractère exclusivement déclaratif, qui laisse au nouveau procès les effets de l'ancien.

Toute la démonstration qui précède prouve donc, comme l'avait déjà affirmé M. Wlassak[1], que l'idée d'une *translatio judicii,* œuvre exclusive du magistrat, est une monstruosité juridique dont on ne peut concevoir l'existence, et qu'il faut, dans tous les cas, un nouvel accord de volontés des plaideurs en la forme d'une nouvelle *litis contestatio.* Toute la difficulté consistait, pour M. Wlassak, à déterminer « si et comment les Romains parvenaient à admettre l'unité de l'ancien et du nouveau procès ». Nos investigations nous permettent de donner à cette double question la réponse depuis longtemps cherchée.

Sur le premier point, la réponse ne se présente pas dans tous les cas avec le même degré de certitude. Il est tout d'abord incontestable que les Romains consacraient dans plusieurs cas la persistance au profit d'un nouveau *judicium* des effets positifs produits par l'ancien : cette conception peut seule expliquer que les héritiers auxquels un *judicium* est transféré activement ou passivement soient présentés expressément comme succédant au défunt dans le *judicium* dont celui-ci était l'un des sujets[2]; elle seule justifie le maintien *de plano* de la *cautio judicatum*

[1] *Cognitur*, p. 41.
[2] V. plus loin la section consacrée à la *translatio judicii hereditaria.*

solvi dans la *translatio judicii cognitoria*[1]. Ce même maintien des effets positifs du *judicium* antérieur nous paraît vraisemblable toutes les fois que l'un quelconque des plaideurs a un intérêt à la survie de ces effets; l'abolition absolue du précédent *judicium* conduirait ici à des résultats aussi inacceptables que dans les cas de *restitutio litis* dont nous avons précédemment parlé[2]; la *translatio judicii* par voie d'*in integrum restitutio* serait alors impraticable. Si la *translatio judicii,* malgré la *restitutio litis* qu'elle nécessite toujours pour permettre le renouvellement de la *litis contestatio,* est d'un large emploi, cela implique qu'elle donne pleine satisfaction aux besoins de la pratique, donc qu'elle n'entraîne pas, le cas échéant, une destruction injustifiée des effets du précédent *judicium.* Il est, au contraire, permis de se demander si le magistrat prenait soin d'assurer le transfert au nouveau procès des conséquences positives produites par l'ancien, lorsque aucun des plaideurs n'y avait intérêt. Ne peut-on pas concevoir que le magistrat ait joui ici de pouvoirs analogues à ceux que nous lui avons reconnus dans les autres cas de *restitutio litis*[3] et admettre qu'il opérait, suivant les cas, une rescision absolue ou une rescision relative du *judicium?* Tout en reconnaissant que des hésitations sont légitimes, nous inclinons à penser que le magistrat se contentait toujours ici d'une rescision relative. Cette manière de procéder le dispensait de rechercher si la précédente *litis contestatio* avait produit des effets positifs utiles; elle était, en outre, plus conforme au nom de *translatio judicii* donné à l'institution tout entière[4].

Etant admis que les Romains assuraient dans tous les cas l'unité de l'ancien et du nouveau procès, il nous est aisé de découvrir le procédé dont ils se servaient pour atteindre ce résultat. La *litis contestatio repetita die* était pour eux un moyen simple

[1] V. *suprà,* p. 82-83.
[2] V. *suprà,* p. 85-89.
[3] V. *suprà,* p. 93-97.
[4] V. la scolie aux *Basilic.,* 60, 5, 15, rapportée p. 10, n. 4.

et commode de transférer au *novum judicium* tous les effets positifs de l'ancien, de telle façon que le procès, nouveau dans la forme, était au fond identique à l'ancien.

Quelque probantes que soient les considérations générales qui ont été produites jusqu'ici, elles ne justifient notre thèse pour ainsi dire que *prima facie;* elles ne seront pleinement décisives qu'autant que nous aurons établi l'heureuse application de notre conjecture dans les diverses hypothèses de *translatio judicii.*

CHAPITRE III.

LES DIVERSES APPLICATIONS DE LA TRANSLATIO JUDICII.

L'examen des diverses applications de la *translatio judicii* est aujourd'hui facilité par le classement méthodique et la critique minutieuse des textes auxquels a procédé M. Koschaker; nous pourrons, par suite, écarter maintes discussions de détail pour concentrer nos efforts sur la justification de notre thèse.

Comme M. Koschaker, nous limitons notre examen aux hypothèses visées par des textes. Celles-ci sont de beaucoup les plus importantes et elles sont suffisamment nombreuses pour permettre l'élaboration d'une théorie générale.

Section I.

La Translatio Judicii en matière de Représentation Judiciaire.

Les applications de la *translatio judicii* qu'il convient d'étudier en premier lieu, tant à raison de leur importance pratique qu'eu égard à l'abondance relative des matériaux qui les con-

cernent, sont celles que provoque la représentation en justice. Dans ce domaine, la première place revient sans conteste aux transferts que suscitent les relations du *dominus* avec les *cognitores* et les *procuratores;* nous aurons à signaler accessoirement comment s'est opérée la *translatio judicii* à l'égard des autres représentants : tuteurs, curateurs et administrateurs de personnes morales.

La base de toute discussion est nécessairement ici l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* dont la teneur nous est rapportée par un texte malheureusement très mutilé des *Frag. Vat.* et dont le commentaire nous est fourni par ce texte et par un certain nombre de fragments des *Dig.* qui, dans leur forme primitive, se rapportaient au *cognitor.*

Le dispositif de l'édit est restitué en termes à peu près équivalents par les divers auteurs : « *ei qui cogni*[*torem dedit causa cognita permittam judicium transfer*]*re*[1] » ou « *ei qui cogni*[*torem dederit, causa cognita permittam eum abdicare vel muta*]*re*[2] ». Qu'on adopte l'une ou l'autre de ces restitutions, le sens général de cette clause ressort assez nettement des parcelles des *Frag. Vat.* 341 qui peuvent être restituées avec quelque sûreté[3] et des textes d'Ulpien qui commentent cet

[1] Mommsen, P. Krüger, *Collectio libr. jur. antejust.*, t. III, p. 106; Girard, *Textes*[2], p. 542; formule presque identique chez Rudorff, *Edictum*, p. 49.

[2] Lenel, *Edictum*[2], p. 93.

[3] *Hoc edict*]*um de pluribus speciebus* [*loquitur — C*]*avetur quod edicto praetor prospicien*[*dum curavit — ut praestaret domino fac*]*ultatem vel a cognitore* [*in alium cognitorem vel a cognitore in se j*]*udicium transferendi —* [*lis*] *cognitoris sit effecta — t possit transferre, non —* [*verba*] *edicti talia sunt : « ei qui cogni*[*torem dedit causa cognita permittam judicium transfer*]*re. » His verbis non solum — care autem cognitorem.* — Le texte reproduit est celui de Mommsen-Krüger, *Collect. libr. jur. antejust.*, III, p. 105-106, adopté par Girard, *Textes*[3], p. 542; la restauration du texte n'est que partielle et n'a d'autre but que de restituer dans la mesure du possible le sens vraisemblable des fragments lisibles de ce texte. Quelques auteurs, s'inspirant des autres textes qui concernent la *translatio judicii cognitoria*, proposent des restitutions intégrales (Rudorff, *Edictum*, p. 49; Lenel, *Edictum*[2], p. 93-94). Si ingénieuses que soient leurs conjectures, elles n'ont d'autre valeur que celle d'une interprétation des textes mis ainsi à contribution; le romaniste ne peut donc leur attribuer une

édit[1] : par cette promesse le préteur assure au *dominus* la faculté de transférer la *lis contestata* sur un nouveau *cognitor* ou sur lui-même, bien que par la *litis contestatio* le procès soit devenu en quelque sorte la chose du *cognitor.*

Le détail des commentaires[2] précise d'ailleurs les conditions dans lesquelles le préteur accordera l'autorisation promise et caractérise ainsi le rôle du magistrat dans cette *translatio judicii.*

Avant la *litis contestatio* le *dominus* a la pleine liberté de changer son *cognitor* ou de se substituer à lui[3]; après elle, « *lis cognitoris effecta est* » et le *dominus* n'a plus ce pouvoir qu'à la condition d'obtenir du magistrat une autorisation qui n'est accordée qu'à la suite d'une *cognitio causae*[4].

Cette autorisation est promise à l'avance par le magistrat pour diverses hypothèses qu'il envisage dans des clauses ou des édits distincts[5] groupés par la codification de Salvius Julien sous la rubrique *de cognitore abdicando vel mutando*[6] ou sous une rubrique analogue. A côté d'une disposition principale qui garantit vraisemblablement d'une manière générale au *dominus* la fa-

autorité indépendante et doit nécessairement remonter aux sources d'où elles proviennent. N'est-il pas plus logique de ne tenir compte que de ces sources et de ne pas surcharger le texte de restitutions qui n'ajoutent pas à sa valeur?

[1] Ulpien, *l.* 9 *ad ed. : D.*, 3, 3, 17. 19. 23. 25. 27. 29. 31, *pr.*

[2] Ulpien commentait cet édit au début du *l.* 9 *ad ed.*, le reste du livre étant consacré au *procurator;* Paul s'en occupait au *l.* 8 *ad ed.* qui se référait tout entier au *cognitor;* Gaius en parlait au *l.* 3 *ad ed. prov.*, où il s'occupait tout à la fois du *cognitor* et du *procurator.*

[3] *D.*, 3, 3, 16 (Paul, *l.* 8 *ad ed.*) : *Ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratoris* [*cognitoris*] *vel ipsi domino* [Mommsen corrige judicieusement *domino vel ipsi*] *judicium accipiendi.*

[4] *D.*, 3, 3, 17, *pr.* (Ulp., *l.* 9 *ad ed.*) : *Post litem autem contestatam reus qui procuratorem* [*cognitorem*] *dedit mutare quidem eum vel in se litem transferre a vivo procuratore* [*cognitore*] *vel in civitate manente potest, causa tamen prius cognita.*

[5] *Frag. Vat.*, 341 : *Hoc edict*[*um de pluribus speciebus*] *loquitur.*

[6] L'intitulé *de cognitore abdicando vel mutando* donné à cette rubrique ne se justifie pleinement que si l'on admet avec M. Lenel (v. p. 124, n. 2) que les mots *abdicare vel mutare* figuraient dans les termes de l'Edit. Nos préférences vont à la restitution Mommsen-Krüger-Girard (v. p. 124, n. 1), mais pour plus de commodité, nous parlerons de la rubrique *de cognitore abdicando vel mutando* consacrée par l'ouvrage fondamental de M. Lenel.

culté de transfert sous réserve d'une *cognitio causae* du magistrat, il y en a notamment une qui promet la *translatio judicii* aux cas de mort et de *capitis deminutio maxima* ou *media* du *cognitor*[1].

[1] L'idée d'admettre un édit spécial pour cette hypothèse est due à M. Lenel, *Edictum*[1], p. 78 = *Edit*, t. I, p. 109. Elle se fonde sur le langage restrictif d'Ulpien (*D.*, 3, 3, 17, *pr.* : ... *a vivo procuratore* [*cognitore*] *vel in civitate manente*) et sur l'argument précité (p. 125, n. 5) de *Frag. Vat.*, 341. — La seule difficulté que soulève cette conjecture très vraisemblable est celle de savoir quelle a été la raison d'être de cet édit spécial à côté de la disposition principale. On pourrait songer ici à une explication purement historique, consistant à admettre que le préteur, pour préciser et perfectionner son œuvre, avait fait des promesses successives qui se sont superposées sans se fondre. M. Koschaker ne se contente pas d'une raison de ce genre et cherche une utilité pratique à la coexistence de ces deux édits. Cette utilité consisterait, selon lui, en ce que la mort ou la *capitis deminutio maxima* ou *media* du *cognitor* serait « par elle-même » une cause de *translatio* (*loc. cit.*, p. 105). M. Lenel, *Edictum*[2], p. 94, se rallie à cette opinion et interprète le langage un peu énigmatique de M. Koschaker en ce sens que la *translatio judicii* était ici promise sans réserve d'une *cognitio causae* préalable. Cette conjecture qui implique que la *translatio judicii* est accordée plus aisément dans ce cas qu'en vertu de la disposition principale est admissible sous le bénéfice de cette observation que le magistrat, avant d'accorder le transfert, procède au moins à cette *cognitio causae* sommaire qui précède tout décret du magistrat et sans laquelle nous ne pourrions expliquer que le transfert soit refusé, lorsque les héritiers du *cognitor* prouvent que leur auteur était *in rem suam datus* ou qu'ils n'ont pas obtenu du *dominus* le remboursement des frais de justice supportés par le défunt. Mais la pensée de M. Koschaker nous semble, si nous l'interprétons d'après le contexte (*loc. cit.*, p. 102-109), avoir une portée plus grande. Cet auteur paraît admettre (*loc. cit.*, p. 104-105) que l'édit du préteur consacrait déjà, à l'égard du *cognitor*, la règle formulée plus tard (en 424) par Théodose II et Valentinien III (*C. Th.*, 2, 12, 7) à l'égard du *cognitor* et du *procurator* et d'après laquelle la *lis contestata* était transmise de plein droit au *dominus* en cas de décès du représentant : « *sed statim ad eum migrent omnes, qui dominus causae fuerat, actiones.* » Remarquons tout d'abord que le magistrat n'a certainement pas formulé d'une manière abstraite dans son édit la règle de la succession du *dominus* dans la *lis contestata;* cela serait contraire à ses habitudes. Tout au plus aurait-il pu reconnaître implicitement cette règle en promettant la *translatio judicii* d'une manière absolue, comme il le faisait peut-être à l'égard des héritiers. Même ainsi précisée, l'opinion de M. Koschaker ne nous paraît pas acceptable. La constitution de Théodose II et de Valentinien III réalise bien une innovation non seulement pour le *procurator*, à l'égard duquel la chose est certaine (d'après une constitution de Julien de 363 : *C. Th.*, 2, 12, 1 et sa correction significative au *C. J.*, 2, 12, 23), mais aussi à l'égard du *cognitor*. Le but poursuivi par cette constitution comme par sa contemporaine, *C. Th.*, 4, 14, 1 (toutes deux sont du 14 nov. 424), est de restreindre les procès et leur durée : *ne de supervacuo domino causae laboris*

Dans ces derniers cas, la *translatio judicii* n'est probablement refusée au *dominus* que si le *cognitor* a été *in rem suam datus*

occasio protendatur (*C. Th.*, 2, 12, 7 et sur ce point J. Godefroy, *ad h. l.*). Le moyen employé ici fut de décider que les actions passeraient de plein droit au *dominus* en cas de décès du *cognitor* ou du *procurator pendente lite*. Par là, ces empereurs ont voulu supprimer non seulement la continuation des procès par les héritiers du représentant, mais aussi les *translationes judicii* que l'on rencontrait ici. Cette réforme était possible dans la procédure extraordinaire où les *mutationes partis* ne nécessitaient plus une correction de formule ; le *dominus* pouvait y continuer immédiatement le procès, à la condition de faire constater par le juge la mort du représentant et sa qualité de *dominus* et même de faire fixer ces points dans une *cognitio* spéciale en cas de contestation. Le système de l'édit du préteur et du droit classique était différent. Selon nous, le représentant, *cognitor* ou *procurator*, devenu *dominus litis* par la *litis contestatio*, transmettait toujours la *lis contestata* à ses héritiers. (Telle est, d'ailleurs, l'opinion dominante ; v. Koschaker, *loc. cit.*, p. 103, n. 3.) Ceux-ci pouvaient en cette qualité demander la *translatio judicii* sur leur personne. Le préteur apporta une dérogation à cette règle en reconnaissant au *dominus* la faculté de demander la *translatio judicii* à l'encontre des héritiers du *cognitor*. On ne peut pas objecter à cette conjecture que la règle de la transmission de la *lis contestata* aux héritiers du représentant n'est attestée, avant la réforme de 424, qu'à l'égard du *procurator;* car la constitution de Julien, *C. Th.*, 2, 12, 1, qui mentionne accidentellement cette règle pour le *procurator* ne peut pas fournir d'argument *a contrario* vis-à-vis du *cognitor*. C'est, en effet, un rescrit qui tranche une controverse qui s'élevait exclusivement à l'égard du *procurator*, celle de savoir si les pouvoirs de ce représentant subsistaient malgré la mort du mandant ; les pouvoirs du *cognitor* persistent certainement dans ce cas, puisqu'il ne peut en être dépouillé que par une *translatio judicii : D.*, 3, 3, 17, 1. — Quant à *D.*, 5, 1, 57, il n'a pas dans la discussion la valeur que lui donne M. Koschaker ; nous aurons à l'interpréter plus loin. — La discussion qui précède nous a permis de découvrir, à côté de la raison historique qui peut justifier l'existence d'un édit spécial pour la *translatio judicii mortuo aut capite deminuto cognitore*, un motif d'ordre pratique. Le *judicium*, devenu par la *litis contestatio*, *res cognitoris*, passe aux héritiers de celui-ci. Ces derniers ont, en leur qualité d'héritiers, le droit de demander la *translatio judicii*. Peut-être même ce droit des héritiers est-il expressément reconnu par l'édit du magistrat? Le *dominus* est-il certain, dès lors, d'obtenir à l'encontre de ces héritiers la *translatio judicii* que l'édit, dans une disposition principale, ne lui promet qu'à l'égard du *cognitor?* N'est-il pas naturel que le préteur ait éprouvé le besoin de régler le conflit entre ces deux *translationes judicii* et ait promis par un édit spécial qu'il accorderait la *translatio judicii* au *dominus* à l'encontre des héritiers du *cognitor?* La promesse spéciale du préteur pour le cas de *capitis deminutio maxima* ou *media* du *cognitor* se justifie aussi aisément ; car on pouvait se demander, dans ce cas, si le *judicium* n'était pas anéanti par la *capitis deminutio*. La *translatio judicii* n'était pas promise au cas de *capitis deminutio minima* du *cognitor*, sans doute parce que, toute personne pouvant être constituée *cognitor*, même si elle était *alieni juris*, la *mutatio familiae* restait sans influence sur le procès.

ou si le *dominus* refuse de rembourser aux héritiers du *cognitor* les frais du procès que le défunt a supportés [1].

Les règles sont, au contraire, plus complexes dans l'application de la *translatio judicii* prévue par la disposition principale de l'édit *de cognitore abdicando vel mutando,* la seule qui doive, dans la suite, retenir notre attention.

Cette disposition n'accorde le droit de demander la *translatio judicii* qu'à celui qui a constitué le *cognitor* [2]; la jurisprudence étend ce droit aux héritiers du constituant [3] et au *cognitor* lui-même [4].

La *cognitio causae* que réserve ici le magistrat n'est pas un examen sommaire et superficiel des conditions du procès comme celui auquel il procède dans toutes les actions, c'est une véritable instance au cours de laquelle il vérifie et pèse d'une manière rigoureuse les motifs de la *translatio.* Cette instance implique la présence ou la représentation du postulant, auquel incombe le soin de faire connaître les faits à l'appui de sa demande. Les motifs de *translatio judicii* reconnus légitimes sont tout d'abord ceux qui s'opposent à ce que le magistrat contraigne le *cognitor* à *judicium accipere* [5], comme une inimitié mortelle survenue entre le *dominus* et le *cognitor,* une dignité échue à ce dernier, la nécessité pour celui-ci de s'absenter dans l'intérêt de l'Etat, son mauvais état de santé, un voyage indispensable, les soucis d'une hérédité à recueillir [6]. Ce sont ensuite des motifs particuliers à l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* et la *translatio* est accordée de ce chef, lorsque le *cognitor* peut

[1] Arg., *D.*, 3, 3, 25. 26. 30 et *C. Th.*, 2, 12, 7.

[2] *Frag. Vat.*, § 341.

[3] *D.*, 3, 3, 17, 1 (Ulpien, *l.* 9 *ad ed.*).

[4] *D.*, 3, 3, 24 (Paul, *l.* 8 *ad ed.*) : *vel ipso procuratore* [*cognitore*] *postulante.*

[5] *D.*, 3, 3, 17, 2 (Ulpien, *l.* 9 *ad ed.*) : *In causae autem cognitione non solum haec versantur, quae supra diximus in procuratore* [*cognitore*] *non compellendo suscipere judicium.*

[6] *D.*, 3, 3, 8, 3 (Ulpien, *l.* 8 *ad ed.;* Lenel, *P. J. C.*, n° 311), *l.* 9 (Gaius, *l.* 3 *ad ed. prov.;* Lenel, *P. J. C.*, n° 77) ; *l.* 10 (Ulpien, *l.* 8 *ad ed.;* Lenel, *P. J. C.*, n° 311) ; cf. aussi *D.*, 3, 3, 14 (Paul, *l.* 8 *ad ed.;* Lenel, *P. J. C.*, n° 173).

faire valoir ou lorsqu'on peut faire valoir contre lui des considérations d'âge [1] ou de religion [2], lorsqu'il est suspect, lorsqu'il est dans les chaînes, en captivité ou dans les mains de brigands [3], lorsqu'il est absorbé par une action publique ou privée, accablé par la maladie ou retenu par une affaire importante [4], lorsqu'il est en exil, se dérobe à l'instance ou a contre le *dominus* une cause d'inimitié non mortelle [5]; lorsqu'il devient l'allié ou l'héritier de l'adversaire [6]; lorsqu'il entreprend un long voyage ou est empêché par quelque autre cause du même genre [7]. Tous ces motifs peuvent être invoqués que le *cognitor* soit défendeur ou demandeur [8] et ils peuvent l'être suivant les cas par le *dominus* ou par le *cognitor.*

Celui-ci a parfois des raisons particulières à faire valoir : il peut, par exemple, prétendre que la demande de transfert du *dominus,* en faisant planer sur lui le soupçon de fraudes ou de maladresses dans la conduite du procès, porte atteinte à son honneur et réclamer avant tout transfert une déclaration du *dominus* qui sauvegarde sa réputation; il s'opposera également

[1] *D.*, 3, 3, 17, 2 *i. f.*, c'est-à-dire lorsque le *cognitor* est devenu trop âgé (Lenel, *P. J. C.;* Ulpien, n° 313).

[2] *D.*, 3, 3, 18 (Modestin, *l.* 10 *pandect.;* Lenel, *P. J. C.*, n° 132), vraisemblablement lorsque le *cognitor* a été chargé de fonctions religieuses.

[3] *D.*, 3, 3, 19 (Ulpien, *l.* 9 *ad ed.;* Lenel, *P. J. C.*, n° 313).

[4] *D.*, 3, 3, 20 (Paul, *l.* 8 *ad ed.;* Lenel, *P. J. C.*, n° 176).

[5] *D.*, 3, 3, 21 (Gaius, *l.* 3 *ad ed. prov.;* Lenel, *P. J. C.*, n° 79). L'exil dont il est ici question ne peut être qu'une des formes de la relégation du droit impérial qui n'entraîne pas la perte du droit de cité (Mommsen, *Strafrecht,* p. 967 = *tr. fr.*, t. III, p. 313) ; sinon s'appliquerait l'édit spécial qui vise le cas de *capitis deminutio media* du *cognitor.*

[6] *D.*, 3, 3, 22 (Paul, *l.* 8 *ad ed.;* Lenel, *P. J. C.*, n° 176).

[7] *D.*, 3, 3, 23 (Ulpien, *l.* 9 *ad ed.;* Lenel, *P. J. C.*, n° 313).

[8] *D.*, 3, 3, 25 rapporté p. 130, n. 1. Cf. également *D.*, 3, 3, 46 (Gaius, *l.* 3 *ad ed. prov.*) : *Qui proprio nomine judicium accepisset, si vellet procuratorem* [*cognitorem*] *dare, in quem actor transferat judicium, audiri debet sollemniterque pro judicatum solvi satisdatione cavere.* M. Lenel (*Pal. J. C.;* Gaius, n° 80) corrige l'*audiri debet* suspect par *audiri debere scripsit.* M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 79, n. 3, considère tout le membre de phrase *audiri debet sollemniterque pro judicatum solvi satisdatione cavere* comme interpolé et pense que les compilateurs ont par là résumé de plus amples développements. Tous sont d'accord pour reconnaître que les idées exprimées par ce texte doivent être attribuées à Gaius.

à la *translatio,* s'il est *cognitor in rem suam,* s'il a fait dans le procès des frais que le constituant ne lui a pas remboursés [1], si le *dominus* ne veut pas le décharger de tous les engagements qu'il a pris dans l'instance [2].

Le magistrat pèse les motifs invoqués pour et contre la *translatio* et rend un décret par lequel il accorde ou refuse le transfert. S'il se prononce en faveur du transfert, son décret ne consiste pas simplement à autoriser une *translatio judicii* que les intéressés sont libres d'accomplir ou de ne pas accomplir; il interpose, le cas échéant, son autorité pour contraindre les récalcitrants à réaliser ce transfert. Le *judicium transferre permittam* de l'édit doit être interprété à l'aide des solutions que nous venons de rapporter et entendu dans le sens d'un transfert imposé par le magistrat. En effet, comment expliquer sans cela que les jurisconsultes aient pris soin de déterminer les raisons

[1] *D.*, 3, 3, 25 (Ulpien, *l.* 9 *ad ed.*) : *sed si adversarius vel ipse procurator* [*cognitor*] *dicat dominum mentiri, apud praetorem haec finiri oportet nec ferendus est procurator* [*cognitor*] *qui sibi adserit procurationem* [*cognituram*] : *nam hoc ipso suspectus est qui operam suam ingerit invito. Nisi forte purgare magis convicium quam procurationem* [*cognituram*] *exsequi maluit. Et hactenus erit audiendus, si dicat se procuratione* [*cognitura*] *quidem carere velle, sed si id inlaesa existimatione sua fiat : ceterum erit pudorem suum purgans. Plane si dicat in rem suam se procuratorem* [*cognitorem*] *datum et hoc probaverit, non debet carere propria lite. Item si retentione aliqua procurator* [*cognitor*] *uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda.* — *D.*, 3, 3, 26 (Paul, *l.* 8 *ad ed.*) : *nisi dominus ei solvere paratus sit.* L'application normale du droit de rétention, attesté par *l.* 25 *i. f.* et *l.* 26, est celle qui a lieu au cas de dépenses faites par le *cognitor* dans le procès; nous savons, en effet, qu'il peut faire valoir dans ce cas son droit de rétention même au moment où le *dominus* demande à exercer l'*actio judicati* (*D.*, 3, 3, 30; Paul, *l.* 1 *sent.*) qu'on doit, avec Eisele, *Kognitur,* p. 71, n. 46, rapporter au *cognitor.* Sur ce dernier texte, v. les références chez Koschaker, *loc. cit.*, p. 93, n. 3.

[2] *D.*, 3, 3, 27, *pr.* (Ulpien, *l.* 9 *ad ed.*) : *In causae cognitione etiam hoc versabitur, ut ita demum transferri a procuratore* [*cognitore*] *judicium permittatur, si quis omnia judicii ab eo transferre paratus sit. Ceterum si velit quaedam transferre, quaedam relinquere, juste procurator* [*cognitor*] *hanc inconstantiam recusabit.* Sous le nom d'*omnia judicii,* le jurisconsulte vise probablement ici en première ligne diverses cautions de procédure, comme par exemple les *sponsiones* et *restipulationes poenales* (cf. Koschaker, *loc. cit.*, p. 76). La lecture *omnia judicii* que fournit le ms. F^1 est confirmée par les Basiliques, 8, 2. 27. V. aussi P. Krüger, *Corp. J. C., ed. stereot.* 11.

que le *dominus* et le *cognitor* peuvent invoquer pour postuler le transfert, s'il suffit pour faire échec à la décision du magistrat que l'un d'eux persiste dans son opposition après le décret de *translatio* [1]. Le magistrat n'assure d'ailleurs au *dominus* la faculté de changer son *cognitor* ou de se substituer à lui, et au *cognitor* la faculté de transférer le *judicium* sur le *dominus,* qu'autant qu'il est résolu à user, si cela est nécessaire, de moyens de contrainte à l'égard des personnes, sans le concours desquelles la *translatio* est irréalisable, c'est-à-dire suivant les cas et dans une mesure à déterminer, à l'égard du *cognitor* ou du *dominus* et de leur adversaire [2]. Le langage des sources est lui-même à plusieurs reprises transparent et suppose chez le magistrat le pouvoir d'imposer le transfert [3]. L'effet spécifique de l'édit relatif à la *translatio cognitoria* est donc de donner à celle-ci un caractère obligatoire.

Tout autre est la situation des plaideurs lorsque le représentant est un simple *procurator.* L'Edit Perpétuel ne contient, à l'égard de ce dernier, aucune disposition symétrique à l'édit *de cognitore abdicando vel mutando.* M. Rudorff [4] admet cependant l'existence d'une telle disposition en s'appuyant sur ce fait que les textes d'Ulpien qui traitent de la *translatio judicii* à propos de la représentation judiciaire proviennent de son livre 9 *ad ed.*, tout entier consacré par ailleurs au *procurator;* il en conclut que le jurisconsulte devait commenter à cet endroit un édit relatif à la *translatio procuratoria.*

M. Lenel [5] a répondu péremptoirement à cette argumentation en prouvant qu'Ulpien, qui s'occupe dans le livre 8 *ad ed.* du

[1] V. notamment *D.*, 3, 3, 25; *l.* 27, *pr.*

[2] *D.*, 3, 3, 17, *pr.* : ... *reus qui procuratorem* [*cognitorem*] *dedit mutare quidem eum vel in se litem transferre...* **potest.**

[3] V. notamment *D.*, 3, 3, 24 : *mutari debebit vel ipso procuratore* [*cognitore*] *postulante; l.* 25 *pr.* : *non debet* [*cognitor*] *carere propria lite... non facile ab eo* [*cognitore*] *lis erit transferenda; l.* 27 *pr.* : *juste procurator* [*cognitor*] *hanc inconstantiam recusabit; l.* 46, *pr.* : *audiri debere scripsit.*

[4] *Edictum,* p. 52.

[5] En dernier lieu, *Edictum* [3], p. 87-88.

cognitor, consacre encore à ce représentant le début du livre 9 pour y traiter la *translatio judicii cognitoria.* S'il y avait, en effet, nous dit-il, dans la codification de Julien deux édits : l'un *de cognitore abdicando vel mutando,* l'autre *de procuratore abdicando vel mutando,* Ulpien eût exposé *ex professo* la *translatio judicii* en matière de représentation judiciaire à propos du premier édit, c'est-à-dire suivant les partisans de cette dualité d'édits, au début du livre 8, et n'aurait guère eu au début du livre 9 qu'à renvoyer aux explications déjà données. Nous voyons, au contraire, que les développements du livre 9 consacrés à la question sont importants et qu'ayant à renvoyer dans ce livre à des développements antérieurs, Ulpien [1] ne se réfère pas à un édit *de cognitore abdicando vel mutando,* mais à l'édit *de cognitore ad litem suscipiendam dato* commenté au livre 8. L'édit dont s'occupe Ulpien au début du livre 9 est donc bien celui qui est relatif à la *translatio cognitoria;* il n'y a pas dans la codification de Julien d'édit *de procuratore abdicando vel mutando.*

L'absence d'un édit de ce genre n'implique pas que la *translatio judicii* ait été impossible dans les rapports du *dominus* et du *procurator.* Des textes de l'époque classique [2], où le mot *procurator* n'est pas suspect d'interpolation, nous signalent sous les noms de Scaevola, de Papinien et de Paul des transferts de *judicium* d'un *procurator* défendeur ou demandeur au *dominus;* l'un de ces témoignages remonte même vraisemblablement par ses origines à la fin du I^er^ siècle de l'ère chrétienne, au temps de Plautius.

---

[1] *D.*, 3, 3, 17, 2.

[2] *D.*, 17, 1, 45, 1 (Paul, *l.* 5 *ad Plaut.*) : *Sed si mandatu meo judicium suscepisti, manente judicio sine justa causa non debes mecum agere, ut transferatur judicium in me : nondum enim perfecisti mandatum.* — *D.*, 20, 6, 1, 2 (Papinien, *l.* 11 *respons.*), rapporté plus haut : transfert du *defensor absentis* sur *dominus.* — *D.*, 46, 8, 5 (Scaevola, *l.* 5 *resp.*) : *Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actio : denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem.*

La vérité est que la *translatio procuratoria* devait être encore rare à l'époque de Julien. M. Koschaker [1] l'a judicieusement fait observer, en montrant que cette *translatio* pouvait alors être presque complètement suppléée soit par la *translatio cognitoria,* soit par l'exercice d'une action nouvelle. Nous pensons toutefois que notre savant collègue a commis à cet égard quelques exagérations qu'il convient de rectifier, en précisant le champ d'application pratique de la *translatio procuratoria* tant à l'époque de Julien que dans la période ultérieure du droit classique.

Il est tout d'abord exact que le *dominus* qui a fait personnellement *litis contestatio* et veut ensuite se substituer un représentant nomme rarement un *procurator,* mais constitue ordinairement un *cognitor* auquel il transfère le *judicium* suivant les règles de l'édit *de cognitore abdicando vel mutando.* Cette manière de faire est pour lui plus commode et plus avantageuse. A-t-il agi comme demandeur, il trouve plus aisément un *cognitor* qu'un *procurator,* car celui-ci devrait fournir une *cautio de rato;* et, d'autre part, en se substituant un *cognitor,* il se réserve le bénéfice éventuel de l'*actio judicati.* A-t-il agi comme défendeur, il obtient plus facilement le concours d'un *cognitor,* puisqu'en pareil cas la *cautio judicatum solvi* est fournie par le *dominus* lui-même et non par le représentant. Il est d'ailleurs à constater — et il ne s'agit sans doute pas là d'une coïncidence accidentelle — qu'aucun texte de l'époque classique ne mentionne une *translatio judicii* du *dominus* à un *procurator.*

Lorsque le procès a été commencé par un *procurator,* l'absence d'un édit *de procuratore abdicando vel mutando* prive, ainsi que nous le préciserons plus loin, le *dominus* et le *procurator* de la faculté d'exiger directement le transfert du *judicium.* Dès l'instant qu'ils ne peuvent exiger ce transfert, les intéressés trouvent ici normalement, au dire de M. Koschaker, leur pleine satisfaction dans la *translatio cognitoria* ou dans l'exercice

---

[1] *Loc. cit.*, p. 110-113 et p. 71.

d'une nouvelle action. Le *procurator* a-t-il accepté un *judicium* et veut-il être déchargé du procès, il peut constituer le *dominus cognitor in rem suam,* si celui-ci y consent, sinon nommer un autre *cognitor* et transférer dans l'un ou l'autre cas le *judicium* suivant les règles de l'édit *de cognitore abdicando vel mutando.* Si c'est le *dominus* qui désire prendre la conduite du procès ou nommer un autre représentant, il peut obtenir du *procurator* que celui-ci constitue le *cognitor in rem suam* ou se substitue comme *cognitor* ce nouveau représentant; le *judicium* est encore transmis par voie de *translatio cognitoria.* Cette manière de procéder est, sans nul doute, possible, mais nous pensons qu'elle n'eût été dans plusieurs cas qu'un expédient insuffisant ou inutile et que — l'opinion de M. Koschaker a besoin d'être complétée en ce sens — le *dominus* et le *procurator* lui préférèrent, lorsqu'ils ne se heurtaient pas à une résistance du demandeur, la *translatio procuratoria.* Ainsi, le *procurator,* pour se décharger du procès malgré le refus du *dominus* de *judicium suscipere,* peut transférer le *judicium* sur un *cognitor.* Mais il n'est pas libéré par là des conséquences du procès et l'on conçoit que dans ces conditions le *procurator* qui a une juste cause à faire valoir en faveur du transfert préfère intenter contre le *dominus* l'*actio mandati contraria* — ou l'*actio negotiorum gestorum contraria* — afin d'obtenir une *translatio procuratoria* du *judicium* sur le *dominus*[1]. De même, lorsque le *dominus* veut prendre la conduite du procès, sa constitution comme *cognitor in rem suam* est un détour, qui semble avoir été écarté, probablement lorsque le demandeur consent au transfert, pour opérer une *translatio procuratoria* sur le *dominus*[2].

Lorsque le *procurator* a lié l'instance comme demandeur, le *dominus,* dont le droit normalement n'a pas été déduit en justice par cette action[3], a la faculté d'agir à nouveau par lui-

[1] *D.*, 17, 1, 45, 1 rapporté ci-dessus.
[2] *D.*, 20, 6, 1, 2.
[3] A l'époque de Julien, cette déduction n'avait lieu qu'en cas de ratification du procès par le *dominus.* V. p. 135, n. 3.

même ou par représentant. Il peut simultanément, de concert avec le *procurator,* demander au magistrat de supprimer le *judicium* précédent et obtenir que défense de statuer soit faite au juge saisi de ce procès[1]. Toutefois — et c'est là un second correctif qu'appelle l'opinion de M. Koschaker — cet exercice d'une action nouvelle n'équivaut pas à une *translatio judicii.* D'une part, le *dominus* ne profite pas des effets produits par la *litis contestatio* du *procurator,* et, d'autre part, cette action nouvelle est impossible toutes les fois que, pour une raison quelconque, le droit du *dominus* a péri depuis la *litis contestatio* faite par le *procurator.* Une *translatio judicii* est donc ici tantôt utile, tantôt nécessaire. Elle est également nécessaire, comme le remarque déjà M. Koschaker[2], toutes les fois que l'action du *procurator* a entraîné la déduction en justice du droit du *dominus,* ce qui se produit déjà à l'époque de Julien lorsque le *dominus* a ratifié le procès engagé par le *procurator*[3], et ce qui eut lieu dans le droit classique postérieur à Julien pour le *procurator praesentis,* le *procurator apud acta constitutus* et même pour tout autre *procurator* dont le mandat était certain[4]. Sans aucun doute, les intéressés auraient pu, dans ces cas où la *translatio judicii* était utile ou nécessaire, trouver une échappatoire dans la *translatio judicii cognitoria,* par exemple en constituant le *dominus cognitor in rem suam* ou une autre personne simple *cognitor.* Mais des inconvénients analogues à ceux que nous avons signalés pour la *translatio cognitoria* du *procurator* défendeur au *dominus* ou à un autre représentant se rencontrent ici. Ainsi s'explique que la *translatio procuratoria* ait également trouvé son emploi dans ce cas[5].

[1] *D.*, 5, 1, 58. Sur le *judicare vetare,* cf. Koschaker, *loc. cit.*, p. 62, n. 3.
[2] *Loc. cit.*, p. 71.
[3] Cet effet de la ratification attesté expressément par des textes de l'époque classique, notamment d'une manière indirecte par des textes de Julien (*D.*, 44, 2, 25, 2 et *D.*, 46, 8, 22, 8; cf. Eisele, *Kognitur,* p. 147 et suiv.), doit être aussi ancien que la *cautio de rato* dont l'existence nous est prouvée pour l'époque de Cicéron : Brutus, 5, 18; *Pro q. Rosc. com.*, 12, 35; *Ad fam.*, 13, 28, 2.
[4] Eisele, *Cognitur,* p. 130 et suiv.; p. 176 et suiv.
[5] *D.*, 46, 8, 5, rapporté plus haut. Il faut rejeter résolument l'interprétation

Tous ces développements établissent donc que la *translatio procuratoria* est pratiquée, en droit classique, bien que l'album du magistrat ne contienne aucun édit *de procuratore abdicando vel mutando.* Ils nous ont même fait entrevoir à plusieurs reprises les conséquences que l'absence de cet édit a pour cette *translatio.* Le préteur ne promettant pas qu'il garantira au *dominus* la faculté de se substituer au *procurator* ou de le remplacer par un autre représentant, la *translatio procuratoria* n'a pas encore, à l'époque de Salvius Julien, un caractère obligatoire, qu'elle soit d'ailleurs demandée par le *dominus* ou par le *procurator;* car, dans ce dernier cas, la jurisprudence ne trouve pas dans l'édit du magistrat une disposition dont elle peut, comme à l'égard du *cognitor,* étendre le champ d'application par voie d'analogie[1]. La *translatio procuratoria* a donc un caractère facultatif; elle ne peut être accomplie qu'autant que le *procurator,* son adversaire, et le *dominus* la demandent d'un commun accord au magistrat et prêtent bénévolement leur concours à tous les actes de la *translatio.* Cette conjecture est notamment confirmée par une différence intéressante que les textes signalent entre le *cognitor* et le *procurator.* Le premier peut, en s'appuyant sur l'interprétation de l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* consacrée par la jurisprudence, demander directement au magistrat, par voie de *postulatio,* le transfert

de ce texte proposée par M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 68-69. La ratification dont il est question à cet endroit ne consiste pas pour le *dominus* à exercer par une nouvelle action son droit, que le *procurator* n'a pas déduit en justice, et à demander, de concert avec le *procurator,* la suppression du premier procès. Une telle construction est en contradiction avec le texte lui-même qui dit expressément que le *dominus* ne fait que continuer le procès commencé par le *procurator : si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur.* Pour nous, la ratification dont il s'agit ici suppose une *translatio judicii* du *procurator* sur le *dominus;* cette *translatio* a lieu comme toujours par voie d'*in integrum restitutio;* le *judicium translatum* est bien nouveau dans la forme, mais il est, au fond, identique à l'ancien, grâce à la *litis contestatio repetita die;* ainsi s'explique que Scaevola parle ici de continuation du même procès.

[1] Cf. *D.*, 3, 3, 24.

du *judicium* sur le *dominus;* le *procurator* n'a pas ce droit; il n'a que la faculté, s'il peut invoquer une juste cause pour être déchargé du procès, d'intenter contre le *dominus* l'*actio mandati contraria,* — ou éventuellement, semble-t-il, l'*actio negotiorum gestorum contraria,* — pour contraindre par cette voie le *dominus* à prêter son concours à la *translatio judicii*[1].

Jusqu'ici nos opinions se rencontrent en substance avec celles de M. Koschaker sauf quelques divergences de détail dont nous avons souligné les plus notables en passant. Désormais nos chemins vont être tout à fait distincts, soit qu'il s'agisse de préciser comment se manifeste le caractère obligatoire ou facultatif de la *translatio cognitoria* et de la *translatio procuratoria,* soit qu'il y ait lieu de déterminer les motifs de la différence de traitement appliqué à ces deux représentants, soit que nous recherchions quelle a été, postérieurement à l'Edit de Julien, l'évolution de la *translatio judicii* en matière de représentation judiciaire.

1° *Caractère obligatoire ou facultatif de la translatio judicii cognitoria ou procuratoria.*

Comme nous l'avons déjà dit, nous nous rencontrons avec M. Koschaker pour admettre que l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* donne à la *translatio judicii cognitoria* un caractère obligatoire, tandis que l'absence d'un édit symétrique pour le *procurator* laisse à la *translatio procuratoria* un caractère facultatif.

Nous nous rencontrons encore avec M. Koschaker[2] pour l'interprétation du caractère facultatif de cette dernière. Avec lui, nous pensons qu'à l'époque de la codification de l'Edit Perpétuel, la *translatio procuratoria* n'est possible qu'autant que tous les intéressés prêtent leur concours à cet acte et persistent dans cette collaboration volontaire jusqu'à l'achèvement du dernier

[1] *Cpr. D.*, 3, 3, 24 et *D.*, 17, 1, 45, 1.
[2] *Loc. cit.*, p. 65-71.

acte de transfert. Supposons, par exemple, qu'un *dominus* veuille se substituer à son *procurator* demandeur; la *translatio judicii* implique au minimum que le *dominus* postule du magistrat l'*in integrum restitutio* et fasse à l'occasion du *judicium rescissorium* une double *editio actionis,* l'une préalable au *judicium dare* du magistrat, l'autre préalable au *judicium accipere* du défendeur; que le *procurator* consente au transfert ou tout au moins ne s'y oppose pas et que le défendeur accepte le *judicium rescissorium;* d'autres accords de volontés peuvent être éventuellement requis entre le *dominus* et le défendeur pour la conclusion des stipulations de procédure : par exemple, des *sponsiones* et *restipulationes poenales.* Si au cours de cette opération une résistance surgit de la part de l'une quelconque de ces trois personnes, le transfert devient impossible. Nous aboutirions à des constatations identiques, si nous envisagions les hypothèses dans lesquelles le *dominus* veut se substituer à un *procurator* défendeur, ou remplacer un *procurator* demandeur ou défendeur par un autre représentant.

Nous nous séparons, au contraire, de M. Koschaker[1] lorsqu'il s'agit d'analyser le caractère obligatoire de la *translatio cognitoria.* Pour cet auteur, cette *translatio* est obligatoire en ce sens qu'abstraction faite des concours de volontés requis pour la *datio* d'un nouveau *cognitor,* pour l'*officium suscipere* de la part du nouveau *cognitor* et pour la conclusion de nouvelles cautions de procédure, la *translatio* était l'œuvre exclusive du préteur qui « rédigeait la formule du *judicium translatum,* la remettait aux parties et transmettait au juré un exemplaire de cette formule avec le décret de *translatio* qui l'instruisait sur l'opération de transfert[2] ». Celui-ci était donc opéré directement par le magistrat, sur la *postulatio* du *dominus* ou du *cognitor,* même contre la volonté de l'adversaire[3].

[1] *Loc. cit.,* p. 78-96.
[2] *Loc. cit.,* p. 84-85.
[3] V. notamment *loc. cit.,* p. 89.

Nous avons déjà dit ailleurs que la conception d'une *translatio judicii* opérée d'autorité par le magistrat est condamnée par le caractère contractuel de la procédure de l'*ordo* et contredite par plusieurs textes[1]. Certains de ces textes appartiennent à la *translatio cognitoria* et attestent expressément que ce transfert est un acte bilatéral, autorisé par le magistrat et accompli par les deux plaideurs, tant par celui qui change son *cognitor* ou se substitue à lui que par son adversaire[2]. Bien plus, la construction imaginée par M. Koschaker ne lève pas toutes les difficultés. Si elle supprime le concours de volontés que suppose toute *litis contestatio,* elle laisse subsister les accords de volontés que nécessite la conclusion de nouvelles stipulations de procédure : comme les *sponsiones* et les *restipulationes poenales* et la *cautio judicatum solvi.* Le magistrat ne peut pas substituer ici sa volonté à celle des plaideurs et il est obligé, pour peser sur la volonté de ces derniers, de recourir aux moyens de contrainte que lui donne son pouvoir de juridiction[3]. Enfin, quelles sont dans la conjecture de M. Koschaker les formes de la remise de la formule corrigée aux plaideurs? Ces formes sont-elles différentes de celles de la *litis contestatio?* Ces dernières ne sont-elles pas dans une connexité étroite avec le caractère contractuel de la procédure de l'*ordo?* Comment le magistrat contraint-il le de-

[1] *Suprà* p. 118-121.
[2] Dans son édit *de cognitore abdicando vel mutando,* le magistrat promet simplement d'autoriser le transfert (restitution conjecturale de *Frag. Vat.,* 341 appuyée notamment sur *D.,* 3, 3, 27, *pr.;* v. p. 130, n. 2) ; cela équivaut, nous l'avons vu, à une promesse d'assistance pour imposer le transfert et c'est en ce sens que le transfert dépend du magistrat (*D.,* 3, 3, 24. *l.* 25 *i. f.*) ; mais le transfert est l'œuvre même des parties. Ulpien, *D.,* 3, 3, 17, *pr.,* nous présente le transfert demandé *ex parte rei* par le *dominus* comme l'œuvre de ce dernier : « *reus qui procuratorem* [*cognitorem*] *dedit* **mutare quidem eum vel in se litem transferre... potest** » et Gaius, *D.,* 3, 3, 46, *pr.,* nous atteste pour un cas du même genre que le concours de volonté du demandeur est nécessaire : *Qui proprio nomine judicium accepisset, si vellet procuratorem* [*cognitorem*] *dare,* **in quem actor transferat judicium.** Cf. aussi *D.,* 3, 3, 27, *pr.*
[3] On peut se demander ce qui se passe dans l'opinion de M. Koschaker, lorsque le *dominus* veut, postérieurement à la *litis contestatio,* se substituer un *cognitor* ou changer son *cognitor* antérieur et lorsque l'adversaire oppose, en

mandeur ou le défendeur récalcitrant à recevoir la formule du *judicium translatum?* La procédure de l'*ordo* contient-elle pour ce cas une institution analogue à celle que la procédure extraordinaire nous offre dans l'*eremodicium* pour la citation en justice des défaillants?

Toutes ces raisons doivent faire rejeter résolument le système de M. Koschaker.

Pour nous, le caractère obligatoire de la *translatio cognitoria* ne tient pas au procédé de transfert qui est ici employé; cette *translatio* requiert, comme la *translatio procuratoria,* une adhésion des plaideurs aux corrections de la formule dans la forme d'une nouvelle *litis contestatio* et celle-ci n'est possible qu'après une *in integrum restitutio* préalable. La différence entre ces deux institutions provient uniquement de ce que, dans le premier cas, le magistrat contraint les plaideurs par les moyens de sa juridiction à tous les actes du transfert, comme la conclusion de nouvelles stipulations et l'accomplissement de la nouvelle *litis contestatio,* tandis qu'il s'abstient dans le second cas de toute contrainte de ce genre.

Les moyens dont se sert le magistrat pour rendre la *translatio cognitoria* obligatoire varient suivant les cas.

S'agit-il tout d'abord d'une *translatio judicii ex parte rei,* il faut distinguer suivant que le *judicium* a été *acceptum* par le *dominus* ou par un *cognitor.* A-t-il été *acceptum* par le *dominus,* celui-ci doit constituer un *cognitor* qui accepte la charge et ma-

pareil cas, lors de la demande de *translatio judicii* une *exceptio cognitoria.* De l'avis général, la correction de la formule nécessite ici une *in integrum restitutio* et une nouvelle *litis contestatio.* La *translatio cognitoria* va-t-elle devenir de ce chef facultative ou bien n'est-il pas préférable d'admettre que le magistrat lui maintient son caractère obligatoire en usant des moyens de contrainte que lui donne son pouvoir de juridiction. M. Koschaker, *loc. cit.,* p. 96-98, échappe à toute difficulté en conjecturant que le magistrat examinait le fondement de l'exception et refusait la *translatio* si l'exception était fondée ou rejetait l'exception en cas contraire. Mais pour cela il faut supposer que le magistrat dérogeait ici à ses habitudes. Nous n'avons, dans notre opinion, à recourir à aucune dérogation de ce genre; la *translatio cognitoria* s'opère ici comme dans tous les autres cas; elle est toujours obligatoire.

nifeste notamment son consentement en prêtant son concours à la nouvelle *litis contestatio.* Si ce *cognitor,* après avoir consenti à jouer ce rôle, refuse sans raison d'accepter le *judicium translatum,* il peut y être contraint par le magistrat conformément à l'édit *de cognitore ad litem suscipiendam dato*[1]. Si ce refus est justifié, le *dominus* est dans la nécessité de constituer un autre *cognitor* ou de reprendre la conduite du procès. Quant au demandeur, il doit comparaître à nouveau devant le magistrat pour assister à la *datio cognitoris,* stipuler dans la *cautio judicatum solvi* que le *dominus* est tenu de fournir pour le *cognitor,* et pour *judicium edere*[2]. Refuse-t-il son concours à l'un de ces actes, le *judicium* nouveau n'est pas constitué, mais le *judicium* antérieur est dissous par la défense de statuer que le magistrat adresse au juge de ce *judicium*[3]. Lorsque la première *litis contestatio* a été faite par un *cognitor,* la demande de transfert peut émaner du *dominus* ou du *cognitor;* le magistrat ne rendra son décret de *translatio* qu'après avoir examiné les motifs que le représentant et le représenté font valoir pour et contre le transfert. Le décret une fois rendu, toute résistance sera brisée. Celle du *cognitor* est sans importance, car la rescision du précédent *judicium* et la constitution du nouveau sont possibles sans lui. Si c'est, au contraire, le *dominus* qui refuse de transférer le *judicium* sur lui-même, il est traité comme *indefensus.* Quant au demandeur qui refuse son concours à la nouvelle *litis contesta-*

[1] *D.*, 3, 3, 8, 3.
[2] *D.*, 3, 3, 46, *pr.*
[3] *D.*, 5, 1, 58. On peut admettre que le magistrat ne prenait pas toujours immédiatement cette mesure radicale et se contentait parfois de rendre au début un décret par lequel il ordonnait au magistrat de surseoir à statuer (sur la nature et les applications de ce décret, v. Koschaker, *loc. cit.,* p. 62, n. 3). Mais c'était là une faveur par laquelle le magistrat accordait au plaideur récalcitrant un délai de réflexion. La seule sanction efficace de la résistance du demandeur, celle à laquelle il fallait nécessairement recourir en cas d'obstination de ce plaideur, était la dissolution du précédent *judicium.* La même observation peut être faite en cas de résistance du défendeur à une *translatio judicii ex parte actoris.*

tio, il est dépouillé de toute action par la dissolution du *judicium* antérieur.

Pour la *translatio judicii ex parte actoris,* il faut également distinguer suivant que le *judicium* primitif a été *editum* par le *dominus* ou par son *cognitor.* Dans le premier cas, le *dominus* veut-il transférer le *judicium* à un *cognitor* qui accepte cette charge et est prêt à *edere judicium,* le défendeur est traité comme *indefensus,* s'il refuse son concours à la *datio cognitoris,* au transfert des *sponsiones* et *restipulationes poenales* ou à la nouvelle *litis contestatio.* Le transfert a-t-il lieu d'un *cognitor* demandeur au *dominus,* la collaboration du *cognitor* n'est pas nécessaire, puisque la rescision de l'ancien *judicium* et la constitution du nouveau ne supposent pas sa coopération; le refus du *dominus* d'opérer le transfert l'expose à la perte de toute action par la dissolution du *judicium* antérieur et la résistance du défendeur le soumet aux mesures de contrainte qu'encourent les *indefensi.*

Ces moyens sont pleinement efficaces. M. Koschaker lui-même n'en doute pas. Ce sont, en effet, les seuls qu'il admette dans la *translatio judicii hereditaria* qui est également pour lui une *translatio* sans *in integrum restitutio* et sans nouvelle *litis contestatio.* S'il les rejette ici, c'est qu'il espère écarter la *litis contestatio* sans avoir besoin de recourir à l'expédient d'un contrat de translation *sui generis.* Il n'en eût vraisemblablement pas cherché d'autres s'il eût connu un procédé de transfert qui conciliât l'unité du procès avec l'accomplissement d'un nouveau *litem contestari.* Ce sont, en réalité, les seuls qui cadrent avec l'activité normale du magistrat dans le service de la juridiction [1] et notre construction de la *litis contestatio repetita die* a ainsi le mérite de nous faire trouver, dans le fonctionnement régulier des institutions, la solution du problème de la *translatio judicii.*

[1] Le magistrat n'a nul besoin de recourir ici aux moyens de la coercition administrative; ses pouvoirs de juridiction lui suffisent.

Mais l'interprète, en précisant le caractère facultatif ou obligatoire du transfert, n'a encore accompli que la moitié de sa tâche, il lui reste à découvrir les raisons de la différence qui, au temps de Julien, sépare encore la *translatio cognitoria* et la *translatio procuratoria.* Sur ce point encore, nous nous écartons de M. Koschaker.

2° *Motifs de la différence entre la translatio cognitoria et la translatio procuratoria.*

Suivant une opinion émise en termes identiques par M. Lenel dans les trois éditions successives de son Edit Perpétuel [1], un édit *de procuratore abdicando vel mutando* était encore inutile à l'époque d'Hadrien.

M. Koschaker [2] ne fait guère que reprendre, en les modifiant légèrement, les idées de M. Lenel. Selon lui, le besoin d'un édit *de procuratore abdicando vel mutando* ne s'était pas encore fait sentir à l'époque d'Hadrien, parce que les intéressés trouvaient dans la *translatio cognitoria* ou dans l'exercice d'une nouvelle action les moyens de suppléer à l'absence d'un tel édit [3].

Ces explications nous paraissent insuffisantes. Comme nous l'avons déjà dit plus haut [4], l'exercice d'une nouvelle action n'équivaut pas à la *translatio judicii* lorsque la précédente *litis contestatio* a produit des effets positifs dont le maintien est désirable et la *translatio cognitoria* est un détour qui ne donne pas pleine satisfaction aux intéressés. Ainsi s'explique que la *translatio procuratoria* ait été déjà assez employée au temps d'Hadrien. Elle l'eût été incontestablement plus si elle avait pu être imposée par le *dominus* au *procurator* ou par le *procurator* au

[1] V. *Edictum* [2], p. 87-88. Nous avons rapporté cette opinion *suprà* p. 40.
[2] *Loc. cit.*, p. 44-52; p. 111-114.
[3] V. l'exposé de ces idées plus haut, p. 40 et suiv.
[4] P. 134-135.

dominus, c'est-à-dire si un édit *de procuratore abdicando vel mutando* eût rendu la *translatio judicii* obligatoire à l'égard du *procurator,* comme elle l'est à l'égard du *cognitor.* La faculté qui appartient au *procurator* défendeur ou demandeur de constituer le *dominus cognitor in rem suam* ne supplée pas complètement à l'absence d'un tel édit; car cet expédient suppose le concours de volontés du *procurator* et du *dominus* tandis que l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* permet expressément au *dominus* de destituer son *cognitor* et donne, d'après l'interprétation consacrée par la jurisprudence, au *cognitor* la faculté d'exiger directement que le *dominus* le décharge du procès. Il n'est donc pas douteux qu'à l'époque de la codification de l'Edit Perpétuel, la *translatio procuratoria,* quoique purement facultative, avait déjà un certain champ d'application pratique et qu'elle eût été beaucoup plus usitée si elle avait été obligatoire. L'utilité d'un édit *de procuratore abdicando vel mutando* ne peut donc pas être mise en doute pour cette époque.

Il y a, selon nous, de l'absence d'un tel édit dans l'œuvre de Salvius Julien des raisons plus profondes que celles qui ont été indiquées jusqu'ici. Pour les découvrir, il faut aller les chercher dans une différence essentielle qui, primitivement et pendant longtemps, sépare le *cognitor* du *procurator.*

Le *cognitor* est originairement et reste assez longtemps un fondé de pouvoirs qui représente le *dominus* sous le contrôle direct du magistrat[1], tandis que le *procurator* est un mandataire ou un gérant d'affaires dont les relations avec le *dominus* sont extérieures au procès et sont par suite ignorées du magistrat. Cette opposition se manifeste à plusieurs égards.

Le *cognitor* constitué solennellement par le *dominus* en présence de l'adversaire[2], le plus souvent même devant le magistrat[3], est habilité publiquement à conduire le procès. Le magis-

[1] Cf. Eisele, *Cognitur,* p. 42 et suiv., et Debray, *De la représentat. en justice par le cognitor* (thèse, Paris, 1892), p. 31 et suiv.

[2] Gaius, 4, 83.

[3] Il y a controverse sur le point de savoir si la présence du magistrat est requise pour la *datio cognitoris* (indication des opinions soutenues chez Koschaker, *loc. cit.,* p. 80, n. 1). Ce n'est pas le lieu de discuter cette question; notons simplement que nous nous rallions à l'opinion de Bülow, *Prozesseinreden,* p. 38, n. 16, d'après laquelle la constitution *in jure,* sans être obligatoire, est cependant la plus usitée.

trat connaît la qualité du *cognitor* et intervient par suite directement pour régler les rapports de ce représentant et du représenté. Tenant compte de ce que le *cognitor* déduit en justice le droit du *dominus,* il l'admet au procès sans exiger de lui la *cautio de rato*[1] et peut refuser l'action au *dominus* si celui-ci, postérieurement à la *litis contestatio* du *cognitor,* sollicite la délivrance du même *judicium.* De même, il accepte la *cautio judicatum solvi* fournie par le *dominus* pour le *cognitor*[2], contraint le *cognitor* qui a accepté sa mission à *judicium accipere* lorsque le *dominus* a fourni pour lui la *cautio judicatum solvi*[3], accorde l'*actio de jurejurando* au *dominus* en cas de serment volontaire prêté par le *cognitor* demandeur[4], donne l'*actio judicati* au *dominus* ou contre lui et la refuse en même temps au *cognitor* et contre lui, sauf à apprécier s'il n'y a pas de justes motifs[5] pour laisser l'*actio judicati* suivre son cours normal au profit de celui qui a obtenu la condamnation ou à l'encontre de celui-là même qui a été condamné, c'est-à-dire au profit et à l'encontre du *cognitor*[6]. Grâce à cette intervention directe du magistrat, les

[1] Gaius, 4, 98.

[2] Gaius, 4, 101.

[3] *D.,* 3, 3, 8, 3.

[4] *D.,* 12, 2, 9, 6 (Ulpien, *l.* 22 *ad ed.*). Lorsque le serment volontaire est prêté par un *procurator* demandeur, l'*actio de jurejurando* est donnée à ce dernier à condition qu'il fournisse la *cautio de rato* (*D.,* 3, 3, 39, 1, Ulpien, *l.* 9 *ad ed.*). Le *dominus* peut, au contraire, toujours se prévaloir du serment volontaire prêté par son représentant défendeur, que celui-ci soit un *cognitor* ou un *procurator* quelconque, même un simple *defensor* (*D.,* 12, 2, 9, 6). Cf. Eisele, *Cognitur,* p. 89-91.

[5] Par exemple, si le représentant est *cognitor in rem suam,* ou s'il a fait dans le procès des frais qui ne lui ont pas encore été remboursés.

[6] *Frag. Vat.,* 317, 331; *D.,* 3, 3, 28; *l.* 31, *pr.; l.* 61; *D.,* 4, 4, 46; *D.,* 42, 1, 4, *pr.; D.,* 44, 4, 9; *D.,* 46, 3, 86; à notre avis également Paul, *Sent.,* 1, 2, 4 et vraisemblablement *D.,* 21, 2, 66, 2. La règle d'après laquelle l'*actio judicati* est donnée par le magistrat après *cognitio causae* au *dominus* ou contre lui est déjà communément admise au temps de Plautius, jurisconsulte de la seconde

rapports du *dominus* et du *cognitor* ont pu paraître au début suffisamment sanctionnés pour que les Romains aient traité le *cognitor* comme un simple fondé de pouvoirs et n'aient pas éprouvé le besoin de faire rentrer ces rapports dans le cadre d'une institution juridique qui, comme celle du mandat, pouvait servir de base à des actions récursoires entre le représentant et le représenté.

Rien de tel pour le *procurator*. Celui-ci est primitivement un mandataire général ou un gérant d'affaires qui n'a reçu aucun pouvoir particulier pour intervenir dans le procès[1]. Il ne déduit pas le droit du *dominus* en justice et n'est par suite admis à exercer l'action de celui-ci qu'à la condition de fournir la *cautio de rato*[2]; s'il joue le rôle de défendeur, il doit fournir personnellement la *cautio judicatum solvi*[3]; lui seul est connu du magistrat et reçoit dès qu'il a fourni les cautions *de rato* ou *judicatum solvi* le même traitement qu'un plaideur *suo nomine :* il ne peut même pas, lorsqu'il a déjà fourni la *cautio judicatum solvi,* être directement contraint par le magistrat à *judicium accipere;* le demandeur n'a contre lui que l'action fondée sur la *clausula ob rem non defensam* de la *cautio judicatum solvi*[4]. S'il prête, comme demandeur, un serment volontaire, l'*actio de jurejurando* n'appartient qu'à lui[5]; en cas de condamnation, l'*actio judicati* n'est donnée qu'au *procurator* et contre lui[6]. Mais du même coup des recours sont nécessaires entre le *dominus* et le

moitié du premier siècle de l'ère chrétienne (*D.*, 3, 3, 61, avec la correction de *procurator* par *cognitor* légitimement proposée, croyons-nous, par Cujas, *op. o.*, ed. Naples, 1722-1727, t. III, c. 414; Lenel, *P. J. C.*, Paul, n° 1074, et Eisele, *Cognitur*, p. 71, n. 46. — *Contrà*, à tort, Bremer, *Jurisprud. antehad.*, t. III, p. 235, n. 1). Nous inclinons à penser que cette règle a été admise assez tôt sous le système de la procédure formulaire.

[1] Cicero, *Pro Caec.*, 20, 57; *D.*, 3, 3, 1, 1 (Ulpien).

[2] Gaius, 4, 98. Consult., 3, 7.

[3] Gaius, 4, 101.

[4] Le *procurator* n'est contraint à *judicium accipere* que s'il a déjà intenté comme *procurator* demandeur une action appartenant à la personne aujourd'hui poursuivie (*D.*, 3, 3, 33, 3; *l.* 35, 3).

[5] *D.*, 3, 3, 39, 1; v. *suprà*, p. 145, n. 4.

[6] V. notamment *Frag. Vat.*, 317 *i. f.*

procurator; ils ont lieu par des actions indépendantes qui sont normalement ici les actions *mandati* et *negotiorum gestorum.*

La même opposition se manifeste, selon nous, entre le *cognitor* et le *procurator* à propos de la *translatio judicii.* S'agit-il d'un *cognitor,* le magistrat, qui interpose normalement son autorité pour régler les rapports du *cognitor* et du *dominus,* use directement des pouvoirs de juridiction qui lui appartiennent pour contraindre les plaideurs à accepter le changement de personne que réclame le *dominus* ou le *cognitor.* L'édit *de cognitore abdicando vel mutando* n'a pas d'autre sens que de donner au *dominus* (ou au *cognitor,* d'après l'interprétation de l'édit adoptée par les prudents) l'assurance que le magistrat usera de moyens de contrainte pour imposer la *translatio judicii;* il procède, en d'autres termes, de la même idée que celle qui a inspiré l'édit *de cognitore ad litem suscipiendam dato.* De même que le magistrat intervient après *cognitio causae* pour forcer le *cognitor* à *judicium accipere,* de même il intervient, après examen spécial des circonstances de l'espèce, pour assurer l'acceptation par les plaideurs du *judicium translatum.* Ce n'est pas par pur accident que ces deux édits ont une partie de règles communes[1], cela tient à ce que tous deux répondent à des préoccupations du même genre et donnent lieu à une activité similaire du magistrat. Bien plus, il y a entre les règles qui régissent l'exercice de l'*actio judicati* en cas d'intervention d'un *cognitor* et l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* une harmonie parfaite. Si le magistrat n'hésite pas, après *cognitio causae,* à priver le *cognitor* du bénéfice de la condamnation qu'il a obtenue pour ne donner l'*actio judicati* qu'au *dominus,* ou à soustraire le *cognitor* aux conséquences de la condamnation prononcée contre lui pour n'accorder l'*actio judicati* que contre le *dominus,* comment ce magistrat hésiterait-il, avant toute condamnation, à enlever par une *translatio judicii* au

[1] *D.*, 3, 3, 17, 2.

cognitor le *dominium litis* que celui-ci a acquis par la *litis contestatio* ou à soustraire ce même *cognitor* aux conséquences de son *judicium accipere* par un transfert du procès sur le *dominus,* toutes les fois du moins qu'un examen spécial de l'affaire lui donne la conviction que ce transfert est légitime? Et comme ce magistrat refuse l'*actio judicati* au *dominus* ou contre le *dominus,* lorsque le représentant est un *cognitor in rem suam,* il refuse également la *translatio judicii* dans les mêmes cas [1]. De même, si le *dominus* refuse de rembourser au *cognitor* les dépenses que celui-ci a faites pour la conduite du procès, le magistrat n'accorde au *dominus* ni l'*actio judicati* ni la *translatio judicii* [2]. Entre toutes ces règles, il y a une concordance parfaite qui est dans la logique de l'institution.

S'agit-il, au contraire, d'un *procurator,* le magistrat s'abstient de toute immixtion directe dans les relations de ce dernier avec le représenté. Si l'un d'eux désire une *translatio judicii* et se heurte à une résistance de l'autre, il ne peut faire une *postulatio* au magistrat comme le ferait le *cognitor* ou son constituant, il ne peut qu'*agere* contre celui qui s'oppose au transfert du procès. La seule voie qui lui soit ouverte est celle de l'*actio mandati* ou *negotiorum gestorum;* et encore voyons-nous que le juge condamne rarement pour refus de *translatio judicii.* Paul nous apprend, en effet, que le *procurator* qui demande le transfert du procès sur le *dominus* par l'*actio mandati contraria* est ordinairement repoussé par cette considération qu'il n'a pas achevé son mandat tant qu'il n'a pas conduit le procès jusqu'au jugement [3]. Au point de vue de la *translatio judicii* comme aux autres points de vue, le *procurator* s'oppose donc très nettement, dans le régime primitif, au *cognitor.*

Ajoutons ici que les autres représentants judiciaires, tuteurs, curateurs, *actores municipum* et *universitatis* ont dû, pour les

[1] *Frag. Vat.*, 317 rapproché de *D.*, 3, 3, 25.
[2] *D.*, 3, 3, 30 rapproché de *D.*, 3, 3, 25.
[3] *D.*, 17, 1, 45, 1.

raisons que nous venons d'indiquer, être primitivement soumis, en matière de *translatio judicii,* aux mêmes règles que les *procuratores.*

On peut tout d'abord le soutenir avec beaucoup de vraisemblance pour les tuteurs et les curateurs. Gaius [1] les assimile encore, en principe, aux *procuratores,* ne les dispensant de la *cautio de rato* que contrairement aux *verba edicti.* Ce n'est également qu'à partir du IIe siècle de l'ère chrétienne qu'en cas de procès fait par les tuteurs ou curateurs pour leur protégé, l'*actio judicati* a été donnée à ce dernier ou contre lui [2]. Tout cela rend probable qu'à une époque antérieure le magistrat ne se préoccupait pas de contrôler les pouvoirs des tuteurs et des curateurs et traitait toujours ceux-ci comme les *procuratores.* Et de même qu'il n'intervenait pas notamment pour transférer l'*actio judicati* des tuteurs et curateurs sur leur protégé, il ne leur imposait pas non plus la translation de la *lis contestata.*

La *translatio judicii* a dû être également, au début, purement facultative dans les rapports des personnes morales avec leurs représentants : *actores municipum* et *actores universitatis.* Nous trouvons, en effet, dans les écrits des jurisconsultes classiques, des indices qui nous révèlent qu'originairement ces représentants ont dû être traités comme des *procuratores.* Paul [3] dispense les *actores universitatis* de fournir la *cautio de rato* dans les cas où les tuteurs et les curateurs en sont dispensés et leur impose, comme aux *procuratores,* l'obligation de défendre aux actions intentées contre les personnes qu'ils représentent, lorsqu'ils ont pris auparavant l'initiative d'agir pour ces mêmes personnes. Ulpien [4], de son côté, reconnaît aux *actores municipum* la faculté de récuser l'*actio judicati* dans les cas où cette récusation est permise aux tuteurs et curateurs. Ces diverses

[1] 4, 99.
[2] V. ci-dessous, p. 153-154.
[3] *D.*, 3, 4, 6, 3.
[4] *D.*, 42, 1, 4, 1. 2.

règles sont les vestiges d'un état de choses antérieur où le magistrat n'intervenait pas normalement dans les rapports de ces *actores* avec les personnes morales, soit pour contraindre les représentants à *judicium accipere,* soit pour opérer des transferts d'*actio judicati;* il ne devait pas contraindre davantage à la *translatio judicii.* Notons d'ailleurs que les seuls transferts de procès dont il puisse être ici question sont ceux que provoquent les changements de représentants; aucune *translatio judicii* ne peut avoir lieu sur la personne morale qui est incapable de plaider par elle-même.

Le régime de *translatio judicii* que nous venons de décrire pour les divers représentants judiciaires nous paraît être en substance celui qui est encore en vigueur au temps d'Hadrien; il est, en tout cas, certain que l'*Edictum Perpetuum* codifié par Julien ne contient d'édit rendant le transfert obligatoire qu'à l'égard du *cognitor;* l'extension de cet édit aux autres représentants judiciaires fut le résultat d'un travail de jurisprudence dont les premières manifestations remontent même à l'époque de Julien. Il nous appartient maintenant de suivre cette évolution et ici encore nous aurons à noter une divergence importante entre notre opinion et celle de M. Koschaker.

3° *Evolution de la Translatio Judicii en matière de représentation judiciaire.*

Cette évolution ne peut être bien comprise que si on la replace dans le mouvement général de rapprochement qui s'est produit depuis le début du IIe siècle de l'ère chrétienne entre les divers représentants judiciaires. Il convient tout d'abord de noter à cet égard que les jurisconsultes classiques s'efforcèrent de faire rentrer les relations du *dominus* et du *cognitor* dans le cadre du contrat de mandat, supprimant ainsi une différence importante qui séparait jusqu'ici le *cognitor* des autres représentants ayant le caractère de mandataires conventionnels et légaux et faisant passer à l'arrière-plan, derrière l'idée de mandat, le pouvoir du

magistrat d'intervenir directement dans les rapports du *cognitor* et du *dominus.* Mais le développement le plus important à noter est celui qui transporta progressivement à la plupart des représentants autres que le *cognitor* les règles formulées pour celui-ci dans le triple domaine de la *cautio de rato,* de l'*actio judicati* et de la *translatio judicii.* Une évolution symétrique eut lieu dans cette triple direction, commandée par l'étroite connexité qui unit ces trois institutions, notamment les deux dernières.

Cette connexité est évidente à l'égard du *cognitor.* Elle s'y révèle tout d'abord entre la *cautio de rato* et l'*actio judicati.* Le *cognitor* demandeur est toujours dispensé de la *cautio de rato,* parce qu'il déduit toujours en justice le droit du *dominus.* Cette même raison explique dans une certaine mesure que l'*actio judicati,* qui compète au *cognitor* en faveur duquel la condamnation a été prononcée, ait été de bonne heure régulièrement transférée au *dominus* privé désormais de la faculté de faire valoir son droit en justice. Un lien encore plus intime unit l'*actio judicati* et la *translatio judicii.* En effet, si la *datio* de l'*actio judicati* au *dominus* ou contre lui peut dépouiller le *cognitor* du *dominium litis* que la sentence du juge a consacrée à son égard, comment ce *dominium* ne pourrait-il pas lui être enlevé au cours du procès, après la *litis contestatio* qui le lui a fait acquérir? Il y a d'ailleurs des règles propres au *cognitor* une raison profonde qui seule les explique toutes, c'est que le *cognitor* a toujours été un représentant constitué en vue d'un procès déterminé dans des formes solennelles et sous le contrôle du magistrat. Cela ne conduisit pas à faire du *cognitor* un représentant direct du *dominus;* les conceptions qui régirent longtemps chez les Romains la théorie de la représentation et l'organisation des procès imposèrent que le *cognitor* devînt sujet du litige pour lequel il avait été constitué et acquît ainsi le *dominium litis.* Mais les relations qui unissaient le *cognitor* et le représenté n'étaient pas étrangères au procès; les parties et le magistrat les connaissaient officiellement. Le magistrat notam-

ment en tint compte pour tempérer les conséquences trop absolues de l'acquisition du *dominium litis* par le *cognitor*. Il admit de tout temps que la *litis contestatio* du *cognitor* entraînerait la déduction en justice du droit du *dominus* et refusa par suite, après cette *litis contestatio,* l'action au *dominus* ou la paralysa tout au moins par une *exceptio rei in judicium deductae.* Comme corollaire, il n'imposa pas ici au *cognitor* une *cautio de rato* qui n'avait aucune raison d'être, puisqu'il n'y avait pas à craindre une nouvelle action du *dominus.* Bien plus, il s'engagea de bonne heure par son édit à transférer, après *cognitio causae* et lorsqu'aucun obstacle ne s'y opposerait, l'*actio judicati* au *dominus* et contre lui. Enfin, il promit également de contraindre les plaideurs à la *translatio judicii* du *cognitor* sur le *dominus* ou sur un autre *cognitor.*

Rien de tel pour le *procurator* primitif, le *tutor,* le *curator* et les *actores universitatis vel municipum.* Ceux-ci sont des représentants, chargés de l'ensemble ou d'une partie des affaires des personnes qu'il représentent; les relations qui existent entre ces représentants et leurs représentés sont étrangères au procès, le magistrat les ignore et laisse le *dominium litis* du représentant produire tous ses effets normaux.

Cet état de choses ne se modifia que le jour où un rapprochement se produisit entre le *cognitor* et les autres représentants judiciaires. Plusieurs facteurs contribuèrent à ce mouvement : ce furent notamment l'assimilation du *cognitor* à un mandataire et l'apparition de *procuratores* nommés spécialement pour un procès et dont quelques-uns, le *procurator apud acta constitutus* et le *procurator praesentis,* recevaient leurs pouvoirs, comme le *cognitor,* d'une manière publique, soit par un enregistrement de leur mandat au greffe du tribunal ou de la cité, soit par l'assistance que le *dominus* leur donnait dans le procès. Ces innovations conduisirent les magistrats à appliquer, dans une large mesure, aux autres représentants judiciaires les règles formulées par l'Edit pour les *cognitores.* Nous ne pouvons, dans l'état fragmentaire et réduit des sources, saisir que quelques symptômes de cette évolution. Ceux-ci nous permettent cependant, après ce que nous venons de dire de la connexité des trois institutions de la *cautio de rato,* de l'*actio judicati* et de la *translatio judicii,* d'émettre quelques conjectures relativement à l'histoire de la *translatio judicii* dans son application aux tuteurs et curateurs, aux *actores universitatis vel municipum* et aux *procuratores.*

Les tuteurs et curateurs, bien que toujours tenus, d'après l'Edit Perpétuel, de fournir la *cautio de rato,* paraissent en être déjà maintes fois dispensés dès l'époque de Julien [1]; et Gaius [2] reproduit probablement un état de droit vieilli [3], comme il le fait d'ailleurs à plusieurs reprises, lorsqu'il affirme que cette remise ne leur est faite que « parfois ». Au début du IIIe siècle, cette dispense est la règle et Paul pourra dire, dans un texte malheureusement altéré : *Tutor rem (pupilli) in judicium deducere potest* [4]. Cette réforme devait entraîner comme conséquence équitable l'octroi de l'*actio judicati* aux personnes en tutelle ou en curatelle, désormais normalement dépouillées de leur droit par la *litis contestatio* des tuteurs et curateurs. Elle appelait également comme corollaire naturel que l'*actio judicati* fût ordinairement donnée entre ces mêmes personnes en cas de condamnations prononcées contre leurs tuteurs ou curateurs. Or, nous savons par Ulpien [5] qu'en vertu d'un mouvement de jurisprudence, inauguré par Antonin le Pieux et confirmé ensuite par de multiples rescrits, l'*actio judicati* est, en cas de condamnation prononcée au profit ou à l'encontre du tuteur, donnée, même pen-

---

[1] *D.*, 26, 7, 23; *D.*, 27, 10, 7, 2 pour le *curator dementis* qui a fourni la *cautio rem salvam fore.*

[2] 4, 99.

[3] Cf. Wenger, *Actio Judicati,* p. 195, n. 17, et les auteurs qui y sont cités; Erman, *Annales Univ. Lyon,* 1903, p. 263, n. 1; Koschaker, *Translatio,* p. 164, n. 2 *i. f.*

[4] *D.*, 26, 7, 22 (Paul, *l.* 3 *ad ed.*). Cf. également *D.*, 12, 2, 17, 2 (Paul, *l.* 18 *ad. ed.*) et *D.*, 44, 2, 11, 7 (Ulpien, *l.* 75 *ad ed.*). Ce dernier texte mentionne expressément à côté du tuteur le « *curator furiosi vel pupilli* », plutôt comme le conjecture Eisele (v. éd. P. Krüger) le « *curator furiosi vel prodigi* ».

[5] *D.*, 26, 7, 2, *pr.* (Ulpien, *l.* 9 *ad ed.*).

dant la tutelle, au pupille ou contre lui. Toutefois ce transfert est refusé contre le pupille, exactement comme il l'est dans les rapports du *dominus* et du *cognitor*[1], lorsque le tuteur s'est offert au procès, c'est-à-dire lorsqu'il a accepté le *judicium* en son nom dans des cas où il aurait pu se contenter d'*auctoritatem interponere*[2]. Une évolution identique eut lieu à l'égard des curateurs, comme on peut l'induire d'un autre texte d'Ulpien[3]; mais elle dut avoir une portée moins grande; car le transfert de l'*actio judicati* sur l'incapable ne se conçoit pratiquement qu'à l'égard du mineur de 25 ans, par exemple lorsque le curateur condamné pour un mineur absent repousse l'*actio judicati* en se fondant sur le retour du mineur; il n'est possible à l'égard des fous et des prodigues qu'à la cessation de l'incapacité et appartient par suite à un autre progrès du droit romain, contemporain du précédent, mais beaucoup plus large. Les textes nous apprennent, en effet, qu'en vertu d'une réforme, complètement achevée au temps d'Antonin Caracalla[4], mais déjà en voie de réalisation à l'époque de Marc-Aurèle et de L. Verus[5],

[1] *D.*, 3, 3, 61; *D.*, 42, 1, 4, *pr.*

[2] *D.*, 26, 9, 7 (Scaevola, *l.* 13 *quaest.* V. Wenger, *loc. cit.*, p. 206-208) qu'il faut, à notre avis, rattacher à l'hypothèse où l'*infans* défendu par le tuteur est sorti de l'*infantia* au moment où l'*actio judicati* est demandée; *D.*, 26, 7, 1, 2 (Ulpien, *l.* 35 *ad ed.* V. Wenger, *loc. cit.*, p. 194-198); *D.*, 26, 7, 2, *pr.* et § 1 (Ulpien, *l.* 9 *ad ed.* V. Wenger, *loc. cit.*, p. 198-206). Ce régime est probablement encore en vigueur à l'époque d'Ulpien, comme l'a très élégamment démontré M. Wenger, et ce n'est que par des interpolations dues à Tribonien et à ses collègues qu'Ulpien semble déjà donner d'une manière absolue l'*actio judicati* contre les personnes en tutelle ou en curatelle. Pour les personnes en curatelle, v. la note suivante.

[3] *D.*, 42, 1, 4, 1 (Ulpien, *l.* 58 *ad ed.* V. Wenger, *loc. cit.*, p. 199-200).

[4] *C. J.*, 5, 39, 1 (Antonin Caracalla, a. 213) dit expressément : *saepe decretum est.* Cf. aussi les divers textes de Papinien : *D.*, 26, 7, 39, 12; *D.*, 26, 9, 5, *pr.* = *Frag. Pap. Resp.*, 5, 1 (Girard, *Textes*[3], p. 351) et même un texte de Scaevola : *D.*, 49, 1, 28, 2.

[5] C'est ce que l'on peut induire d'un fragment des *Digesta* de Marcellus écrits entre 161-167 (Fitting, *Alter und Folge der Schriften röm Jur.*[2], p. 60); *D.*, 26, 7, 28, *pr.*, qu'il faut rapprocher notamment d'un texte de Papinien : *D.*, 2, 11, 15 et rattacher pour l'interprétation aux autres textes cités dans la note précédente. En faveur de la portée que nous donnons ici au texte de Marcellus, v. Koschaker, *loc. cit.*, p. 163-165.

l'*actio judicati*, fondée sur des condamnations prononcées au profit ou à l'encontre des tuteurs et curateurs, est toujours transférée, lorsque la tutelle ou la curatelle prend fin par la cessation de l'incapacité, à l'ancien incapable ou contre lui.

Toute cette évolution eut, à n'en pas douter, par suite de l'étroite connexité que nous avons déjà relevée entre la dispense de la *cautio de rato*, du transfert de l'*actio judicati* et du caractère obligatoire de la *translatio judicii*, sa répercussion dans ce dernier domaine. Nous avons, dans les textes, la preuve que le transport des règles de l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* aux tuteurs et curateurs eut vraisemblablement lieu dans la seconde moitié du IIe siècle de l'ère chrétienne pour les procès pendants au moment où la tutelle et la curatelle prennent fin d'une manière absolue par la cessation de l'incapacité du représenté. Une constitution de Justinien[1] dispose, en conformité avec une règle ancienne[2] et communément reçue[3], que toutes les actions subies par le tuteur ou le curateur à raison de sa charge sont, à la fin de la tutelle ou de la curatelle, transportées sur l'ancien pupille ou l'ancien mineur. Quant à l'origine de cette règle, elle est facile à découvrir : elle se trouve dans une tendance qui s'accuse, dès le milieu du IIe siècle après J.-C., à transporter sur l'ancien incapable tous les procès en germe ou en cours attachés à la personne du tuteur ou du curateur à raison de l'exercice de sa fonction[4]. Nous venons d'en rencon-

[1] *C. J.*, 5, 37, 26, 3 (a. 531) : *Invenimus autem generaliter definitum post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri.* Comme M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 155-158, l'a très bien démontré en s'appuyant sur *Basiliq.*, 38, 8, 39; *D.*, 2, 11, 15; *C. J.*, 5, 39, 1, Justinien vise sous le nom d'*actiones quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit* tous les procès acceptés par le tuteur ou le curateur à raison de sa charge, qu'il y défende *alieno* ou *suo nomine*, c'est-à-dire que le procès ait sa source dans une obligation née en la personne de l'incapable ou d'une obligation contractée par le tuteur ou curateur comme *negotiorum gestor* de l'incapable.

[2] *Bas.*, 38, 8, 39 parlent d'un κάνων παλαίος.

[3] *C. J.*, 5, 37, 26, 3 : *Invenimus... generaliter definitum.*

[4] *C. J.*, 5, 39, 1 *i. f.*

trer une manifestation dans le transfert de l'*actio judicati* à l'ancien incapable ou contre lui. D'autres textes de la même période et remontant jusqu'à Marcellus nous montrent, en outre : soit que les actions non encore intentées, mais nées au profit ou à l'encontre des tuteurs et curateurs sont, à la fin de la tutelle et de la curatelle, données à l'ancien incapable ou contre lui [1]; soit que les procès déjà engagés par les tuteurs et les curateurs ou contre eux, mais non encore liés par la *litis contestatio,* s'éteignent par la cessation de l'incapacité ou par la mort de l'incapable et doivent être renouvelés par les anciens incapables ou leurs héritiers ou contre eux [2]. N'est-il pas, dans ces conditions, logique d'admettre que l'ancienne règle du transfert des *lites contestatae* rapportée par Justinien procède de la même évolution et date de la même époque? N'y a-t-il pas, en effet, un lien rationnel entre ces diverses solutions qui toutes ont pour but de transférer sur l'incapable ou ses héritiers les droits et obligations nés en la personne des tuteurs et curateurs à raison de l'exercice de leur fonction, que ces droits et obligations se présentent, au point de vue procédural, sous la forme d'actions non encore exercées ou sous la forme de procès engagés, mais non encore terminés, qu'il y ait eu ou non *litis contestatio* ou que la condamnation prononcée n'ait pas encore été exécutée? C'est ainsi, à notre avis, que les sources prouvent que dès l'époque de Marcellus le droit romain tend, en cas de cessation absolue de la tutelle ou de la curatelle, à appliquer aux tuteurs et aux curateurs les règles de la *translatio judicii cognitoria* [3].

On peut légitimement se demander si le droit romain classique n'est pas allé encore plus loin et si la réforme d'Antonin le Pieux qui, dans bon nombre de cas, transfère l'*actio judicati* sur l'incapable, au cours même de l'incapacité, n'entraîna pas dans cette même mesure l'extension des règles de la *translatio*

[1] *D.*, 26, 9, 5, 1 ; *C. J.*, 5, 39, 1, 2.
[2] *D.*, 26, 7, 28, *pr.* et *D.*, 2, 11, 15.
[3] En ce sens, Koschaker, *loc. cit.*, p. 165.

judicii cognitoria. Une telle conjecture n'a d'autre appui que l'étroite connexité qui unit le transfert de l'*actio judicati* et la *translatio judicii* obligatoire; mais cet argument est des plus sérieux. Comment admettre, en effet, que le magistrat habitué à transférer l'*actio judicati* sur l'incapable ait éprouvé quelque hésitation, lorsqu'on fait valoir devant lui une juste cause de *translatio,* à imposer aux tuteurs, aux curateurs, à leurs protégés et à leurs adversaires le transfert du *judicium acceptum?* Or, les hypothèses où l'existence d'une juste cause de transfert peut être établie malgré la persistance de l'incapacité ne sont pas rares. Qu'on pense, par exemple, aux cas où pendant le cours d'un procès tuteurs et curateurs doivent s'absenter, se déchargent de la tutelle par voie d'excuse ou sont destitués et on reconnaîtra que le magistrat a dû être maintes fois poussé par les besoins de la pratique à imposer la *translatio judicii* même durant l'incapacité des personnes en tutelle ou en curatelle [1].

Une évolution analogue et également rapide eut lieu à l'égard des administrateurs des personnes morales : *actores universitatis vel municipum* [2]. Soumis primitivement aux mêmes règles que les *procuratores,* ils se sont peu à peu rapprochés des *cognitores* [3]. En conséquence, les règles de l'édit *de cognitore abdi-*

[1] Le magistrat apprécie dans la *cognitio* préalable à la *translatio* s'il doit ou non imposer le transfert. C'est ainsi qu'il peut refuser le transfert s'il estime que le procès doit être continué par celui qui y a été mêlé dès le début (Arg. analogie de *D.*, 26, 7, 39, 12), ou, en cas de décès du tuteur ou curateur, par les héritiers de celui-ci, responsables du dol et des fautes de leur auteur (Arg. analogie de *D.*, 49, 13, 1, 1. Macer ; v. Koschaker, *loc. cit.*, p. 167). — Quant à *D.*, 21, 2, 55, *pr.*, nous admettons avec M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 168, n. 3, qu'il ne vise pas un cas de *translatio judicii.*

[2] Il faut tenir compte ici que les commentaires s'occupent séparément des deux sortes d'*actores* et que, par suite, il n'est pas possible de transporter sans examen les règles formulées pour l'un des représentants à l'autre (v. Lenel, *Edictum* [2], p. 99, n. 11 ; Koschaker, *loc. cit.*, p. 50, n. 5).

[3] Le rapprochement est fait expressément par Paul pour l'*actor universitatis* aux *Dig.*, 3, 4, 6, 3 et nous est également révélé pour l'*actor municipum* par quelques-uns des rares mots des *Frag. Vat.*, 335, qui soient restitués avec certitude. Mais il n'y a pas, même au début du IIIe siècle, assimilation com-

cando vel mutando ont dû leur être appliquées. Cela est dit expressément par les textes pour l'*actor universitatis* et eut vraisemblablement lieu plus tôt pour lui que pour l'*actor municipum*. Paul[1] nous apprend, en effet, que l'Edit Perpétuel transférait déjà l'*actio judicati* sur l'*universitas* toutes les fois que l'*actor* n'avait pas été *in rem suam datus* et en déduit, comme corollaire, cette conséquence que la faculté de changer l'*actor* existe dans les mêmes cas que la faculté de changer le *cognitor*. Cette affirmation ne doit pas dater de Paul; elle est dans la logique des choses et a dû être favorisée par la tendance déjà courante au IIe siècle de l'ère chrétienne à rapprocher l'*actor universitatis* du *cognitor*. Il n'est pas trop osé, dans ces conditions, d'affirmer que les règles de la *translatio cognitoria* ont dû être appliquées à l'*actor universitatis* assez rapidement après la rédaction de l'Edit Perpétuel.

Le même progrès n'eut probablement lieu que plus tard pour

plète. A ce moment, les deux catégories d'*actores* se rapprochent encore des *procuratores* aux points de vue suivants : 1° l'*actor universitatis* qui a introduit une action au nom d'une personne morale est tenu de défendre aux actions dirigées contre celle-ci (*D.*, 3, 4, 6, 3) ; il n'est dispensé de fournir la *cautio de rato* que par une faveur de la pratique et seulement dans la mesure où ses pouvoirs sont certains (*D.*, 3, 4, 6, 3 ; *D.*, 46, 8, 9) ; il pourrait même, d'après *D.*, 3, 4, 6, 3, recevoir, comme le *procurator*, un constitut ; mais la correction **nec** *constitui ei potest* proposée ici par Lenel, *Pal.*, I, p. 980, n. 5, est rendue vraisemblable par l'enchaînement des idées dans le texte et par ce fait que la faculté de recevoir un constitut doit être logiquement enlevée à celui qui est régulièrement privé de l'*actio judicati* (Arg. *D.*, 46, 3, 86) ; — 2° l'*actor municipum*, vraisemblablement obligé de défendre comme le *procurator*, n'est dispensé de la *cautio de rato*, comme les tuteurs, curateurs et *actores universitatis*, que par une faveur de la pratique (Arg. *D.*, 46, 8, 9 ; Ulpien, *l.* 9 *ad ed.*), bien que, par suite de son mode de nomination (*D.*, 3, 4, 3), ses pouvoirs soient ordinairement certains (*D.*, 44, 2, 11, 7) ; il peut conclure un pacte de constitut pour le municipe (*D.*, 13, 5, 5, 7-9) ; enfin il est probable que l'*actio judicati* n'a été transférée sur le municipe que par une jurisprudence postérieure à la codification de l'Edit (*D.*, 42, 1, 4, 2. V. ci-dessous, p. 159, n. 1).

[1] *D.*, 3, 4, 6, 3 (Paul, *l.* 9 *ad ed.*) : *Actor universitatis si agat, compellitur etiam defendere, non autem compellitur cavere de rato. Sed interdum si de decreto dubitetur, puto interponendam et de rato cautionem. Actor itaque iste procuratoris* [*cognitoris*] *partibus fungitur et judicati actio ei ex edicto non datur nisi in rem suam datus sit. Et constitui ei potest.* **Ex iisdem causis mutandi actoris potestas erit, ex quibus etiam procuratoris** [**cognitoris**]. *Actor etiam filius familias dari potest.*

l'*actor municipum;* car le texte d'Ulpien[1] qui nous atteste le transfert de l'*actio judicati* sur le municipe le fait en des termes qui éveillent plutôt l'idée d'une innovation de la pratique que d'une prescription édictale[2]. Ce transfert ne fut donc imposé qu'après la codification de Julien et par suite la *translatio judicii* dut être ici moins rapidement obligatoire que pour l'*actor universitatis*.

Quant aux *procuratores,* mandataires généraux, mandataires *ad litem* constitués sans les formes de la *datio cognitoris,* ou simples gérants d'affaires, la dispense de la *cautio de rato* et le transfert de l'*actio judicati* sur le représenté sont pour eux des réformes certainement postérieures à la codification de l'Edit et qui n'ont jamais été étendues à tous les *procuratores*. Au temps de Gaius[3], l'obligation de fournir la *cautio de rato* pèse encore normalement sur eux, parce que leur qualité est souvent incertaine. Au début du IIIe siècle, cette obligation a complètement disparu pour le *procurator praesentis* et pour le *procurator apud acta constitutus*[4]. Il faut d'ailleurs descendre jusqu'à cette même époque[5] pour trouver les premières traces du transfert de l'*actio judicati;* ce transfert nous est alors attesté à l'égard du *procurator praesentis*[6] et est sans doute éventuellement possible à l'égard du *procurator apud acta constitutus*[7]. Rien de surprenant dès lors que l'extension des règles de la *translatio cognitoria* aux

[1] *D.*, 42, 1, 4, 2 (Ulpien, *l.* 58 *ad ed.*) : *Actor municipum potest rem judicatam recusare : in municipes enim judicati actio dabitur.*

[2] Les mots *potest rem judicatam recusare* sont moins énergiques que le *judicati actio ei ex edicto non datur* de *D.*, 3, 4, 6, 3. En outre, l'*actor municipum* est ici rapproché du tuteur et du curateur, non du *cognitor* (cf. *D.*, 42, 1, 4, *pr.* 1).

[3] Gaius, 4, 84 et *C. J.*, 2, 12 (13), 1 : Antonin le Pieux, a. 150.

[4] *Frag. Vat.*, 317 et 333, dont les noms d'auteurs sont inconnus, mais qui sont unanimement attribués à l'un des trois grands jurisconsultes du début du IIIe siècle. Pour attributions, v. *Collect. libr. jur. antej.*, III, p. 100, n. 2, et p. 102, n. 15.

[5] Arg. *Frag. Vat.*, 317, rapproché de *Frag. Vat.*, 331.

[6] *Frag. Vat.*, 331.

[7] Eisele, *Cognitur*, p. 168, l'admet, lorsque le mandat donne au *procurator* le pouvoir de poursuivre l'exécution.

procuratores ait été également tardive. On se demande notamment si elle est déjà accomplie à l'époque d'Ulpien? Certains auteurs, comme M. Lenel [1], semblent l'affirmer; d'autres, comme M. Koschaker [2], le nient. Tout le problème roule sur l'interprétation d'un fragment d'Ulpien [3], certainement interpolé, mais dont il faut maintenant déterminer les altérations.

Ce texte est ainsi conçu :

In causae cognitione etiam hoc versabitur, ut ita demum transferri a procuratore [*cognitore*] *judicium permittatur, si quis omnia judicii ab eo transferre paratus sit. Ceterum si velit quaedam transferre, quaedam relinquere, juste procurator* [*cognitor*] *hanc inconstantiam recusabit. Sed haec ita, si mandato domini procurator egit. Ceterum si mandatum non est, cum neque in judicium quicquam deduxerit, nec tu ea comprobasti : quae invito te acta sunt tibi non praejudicant ideoque translatio earum litium non est tibi necessaria, ne alieno facto onereris. Haec autem cognitio procuratoris* [*cognitoris?*] *mutandi praetoris est.*

Les auteurs récents s'accordent tous à reconnaître que le texte se compose de deux parties. Dans la première qui va jusqu'aux mots *sed haec ita,* Ulpien poursuit son commentaire de l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* dans son application au *cognitor* demandeur et affirme que le *cognitor* et le magistrat peuvent s'opposer au transfert lorsque le *dominus* ne veut pas transporter sur lui toutes les charges assumées par le *cognitor* pour la conduite du procès, par exemple les obligations contractées par celui-ci dans les *stipulationes* et *restipulationes poenales.* La correction de *procurator* par *cognitor* est ici incontestable pour tous ceux qui adoptent la thèse de M. Lenel sur l'ordre suivi par Ulpien au livre 9 *ad ed.*

Les difficultés ne commencent qu'avec la seconde partie du

[1] *Edictum* [2], p. 87, n. 4.
[2] *Loc. cit.*, p. 46 et suiv.
[3] *D.*, 3, 3, 27, *pr.*

texte qui, elle, est certainement relative au *procurator.* La phrase *sed haec ita, si mandato domini procurator egit* est, on l'admet aisément, l'œuvre de Tribonien; elle sert uniquement à adapter au droit de Justinien la règle formulée par Ulpien dans la première partie du texte pour le *cognitor.*

Quant à la dernière phrase, on a, depuis M. Eisele, fait communément remarquer qu'elle est rédigée au style direct, tandis que la partie antérieure du fragment est au style indirect, et conjecturé que cette phrase nous présente un rescrit impérial fixant, en matière de *translatio judicii,* un point de jurisprudence à l'égard des *procuratores* sans mandat : l'empereur aurait refusé dans ce cas l'application des règles de l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* en faisant valoir que la *translatio judicii* n'était pas ici nécessaire, puisque le *dominus,* dont le droit n'avait pas été déduit en justice, pouvait intenter une nouvelle action.

Cette décision impériale implique logiquement la nécessité d'une *translatio judicii* obligatoire, lorsque le droit du *dominus* a été déduit en justice par l'action du *procurator,* ce qui, à l'époque d'Ulpien, se produit certainement pour le *procurator praesentis* et pour le *procurator apud acta constitutus.*

Elle prouve donc, à prendre la dernière phrase du texte telle qu'elle s'offre à nous, que l'extension de l'édit *de cognitore abdicando vel mundato* à certains *procuratores* est déjà un fait accompli au début du IIIe siècle après J.-C.

Pour M. Koschaker, le rescrit impérial en question est postérieur à Ulpien et n'a été introduit à cet endroit que par les compilateurs. Ulpien, qui ne s'est occupé jusqu'ici dans ses livres 8 et 9 *ad ed.* que du *cognitor,* ne peut pas ouvrir à cet endroit, pour le *procurator,* une digression qui suppose connue la théorie de la *procuratio.* En second lieu, l'application au *procurator* de l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* serait, au moment où Ulpien écrivit son livre 9 *ad ed.,* un anachronisme; car, quelques années auparavant, le jurisconsulte Paul n'étend cet édit à l'*actor universitatis* que parce que celui-ci, dispensé

de la *cautio de rato* et normalement privé de l'*actio judicati*, joue à vrai dire le rôle d'un *cognitor*, tandis qu'à l'époque d'Ulpien le *procurator* doit encore fournir la *cautio de rato* et dispose de l'*actio judicati*.

A notre avis, le second argument de M. Koschaker doit être résolument écarté : l'extension de l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* à certains *procuratores* n'est pas, au temps d'Ulpien, un anachronisme. Cette affirmation n'a guère besoin d'être établie après l'historique que nous venons de retracer plus haut et les preuves que nous avons données de l'étroite connexité qui unit les trois institutions de la *cautio de rato*, de l'*actio judicati* et de la *translatio judicii*. D'autre part, l'opposition entre l'*actor universitatis* et le *procurator* n'est pas, à cette époque, aussi accusée que M. Koschaker veut bien le prétendre. L'*actor universitatis* est loin d'être assimilé complètement à un *cognitor*[1] et certains *procuratores*, le *procurator praesentis* et le *procurator apud acta constitutus*, sont, au point de vue de l'*actio judicati*, traités comme l'*actor universitatis* et ils sont même traités mieux que lui au point de vue de la *cautio de rato*, puisqu'ils en sont toujours dispensés.

Reste l'objection sérieuse d'après laquelle Ulpien n'a pas dû faire à cet endroit une digression relative au *procurator*. Cette objection n'est pas décisive, au dire de M. Koschaker lui-même[2]. Elle disparaît, selon nous, lorsqu'on constate que les commissaires de Justinien qui opèrent dans notre titre l'unification des règles du droit classique relatives aux *cognitores* et aux *procuratores* n'hésitent pas, pour réduire leurs matériaux et simplifier leur travail, à entremêler des extraits relatifs aux *cognitores* et des extraits relatifs aux *procuratores*. Nous avons déjà, avant notre livre 27, deux exemples d'interversions de ce genre : ce sont les lois 1 et 3[3]. Le livre 27 nous offre un déplacement

[1] M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 49, n. 2, le reconnaît expressément.
[2] *Loc. cit.*, p. 48.
[3] Cf. Lenel, *Pal.*, Ulpien, n° 320.

analogue de matière. Pour épuiser immédiatement l'exposé de la *translatio judicii*, Tribonien et ses collègues ont détaché de développements ultérieurs du livre 9 *ad ed.* d'Ulpien sur le *procurator* un passage qu'ils ont introduit ici en le rattachant au début du texte par la phrase interpolée : *sed haec ita*. Il y a d'autant moins lieu de penser que les commissaires de Justinien ont emprunté le rescrit en question à des sources ultérieures que la solution contenue dans ce rescrit relativement au *procurator* sans mandat est incontestablement exacte pour le temps d'Ulpien, comme elle l'est pour tous les temps; seule la justification de la solution éveille l'idée d'une extension des règles de la *translatio cognitoria*. Si les rédacteurs des *Digesta* avaient voulu faire ici œuvre vraiment nouvelle, ils eussent choisi un texte plus significatif ou puisé dans leur propre fonds.

Nous concluons donc que le rescrit impérial rapporté par *D.*, 3, 3, 27, *pr.* est bien emprunté aux œuvres d'Ulpien[1] et qu'il prouve l'extension dès cette époque de l'édit *de cognitore abdicando vel mutando* aux *procuratores*. Un autre point délicat est de déterminer la mesure dans laquelle cette extension avait déjà été réalisée. Le fragment discuté rend vraisemblable que la réforme était accomplie pour les *procuratores* demandeurs qui déduisaient en justice le droit du *dominus*, c'est-à-dire notamment pour les *procuratores praesentis* et les *procuratores apud acta constituti*. Nous sommes portés à admettre que la *translatio judicii* eut également, dès le temps d'Ulpien, un caractère obligatoire à l'égard de ces mêmes *procuratores*, lorsqu'ils jouaient le rôle de défendeurs. La raison de notre conviction est que dès

[1] Il est possible que le rescrit lui-même ait été retouché par Tribonien. On peut notamment se demander si les mots *ceterum si mandatum non est*, qui provoquent l'opposition chère à Justinien entre le *procurator* avec mandat et le *procurator* sans mandat, ne sont pas interpolés (cf. Eisele, *Cognitur*, p. 175) et conjecturer, par exemple, que le rescrit parlait plutôt, suivant la terminologie plus usitée à l'époque classique, du *procurator absentis;* la portée du rescrit dans la question qui nous occupe n'en serait pas modifiée. — Quant à la phrase finale : *haec autem cognitio*, elle n'est en aucune façon suspecte, mais se rattache mieux au début du texte où il est question du *cognitor*.

cette époque l'*actio judicati* est normalement refusée contre ces *procuratores* pour être donnée contre le *dominus*.

Le droit postérieur ne fit que confirmer cette conquête du droit classique, ainsi que l'atteste très nettement une constitution de Constantin [1], qui vise en termes généraux tous les *procuratores instituti*, c'est-à-dire tous les *procuratores* avec mandat, que ceux-ci jouent dans le procès le rôle de demandeurs ou celui de défendeurs.

Section II.

La Translatio Judicii à l'égard des héritiers.

Toute conjecture relative à la *translatio judicii hereditaria* doit avoir pour point de départ les deux propositions suivantes qui nous paraissent incontestables :

1° La *litis contestatio* donne naissance à un rapport juridique,

[1] *C. J.*, 2, 12 (13), 22 (a. 319) : *Procuratoribus institutis et post contestatam litem dominis effectis ii qui mandaverant non habeant facultatem negotia persequendi, nisi capitales inimicitiae vel morbus vel alia necessaria causa intercesserit : tunc enim etiam invitis his transferri lis potest.* Bien que transmis exclusivement par le *C. J.*, ce texte n'éveille en aucune façon le soupçon que *procurator* soit ici interpolé pour *cognitor;* car la règle qui y est formulée est bien conforme à l'évolution générale de l'institution des *procuratores*. — M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 115-116, prétend trouver une attestation du même genre dans une constitution de Dioclétien de l'an 294 : *C. J.*, 2, 12 (13), 20, éclairée par une scolie de Thalélée aux *Basiliq.*, 8, 2, 94 (sur ces textes, v. explications ci-dessus, p. 34-35), mais ces textes marquent simplement, à notre avis, la répercussion qu'a eue en notre matière la généralisation de la procédure extraordinaire : la *translatio judicii* s'opérant désormais sans les complications d'une *in integrum restitutio* et d'une modification de formule (v. explications ci-dessus, p. 9-11). — Quant à *C. Th.*, 2, 12, 7, invoqué également par M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 116, il n'a aucune utilité directe pour notre question, mais prouve simplement un nouveau (cf. *C. Th.*, 2, 12, 1) rapprochement entre le *procurator* et le *cognitor* en tant que les *lites contestatae* font, au décès du *procurator*, retour au *dominus*. *C. J.*, 2, 12 (13), 28, 1, affirme, au contraire, expressément le pouvoir du représenté de changer son *procurator*, mais l'ensemble du texte ne permet pas d'affirmer avec certitude que la *litis contestatio* ait déjà eu lieu, donc qu'il s'agisse ici d'une *translatio judicii* (Koschaker, *loc. cit.*, p. 117).

le *judicium*, qui entre dans le patrimoine des plaideurs [1] et se trouve transmis avec l'ensemble de la succession aux héritiers [2] dans la mesure de leur vocation héréditaire [3].

2° Le *judicium translatum* est, au moins quant au fond, identique au *judicium* primitif [4]. Les preuves en ce sens sont nombreuses : les héritiers défendeurs sont, en cas de *translatio judicii hereditaria*, condamnés *ex eodem judicio* [5], *alieno nomine* et non pas *suo nomine* [6], *ob alienum factum* et non pas *ob proprium factum* [7]; les règles applicables au *judicium translatum*

[1] Même si le droit déduit en justice ne faisait pas partie du patrimoine du demandeur. Exemple pour l'*actio injuriarum : D.*, 47, 10, 28 (Ulpien) et pour les actions populaires : *D.*, 50, 16, 12 (Ulpien).

[2] V. textes cités dans développements antérieurs, p. 50, n. 2 et 3. Cette idée a été particulièrement mise en relief, dans ces dernières années, par M. Sperl, *Succession in den Prozess* (1905), p. 12 et suiv., et M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 239-250. Elle découle tout naturellement de l'exposé que nous avons fait plus haut (p. 13-18) de la théorie du *judicium*, rapport juridique. Nous n'avons pas à nous y attarder.

[3] Règle logique confirmée notamment par *D.*, 5, 1, 31 (Celsus, *l.* 27 *dig.*).

[4] V. Koschaker, *loc. cit.*, p. 241 et suiv.

[5] *D.*, 3, 2, 14 (Paul, *l.* 5 *ad ed.*) : *servus, cujus nomine noxale judicium dominus acceperit, deinde eundem liberum et heredem instituerit,* **ex eodem judicio** *damnatus non est famosus, quia* **non suo nomine** *condemnatur : quippe cum initio lis in eum contestata non sit.* L'esclave, dont le délit a donné lieu à un *judicium noxale* accepté par son maître et sur lequel ce *judicium* est transféré lorsqu'il devient héritier nécessaire de ce maître, n'encourt pas l'infamie s'il succombe, parce qu'il n'est pas condamné *suo nomine.*

[6] *D.*, 3, 2, 14; *D.*, 5, 2, 22, 3 (Tryphoninus, *l.* 17 *disputat.*) : *Item si adrogavi eum, qui instituerat litem de inofficio testamento ejus qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filii nec optinuero : perdere me legatum non oportet, quia non sum indignus, ut auferatur mihi a fisco id quod derelictum* [*relictum* edd.] *est :* **cum non proprio nomine, sed jure cujusdam successionis egi.** Ce texte ne vise pas l'héritier, mais il peut être cité ici, car il s'occupe d'un autre successeur universel, l'adrogeant. Il suppose que l'adrogeant continue la *querela inofficiosi testamenti* engagée par l'adrogé et succombe; il décide que l'adrogeant ne perd pas, en pareil cas, le bénéfice du legs que lui a fait le testateur dont les dernières volontés sont attaquées, car l'adrogeant n'agit pas en son propre nom, mais en vertu d'un certain droit de succession.

[7] *C. J.*, 4, 17, 1 (Dioclétien et Maximien, a. 294 : *Post litis contestationem eo, qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit, defuncto successores ejus in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit conveniri juris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.* Cpr. constitution de l'an 293 dans *Hermog. Wisig.*, 2, 1 (*Collectio*, t. III, p. 234).

sont celles qui régissaient le *judicium* primitif[1]; la *cautio pro praede litis et vindiciarum* précédemment fournie subsiste avec tous ses effets[2], enfin les conséquences de la *litis contestatio* (interruption de prescription; inutilité de l'usucapion ultérieurement achevée, transmissibilité héréditaire) persistent au profit du *judicium translatum*[3].

Ces deux propositions, notamment la seconde, contiennent, nous l'avons vu avec M. Koschaker[4], la condamnation formelle de la thèse de M. Eisele, d'après laquelle la *translatio judicii hereditaria* provoquerait la délivrance d'un *judicium rescissorium* absolument nouveau, contenant même, en cas de consomption *ipso jure,* la fiction que la *res* n'a pas été *in judicium deducta.*

Elles sont aussi pour M. Koschaker la négation en notre matière de toute nouvelle *litis contestatio;* car celle-ci engendrerait

---

[1] L'héritier est condamné au tout comme le défunt : *C. J.*, 4, 17, 1. — L'héritier doit défendre au *judicium translatum* dans le lieu même où le *judicium* a été accepté par le défunt (*D.*, 5, 1, 34 Javolénus, *l.* 15 *ex Cassio : Si is qui Romae judicium acceperat decessit, heres ejus quamvis domicilium trans mare habet, Romae tamen defendi debet, quia succedit in ejus locum, a quo heres relictus est*). — De même le *judicium tutelae directum* accepté par le tuteur est transféré aux héritiers de celui-ci « *tale... quale defunctus suscepit* », ce qui veut dire qu'on leur applique non pas les règles plus douces formulées pour ces héritiers eux-mêmes et qui leur sont applicables, lorsque le procès est commencé contre eux (*D.*, 26, 7, 39, 6; 27, 7, 4, *pr.*, § 1; 27, 8, 4; *C. J.*, 5, 53, 1. 2, 4, *pr.* 5), mais les règles plus rigoureuses établies pour le tuteur lui-même. Il en résulte que le demandeur peut fixer le montant de la condamnation sous la foi du serment dès que l'inventaire et les comptes de tutelle ne sont pas représentés, quelle qu'en soit la cause et non pas seulement lorsque le défaut de production de ces papiers est imputable au dol des héritiers (*D.*, 27, 7, 8, Paul, *l.* 9 *resp. : Paulus respondit* **tale judicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit.** *Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat se instrumenta tutelaria non invenisse...* Cf. aussi *C. J.*, 5, 53, 4, 1 : Gordien, a. 238). De même ces héritiers ne répondent pas seulement du dol et de la faute lourde, mais aussi des fautes légères du tuteur (*C. J.*, 5, 54, 1, Severus et Antoninus, a. 197 : *Heredes tutoris ob neglegentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet,* **si non contra tutorem lis inchoata est...**).

[2] *D.*, 46, 1, 33. V. ci-dessous, p. 192, n. 3.

[3] V. notamment *D.*, 27, 7, 8 *i. f.*

[4] V. *suprà*, p. 50-51.

un *judicium* tout à fait nouveau, tant dans la forme qu'au fond.

Cette argumentation de notre distingué collègue a, remarquons-le immédiatement, perdu beaucoup de force depuis que nous avons établi que l'*in integrum restitutio* peut n'être qu'une rescision partielle de l'ancien *judicium* et que la nouvelle *litis contestatio* qui donne toujours naissance à un *judicium* nouveau dans la forme peut maintenir au fond l'identité des deux *judicia.* Toute la question est de savoir si les deux propositions que nous avons formulées et établies plus haut impliquent que le *judicium translatum* soit identique dans la forme, comme dans le fond, à l'ancien. Mais avant d'entreprendre l'examen de cette difficulté, il convient d'examiner la construction de la *translatio judicii hereditaria* proposée par M. Koschaker lui-même[1].

Selon lui, la succession des héritiers au *judicium* est l'une des conséquences de l'acquisition d'hérédité et se produit en même temps qu'elle. La *translatio judicii* consiste tout d'abord dans l'opération par laquelle le magistrat corrige les termes de la formule pour mettre celle-ci d'accord avec l'état de droit créé par l'acquisition d'hérédité, mais elle n'est pas l'œuvre exclusive du magistrat, elle suppose aussi le concours de volonté des plaideurs dans la forme d'un *transferre* et d'un *accipere judicium* qui constituent une sorte de contrat de translation *sui generis,* investi, quant à la succession dans le procès, d'un simple effet déclaratif et ayant pour but de manifester le consentement requis pour soumettre au juge la nouvelle question que soulève la *translatio judicii,* c'est-à-dire celle de savoir si le nouveau plaideur auquel le *judicium* est transféré a bien la qualité d'héritier.

Toute cette construction se heurte, d'après nous, à deux objections décisives.

La première est que l'idée d'un contrat de translation *sui ge-*

---

[1] *Loc. cit.*, p. 239-255.

neris est un expédient malheureux imaginé par M. Koschaker pour sortir de l'impasse où l'accule le rejet de toute nouvelle *litis contestatio*. La vérité est que le contrat judiciaire dont il est ici question a les mêmes formes, le même but et donne lieu aux mêmes mesures de contrainte que la *litis contestatio,* donc qu'il est une *litis contestatio* et en produit tous les effets.

Nous n'avons pas à établir longuement que ce contrat revêt les formes de la *litis contestatio*. Il consiste, au témoignage des textes, dans un *judicium transferre* du demandeur [1] et dans un *judicium accipere* du défendeur [2]. Quoi de plus naturel que d'y voir des actes identiques à l'*edere* et à l'*accipere judicium* du *litem contestari?* M. Koschaker le reconnaît lui-même [3].

L'affirmation que ce contrat judiciaire a le même but qu'une *litis contestatio* réclame, au contraire, une plus ample justification. Notons tout d'abord que le contrat de translation *sui generis* imaginé par M. Koschaker ne pourrait se rencontrer que dans très peu de cas de *translatio judicii hereditaria*. Il serait inutile dans les hypothèses, très fréquentes en pratique, où la qualité d'*heres* ou de *bonorum possessor* du nouveau plaideur n'est pas contestée et par conséquent n'est pas soumise au juge. Il serait impossible toutes les fois où cette question est exclue du *judicium translatum,* soit parce qu'elle a déjà été tranchée dans un procès d'hérédité [4], soit parce que, dans les termes où

---

[1] *C. J.*, 5, 53, 4, 1 (Gordien, a. 238) : *Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis,* **transferentibus in heredes ejus actionem** *praeses provinciae partes suas exhibebit non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus juxta formam constitutionum partes suas debeat moderari.* V. *suprà*, p. 166, n. 1.

[2] *D.*, 10, 2, 48 (Paul, *l.* 12 *ad Sab.*) : *Si familiae erciscundae vel communi dividundo vel finium regundorum actum sit et unus ex litigatoribus decesserit pluribus heredibus relictis, non potest in partes judicium scindi,* **sed aut omnes heredes accipere id** *debent aut dare unum procuratorem* [*cognitorem?*] *in quem omnium nomine judicium agitur.* L'interpolation de *procuratorem* pour *cognitorem*, sans être sûre, est vraisemblable : Wlassak, *Kognitur*, p. 42, n. 13 ; Koschaker, *loc. cit.*, p. 250, n. 1 ; P. Krüger, *Corpus*, I, *ed. ster.* 11.

[3] *Loc. cit.*, p. 251, n. 1.

[4] Cette restriction a une portée particulièrement grande, puisque la *res judicata* peut ici, par exception, être opposée à d'autres qu'à ceux qui ont été

elle se pose, elle pourrait faire préjuger la controverse d'hérédité [1]. Si, malgré tout, l'ancien plaideur voulait introduire cette question dans la formule du *judicium translatum,* elle pourrait en être écartée par l'*exceptio,* le cas échéant par la *replicatio, rei judicatae vel in judicium deductae* ou *ne praejudicium hereditati fiat* et la *translatio judicii* ne serait certainement réalisable dans ce cas que par voie d'*in integrum restitutio* et de nouvelle *litis contestatio,* c'est-à-dire par un procédé qui est la contradiction même du contrat de translation *sui generis* proposé par M. Koschaker. Le seul cas où la question de savoir si le nouveau plaideur est *heres* ou *bonorum possessor* du défunt peut être régulièrement déférée au juge du *judicium translatum* est celui où le défendeur, poursuivi par une personne qui se prétend héritier civil ou prétorien du défunt, conteste à son adversaire cette qualité sans l'affirmer pour lui-même, par exemple en soutenant que cette qualité appartient à un autre. La seule action possible ici est l'action spéciale [2] qui donne lieu à la demande de *translatio judicii;* le juge du *judicium translatum* doit donc être saisi de la difficulté [3]. Mais il ne peut pas, selon

---

parties au procès, par exemple aux légataires, créanciers et débiteurs héréditaires : *D.*, 30, 50, 1 ; 20, 1, 3 ; 5, 2, 15, 2. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 382 et suiv. ; P. Krüger, *Prozess. Consumption*, p. 177.

[1] Cela se produit lorsque l'un des plaideurs conteste à l'autre la qualité d'héritier en prétendant l'avoir lui-même.

[2] *D.*, 5, 3, 42 (Ulpien).

[3] M. Sperl, *Succession in den Prozess*, p. 30, précisant une opinion de Bethmann-Hollweg, *Civilproz.*, t. II, p. 311, n. 38, conjecture que cette question était tranchée dans une procédure préalable à la *translatio judicii* au moyen d'une *sponsio praejudicialis* ou d'un *praejudicium*. Cette opinion repose, selon nous, sur une interprétation exagérée de cette règle de la procédure civile romaine : une question, un procès. Cette règle n'exclut pas d'un procès les questions qui s'y rattachent par un lien de connexité immédiate. Les exceptions ne sont-elles pas précisément le moyen d'introduire un nouveau point de discussion distinct de celui visé par l'*intentio* et cependant si étroitement uni à lui que de sa solution dépend le pouvoir de condamner du juge. Qu'on pense, par exemple, aux exceptions *cognitoriae* et *procuratoriae* qui greffent sur la question de savoir si le droit visé dans l'*intentio* existe celle de savoir si tel ou tel représentant est habile à figurer dans l'instance. Le principe de la spécialité des procès n'est pas davantage violé, lorsqu'on donne au juge la mission de

nous, en être saisi par le simple contrat de translation construit par M. Koschaker. Il y a de cela deux raisons qui se complètent l'une l'autre. La première est que cette controverse semble ne pouvoir être introduite dans le débat que par le moyen d'une exception. Cette exception, dont la nécessité a été solidement établie par M. Lenel pour l'hypothèse où la controverse porte sur une question de *bonorum possessio*[1], nous semble aussi le procédé le plus expédient lorsque la discussion se réfère à une question d'*hereditas*[2]. Or, l'introduction de cette exception n'est possible que par voie d'*in integrum restitutio* et de nouvelle *litis contestatio*. La seconde raison est qu'abstraction faite des considérations relatives à la rédaction de la formule et qui conduisent à admettre ici la nécessité d'une exception et par suite d'une *litis restitutio* et d'une nouvelle *litis contestatio*, les principes généraux de la procédure formulaire amènent à une conclusion identique. L'introduction d'une nouvelle question dans le procès constitue une modification des éléments de fond du litige et ré-

rechercher si le demandeur a bien la qualité d'*heres* ou de *bonorum possessor* du défunt. La connexité des deux questions est si étroite que le demandeur ou le défendeur n'est pas sujet du rapport juridique déduit en justice s'il n'a pas cette qualité. Nul besoin d'organiser deux procès distincts pour les résoudre; elles peuvent être solidarisées dans un même *judicium*.

[1] *Edictum*[2], p. 178. Qu'on suppose, par exemple, qu'un débiteur héréditaire poursuivi par un demandeur qui se prétend *bonorum possessor*, conteste à ce dernier cette qualité sans y prétendre pour lui-même, la rédaction ordinaire de la formule (Gaius, 4, 34) ne confère pas au juge le pouvoir de tenir compte de cette contestation; il faut pour l'en saisir une addition à la formule. Celle-ci est vraisemblablement l'*exceptio* « *bonorum possessionis non datae* » signalée par Paul, *D.*, 44, 1, 20. A vrai dire, la démonstration de M. Lenel ne vise que l'hypothèse où l'action est intentée *ab initio* par celui qui se prétend *bonorum possessor* ou contre celui qu'on prétend être *bonorum possessor*. Mais elle garde toute sa valeur pour le *judicium translatum* dont la formule ne soumet pas davantage au juge la contestation relative à la *bonorum possessio*. Le doute n'est pas possible pour les *formulae in factum*, dont l'*intentio* reste toujours principalement et le plus souvent exclusivement rédigée au nom du défunt, de telle façon que la question de succession prétorienne n'est pas posée au juge. Il en est de même, selon nous, pour les *formulae in jus*, dont l'*intentio* continue à être conçue au nom du mort. V. ci-dessous, p. 185-192.

[2] Cette solution s'impose lorsqu'on admet que l'*intentio* des *judicia translata* reste rédigée au nom du défunt. En ce sens, Koschaker, *loc. cit.*, p. 281.

clame, quelle que soit la forme sous laquelle elle se réalise, une rescision de l'ancien *judicium* et la création d'un nouveau *judicium* par un nouveau *litem contestari*. Donc, le contrat de translation de M. Koschaker ne serait que rarement possible et dans les cas où il serait possible il est notoirement insuffisant.

Il faut donc chercher une autre fonction à cet accord de volontés des plaideurs requis pour la *translatio hereditaria* et qui se produit dans la forme d'un *transferre judicium* de la part du demandeur et d'un *accipere judicium* de la part du défendeur. Cette fonction ne peut être que celle qui, dans tous les procès, appartient à l'*edere* et à l'*accipere judicium*, c'est-à-dire la manifestation de l'adhésion des plaideurs au *judicium* tel qu'il a été donné par le magistrat. La *translatio judicii* implique ici, comme ailleurs, que la formule précédemment délivrée par le magistrat et acceptée par le défunt et son adversaire soit corrigée par le magistrat pour y substituer l'héritier au défunt; une nouvelle adhésion des plaideurs actuellement en cause à la nouvelle formule est ici nécessaire : c'est l'objet du *transferre* et de l'*accipere judicium*. Ce nouveau contrat judiciaire a donc le même but que la *litis contestatio*, il donne également lieu, comme nous allons le voir, aux mêmes sanctions que cette dernière contre le défendeur récalcitrant.

Le moyen de contrainte dont se sert normalement le magistrat pour forcer le défendeur à *litem contestari* est celui de la *missio in possessionem* suivie de *venditio bonorum*. Or, un texte déjà cité[1] nous donne la preuve très nette que le refus du défendeur d'accepter le *judicium translatum* provoque l'application de la même mesure de contrainte. Ce texte est extrait du livre 15 *ex Cassio* de Javolénus, où le jurisconsulte s'occupe notamment de la *venditio bonorum* et de ses conditions d'application. Parmi les causes de *venditio bonorum* ici mentionnées figure l'*indefensio*, comme l'attestent trois fragments de ce livre:

[1] *D.*, 5, 1, 34. V. *suprà*, p. 166, n. 1.

D., 3, 4, 8; 4, 6, 34; 5, 1, 34. L'un des cas d'*indefensio,* celui que vise précisément *D.*, 5, 1, 34 se rencontre lorsque l'héritier d'un défendeur, mort après la *litis contestatio,* ne vient pas défendre au lieu où la *lis* a été *contestata* avec le défunt[1]. Or *defendere,* c'est tout particulièrement, nous le savons[2], *judicium accipere.* Donc, l'*heres* qui refuse d'accepter le *judicium translatum* au lieu où il a été primitivement constitué est exposé à la *missio in possessionem* et à la *venditio bonorum,* comme le défendeur qui refuse son concours à la *litis contestatio.*

Ne sommes-nous pas autorisé, après toute cette démonstration, à conclure que cet acte qui revêt les formes de la *litis contestatio* en a le but et donne lieu à des sanctions identiques n'est lui-même qu'une *litis contestatio?*

Une seconde objection décisive peut être formulée contre la construction de la *translatio hereditaria* proposée par M. Koschaker: elle est tirée des hypothèses où cette *translatio* entraîne la modification d'un élément de fond de la formule et nécessite, par suite, une *in integrum restitutio* et une nouvelle *litis contestatio.* Ces hypothèses sont en fait plus nombreuses qu'on ne pourrait le croire *a priori* et sont loin de constituer une anomalie négligeable. Qu'on songe d'abord aux cas déjà mentionnés dans lesquels le défendeur, poursuivi par un prétendu *heres* ou *bonorum possessor,* repousse la demande de son adversaire en soutenant que l'*hereditas* ou la *bonorum possessio* appartient à un autre; ce moyen de défense, nous l'avons vu[3], ne peut vraisemblablement être invoqué que sous forme d'exception. Qu'on pense également aux cas déjà signalés[4] où la controverse relative à l'*hereditas* donnerait lieu à l'insertion dans le *judicium*

[1] Cette interprétation est confirmée par ce fait que le refus des héritiers ou de leurs représentants d'accepter le *judicium translatum* est considéré comme une *indefensio* qui permet d'agir en vertu de la *clausula ob rem non defensam* de la *cautio pro praede litis et vindiciarum : D.*, 46, 1, 33 et son commentaire, p. 192, n. 3; *D.*, 46, 7, 5, 7, Ulpien, *l.* 77 *ad ed.*, Lenel, *Pal.*, II, col. 871.

[2] *D.*, 5, 1, 63; 12, 2, 34, 3; 50, 17, 52.

[3] P. 170, n. 1 et 2.

[4] P. 169.

translatum de l'*exceptio* (ou *replicatio*) *rei judicatae vel in judicium deductae* ou *ne praejudicium hereditati fiat.* A cette liste, il convient d'ajouter d'autres hypothèses non encore indiquées et très fréquentes en pratique. Elles se rencontrent notamment soit lorsque le défunt a laissé plusieurs héritiers, soit lorsque la *translatio* provoque une *interrogatio an heres vel quota ex parte sit*[1].

Le défunt a-t-il laissé plusieurs héritiers, il faut distinguer suivant qu'il était demandeur ou défendeur. Etait-il demandeur, ses héritiers peuvent s'entendre pour continuer collectivement ou par un représentant le procès engagé, mais ils n'y sont pas tenus[2]. S'ils exercent l'action collectivement, la formule du *judicium translatum* peut continuer à déduire la totalité du droit en justice; seule la *condemnatio* indiquera pour quelle part elle doit être prononcée au profit de chaque héritier. Et déjà se pose très justement dans ce cas la question de savoir si cette correction de la *condemnatio* est possible sans *in integrum restitutio.* Si ces héritiers transfèrent le procès sur un représentant commun, la *translatio hereditaria* se complique d'une *translatio cognitoria* ou *procuratoria* et entraîne toujours dans notre opinion une *in integrum restitutio.* Enfin et surtout, pour nous attacher à un argument incontesté et nouveau, si un des héritiers agit seul, il ne peut le faire que pour sa part et le *judicium* primitif doit être restreint[3] soit par une réduction de l'*intentio,* soit plu-

[1] Nous nous bornons ici à l'examen de ces hypothèses importantes. Nous devons cependant signaler à cet endroit, parce qu'elle est visée par un texte (*D.*, 16, 1, 23, Paul), l'hypothèse suivante. Sur une *interrogatio in jure,* une femme, par erreur, se reconnaît héritière. Elle a accompli dans ce cas un acte d'intercession. Si elle découvre son erreur, avant l'acceptation du *judicium translatum,* elle obtiendra l'insertion de l'*exceptio senatusconsulti Velleiani* dans la formule, ce qui nécessitera incontestablement une *in integrum restitutio.*

[2] *D.*, 46, 7, 5, 7 (Ulpien) : *Aliud est in heredibus actoris, quibus necessitas non imponitur, ut per unum litigent.*

[3] *D.*, 5, 1, 31 (Celsus, *l.* 27 *dig*) : *Si petitor plures heredes reliquerit unusque eorum judicio egerit, non erit verum totam rem quae in priore judicio fuerit deductam esse : nec enim quisquam alienam actionem in judicium invito coheredе perducere potest.*

tôt par l'insertion d'une *praescriptio* limitative[1]. Le défunt était-il, au contraire, défendeur; la division de l'action entre les héritiers est ici souvent écartée en pratique par la règle qui reconnaît au demandeur le pouvoir de contraindre les héritiers à défendre en groupe ou isolément pour le tout ou à désigner un représentant unique sur lequel le procès est également transféré pour le tout[2]. Les héritiers acceptent-ils collectivement le *judicium,* la *condemnatio* donnera au juge le pouvoir de condamner chacun pour sa part[3] et cette modification de la *condemnatio* n'est vraisemblablement possible qu'après *in integrum restitutio.* S'il y a constitution d'un représentant unique, nous retombons dans l'hypothèse de la *translatio cognitoria* ou *procuratoria.* Enfin, si le demandeur agit divisément contre l'un des héritiers, comme il peut y être poussé dans certains cas par son intérêt[4], il devra, pour limiter l'effet extinctif de la *litis contestatio,* restreindre sa demande soit par une réduction de l'*intentio,* soit plutôt par une *praescriptio,* à la part de l'*heres* poursuivi. Réduction de l'*intentio* ou insertion d'une *praescriptio* limitative sont évidemment des modifications profondes des éléments de fond de la formule et ne sont possibles que par voie d'*in integrum restitutio.*

---

[1] La *praescriptio* est le procédé qui s'accorde le mieux avec le maintien de l'*intentio* au nom du défunt. En faveur d'une *praescriptio,* v. Koschaker, *loc. cit.,* p. 262, n. 2; mais cet auteur propose une *praescriptio* autre que la nôtre, parce qu'il pense que, par exception, l'*intentio* est ici au nom de l'héritier. Contre cette opinion, v. ci-dessous, p. 192.

[2] *D.,* 10, 2, 48 (cité p. 168, n. 2) ; *D.,* 46, 7, 5, 7 (Ulpien) : *nam et plures heredes rei necesse habebunt unum dare procuratorem* [*cognitorem*] *ne defensio per plures scissa incommodo aliquo adficiat actorem.* Dans les actions en partage et en bornage, les héritiers doivent donner normalement des représentants distincts à raison de la multiplicité des *adjudicationes* et des *condemnationes : D.,* 3, 3, 42, 6 (Paul).

[3] *D.,* 46, 5, 2, 2 (Paul) : *Sed si lite contestata possessor decesserit, unum ex heredibus non majore ex parte damnandum, licet totum fundum possideat, quam ex qua heres est.*

[4] Par exemple, si le demandeur ne peut atteindre actuellement qu'un des héritiers et si celui-ci n'est que partiellement solvable. Que cette hypothèse soit pratique, *D.,* 11, 1, 18 (Julien) le prouve.

Une conclusion du même genre s'impose, lorsque la *translatio hereditaria* provoque l'emploi de l'*interrogatio in jure an heres vel quota ex parte sit*[1]. Le défendeur interrogé peut prendre diverses attitudes : il peut répondre correctement, faire une réponse mensongère ou se taire. Dans ces trois cas, le *judicium translatum* revêt une forme particulière qui est celle des *formulae interrogatoriae.* Il nous paraît, en effet, certain, malgré les controverses qui s'élèvent à cet égard[2], que la formule devait

---

[1] V. Koschaker, *loc. cit.,* p. 285-286, qui écarte ici l'*interrogatio ex quota parte heres sit* comme inutile, parce que le demandeur préférera toujours agir pour le tout contre un des héritiers. Nous croyons, au contraire, que le demandeur a parfois intérêt à diviser sa poursuite entre les héritiers (v. p. 174, n. 4) et par suite à savoir pour quelle part ils sont héritiers. L'*interrogatio ex quota partes heres sit* pouvait trouver ici son application comme l'*interrogatio an heres sit.* — Par brièveté, nous ne parlons ici que de l'*heres.* La question se pose en termes identiques pour le *bonorum possessor* et le fidéicommissaire auquel l'hérédité est restituée en vertu du Trébellien.

[2] En posant cette affirmation, nous rejetons nettement la conjecture adoptée par M. Lenel depuis l'édition française de son *Edit Perpétuel,* t. I, p. 167-168 = *Edictum*[2], p. 143-144. Suivant cette conjecture, l'*interrogatio* du demandeur et la *responsio* ou le silence du défendeur ne seraient mentionnés dans la formule que si le plaideur contestait *in jure* le fait ou le contenu prétendu de la *responsio* ou le fait du silence; une exception du genre de l'*exceptio bonorum possessionis non datae* et conçue approximativement comme suit : *si in jure interrogatus* (N. N.) *quota ex parte heres esset, respondit se ex semisse heredem esse* servirait à introduire cette question dans le procès. Cette opinion de M. Lenel se heurte à la règle qui impose au demandeur la preuve de l'*interrogatio* et de la *responsio* ou du silence du défendeur (*D.,* 22, 3, 18, 2) ; car, en vertu de la règle *qui excipit probare debet quod excipitur,* le fardeau de la preuve pèserait sur le défendeur en cas de contestation relative à ces faits. Quant à l'argument tiré par M. Lenel du mot *excepit* qui se trouve dans *D.,* 22, 3, 18, 2 *i. f.,* il n'est pas suffisant pour nous autoriser à écarter une règle fondamentale de la théorie des preuves. Cette fin de texte est certainement interpolée (Demelius, *Confessio,* p. 292-293; Lenel, *Edictum*[2], p. 144) et il est bien délicat d'y faire la distinction de ce qui est pur et de ce qui est altéré. Les mots *non ei qui excepit se non respondisse* fussent-ils d'Ulpien, comme le soutient M. Lenel, qu'il faudrait entendre ici le mot *excepit* dans le sens large de négation d'un moyen invoqué par le demandeur (Heumann-Seckel, *Handlexicon,* v° *excipere,* 9). L'inexactitude de la conjecture de M. Lenel se révèle notamment quand on examine la formule qu'il reconstruit pour le cas de *falsa responsio* et où l'exception *si in jure interrogatus quota ex parte heres esset respondit se ex semisse heredem esse* ferait double emploi avec la *praescriptio ea res agatur si* N^s^ N^s^ *L. Titio ex majore parte quam ex semisse heres est,* car la preuve que pourrait faire le demandeur que N^s^ N^s^ est héritier pour plus

toujours mentionner, dans ce cas, l'*interrogatio* du demandeur et la *responsio* ou le silence du défendeur, de façon soit à décharger le demandeur du soin de prouver que le défendeur est héritier ou qu'il est héritier pour telle part, soit à justifier le pouvoir de condamner au tout que la *condemnatio* donne au juge, même contre un héritier *ex parte,* en cas de *falsa responsio* ou d'*omnino non respondisse.* Qu'on insère cette mention directement dans l'*intentio,* comme le suggère Demelius [1], ou qu'on en fasse, ce qui nous paraît préférable, l'objet d'une *praescriptio,* comme le propose M. P. Krüger [2], il y a là une retouche des éléments de fond de la formule qui n'est possible qu'au moyen d'une *in integrum restitutio.*

Ces diverses conclusions sont gênantes pour le système de M. Koschaker; car s'il est exact, comme on l'a toujours soutenu jusqu'ici et comme l'admet également cet auteur, que toute *restitutio litis* soit une rescision absolue du *judicium* antérieur,

---

de moitié ne donne au juge le pouvoir de condamner au tout que s'il y a eu une *responsio* de N^s N^s affirmant qu'il n'est héritier que pour moitié; la preuve de la *responsio* est donc imposée au demandeur par le seul fait de la *praescriptio,* le défendeur n'a nul besoin en pareil cas d'une exception pour soumettre la question au juge.

[1] Demelius, *Confessio,* p. 281 et 289. Contre cette conjecture de Demelius, v. les objections décisives de M. Lenel *Edictum* [2], p. 142. Cette conjecture est tout à fait inapplicable en cas de *translatio judicii,* s'il est exact, comme nous le soutenons, que l'*intentio* des *judicia translata* est toujours au nom du défunt.

[2] *Kritische Vierteljahresschrift,* t. XXII, p. 420. Par exemple, la *praescriptio : ea res agatur quod N^s N^s in jure interrogatus respondit se L. Titio ex asse heredem esse.* Il ne nous appartient pas d'entrer ici dans le détail des controverses relatives à la rédaction des *formulae interrogatoriae;* nous voulons simplement présenter une double observation propre à la matière de la *translatio hereditaria.* La mention de la *responsio* ou du silence de l'*heres* est ici impossible dans l'*intentio,* s'il est vrai, comme nous le pensons, que l'*intentio* des *judicia translata* est au nom du défunt; elle ne peut avoir lieu que dans une *praescriptio* indépendante. D'autre part, l'existence d'une *praescriptio* qui vise le fait de l'héritier et prouve par suite que l'action est dirigée contre lui n'est pas inconciliable avec une *intentio* conçue au nom du défunt, lorsque cette *intentio* renvoie, comme nous le proposons, à la *litis contestatio* qui a eu lieu entre le demandeur et le défunt (v. ci-dessous, p. 184 et suiv.), par exemple : *si paret N^m N^m* (défunt) *A^o A^o sestertium X millia dare oportuisse, cum lis inter N^m N^m et A^m A^m contestata fuerit...*

la *translatio hereditaria* aboutirait souvent dans les hypothèses que nous venons de signaler, par suite de l'abolition des effets positifs de la précédente *litis contestatio,* à des impossibilités évidentes ou à des injustices criantes. Nous avons déjà signalé ailleurs [1] les conséquences inadmissibles d'une telle conception et n'avons pas à reprendre une démonstration déjà faite. Qu'il nous suffise de relever ici une de ces conséquences, à raison de son rattachement direct à la matière de la *translatio hereditaria* et de sa force particulièrement probante : elle concerne les actions intransmissibles héréditairement. Nous savons que ces actions deviennent transmissibles aux héritiers lorsqu'elles ont été exercées et conduites jusqu'à la *litis contestatio.* Si l'on suppose que le plaideur à l'égard duquel la transmissibilité est ainsi assurée vienne à mourir *inter moras litis,* le *judicium* devra être transféré sur ses héritiers. Si la *translatio hereditaria* requérait une *in integrum restitutio* qui anéantît complètement les effets de la *litis contestatio* antérieure, l'action redeviendrait intransmissible, de telle façon que la transmissibilité disparaîtrait au moment où elle devrait recevoir son application. La fameuse règle : « *Omnes actiones quae morte... pereunt semel inclusae judicio salvae permanent* » ne serait qu'un leurre.

Ces difficultés n'ont pas complètement échappé à M. Koschaker. Il les a entrevues [2] dans une hypothèse toute spéciale, celle où au cours de la procédure de *translatio hereditaria* un *defensor* intervient et répond sur l'*interrogatio an heres sit* qu'il est héritier. Le *judicium* doit, en pareil cas, être transféré sur lui par voie de *translatio procuratoria,* c'est-à-dire, de l'avis même de M. Koschaker, au moyen d'une *in integrum restitutio.* Comment concilier, dans cette hypothèse, la succession des héritiers au *judicium,* c'est-à-dire le maintien de ce dernier à leur égard et la création d'un *novum judicium* par une nouvelle *litis contestatio?* M. Koschaker avoue qu'il ne possède pas la clef de cette

---

[1] *Suprà,* p. 85-86.

[2] *Loc. cit.,* p. 291-292.

énigme. Cet aveu est par lui-même significatif. Il acquiert une importance encore plus grande lorsqu'on constate que des hypothèses du genre de celles qu'envisage M. Koschaker ne sont certainement pas rares et, qu'en ne tenant compte que des opinions courantes, elles se rencontrent dans les cas fréquents où la *translatio hereditaria* provoque la modification d'un élément de fond du procès. Il devient la condamnation décisive et irrévocable du système lorsqu'on admet, avec nous, que le *transferre* et l'*edere judicium* requis pour la *translatio hereditaria* ne sont que l'*edere* et l'*accipere judicium* de la nouvelle *litis contestatio,* de telle façon que toute *translatio hereditaria* s'opère par voie d'*in integrum restitutio.* Il faut donc de toute nécessité trouver une construction de la *restitutio litis* qui respecte la succession des héritiers au procès.

Cette construction, nous l'avons déjà dit, ne peut être que celle d'une *litis contestatio repetita die* qui maintient, au profit du *judicium* créé par la nouvelle *litis contestatio,* tous les effets positifs attachés à l'ancien *judicium,* de telle sorte que le *judicium translatum,* distinct dans la forme du *judicium transferendum,* lui soit identique au fond.

Nous n'avons pas à reprendre ici l'exposé de toute notre conjecture; il suffit pour la justifier de répondre à deux objections qu'on pourrait être tenté de lui opposer du point de vue spécial de la *translatio hereditaria.*

La première est tirée d'un principe que nous avons formulé plus haut et d'après lequel le *judicium translatum* est identique au *judicium* primitif. Suffit-il, pour que ce principe soit respecté, qu'il y ait identité au fond des deux *judicia* distincts dans la forme ou bien faut-il qu'il n'y ait, même dans la forme, qu'un seul et même *judicium?*

La réponse est facile. Elle est double : 1° les règles rattachées au principe de l'unité de *judicium* (application au *judicium translatum* des règles qui régissaient le *judicium* primitif, persistance de la *cautio pro praede litis et vindiciarum;* maintien des effets positifs de la *litis contestatio* antérieure) s'expliquent

toutes parfaitement avec la seule idée de l'identité de fond; 2° l'affirmation de Paul[1] qu'il y a, en pareil cas, *idem judicium* n'est que la traduction du résultat pratique d'après lequel le *judicium noxale,* transféré du *dominus* sur l'ancien esclave, ne produit en cas de condamnation que les effets qu'il eût produits si la condamnation avait été prononcée contre le *dominus* lui-même; elle s'explique donc entièrement par l'identité de fond des deux *judicia* et ne préjuge pas la question de savoir s'il y a ici unité de *judicium* dans la forme. Du texte de Paul, il convient maintenant de rapprocher un texte de Celsus[2] qui, visant une hypothèse de *translatio hereditaria,* atteste expressément la dualité externe des deux *judicia.* Ces deux textes se complètent l'un l'autre et fournissent ainsi un précieux et solide appui à notre conjecture.

Une autre objection, très spécieuse, a été formulée par M. Koschaker[3] contre l'admission d'une nouvelle *litis contestatio* dans la *translatio hereditaria.* S'il était exact, nous dit cet auteur, que cette *translatio* nécessitât une seconde *litis contestatio,* il en découlerait que l'héritier ne deviendrait sujet du *judicium* qu'au moment de ce nouveau contrat judiciaire; car tant qu'il n'y a pas *litis contestatio* il n'y a ni sujets de ce rapport juridique qu'on appelle le procès, ni procès. L'héritier ne succéderait au *judicium* que par la nouvelle *litis contestatio* et non pas *jure successionis.* Sa qualité d'héritier ne serait que la *causa remota* de la succession dans le procès, la *causa efficiens* serait le nouveau contrat judiciaire. Jusqu'à la conclusion de ce dernier, le *judicium* serait, du côté de l'héritier, sans sujet. Que l'*heres* du défendeur, par exemple, refuse son concours à l'*accipere judicium* nécessaire à la *translatio judicii,* il est *indefensus,* ses biens sont vendus et acquis par un *bonorum emptor* qui devient

---

[1] *D.*, 3, 2, 14.

[2] *D.*, 5, 1, 31 : *Si petitor plures heredes reliquerit unusque eorum judicio egerit, non erit verum totam rem quae in* **priore** *judicio fuerit deductam esse.....*

[3] *Loc. cit.*, p. 252-254.

jure praetorio son successeur universel, tant pour son patrimoine propre que pour celui qu'il a recueilli du défunt et qui s'est confondu avec le sien lors de l'acquisition de l'hérédité. Si ce *bonorum emptor* accepte le *judicium translatum,* il est, quant à ce *judicium,* le successeur du défunt, puisque l'*heres* n'a été, à aucun moment, sujet de ce *judicium.* D'où il résulterait que le *bonorum emptor* serait le successeur du défunt pour le *judicium* et le successeur de l'*heres* pour les autres créances et dettes de l'hérédité. Cette conséquence étrange est, conclut-il, bien peu vraisemblable.

Une autre hypothèse, rare en pratique, mais cependant possible, conduirait, d'après lui, à un résultat encore plus bizarre. Si l'on suppose que le défunt ne laisse comme patrimoine qu'une *lis contestata* et comme héritier un *heres necessarius,* celui-ci sera investi de plein droit de la qualité d'héritier au moment du décès, mais ne deviendra sujet de l'unique rapport juridique contenu dans la succession qu'au moment de la nouvelle *litis contestatio.* Quelle sera sa situation dans la période intermédiaire? Sera-t-il *heres,* quoique n'étant pas sujet de l'*hereditas?* Ou bien ne deviendra-t-il *heres* que par la *litis contestatio?* Dans le premier cas, on aurait un *heres* sans *hereditas;* dans le second, un héritier nécessaire qui n'acquerrait l'hérédité que par une manifestation de volonté. Les deux éventualités sont impossibles. La *translatio hereditaria* ne peut donc impliquer une nouvelle *litis contestatio.* Si un nouvel accord de volontés des plaideurs est nécessaire pour ce transfert, ce ne peut être qu'un contrat de translation *sui generis,* ayant simplement valeur déclarative et tendant à attester que la qualité d'héritier du nouveau plaideur n'est soumise à la décision du juge que du consentement des plaideurs.

Toute cette argumentation de notre savant collègue nous paraît inexacte et l'erreur provient, selon nous, de ce qu'il n'a pas suffisamment analysé le sens du mot *judicium* et la véritable portée de la nouvelle *litis contestatio.* Sous le nom de *judicium,* les Romains embrassent notamment deux choses qui

sont intimement, mais non indissolublement[1] liées : l'une, notion abstraite, est le rapport juridique issu de la *litis contestatio,* consistant dans une créance conditionnelle du demandeur contre le défendeur au montant éventuel de la condamnation pécuniaire; l'autre, notion concrète, est l'instruction donnée par le magistrat au juge de statuer sur tel droit litigieux à l'égard de tels plaideurs déterminés. Les héritiers du plaideur défunt succèdent au rapport juridique par le seul effet de l'acquisition d'hérédité, mais l'instruction donnée au juge est devenue irréalisable par la mort de l'un des plaideurs, car les Romains n'admettent pas, en pareil cas, que le juge puisse prononcer une condamnation au profit ou à l'encontre d'un mort[2]. Il faut donc à cette instruction ancienne en substituer une nouvelle qui donne au juge le pouvoir de statuer à l'égard des héritiers : c'est l'objet de la *translatio judicii.* L'obligation née de la *litis contestatio* est donc entrée dans le patrimoine des héritiers par l'acquisition d'hérédité, mais elle suppose pour son exercice une réouverture du procès qui ramène les parties devant le magistrat et les contraint à une réorganisation du *judicium* avec tous ses incidents, notamment avec une nouvelle *litis contestatio.* Si celle-ci a lieu de la part des héritiers, un double résultat se produit : une instruction nouvelle remplace l'ancienne et un rapport juridique nouveau se substitue, dans le patrimoine des héritiers, à celui qui y était entré lors de l'acquisition d'hérédité. Cette *litis contestatio* nouvelle est donc sans effet au point de vue de la succession au procès. Cela est d'abord logique, car

---

[1] Qu'on pense notamment aux hypothèses dans lesquelles il n'y a que *litis contestatio* sans nomination de juge (*D.*, 5, 1, 28, 4, pour ne citer qu'un texte sûr. Cf. aussi *D.*, 1, 18, 16; 2, 12, 3, *pr.;* 40, 12, 24, *pr.;* 36, 1, 51 [49]). L'idée de faire nommer ici un juge pour la forme, sauf à provoquer une *mutatio judicis* en temps opportun nous paraît peu conciliable avec un système de procédure dont le formalisme a été considérablement restreint, comme le système formulaire. Les Romains de la fin de la République et du début de l'Empire eussent, dans une matière où le magistrat jouissait d'une pleine liberté, difficilement supporté une complication et un retard complètement vides de sens.

[2] Sperl, *Succession,* p. 15-17; Koschaker, *loc. cit.,* p. 276.

la *litis contestatio* qui crée un *judicium nouveau* à la place de l'ancien ne peut opérer la succession des héritiers au *judicium* antérieur. Cela est, en outre, prouvé par ce fait que la *litis contestatio,* qui reçoit rétroactivité par le moyen de l'antidate, produit ses effets non pas du jour de l'acquisition d'hérédité, mais du jour de la précédente *litis contestatio.* Le nouveau contrat judiciaire n'a donc pour conséquence que de substituer intégralement un nouveau *judicium* à l'ancien et par suite de le mettre dans le patrimoine des héritiers à la place de celui qui y était entré par l'acquisition d'hérédité.

Concluons donc que notre conjecture d'une *translatio hereditaria* réalisée par voie d'*in integrum restitutio* et de *litis contestatio repetita die* ne peut être infirmée par aucune objection et qu'elle seule concilie parfaitement l'idée de succession des héritiers au procès et la nécessité de la nouvelle *litis contestatio* réclamée par les modifications plus ou moins profondes du *judicium* que provoque le transfert du procès sur les héritiers.

Ce résultat était l'objectif principal de la présente section. L'ayant acquis, nous pourrions clore notre étude de la *translatio hereditaria* si nous ne tenions à prendre rapidement parti dans le délicat problème de la rédaction des *judicia* transférés sur les héritiers pour montrer comment notre conjecture de la *litis contestatio die* cadre bien ici avec les derniers résultats de la critique moderne et les corrobore au point de trouver dans cette dernière épreuve une nouvelle confirmation.

Fixons d'abord, sur ce terrain fertile en controverses, les points qui sont hors de discussion.

Tout le monde reconnaît que la *condemnatio* et, dans les actions arbitraires, la *clausula arbitraria* sont rédigées au nom de l'héritier; il y a donc, à ces deux points de vue, substitution du nom de l'héritier à celui du défunt. Par contre, tout le monde admet que l'*intentio* des *formulae in factum* reste au nom du défunt; car le fait qui, dans ces actions, peut servir de base à la condamnation demeure celui dont le défunt a été l'agent, le bénéficiaire ou la victime; transposer ce fait au nom de l'héritier

serait fausser l'*intentio* et du même coup rendre l'action inutile[1].

En dehors de ces affirmations, tout est contesté. La solution doit être cherchée séparément pour les *formulae in factum* et pour les *formulae in jus.*

Pour les *formulae in factum,* certains auteurs[2] se contentent de substituer dans la *condemnatio* le nom de l'héritier à celui du défunt, laissant, comme nous l'avons dit, l'*intentio* au nom de ce dernier. D'autres[3] proposent des corrections plus étendues et s'accordent pour opérer quelques retouches accessoires dans l'*intentio* de certaines actions *in factum.* C'est ainsi notamment que dans la clause de restitution qui termine l'*intentio* de l'*actio depositi directa in factum,* ils ajoutent ou substituent le nom de l'*heres* à celui du défunt[4]. En effet, l'héritier poursuivi par cette *actio depositi* répond de tout défaut de restitution provenant du dol du défunt ou de son dol et la restitution faite à l'héritier du demandeur met obstacle à la condamnation, comme celle qui aurait été faite au défunt lui-même. Cette nouvelle correction est donc très judicieuse; mais elle nous paraît encore insuffisante. Nous croyons que le juge devait être averti par quelque addition à la formule qu'il y avait déjà eu *litis contestatio;* sinon, il lui serait arrivé de ne pouvoir condamner le défendeur. Qu'on pense, en particulier, aux actions pénales prétoriennes, pour la plupart *in factum,* qui sont intransmissibles héréditairement et temporaires; le rappel de la précédente *litis contestatio* est souvent pour elles la condition du maintien même de l'action. La *litis contestatio repetita*

---

[1] Ex. d'*actio depositi in factum :* « *Si paret* A^m A^m (défunt) *apud* N^m N^m *mensam argenteam deposuisse* » ou d'*actio injuriarum :* « *Quod* A^o A^o (*défunt*) *pugno mala percussa est.* »

[2] Keller-Wach, *Civilproz.*[6], p. 351 ; Rudorff, *Röm. Rechtsgesch.*, t. II, p. 248; Buonamici, *Storia della proc. civ. rom.*, t. I, p. 326.

[3] Demelius, *Confessio,* p. 282; Sperl, *Succession,* p. 38-40; Koschaker, *loc. cit.*, p. 257, n. 2.

[4] ... *eamque dolo malo* N^1 N^1 (*aut L. Titii*) A^o A^o *aut L. Titio redditam non esse.* L'addition constante du nom de l'*heres* nous paraît être la meilleure correction.

die, non pas à proprement parler sous la forme d'une simple antidate, mais sous la forme d'un renvoi du juge à la *litis contestatio* antérieure [1], remplit admirablement ce but, que ce renvoi soit fait par une *praescriptio* rédigée, par exemple, comme la suivante : *ea res agatur de qua inter A^m A^m et N^m N^m lis Kalendis Januariis illis contestata est,* ou par un complément d'*intentio* du genre de celui-ci : *quam ob rem A^s A^s cum N^o N^o Kalendis Januariis illis litem contestata est.*

Les données du problème sont tout autres pour les *formulae in jus.*

La question la plus discutée est ici celle de savoir si l'*intentio in jus* reste rédigée au nom du défunt ou est transposée au nom de l'héritier. D'après une opinion émise, semble-t-il, pour la première fois par Keller dans son ouvrage sur la *litis contestatio* [2] et acceptée ensuite par la majorité des auteurs [3], la *translatio judicii* n'entraînait, même dans les *formulae in jus,* que la transposition de la *condemnatio* au nom de l'héritier; l'*intentio* demeurant au nom du défunt. Keller, dans un écrit ultérieur [4], paraît avoir douté de son propre système. Ces doutes furent fortifiés par les travaux de Demelius et de M. Lenel sur la rédaction de la *formula interrogatoria* en cas d'*interrogatio an heres vel quota ex parte sit* [5]. Finalement, MM. Eisele [6] et Sperl [7], par des chemins différents, arrivèrent à nier que l'*intentio* fût au nom du défunt et soutinrent qu'elle était toujours au nom de l'héritier. M. Koschaker [8] revient à la thèse initiale de Keller,

[1] V. *suprà*, p. 115.

[2] P. 52, 167, n. 3.

[3] V. notamment Zimmern, *Traité des actions*, 2^e édit., Paris, 1846, p. 357-358; Bethmann-Hollweg, *Civilproz.*, t. II, p. 452; Wetzell, *Civilproz.*^3, p. 42, n. 4; Cuq. *Institut.*, t. II, p. 756; Rudorff, *Röm. Rechtsgesch.*, t. I, p. 248, qui admettait toutefois qu'en dehors de la modification de la *condemnatio* la formule du *judicium translatum* indiquait que le nouveau plaideur était héritier; c'est ce que cet auteur appelle une clause de désignation.

[4] *Civilproz.*^6, p. 352.

[5] V. ouvrages cités *suprà*, p. 175, n. 2.

[6] *Z. S. St.*, t. II, p. 140.

[7] *Succession*, p. 34 et suiv.

[8] *Loc. cit.*, p. 258 et suiv.

sauf pour quelques hypothèses qui l'embarrassent. Pour nous, l'*intentio in jus* est toujours au nom du défunt et contient le renvoi à la *litis contestatio* faite par ce dernier.

A l'appui de notre opinion, nous pouvons invoquer des arguments de textes et des motifs d'ordre rationnel.

Deux textes peuvent être ici produits : l'un d'Ulpien, *D.*, 3, 2, 6, 2; l'autre de Paul, *D.*, 3, 2, 14. Tous deux appartiennent au commentaire des mots *qui furti, vi bonorum raptorum... suo nomine damnatus pactusve erit* de l'un des édits *qui nisi pro certis personis ne postulent* et se complètent l'un l'autre pour nous donner une confirmation intégrale de notre conjecture.

Ulpien [1] énumère à cet endroit un certain nombre de personnes qui n'encourent pas l'infamie parce qu'elles ne sont pas condamnées *suo nomine* et cite à côté du *cognitor,* du *procurator,* du *defensor,* du *tutor* et du *curator* l'héritier, à savoir l'héritier du voleur et plus généralement de tout auteur d'un délit infamant. Or, cette mention de l'*heres* vise nettement un cas de *translatio judicii;* car les actions pénales infamantes dont il est ici question ne sont, comme toutes les actions pénales, transmises contre les héritiers qu'autant que la *lis* a été *contestata* avec le coupable lui-même [2], donc qu'en vertu d'une *translatio judicii.* Ulpien nous donne ainsi la preuve qu'au cas de transfert du *judicium* contre un héritier, celui-ci n'est pas *suo nomine damnatus,* c'est-à-dire, suivant l'explication qui vient de prime abord à l'esprit, que l'héritier est, comme le *cognitor, procurator,*

[1] *D.*, 3, 2, 6, 2 (Ulpien, *l.* 6 *ad ed.*) : *Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia : et ideo* [*nec cognitor,* ins. Lenel] *nec procurator meus vel defensor vel tutor vel curator* **vel heres** *furti vel ex alia simili specie condemnatus infamia notabuntur, nec ego si ab initio per* [*cognitorem vel,* ins. Lenel] *procuratorem causa agitata est.*

[2] Depuis le début de l'Empire, ces actions pénales sont également transmissibles contre les héritiers jusqu'à concurrence de l'enrichissement qui leur est parvenu (Girard, *Manuel*^4, p. 397, n. 3), mais le texte dont nous nous occupons ici ne vise pas l'action restreinte à l'enrichissement, il se réfère à la *lis contestata* avec le défunt, comme le prouve le texte correspondant des *Basiliq.*, 21, 2, 6 (Heimbach, t. II, p. 438).

defensor, tutor ou *curator,* condamné pour le fait ou l'obligation d'autrui[1], donc que l'*intentio* est ici au nom du défunt, comme elle est, au cas de représentation, au nom du représenté.

Toutefois cette interprétation naturelle des mots *suo nomine damnatus* soulève quelques doutes. La fin du fragment d'Ulpien laisse entrevoir et le texte de Paul déjà cité[2] donne expressément une autre explication de ces mots qui conviendrait également à l'héritier de l'auteur d'un délit infamant. D'après cette seconde acception de l'expression, un plaideur ne serait pas *suo nomine damnatus* lorsqu'il n'aurait pas fait initialement lui-même la *litis contestatio,* ce qui est le cas pour tous les défendeurs sur lesquels un *judicium* a été transféré, fussent-ils condamnés pour un fait ou une obligation personnels.

Sans doute, le fait que le membre de phrase en question d'Ulpien est interpolé[3] affaiblit la portée de ces doutes; mais il

---

[1] *Nec ego si per* (*cognitorem vel*) *per procuratorem causa agitata est.* Ce membre de phrase signifie, si on veut lui donner un sens utile par rapport au début du texte, que l'auteur d'un délit infamant, qui fait *litis contestatio* par procureur, n'encourt pas l'infamie s'il est condamné après transfert du procès sur sa personne, parce qu'en pareil cas il est, comme le représentant judiciaire et l'héritier, *non suo nomine damnatus.*

[2] Texte rapporté p. 165, n. 5.

[3] On peut, pour établir cette interpolation, invoquer deux arguments : 1° l'emploi de *causa agitata* dans le sens de *lis contestata* est tout à fait inusité dans le style des jurisconsultes classiques (v. Koschaker, *loc. cit.*, p. 272, n. 3) ; 2° le passage du style indirect au style direct est surprenant ; il est d'autant plus suspect que le compilateur, immédiatement après (*D.*, 3, 2, 6, 5), réalise une interpolation par le même procédé (Eisele, *Z. S. St.*, t. XI, p. 14-15 ; Pernice, *Labeo*, 2, 2, p. 223, n. 6 ; Levy, *Sponsio*, p. 207, n. 1). — M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 270-272, invoque encore, pour prouver cette interpolation, une scolie des *Bas.*, 21, 2, 6 (Heimbach, t. II, p. 438), qui, écrite à propos de cette finale du texte d'Ulpien, distingue deux hypothèses : la première, celle qui est expressément visée par les *Dig.*, d'après laquelle le délinquant qui agit dès le début par procureur n'encourt pas l'infamie s'il est condamné ; la seconde, spéciale aux *Bas.*, d'après laquelle le délinquant qui, après avoir fait personnellement *litis contestatio* exerce le reste de l'action par procureur, devient infâme en cas de condamnation. M. Koschaker remarque justement que cette solution n'est possible qu'autant que la condamnation a été, malgré l'intervention du *procurator* après la *litis contestatio,* prononcée contre le représenté lui-même, car l'édit du préteur ne déclare infâme que celui qui a été *suo nomine* **damnatus.** Or, de telles condamnations possibles d'après les *Basiliq.* (scolie sur les mots

ne les écarte pas, car la solution rapportée dans cette fin de phrase sous le nom d'Ulpien nous paraît exacte pour le droit classique[1] et surtout l'affirmation de Paul demeure : *quia non suo nomine condemnatur, quippe cum initio lis in eum contestata non sit.* La difficulté subsiste donc.

Nous croyons cependant que le fragment d'Ulpien peut, en ce qui concerne l'héritier, recevoir l'interprétation naturelle que nous avons donnée plus haut et prouve, par conséquent, qu'en cas de *translatio hereditaria* l'*intentio in jus* reste rédigée au nom du défunt. Nous pouvons, tout d'abord, faire remarquer

---

μετὰ προκάταρξιν de *Bas.*, 21, 2, 6 : Heimbach, t. II, p. 439) ne le sont pas dans la procédure civile du droit classique. D'où M. Koschaker conclut que les mots *nec ego...* de *D.*, 3, 2, 6, 2, sont suspects. — Ce raisonnement appelle une double réplique : *a*) la conclusion de M. Koschaker dépasse ses prémisses. L'impossibilité, d'après le droit classique, d'une condamnation contre le représenté, après une *translatio judicii* sur un représentant, ne peut servir qu'à la critique de la seconde hypothèse, celle qui est propre aux *Bas.;* elle ne prouve rien contre l'hypothèse commune aux *Dig.* et aux *Bas.*, où il s'agit d'une *translatio judicii* sur représenté et où, par suite, celui-ci peut être condamné ; *b*) la seconde hypothèse, visée seulement par la scolie, n'est pas un cas de *translatio judicii.* Pour la comprendre, il faut recourir à une distinction, à laquelle la scolie se réfère en renvoyant à *Bas.*, 17, 1, 31, al. 3 = *D.*, 3, 5, 30 (31), 2 (Papinien) et d'après laquelle le représentant qui intervient après la *litis contestatio* peut le faire de deux manières : ou comme simple porte-parole du défendeur absent, auquel cas la condamnation est prononcée contre ce dernier lui-même, ou comme sujet du procès après une *translatio judicii* faite sur sa personne, auquel cas la condamnation est prononcée contre le représentant lui-même. La scolie dont nous nous occupons vise un représentant de la première manière et formule à cet égard une règle qui est certainement connue du droit classique pour les procès criminels (*D.*, 48, 1, 10 ; *D.*, 48, 1, 13, 1 ; *D.*, 3, 3, 33, 2 ; Paul, *Sent.*, 5, 16, 11) et pour les *cognitiones* civiles (*D.*, 3, 5, 30 (31), 2), et qui n'est peut-être pas complètement inconnue dans les procès de l'*ordo* (la règle de la loi des XII Tab., 2, 2, d'après laquelle le plaideur qui, au cours de l'instance *in judicio,* est atteint d'une maladie grave ou est empêché de venir parce qu'il a pris jour pour un procès avec un pérégrin, suppose, pour son application, que l'absent fait valoir ses causes d'excuse devant le juge par un porte-parole, ami ou avocat). L'autre espèce de représentant, certainement fréquente dans la procédure formulaire, n'est pas inconnue des *Basiliq.* (v. notamment 9, 1, 67 = *C. J.*, 7, 45, 1 ; 8, 2, 94 = *C. J.*, 2, 12 (13), 20), quoiqu'elle y soit peut-être devenue, pour des raisons diverses, plus rare. La scolie des *Bas.* invoquée ici par M. Koschaker est donc sans intérêt pour établir l'interpolation de la fin de *D.*, 3, 2, 6, 2.

[1] Elle découle naturellement de la règle ci-contre formulée par Paul.

que la valeur du rapprochement établi par ce texte entre l'*heres* et les représentants judiciaires n'est nullement affaiblie par la mention finale d'une hypothèse très différente, puisque cette hypothèse n'a été introduite à cet endroit que par une interpolation. D'autre part, l'explication que nous avons proposée de ces mots est certainement exacte pour tous les *judicia in factum* transférés sur les héritiers du défendeur, car l'*intentio* de ces *judicia* continue, de l'avis unanime, à être conçue au nom du défunt. Or les actions pénales infamantes sont toutes, sauf l'*actio furti nec manifesti,* des *judicia in factum.* N'y a-t-il pas, dans ce fait, une présomption que la raison applicable aux *judicia in factum* l'est également aux *judicia in jus,* donc que l'*intentio* de ces derniers est toujours au nom du mort? Cette présomption est d'ailleurs confirmée par la *lex Julia Municipalis,* l. 110[1]; elle est enfin corroborée par les arguments rationnels que nous indiquerons dans un instant.

L'affirmation de Paul que le plaideur condamné en vertu d'un *judicium translatum* n'est pas *suo nomine damnatus,* parce qu'il n'avait pas fait personnellement *litis contestatio* dès le début, n'est pas sans intérêt pour notre question. Elle rend très vraisemblable que le *judicium translatum* devait garder quelque trace de la précédente *litis contestatio* et nous fournit un nouveau point d'appui pour soutenir que l'*intentio* des *judicia in jus* contenait, comme celle des *judicia in factum,* un renvoi à la *litis contestatio* antérieure. Et ainsi les textes nous fournissent la confirmation des deux propositions fondamentales de notre opinion relative à la rédaction des *intentiones in jus* en cas de *translatio hereditaria :* ces *intentiones* sont au nom du défunt et contiennent un renvoi à la *litis contestatio* faite par ce dernier.

Des considérations dogmatiques peuvent également être invoquées à l'appui de ces deux propositions.

Tout d'abord la transcription de l'*intentio,* au nom de l'héri-

[1] *Quei furtei quod* **ipse fecit fecerit** *condemnatus pactusve est erit...*

tier, est impossible dans les *judicia in jus* comme dans les *judicia in factum.* Trois applications de la *translatio hereditaria* le prouvent péremptoirement. La première concerne les actions intransmissibles héréditairement. Prenons, par exemple, la formule de l'*actio furti nec manifesti*[1]. Cette formule deviendrait inexacte et par conséquent sans valeur si elle rattachait à l'*heres* l'obligation de *damnum pro fure decidere,* car cette obligation n'a jamais pesé et ne peut peser que sur le défunt. Pour être transmissible sur les héritiers du défunt, il faut qu'elle ait été déduite en justice, donc éteinte par la *litis contestatio.* Elle ne peut, par conséquent, être utilement mentionnée dans la formule du *judicium translatum* qu'à la condition de continuer à être rattachée au défunt. La seconde application de la *translatio hereditaria* qui nous intéresse ici concerne l'hypothèse où le transfert est dirigé contre un seul des héritiers du défendeur[2]. Celui-ci n'est, d'après les règles du droit successoral, tenu de l'action que pour sa part; mais il peut, d'après les règles du droit procédural, être condamné pour le tout s'il ne provoque pas l'intervention de ses cohéritiers au procès ou la constitution d'un représentant collectif[3]. Supposons que le défunt ait été débiteur de 10.000 sesterces et que l'héritier poursuivi défende *in solidum* à une *condictio certae pecuniae* qui a donné lieu à une *litis contestatio* avec le défunt. L'*intentio* serait fausse si elle mentionnait à la charge de l'*heres* l'obligation de payer 10.000 sesterces : *si paret L. Titium* (héritier) *A° A° sestertium X millia dare oportere;* car *jure successionis* l'héritier n'est tenu de cette dette que *pro parte.* D'autre part, réduire cette *intentio* à la quotité due par l'*heres,* c'est du même coup priver le juge du pouvoir de condamner au tout. La seule rédaction concevable est une *intentio* qui reste conçue au nom du défunt avec une *condemnatio* qui donne au juge le pouvoir de condamner l'*heres*

[1] Lenel, *Edictum*[2], p. 318.
[2] V. Koschaker, *loc. cit.,* p. 264-267.
[3] *D.,* 10, 2, 48; 46, 7, 5, 7.

au montant intégral de la dette. La troisième application de *translatio hereditaria,* dont nous devions faire état ici, est relative au transfert de l'*actio tutelae directa* sur l'héritier du tuteur. La transposition de l'*intentio in jus* au nom de cet héritier lui-même ne permettrait pas, même si mention de la *litis contestatio* antérieure était faite dans la formule, par exemple par une *praescriptio,* d'appliquer à l'*heres* les règles plus rigoureuses en vigueur pour le tuteur lui-même [1], car la partie essentielle de la formule est toujours l'*intentio* qui serait ici rédigée comme suit : *quidquid ob eam rem L. Titium* (héritier) *dare facere oportet ex fide bona.* Le maintien à l'égard de l'héritier des règles particulières au tuteur est une nouvelle preuve que l'*intentio* du *judicium translatum* continue à être rédigée au nom du tuteur décédé.

Reste dans notre opinion à écarter les objections qui ont été formulées contre l'idée d'une *intentio in jus* conçue au nom du défunt. Cette affirmation actuelle d'un droit au profit ou à l'encontre d'un mort est, dit-on, non seulement bizarre en soi, mais elle est même inexacte, car après l'acquisition du patrimoine par l'héritier le défunt cesse d'être propriétaire, créancier ou débiteur [2]. Certains ont bien songé à corriger ce vice en insérant dans la formule la fiction que le défunt vivait encore (*si viveret*) [3], mais ce procédé est bien peu vraisemblable, car logiquement il devrait conduire à rendre impossible toute condamnation au profit de l'*heres* ou contre lui. Les fictions introduites dans l'*intentio* des formules *in jus* ont toutes pour but de permettre une condamnation dans des cas où elle ne serait pas possible sans cette fiction [4]; celle qui est ici proposée exclurait toute con-

[1] *D.*, 27, 7, 8, 1; *C. J.*, 5, 53, 4.

[2] La fiction *hereditas jacens sustinet personam defuncti* cesse même de pouvoir être invoquée à partir de ce moment.

[3] Rudorff, *E. P.*, § 80.

[4] Tel est le cas pour les deux catégories de fictions mentionnées par Gaius, 4, 32 et suiv., et notamment pour la seconde catégorie (4, 34 et suiv.), qui est de beaucoup la plus importante en pratique.

damnation prononcée en faveur de l'*heres* ou à son encontre [1]. La solution de la difficulté n'est certainement pas dans cette voie. Quant à la réponse de M. Koschaker [2], elle ne nous paraît guère plus satisfaisante. Selon lui, le moment auquel doit se placer le juge pour faire son appréciation étant celui de la *litis contestatio* faite avec le défendeur décédé, une *intentio* rédigée au nom de ce dernier est exacte au moment de ladite *litis contestatio.* Mais notre distingué collègue n'oublie-t-il pas dans cette discussion que toute formule est une instruction donnée par le magistrat au juge et qu'à moins de laisser à ce dernier la faculté d'interpréter arbitrairement la formule, cette instruction doit être exacte au moment où elle est donnée. Or, au moment où le *judicium translatum* est délivré par le magistrat, il n'est plus vrai qu'une obligation existe au profit ou à l'encontre du défunt. L'*intentio* ne devient exacte que si on la rédige au passé et le juge n'a le pouvoir de se placer pour ses appréciations à l'époque de la *litis contestatio* faite avec le défunt qu'autant que la nouvelle instruction lui en donne le pouvoir par un renvoi à l'ancienne *litis contestatio.* C'est ainsi que, pour répondre aux objections jadis faites à la rédaction de l'*intentio in jus* au nom du défunt, il convient de recourir à la seconde proposition que nous avons formulée plus haut et qui n'est que l'application à notre hypothèse de notre conjecture fondamentale en matière de *translatio judicii.* Nous arrivons de la sorte à proposer, par exemple en cas de *translatio hereditaria* d'une *actio furti nec manifesti,* une *intentio in jus* rédigée à peu près comme suit :

Si paret A° A° a N° N° (défunt) *opeve consilio N¹ N¹ furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem N^m N^m pro fure damnum decidere oportuisse, cum lis inter A^m A^m et N^m N^m contestata fuerit...*

[1] La critique que nous formulons ici nous paraît être la plus générale et la plus décisive qu'on puisse adresser à la conjecture de Rudorff. Nous laissons intentionnellement de côté d'autres critiques qui nous paraissent moins sûres ou moins décisives.

[2] *Loc. cit.*, p. 260.

Ce procédé est d'ailleurs applicable dans tous les cas et les hésitations de M. Koschaker à admettre une *intentio in jus* au nom du défunt, quand la demande de *judicium translatum* est faite divisément par les héritiers de l'*actor,* doivent être bannies. Il suffit ici d'une *praescriptio* pour limiter les effets de la déduction en justice et permettre l'exercice successif et divis de l'action contre les divers héritiers. Une *praescriptio* semblable devait être introduite dans la formule lorsque le demandeur agissait divisément contre les divers héritiers du défendeur[1].

Nous pouvons donc conclure que les *intentiones in jus,* comme les *intentiones in factum,* continuent, en cas de *translatio judicii,* à être rédigées au nom du défunt sans soulever aucune difficulté, grâce au renvoi à la *litis contestatio* déjà faite, grâce par conséquent à une sorte de *litis contestatio repetita die*[2]. A ce point de vue, comme aux autres, le procédé que nous proposons apparaît comme le plus convenable pour réaliser la *translatio judicii*[3]. L'emploi de l'*in integrum restitutio* se justifie ainsi sur

[1] V. *suprà*, p. 174, n. 1.

[2] V. *suprà*, p. 115, n. 3.

[3] Au terme de son étude sur la *translatio judicii hereditaria*, M. Koschaker (*loc. cit.*, p. 293-305) examine en détail un texte, *D.*, 46, 1, 33 (Ulpien, 77 *ad ed.*), qui appartient à cette matière et auquel nous avons fait déjà allusion à plusieurs reprises. L'interprétation de ce fragment est rendue délicate par les altérations que les compilateurs lui ont fait subir. La mention de la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* est remplacée par celle de la *satisdatio pro lite*, les *sponsores* de cette *satisdatio* sont devenus des *fidejussores* et surtout le texte vise successivement, dans des propositions conditionnelles qui se superposent (*si quidem re vera ipsius fuit; si autem meus petitoris fuit, plane si meus fuerit*), diverses hypothèses dans lesquelles il suppose résolue la question de propriété qui forme l'objet même du procès en cours. A ce dernier point de vue, des retouches ont été opérées par les compilateurs pour supprimer la mention de l'*adsertor libertatis* disparu du temps de Justinien et pour effacer, suivant une conjecture ingénieuse de M. Koschaker qui éclaire heureusement la fin du texte, la mention de la *ductio servi* en cas d'*indefensio*. Ajoutons enfin que le *stipulationem committi* se rattache trop bien au *dicendum est* pour être supprimé, comme le propose M. Lenel (*Pal. J. C.*, Ulpien, 1706), et nous arrivons à la restitution suivante qui ne se sépare de celle de M. Koschaker que par plus de précision dans la correction de la dernière phrase : *si eum hominem, quem a Titio petieram, pro quo satis pro praede litis et vindiciarum* (*Dig. : satis pro lite*) *acceperam, Titius liberum heredemque reliquerit :* (*Dig. :*

le terrain où nous avions le plus d'intérêt à prouver l'exactitude de notre conjecture, sur celui de la *translatio judicii hereditaria,* où la transmission du *judicium* aux héritiers réclamait impérieusement le maintien de ce *judicium*. Nous avons vu que la rescision de pure forme du *judicium* antérieur par voie d'*in integrum restitutio* et son remplacement apparent par un *judicium* nouveau, issu d'une nouvelle *litis contestatio,* étaient parfaitement conciliables avec le maintien au fond de l'ancien *judicium* grâce à la translation des effets de l'ancienne *litis contestatio* à la nouvelle. La légitimité de notre conjecture une fois établie dans ce domaine, les doutes et les critiques sont beaucoup plus difficiles dans les dernières hypothèses qu'il nous reste à examiner.

si quidem re vera ipsius fuit) *dicendum est judicium in eum transferri et, si non patiatur id fieri, committi stipulationem : et si ductus fuerit a me, quia adsertor non exstitit* (*Dig. : si autem meus petitoris fuit*), *neque jussu meo hereditatem adierit, sponsores* (*Dig. : fidejussores*) *tenebuntur ob rem non defensam : si autem adierit me jubente stipulatio evanescit. Plane si* (*Dig. : meus fuerit et idcirco*) *differam aditionem, ut, cum vicero, tunc eum jubeam adire et interim ob rem non defensam agere velim, non committitur stipulatio, quia vir bonus non arbitraretur.* Nous ne voulons examiner ici ce texte qu'au seul point de vue de la *translatio judicii.* L'hypothèse visée est la suivante : j'ai intenté une *vindicatio servi* contre Titius, possesseur de cet esclave ; Titius meurt après avoir fourni la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*, avoir fait *litis contestatio* et avoir institué l'esclave héritier unique *cum libertate.* La *rei vindicatio* doit être transférée sur l'héritier, qui est en même temps *res litigiosa.* L'esclave, suivant l'opinion dominante à laquelle nous nous rallions, ne peut plaider ici que par un *adsertor libertatis.* Le *judicium* doit donc être transféré sur ce dernier ; il prend à son égard le caractère d'une *vindicatio in servitutem ;* mais celle-ci est, en réalité, la même action réelle que précédemment, dirigée cette fois contre l'*adsertor* (Lenel, *Edictum*[2], p. 370) ; le changement de nom n'empêche pas le *judicium* de rester le même (v. *suprà*, p. 165-166). La *translatio judicii* laisse donc subsister ici l'unité de *judicium*, mais le consentement de l'*adsertor* (*si non patiatur id fieri*) est requis, il doit *judicium accipere.* Cet acte ne peut être, d'après M. Koschaker, une *litis contestatio,* car elle briserait l'unité de *judicium ;* ce ne peut être qu'un contrat de translation *sui generis.* On reconnaît l'expédient malheureux de cet auteur ; ici encore notre construction d'une *in integrum restitutio* à effets relatifs et d'une *litis contestatio repetita die* fournit la solution désirable.

Section III.

Divers cas particuliers de Translatio Judicii.

Sous cette rubrique, nous voulons, à l'exemple de M. Koschaker, examiner quelques cas particuliers de *translatio judicii* visés plus ou moins complètement par des textes, de manière à lever, dans la mesure du possible, les difficultés qu'ils soulèvent et surtout pour y enregistrer les arguments qu'ils nous fournissent à l'appui de notre conjecture de la *litis contestatio repetita die*. Nous les groupons ici approximativement dans l'ordre de l'intérêt qu'ils présentent pour la justification de notre conjecture.

1° *Translatio Judicii en matière de Capitis Deminutio.*

La *capitis deminutio* donne lieu à plusieurs applications de la *translatio judicii,* qu'elle soit *maxima, media* ou *minima,* qu'elle atteigne le demandeur ou le défendeur.

Atteint-elle un demandeur, la *lis contestata* passe, en principe[1], avec les autres éléments de l'actif du *capite minutus* à celui qui acquiert cet actif. Il y a, au profit de ce dernier, une acquisition à titre universel de même nature que la succession héréditaire, de telle façon que le particulier qui est investi de l'actif poursuit le procès comme une sorte d'héritier « *jure cujusdam successionis* »; Tryphoninus[2] en fait la remarque expresse à propos de l'*adrogator* qui continue la *querela inofficiosi testamenti* introduite par l'adrogé avant l'adrogation. La même observation s'applique, pour identité de motifs, à toutes les actions et à toutes les espèces de *capitis deminutio*. Quant au procédé de *translatio,* il est tout naturellement celui que nous avons proposé pour la *translatio hereditaria,* c'est-à-dire l'*in integrum restitutio* suivie d'une *litis contestatio repetita die*.

[1] Il n'y a d'exception que pour les « *lites contestatae legitimo judicio* ». Gaius, 3, 83.

[2] *D.*, 5, 2, 22, 3 rapporté p. 165, n. 6.

Lorsque la *capitis deminutio* est subie par un défendeur, la question est plus délicate. Aucun texte ne vise cette hypothèse, mais nous savons que les dettes non délictuelles[1], éteintes *jure civili* par la *capitis deminutio,* revivent *jure praetorio* au moyen de l'*in integrum restitutio*[2]. A vrai dire, l'édit du préteur ne promet cette dernière qu'au cas de *capitis deminutio minima,* mais la jurisprudence étendit les règles de l'édit aux autres *capitis deminutiones*[3]. Ces règles ont leur répercussion dans le domaine de la *translatio judicii*. Les *judicia*[4] antérieurement acceptés par le *capite minutus* ont engendré à sa charge une obligation à base contractuelle qui s'éteint *jure civili* par la *capitis deminutio,* mais peut être restaurée, quelle que soit l'espèce de *capitis deminutio,* par voie d'*in integrum restitutio*.

Dès lors se pose la question de savoir comment cette dernière s'opère. Pour M. Koschaker[5], c'est une rescision absolue et le *judicium translatum* est un *judicium novum* à la manière de ceux proposés par M. Eisele. Nous avons déjà montré[6] les conséquences pratiquement inadmissibles auxquelles conduit cette conception. Qu'il nous suffise de rappeler ici, à titre d'exemple, une de ces conséquences. Si l'on suppose que le *judicium* à restituer soit temporaire et que le délai de la prescription extinctive se soit achevé entre la *litis contestatio* et la demande de res-

[1] Les dettes délictuelles subsistent *jure civili* même malgré la *capitis deminutio : D.*, 4, 5, 2, 3; *l.* 7, 1.

[2] Gaius, 3, 84; *D.*, 4, 5, 2, *pr.* 1. 2.

[3] *D.*, 4, 5, 2, *pr.; l.* 7, 2; Gaius, 3, 84 *i. f.*

[4] Il semble qu'il n'y ait pas à distinguer ici entre les *judicia ex delicto* et les autres; car l'obligation qui naît de la *litis contestatio* a, dans tous les cas, un caractère contractuel. M. Koschaker, qui admet cette opinion à l'égard de la *capitis deminutio maxima* ou *media* (*loc. cit.*, p. 236), semble la rejeter pour des raisons qui nous échappent, à propos de la *minima* (*loc. cit.*, p. 235). En faveur du maintien général de cette opinion, on peut, au contraire, invoquer un texte très net (*D.*, 15, 1, 3, 11) : « ... *nam sicut in stipulatione contrahitur..., ita judicio contrahi :* **proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.** » Nous n'avons pas à suivre ici cette opinion dans ses détails d'application pratique.

[5] *Loc. cit.*, p. 234 et 236.

[6] V. *suprà*, p. 85-86.

titution, une rescision absolue de ce *judicium* rendrait impossible la reconstitution du procès contre le *capite minutus*. L'*in integrum restitutio* n'est ici applicable qu'à la condition d'être une rescision simplement partielle qui respecte les effets positifs produits par la *litis contestatio* antérieure à la *capitis deminutio*. Le moyen d'atteindre ce résultat est, dans ce cas comme ailleurs, celui de la *litis contestatio repetita die* sous l'une quelconque de ses formes.

2° *Translatio Judicii en matière d'action noxale.*

L'action noxale est l'action délictuelle dirigée, à raison du délit d'une personne en puissance, contre celui qui a la *potestas* sur le délinquant au moment de la *litis contestatio*. Le coupable sort-il *pendente judicio* de la puissance du défendeur pour passer sous la dépendance d'une autre personne ou devenir *sui juris*, la question se pose de savoir si le *judicium* suit son cours contre celui qui l'a accepté ou s'il est, au contraire, transféré sur l'acquéreur de la puissance en cas d'aliénation de la personne du délinquant, ou sur celui-ci lui-même, s'il est devenu *sui juris*. Les données des textes sont trop peu nombreuses pour que nous embrassions le problème dans toute son ampleur. Nous nous bornons ici à l'examen des hypothèses qui sont expressément signalées par les jurisconsultes romains.

Trois textes parlent, à notre connaissance, de *translatio judicii* en matière d'action noxale; ce sont *D.*, 3, 2, 14; *D.*, 9, 4, 15, et *D.*, 40, 12, 24, 4.

1° *D.*, 3, 2, 14 (Paul, *l.* 5 *ad ed.*). Le premier de ces textes nous est déjà connu[1]; il vise le cas où l'esclave devient héritier nécessaire de son maître au cours de l'action noxale exercée contre ce dernier et nous apprend que le *judicium* est transféré sur l'esclave ainsi affranchi. Il s'agit donc là d'une *translatio*

[1] Le texte est rapporté *suprà*, p. 165, n. 5; cf. aussi p. 179; p. 187-188.

hereditaria et c'est à l'occasion de celle-ci que nous en avons parlé.

Les deux autres textes visent, au contraire, des hypothèses nouvelles.

2° *D.*, 9, 4, 15 (Gaius, *l.* 6 *ad ed. prov.*)[1]. Gaius suppose

[1] Ce texte est, dans la compilation de Justinien, si étroitement uni au précédent : *D.*, 9, 4, 14, 1 (Ulpien, *l.* 18 *ad ed.*) qu'on ne peut pas les séparer dans l'interprétation. Ces textes sont ainsi conçus : *D.*, 9, 4, 14, 1°: *Sed et si statuliber sit et ante deditionem exstiterit condicio vel fideicommissa libertas fuerit ante praestita vel existente condicione legati dominium fuerit translatum, arbitrio judicis absolvi eum oportet : et officii judicis hoc quoque erit, ut caveatur ei cui deditur ob evictionem ob suum factum contingentem.* D., 9, 4, 15 : *Praetor decernere debet translationem judicii in statuliberum fieri : si vero rei judicandae tempore adhuc in suspenso sit statuta libertas, Sabinus et Cassius liberari heredem putant tradendo* [*mancipando*] *servum, quia toto suo jure cederet : quod et verum est.* Le premier texte suppose qu'une action noxale est intentée contre un héritier à raison d'un délit commis par un esclave héréditaire dont la condition est en suspens, soit que le défunt lui ait fait un legs conditionnel de liberté, soit qu'il ait fait au profit de cet esclave un fidéicommis de liberté, soit que le défunt ait légué la propriété de cet esclave sous condition à une autre personne; le second texte ne vise que la première de ces hypothèses : celle du *statuliber* auquel la liberté a été léguée sous condition. Si nous envisageons d'abord l'hypothèse commune aux deux textes, nous voyons que ceux-ci formulent la distinction suivante : ou bien la condition se réalise et l'esclave acquiert la liberté avant la *noxae deditio;* ou bien la condition n'est pas encore remplie au moment du jugement. Dans l'état actuel des textes, Ulpien (*D.*, 9, 4, 14, 1) semble ne considérer que la première situation et Gaius (*D.*, 9, 4, 15) que la seconde. Il n'est toutefois pas douteux que ces deux fragments ont été fortement abrégés par les compilateurs et que primitivement Ulpien et Gaius considéraient chacun les deux éventualités. Ulpien mentionnait certainement le cas où la *noxae deditio* a lieu avant l'arrivée de la condition; car c'est dans cette circonstance qu'il peut être question de la promesse de garantie dont parle Ulpien à la fin de la *l.* 14, 1 (cette fin est d'ailleurs vraisemblablement altérée : v. Koschaker, *loc. cit.*, p. 201, n. 1). D'autre part, Gaius devait examiner aussi le cas où la condition arrive avant la *noxae deditio;* les mots *si vero* indiquent, en effet, que le jurisconsulte aborde une nouvelle hypothèse qu'il oppose à la précédente; en outre, la *translatio judicii* dont il est question au début du texte n'est concevable qu'autant que le *statuliber* est sorti de la puissance de l'héritier, c'est-à-dire est parvenu à la liberté. Les deux textes doivent donc être combinés lorsqu'on veut découvrir les solutions qu'Ulpien et Gaius proposaient pour les deux situations qu'ils distinguaient. Lorsque la condition de l'esclave est encore en suspens au moment où le jugement pourrait être rendu, l'héritier se libère en faisant *noxae deditio* du *statuliber*, sauf peut-être à fournir une *cautio* par laquelle il s'engageait à indemniser le demandeur au cas où celui-ci serait évincé à raison d'un fait imputable à l'*heres* (par exemple, si l'héritier, avant la *noxae deditio*,

ici qu'une action noxale a été intentée contre l'héritier d'un *dominus*[1] à raison du délit d'un *statuliber* qui parvient à la liberté *pendente lite* et décide que le préteur doit, dans ces conditions, transférer le *judicium* sur l'ancien *statuliber*.

Les auteurs qui, dans ces dernières années, se sont occupés spécialement de ce texte[2] l'ont toujours rattaché, comme les y invite la rédaction même des *Digesta*, au texte précédent d'Ulpien, l. 14, 1, qui entre autres hypothèses vise celle que reprend la l. 15 et décide que dans ce cas l'héritier doit être absous. Ces auteurs s'efforcent de combiner les deux solutions : absolution de l'héritier et transfert du *judicium* sur le *statuliber*. Pour M. Girard[3], l'héritier est absous, parce que le *judicium* a été transféré sur le *statuliber*. Pour M. Koschaker[4], la *translatio judicii* suit, au contraire, l'extinction du précédent *judicium* par l'absolution du défendeur.

---

avait donné l'esclave en gage ou l'avait affranchi). Au contraire, lorsque le *statuliber* a acquis la liberté au moment du jugement, Ulpien dispose que l'*heres* doit être absous et Gaius que le *judicium* doit être transféré sur l'ancien *statuliber*. C'est de cette situation seule que nous avons à nous occuper ici. Ajoutons seulement que les distinctions et solutions que nous venons d'indiquer s'appliquent aisément aux deux autres hypothèses signalées par le seul texte d'Ulpien : celle où l'esclave héréditaire, dont le fait sert de base à l'action noxale, a reçu la liberté par un simple fidéicommis ou a été légué en propriété, mais sous condition, à un autre maître. Tant que la condition de cet esclave est en suspens, l'héritier se libère par la *noxae deditio;* par contre, si l'esclave a reçu la liberté du fiduciaire ou si le légataire a acquis la propriété de l'esclave, l'héritier doit, d'après Ulpien, être absous. L'opinion émise par Gaius à propos du *statuliber* conduit à admettre, dans ces cas, la possibilité d'une *translatio judicii* sur l'ancien esclave ou sur le nouveau maître. Pour l'interprétation de ces textes, v. aussi Koschaker, *loc. cit.*, p. 199-202; 215-220.

[1] La situation serait tout autre si le *judicium noxale* avait été accepté par le défunt, auteur du legs conditionnel de liberté au profit du *statuliber*, et transporté ensuite sur l'héritier. L'acquisition de liberté faite *inter moras litis* par le *statuliber* n'empêcherait pas la condamnation de l'héritier à la *litis aestimatio;* car c'est par le fait du défendeur primitif que la *noxae deditio* est devenue impossible (Arg. *D.*, 9, 4, 38, *pr.*). Cf. Koschaker, *loc. cit.*, p. 215, n. 2.

[2] P.-F. Girard, *Les actions noxales*, *N. R. H.*, 1887, p. 435; Koschaker, *loc. cit.*, p. 199 et suiv. Buckland, *Law of Slavery* (1908), p. 108, examine nos textes, mais ne s'occupe pas de la difficulté qui est ici soulevée.

[3] *Loc. cit.*, p. 435.

[4] *Loc. cit.*, p. 202-215, notamment p. 215.

Or, aucune de ces interprétations ne nous paraît acceptable. Celle de M. Girard est insuffisante et inexacte : insuffisante, parce qu'elle n'explique pas l'absolution de l'héritier déjà préconisée par Julien et Africain dans une hypothèse identique où ces jurisconsultes ne pensent certainement pas à un transfert du *judicium* sur le *statuliber*[1]; inexacte, parce que l'*heres* n'a pas à être absous après la *translatio judicii* qui le met hors de cause et prive le juge du pouvoir de statuer à son égard, que cette suppression du pouvoir du juge résulte, comme on peut le prétendre, du fait même de la *translatio* ou qu'elle résulte d'une défense de juger que lui adresse le magistrat au moment où il délivre le *judicium translatum*[2]. Quant à l'interprétation de M. Koschaker, elle est en contradiction directe avec la notion même de *translatio judicii;* celle-ci devient, en effet, impossible lorsque le *judicium* a pris fin par l'absolution du défendeur. Nous avons déjà établi ailleurs[3] que si l'expression de *translatio judicii* ne permet pas, à elle seule, de trancher la question de

---

[1] *D.*, 47, 2, 62 (61), 9 (Africain, *l.* 8 *quaest.*). Ce texte vise l'hypothèse où la liberté a été léguée à un esclave sous la condition qu'il fît une prestation de dix deniers. La condition n'est remplie qu'au cours d'une action noxale intentée contre l'héritier à raison d'un délit du *statuliber*. La question posée est celle de savoir si l'héritier ne sera absous qu'autant qu'il aura donné au demandeur les dix deniers reçus. Julien répondait déjà qu'il fallait rechercher l'origine des deniers : venaient-ils du pécule, l'héritier n'avait pas à verser les deniers pour être absous; venaient-ils d'une autre source, l'héritier n'était absous qu'autant qu'il avait donné les dix deniers au demandeur. Ces solutions montrent très nettement que l'absolution de l'héritier est ici indépendante de toute *translatio judicii;* s'il y avait eu *translatio judicii*, l'héritier aurait été dans tous les cas déchargé de toute prestation. Ce texte capital dans notre discussion semble avoir échappé à MM. Girard et Koschaker.

[2] Toute la question est de savoir comment sera paralysée l'instruction donnée au juge en vertu du premier *judicium*. On peut admettre que le juge est dessaisi par cela seul qu'il est averti de la *translatio judicii*, ce qui aurait lieu sans acte spécial, lorsque la formule du *judicium translatum* renverrait l'affaire au même juge. Mais il est également concevable que le magistrat ait annulé son ordre primitif par une défense de juger (Arg. *D.*, 5, 1, 58) adressée au juge précédemment nommé. Ce procédé paraît tout indiqué lorsque le magistrat nomme un nouveau juge. Peut-être était-il employé dans tous les cas pour plus de correction?

[3] V. *suprà*, p. 57-59.

savoir si le *judicium translatum* est identique au *judicium* primitivement accepté, elle prouve du moins qu'il y a transport au *judicium translatum* de tout ou partie du contenu de la *lis* déjà *contestata.* Une scolie des Basiliques[1] sur notre texte confirme notre opinion en affirmant que le mot μεταφέρειν = = *transferre* implique que le procès antérieur (même avec ses *interlocutiones*) subsiste et est transporté sur le nouveau plaideur.

L'absolution de l'*heres* et la *translatio judicii* sur le *statuliber* sont donc deux solutions qui ne peuvent pas se cumuler dans une même affaire; elles doivent être appliquées séparément. Selon nous, la première est prononcée ordinairement lorsque le demandeur continue l'instance contre l'*heres,* malgré l'acquisition de liberté faite par le *statuliber;* la seconde a lieu lorsque le demandeur, renonçant à poursuivre l'*heres* après que le *statuliber* est parvenu à la liberté, demande le transfert du *judicium* sur ce dernier[2].

Les deux solutions doivent, par suite, être expliquées chacune pour elle-même, sans être rattachées l'une à l'autre. Nous n'avons pas à dire ici comment l'absolution de l'héritier peut se concilier avec la rédaction d'un *judicium noxale in jus,* affirmant l'obligation pour le *dominus* de payer la *poena*[3]; la seule

[1] *Bas.*, 60, 5, 15 = *D.*, 9, 4, 15 (Heimbach, t. V, p. 349).

[2] Certes, il dut être rare en pratique que le demandeur continuât le procès contre l'*heres*, lorsque la jurisprudence eût décidé que l'*heres* devrait, en pareil cas, être normalement absous. Le demandeur y eût cependant parfois intérêt dans des hypothèses comme celles de *D.*, 47, 2, 62 (61), 9, où il pouvait obtenir de l'*heres*, sinon la *litis aestimatio*, du moins une prestation accessoire, tandis que le transfert du *judicium* sur l'ancien *statuliber* le mettrait peut-être en présence d'un défendeur insolvable. La mention de cette hypothèse dans les textes ne fait d'ailleurs qu'accuser l'ancien état de choses dans lequel l'*heres*, à l'égard duquel toutes les conditions de l'action étaient réunies au moment de la *litis contestatio*, devait être condamné (v. n. 3 ci-dessous).

[3] Cette question est indépendante de celle de savoir si l'*intentio* a, dans les actions noxales *in jus* intentées *nomine servi vel filii* (le caractère alternatif n'est pas douteux pour l'*actio de pauperie* et l'*actio de pastu*), une rédaction alternative affirmant l'obligation du *dominus* ou du *pater* de *noxiam sarcire aut in noxam dedere;* car parmi ceux qui nient le caractère alternatif de cette

tâche qui nous incombe est de rechercher comment la *translatio judicii* fonctionne dans notre hypothèse.

Or, la réponse à cette dernière question doit nous être dictée par un double souci : celui de maintenir le *judicium* antérieur ou tout au moins ses effets positifs pour que l'opération mérite, comme le dit si nettement la scoliaste des Basiliques, le nom de *translatio judicii;* d'autre part, celui de corriger les éléments de fond de la formule, *intentio* et *condemnatio,* pour transformer l'*actio noxalis* en *actio directa,* ce qui n'est possible, semble-t-il, que par une rescision du précédent *judicium* au moyen d'une *in integrum restitutio* et la constitution d'un *novum judicium* par une nouvelle *litis contestatio.* Le seul procédé qui permette de combiner ces deux résultats est, nous l'avons dit et nous ne pouvons que le répéter, celui d'une *in integrum restitutio* suivie d'une *litis contestatio repetita die,* que celle-ci porte

intentio, aucun n'affirme que la *noxae deditio* soit seule *in obligatione* (v. Girard, *loc. cit.*, *N. R. H.*, 1887, p. 440). Tout le monde admet que le paiement de la *poena* est *in obligatione* soit exclusivement, soit alternativement avec la *noxae deditio.* D'où l'absolution du *dominus* ou du *pater* qui perd la *potestas* sur le coupable après la *litis contestatio* ne peut s'expliquer d'après les règles du droit strict, puisque le paiement de la *poena* reste possible. Il faut voir dans cette absolution du détenteur de la puissance un tempérament apporté par la jurisprudence aux règles du droit strict. M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 208-214, a cru pouvoir reconstituer cette évolution de la jurisprudence romaine à l'aide d'arguments d'analogie tirés des règles relatives au *servus fructuarius.* Mais les analogies invoquées par cet auteur et les déductions qu'il tire nous paraissent bien lointaines. Nous sommes plutôt porté à croire qu'il y a eu ici un mouvement de jurisprudence symétrique de celui que nous constatons en matière d'actions réelles (v. notamment *D.*, 6, 1, 57. 58; 5, 3, 57) et qui s'étendit aux actions noxales *in factum* comme aux actions noxales *in jus.* D'après ce progrès de la jurisprudence, le *dominus* ou le *pater* n'était plus condamné lorsqu'il avait perdu la *potestas* sans son dol ou sa faute après la *litis contestatio.* En ce sens, on peut tirer un argument *a contrario* de *D.*, 9, 4, 38, *pr.* : ... **suaque culpa** *litis aestimationem sublaturum, qui vendendo noxae deditionem sibi ademit. D.*, 9, 4, 21, *pr.*, qu'on pourrait être tenté d'invoquer ici, est interpolé (cf. Naber, *Observatiunc. de jure rom.*, 86, p. 9; Lenel, *Edictum*[2], p. 156, n. 4). *D.*, 9, 4, 16, parfois cité contre l'opinion que nous adoptons, comme prouvant que le *dominus* est condamné en cas de mort de l'esclave *post litem contestatam* (cf. Girard, *loc. cit.*, p. 435-436), est sans valeur dans notre discussion, car il vise le décès d'un esclave survenu après la *litis contestatio* dans une action donnée contre le *dominus* sans *noxae deditio.*

simplement la date de l'ancienne ou qu'elle contienne un renvoi du juge à la précédente *litis contestatio*[1]. Des arguments identiques vont nous conduire à la même solution pour le troisième et dernier texte dont nous ayons à nous occuper ici.

3° *D.*, 40, 12, 24, 4 (Paul, *l.* 51 *ad ed.*)[2] vise l'hypothèse suivante : une action *furti noxalis* a été intentée contre le possesseur d'un homme vivant *in servitute;* celui-ci intente *pendente lite,* par l'intermédiaire d'un *assertor,* une *vindicatio libertatis.* Paul décide que le juge de l'*actio furti* doit surseoir au jugement jusqu'à l'issue de la *causa liberalis,* de telle façon que, si cet homme est reconnu libre, le *judicium furti* soit transféré sur lui.

M. Koschaker[3] hésite entre deux constructions de cette *translatio judicii :* ou bien le magistrat rescinde l'action noxale par voie d'*in integrum restitutio* et donne au demandeur, comme *judicium* tout à fait nouveau, l'*actio directa* contre celui dont la liberté a été reconnue; ou bien le *judicium noxale* est nul comme intenté contre une personne qui n'avait pas la *potestas* sur le prétendu délinquant au moment de la *litis contestatio* et le demandeur peut agir *ex novo* par l'*actio directa* sans avoir besoin d'une *in integrum restitutio* préalable. Ses préférences vont toutefois à la seconde explication en faveur de laquelle il invoque un texte d'Ulpien disant dans une hypothèse identique qu'en cas de triomphe du prétendu coupable dans la *causa liberalis* le *judicium noxale* « *inutile videbitur*[1] », c'est-à-dire, suivant sa traduction du mot *inutile,* est radicalement nul.

Pour nous, aucune de ces constructions n'est exacte. La première nous est bien connue et a déjà été réfutée à plusieurs endroits de notre travail; la seconde appelle une observation et une critique qui se corroborent l'une l'autre. L'observation consiste à faire remarquer que l'interprétation des mots *judicium inutile* d'Ulpien, donnée par M. Koschaker, est loin d'être sûre. On sait que la théorie des nullités n'a jamais été élaborée par les jurisconsultes romains et que la terminologie de leurs écrits est à cet égard des plus incertaines[2]. Le mot *inutilis* est une des multiples expressions qu'ils emploient dans cette matière. Or, chez Gaius où il est particulièrement usité, il ne désigne pas une nullité absolue, car l'acte déclaré *inutilis* continue à produire des effets au moins négatifs et parfois même certains effets positifs[3]. Il ne semble pas avoir d'autre valeur chez Ulpien[4]. Les jurisconsultes romains prennent ordinairement soin, semble-t-il, de parler d'acte *ab initio utilis* lorsqu'ils veulent indiquer qu'un acte est frappé d'une nullité absolue[5]. A notre avis, Ulpien veut simplement dire, dans le texte qui nous intéresse, que le *judicium noxale* sera « inefficace » à l'égard du possesseur de celui qui vivait *in servitute,* car le juge devrait, si l'instance était poursuivie contre ce possesseur, l'absoudre comme n'ayant pas eu la *potestas* juridique sur le coupable au moment de la *litis contestatio.* Cette interprétation est confirmée par la critique décisive que provoque l'opinion de M. Koschaker. Le *judicium* n'est pas nul puisqu'il peut être transféré; l'exercice tout à fait indépendant d'une action nouvelle n'est pas une *translatio judicii,* Paul nous le laisse entrevoir très nettement[6];

---

[1] La même construction doit être appliquée aux deux autres cas de *translatio judicii* que suggère *D.*, 9, 4, 14, 1 et que Gaius visait probablement dans le passage rapporté *D.*, 9, 4, 15 (v. *suprà*, p. 197, n. 1) : c'est-à-dire le transfert du *judicium noxale* contre celui que l'héritier a affranchi en exécution d'un fidéicommis, soit contre le légataire qui a acquis l'esclave par suite de l'arrivée de la condition suspensive à laquelle était subordonnée l'acquisition de son legs. Il faut dans ces deux cas maintenir tout ou partie des effets positifs du précédent *judicium* pour que l'opération mérite le nom de *translatio* et il faut dans le premier cas les mêmes corrections de l'*intentio* et de la *condemnatio* que dans l'hypothèse dont parle expressément *D.*, 9, 4, 15.

[2] ... *Aeque si cum possessore hominis furti agi coeperit, deinde is, cujus nomine agebatur, in libertatem proclamaverit, sustinendum judicium, ut, si liber judicatus sit, in ipsum transferatur judicium.*

[3] *Loc. cit.*, p. 221 et suiv.

[1] *D.*, 9, 4, 42, *pr.* (Ulpien, *l.* 37 *ad ed.*).

[2] V. inter alios Mitteis, *Röm. Privatrecht*, t. I, p. 236 et suiv.

[3] Cf. Mitteis, *loc. cit.*, p. 238, n. 4.

[4] *D.*, 17, 1, 8, 5 (Ulpien, *l.* 31 *ad ed.*).

[5] *D.*, 15, 4, 2, 2 (Paul, *l.* 30 *ad ed.*).

[6] *D.*, 3, 3, 27, *pr.* V. *suprà*, p. 57, n. 1.

pour qu'il y ait *translatio judicii,* il faut le transfert dans le nouveau procès de tout ou partie de l'ancien, le scoliaste des Basiliques [1] est particulièrement formel en ce sens.

Le souci de maintenir, au moins quant au fond, le *judicium* antérieur, et le besoin d'une *in integrum restitutio* pour transformer l'*actio noxalis* en *actio directa* conduisent, ici comme dans l'hypothèse précédente, à recourir au procédé de la *litis contestatio repetita die.*

3° « *Translatio Judicii* » *dans les rapports du père et du fils de famille.*

Nous avons des textes pour les deux situations : *translatio judicii* du père sur le fils de famille; *translatio judicii* du fils de famille sur le père.

1° *Translatio judicii* du père sur le fils de famille : *D.,* 47, 10, 17, 14, 22 (Ulp., *l.* 57 *ad ed.* [2]). Ces textes appartiennent à la matière de l'*actio injuriarum* et visent l'hypothèse d'une injure commise contre un fils de famille. Le père peut, dans ce cas, intenter l'*actio injuriarum* en son nom s'il a été personnellement atteint par l'injure dirigée contre son fils [3], mais il a éga-

[1] *Bas.,* 60, 5, 15. V. *suprà,* p. 200, n. 1.

[2] § 14 : *Sed si pater lite contestata coeperit abesse vel etiam neclegere executionem* [*pater vilis*], *dicendum est causa cognita translationem filio competere* [*dandam* d'après P. Krüger]. *Idem et si emancipatus filius esse proponatur.* Ce texte appelle une double correction : *a*) *pater vilis* est à supprimer avec Solazzi, *B. I. D. R.,* t. XI, p. 169, comme formant une superposition maladroite de sujets qui n'est pas l'œuvre d'Ulpien; *b*) P. Krüger, *Corpus, ed. ster.* 11, t. I, corrige le *translationem... competere* qui surprend sous la plume d'un jurisconsulte classique en un *translationem... dandam.* § 22 : *Idem* (Julien) *ait filio familias injuriarum nomine actionem dari, quotiens nemo est, qui patris nomine experiatur, et hoc casu quasi patrem familiae constitui. Quare sive emancipatus sit sive ex parte heres scriptus fuerit vel etiam exheredatus sive paterna hereditate abstinuerit, executionem litis ei dandam : esse enim perabsurdum, quem praetor manente patria potestate ad actionem admittendum probaverit, ei patri familias ultionem injuriarum suarum eripi et transferri ad patrem, qui eum, quantum in ipso est, omiserit, aut, quod est indignius, ad heredes patris ad quos non pertinere injuriam filio familias factam procul dubio est.*

[3] Gaius, 3, 221; *D.,* 47, 10, 1, 9 (Ulpien) ; *l.* 41 (Neratius).

lement la faculté d'agir *nomine filii* à raison de l'offense dont son fils a été victime. Il obtient pour cette dernière action la délivrance d'une formule avec transposition comme celle qui est délivrée aux représentants : l'*intentio* est au nom du fils et la *condemnatio* au nom du père [1]. Si le père s'absente sans laisser de représentant qui puisse intenter à sa place l'*actio injuriarum nomine filii* ou si ce père est atteint d'aliénation mentale [2], le fils a, d'après l'édit du préteur, la faculté d'exercer pour son compte l'*actio injuriarum* qui compétait au père *nomine filii,* et il obtient dans ce cas, suivant une conjecture très vraisemblable [3], une formule rédigée exactement comme si l'action était intentée par un *sui juris* agissant pour son compte.

Le § 14, dont nous avons maintenant à nous occuper, suppose que l'*actio injuriarum* intentée par le père *nomine filii* et conduite par lui jusqu'à la *litis contestatio* est interrompue par l'absence ou la négligence du père; il décide que le *judicium* sera, après *cognitio causae,* transféré au fils, même si celui-ci a été émancipé depuis le délit. Le § 22 s'occupe du cas où cette interruption de procès a pour cause le décès du père et dispose que le *judicium* sera transféré au fils, même s'il a été émancipé, s'il n'a été institué héritier que pour partie, s'il a été exhérédé ou s'il s'est abstenu de l'hérédité. Toutes ces solutions s'expliquent aisément : l'injure a atteint le fils personnellement, il convient qu'il puisse agir à défaut du père et que l'action lui soit donnée plutôt qu'à des héritiers qui n'ont pas souffert de l'injure.

Reste à découvrir le mécanisme de la *translatio judicii.* M. Koschaker [4] hésite entre plusieurs procédés ou admet leur concours. Dans l'hypothèse du § 14, il considère deux voies comme possibles : ou bien le magistrat a opéré une *in integrum restitutio* et donné un *judicium novum;* ou bien, considérant le

[1] Cette rédaction est imposée par le caractère *in factum* de l'*actio injuriarum aestimatoria.*

[2] *D.,* 47, 10, 17, 10. 11.

[3] Lenel, *Edictum* [2], p. 389.

[4] *Loc. cit.,* p. 227 et suiv.

pater comme un *cognitor* du fils, il a réalisé la *translatio judicii* d'autorité suivant les règles de la *translatio cognitoria.* Dans les hypothèses du § 22, l'hésitation est encore possible entre l'*in integrum restitutio* et la *translatio cognitoria,* sauf dans deux cas, celui où le fils a été institué héritier pour partie et celui où il s'est abstenu de l'hérédité, dans lesquels le transfert se fait comme *translatio hereditaria.*

A vrai dire, l'idée de recourir ici à la *translatio cognitoria* ou à la *translatio hereditaria* n'est qu'un expédient imaginé par M. Koschaker pour écarter le plus possible la rescision absolue du *judicium* par voie d'*in integrum restitutio.* Il est aisé de prouver que ces deux espèces de *translatio judicii* ne sont pas applicables à nos hypothèses. Tout d'abord, la *translatio cognitoria* ne peut être employée. Le *pater,* qui intente l'*actio injuriarum nomine filii,* n'est pas un *cognitor :* l'action lui est donnée directement par l'édit sans constitution de pouvoirs émanée du fils; il a, en outre, la faculté de recevoir valablement un paiement [1] et de faire transaction [2], ce que ne peut faire un *cognitor* [3]. Le père n'aurait pu être assimilé à un *cognitor* que par un travail de jurisprudence dont il n'y a aucune trace dans les textes. Quant à la *translatio hereditaria,* elle est impossible dans les deux cas du § 22 où M. Koschaker l'applique : au cas d'institution partielle, parce que si la victime de l'injure se présentait comme héritière, elle n'obtiendrait la *translatio judicii* que pour partie et non pas pour le tout, comme le lui donnent Julien et Ulpien; au cas d'abstention parce que le fils de famille, en réclamant la *translatio judicii* comme héritier, ferait acte d'héritier et perdrait immédiatement le bénéfice du *jus abstinendi.*

De tous les moyens que propose M. Koschaker, le seul qui subsiste est donc celui de la rescision absolue du *judicium* par voie d'*in integrum restitutio.* Nous avons déjà dit ailleurs [4]

[1] Solution évidente, étant donnée la constitution de la famille romaine.
[2] *D.*, 47, 10, 17, 12.
[3] Cf. Eisele, *Cognitur*, p. 94-95.
[4] V. *suprà*, p. 85 et suiv.

toutes les considérations d'ordre pratique qui s'opposent à de telles rescisions dans notre matière. Songeons notamment au préjudice que l'abolition intégrale de la précédente *litis contestatio* pourrait causer au fils, par exemple, si *pendente lite* l'auteur du délit était mort ou le délai de l'année utile avait expiré. Rappelons aussi que l'exercice d'une action complètement nouvelle n'est pas une *translatio judicii.* Nous aboutissons ainsi à cette conclusion que le procédé de l'*in integrum restitutio* suivi d'une *litis contestatio repetita die* est dans ces hypothèses, comme dans les précédentes, le seul qui donne pleine satisfaction.

2° *Translatio judicii* du fils de famille sur le père : *D.*, 5, 1, 57 (Ulpien, *l.* 41 *ad Sabinum* [1]); *D.*, 15, 3, 10, 3 (Ulpien, *l.* 29 *ad*

[1] Ce texte ne nous est certainement pas parvenu dans son état primitif; en dehors d'altérations de détail, il laisse soupçonner entre son premier membre de phrase *tam ex contractibus* et le suivant *sed mortuo eo* une importante lacune; car l'hypothèse très spéciale visée par le second membre de phrase se rattache mal, sans transition préalable, au principe général formulé par le premier. M. Lenel, *Pal. J. C.*, Ulpien, n° 2873, a très ingénieusement comblé cette lacune pour partie en insérant à cet endroit un autre fragment du livre 41 *ad Sab.* d'Ulpien (*D.*, 9, 4, 35) qui s'occupe également des actions intentées contre les fils de famille. La connexité des deux textes est incontestable et l'ordre de restitution adopté par M. Lenel nous paraît devoir être adopté. V. également sur ce texte, Koschaker, *Translatio*, p. 172 et suiv. et aussi 105-109; Seckel, *Die Haftung de peculio...* dans *Aus röm. und bürgerlichem Recht, E.-J. Bekker überreicht*, 1907, notamment p. 366, n. 2. — Nous reproduisons tout d'abord le texte avec les corrections que nous adoptons et en scindant les trois parties du texte :

a) *D.*, 5, 1, 57 : *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio;*

b) *D.*, 9, 4, 35 : *et si* [*ex delictis* add.] *condemnatus fuerit filius, judicatum facere debet : tenet enim condemnatio. Quin immo etiam illud dicendum est patrem quoque post condemnationem filii dumtaxat de peculio posse conveniri;*

c) *D.*, 5, 1, 57 : *Sed mortuo filio post litis contestationem transfertur judicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem ejus versum est. Certe si quasi procurator* [*cognitor*] *alicujus filius familias judicium acceperit, mortuo eo in eum quem defenderit transactio vel judicati datur* [*translatio vel actio judicati datur*].

Ce texte était plus complet, v. pour une restitution rationnelle et complète Seckel, *loc. cit.*, p. 366, n. 2. Nous ne nous occupons ici que des hypothèses visées par la restitution textuelle ci-dessus. La partie *a*) formule un principe certain : les contrats et les délits du fils de famille engendrent certainement dans le droit d'Ulpien une action contre lui ; la seule différence est, sui-

edictum [1]). La combinaison de ces textes permet de distinguer

vant l'opinion dominante et bien établie, que le fils de famille ne peut être personnellement poursuivi par l'*actio judicati* qu'à raison de ses délits, et non pas à raison de ses contrats. — La partie *b*) ne vise que les obligations *ex delictis*. Deux arguments le prouvent : 1° le texte est actuellement inséré au titre *de noxalibus actionibus;* 2° l'*actio judicati* n'est donnée ici contre le père que *de peculio*, elle n'est pas donnée en même temps *de in rem verso*, ce qui s'explique par ce fait que le délit du fils ne peut jamais être considéré comme une intercession de ce dernier pour son père, intercession sans laquelle il n'y a pas, dans le droit classique développé, de recours *de in rem verso* contre le père (cf. notamment Seckel, *loc. cit.*, p. 331-332, les références qui y sont citées et *D.*, 15, 1, 3, 11). En transportant cette partie *b*) au titre *de noxalibus actionibus*, les compilateurs ont supprimé, comme inutiles, les mots *ex delictis* qui devaient se trouver au début de ce développement ; nous les avons, à la suite de MM. Koschaker et Seckel, restitués ci-dessus. Par contre, nous n'avons pas adopté le remplacement de *judicatum facere debet* par *duci jubet* que propose M. Seckel, *loc. cit.*, p. 327, n. 2, car les critiques formulées par cet auteur contre la rédaction actuelle ne nous paraissent pas convaincantes et le (*filius*) *duci* **debet** nous choque ; nous aurions compris un *duci* **potest**, mais rien ne légitime une telle correction. — Sur la partie *c*) existe un grand débat. M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 172 et suiv., s'efforce, dans une élégante démonstration, d'établir que cette troisième partie ne vise que les obligations *ex delictis* du fils de famille. Nous pensons avec M. Seckel, *loc. cit.*, p. 364 et 368, qu'elle vise uniquement les obligations *ex contractibus* de ce fils et même celles-là seules où il peut être considéré comme ayant intercédé pour son père. Il est vrai, comme le remarque justement M. Koschaker, que tout ce livre 41 *ad Sab.* d'Ulpien est consacré à la matière des délits ; mais il n'est pas douteux non plus qu'Ulpien, reproduisant sans doute une proposition de Sabinus (F. Schultz, *Sabinus-Fragmente* (1906), p. 81), ouvre à cet endroit une digression sur les actions possibles contre les fils de famille ; le début de 5, 1, 57 (partie *a*), dont M. Koschaker lui-même admet l'authenticité, montre qu'Ulpien ouvre à cet endroit une parenthèse tant sur les obligations *ex contractibus* que sur les obligations *ex delictis* des fils de famille. Or, il est certain que la fin de ce texte (partie *c*) s'occupe d'autre chose que des délits des fils de famille, puisqu'il vise le cas où le fils a joué le rôle de représentant judiciaire pour autrui. Nous avons même la preuve qu'elle est exclusivement consacrée aux obligations *ex contractibus*, car Ulpien permet ici l'*actio judicati de peculio et de in rem verso* contre le père ; il n'eût autorisé ici l'*actio judicati* que *de peculio* s'il se fût agi d'obligations *ex delictis* (v. *suprà* et *D.*, 15, 1, 3, 11). Quant à la correction de *procurator* par *cognitor*, elle est discutable (v. Koschaker, *loc. cit.*, p. 105-109), mais nous paraît vraisemblable pour des raisons que nous indiquerons ci-dessous (p. 211, n. 4). Enfin, la finale *transactio vel judicati datur* est visiblement altérée. La correction est aisée quant au sens, grâce aux *Bas.*, 7, 5, 56 : Ulpien décidait que le *defensus* devait obtenir la *translatio judicii* et l'*actio judicati*. La corruption *transactio* est l'œuvre d'un copiste et paraît avoir été provoquée par le voisinage de *translatio* (plutôt que *transit* ou *transfertur*) et d'*actio*. Nous sommes ainsi amené à la restitution *trans*[*latio*] *vel* [*actio*] *judicati datur* déjà proposée par M. Seckel, *loc. cit.*, p. 366, n. 2.

[1] *Quare potest dici et si de peculio actionem quasi defensor patris susceperit,*

quatre hypothèses de *translatio judicii*, suivant que le *judicium* dont le transfert doit avoir lieu sur le père de famille a été accepté par le fils soit comme débiteur *ex delicto*, soit comme débiteur *ex contractu*, soit comme représentant du *pater*, soit comme représentant d'un tiers. Le *judicium* se fonde-t-il sur un délit du fils, il est, en cas de décès du fils survenu *pendente lite* [1], trans-

teneri patrem de in rem verso usque ad peculii quantitatem : cujus sententiae id erit emolumentum, ut, si finita sit actio de peculio, de in rem verso conveniatur. Ego et ante condemnationem post judicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri puto. Pour l'interprétation complète de ce texte que nous ne pouvons entreprendre ici, v. Tuhr, *Actio de in rem verso*, p. 145-148 ; Seckel, *loc. cit.*, p. 354-358 ; 369-382. Ce texte vise l'hypothèse où le fils a accepté le *judicium de peculio* dirigé contre le père, à raison, semble-t-il, d'une dette contractée par ce fils lui-même. Ulpien admet dans ce cas, probablement à la suite de Papinien (Arg. *D.*, 15, 3, 10, 1), que le demandeur pourra, en cas de condamnation du fils, intenter l'*actio judicati* contre le père « *de in rem verso usque ad peculii quantitatem* ». Ces mots donnent lieu à une difficulté d'interprétation. Suivant l'excellente explication de v. Tuhr et de Seckel, le fils, quoique intervenant pour sa propre dette, peut être considéré comme intercédant pour le compte de son père, auquel il procure éventuellement un profit. Si l'*actio de peculio* avait été suivie dès le début contre le père, celui-ci eût été condamné d'après l'importance du pécule au moment de la sentence du juge, il eût supporté toutes les diminutions de pécule postérieures à cette condamnation. Poursuivi seulement, après la condamnation de son fils, par l'*actio judicati de peculio*, le père ne serait condamné que d'après l'importance du pécule au moment de la sentence rendue dans cette seconde action ; de telle façon que le père ne supporterait pas les diminutions de pécule postérieures à la condamnation du fils. C'est dans cette mesure que le fils, en se chargeant de l'obligation conditionnelle *de peculio* qui pesait sur le père dans l'action initiale, a accompli un acte d'intercession qui a profité au père. Le demandeur qui aurait ici à subir les diminutions de pécule postérieures à la condamnation du fils (puisque l'exécution sur la personne du fils n'est pas possible dans ce cas) est soustrait à cette conséquence injuste, grâce à la faculté qui lui est accordée par notre texte d'obtenir dans l'*actio judicati* la condamnation du père « *de in rem verso usque ad peculii quantitatem* », c'est-à-dire jusqu'à concurrence de l'importance du pécule au moment de la condamnation du fils. — Ulpien va plus loin **(ego... puto)** et accorde au demandeur, avant toute condamnation du fils et vraisemblablement même du vivant de celui-ci, la *translatio judicii* « *de in rem verso usque ad peculii quantitatem* », c'est-à-dire suivant l'ingénieuse et très satisfaisante conjecture de M. Seckel, d'après l'importance qu'avait le pécule au moment où la condamnation aurait été vraisemblablement prononcée sans le retard inévitable causé par l'intervention du fils et la *translatio judicii*.

[1] Les mots *mortuo filio* de *D.*, 5, 1, 57 appartiennent à la partie *c*) de ce texte qui vise la *translatio judicii* en cas de procès intenté à raison d'une dette

féré sur le père jusqu'à concurrence du pécule[1]. Se fonde-t-il sur une dette contractuelle du fils, ce *judicium* est, en cas de mort de ce dernier[2], transféré sur le père non seulement de *peculio,* mais aussi de *in rem verso,* à la condition toutefois que le contrat du fils ait le caractère d'une intercession quelconque vis-à-vis du père[3]. Si le *judicium* a été accepté par le fils comme

ex contractu du fils ; la partie *b*) (*D.*, 9, 4, 35), qui vise les obligations *ex delictis,* ne s'occupe que de l'*actio judicati* et donne celle-ci *de peculio* contre le père sans distinguer si le fils est mort ou non. Nous n'avons donc aucun témoignage formel pour la *translatio* des *judicia ex delictis ;* mais nous croyons qu'il faut, pour ces *judicia,* admettre la restriction au cas de décès du fils formulée par Ulpien pour les *judicia ex contractibus.* Une différence de régime entre l'*actio judicati* et la *translatio judicii* s'explique parfaitement. On comprend que la victime qui a obtenu la condamnation du fils *ex delictis* préfère à l'exécution personnelle contre le fils l'exécution sur le patrimoine du père, du moins si le pécule est suffisant pour lui donner satisfaction. La tendance progressive de la pratique romaine à choisir l'exécution sur les biens, quand elle est possible, de préférence à l'exécution sur la personne, devait favoriser la réception de cette *actio judicati de peculio* contre le père. Il y avait d'ailleurs dans cet exercice de l'action directe contre le fils et de l'*actio judicati de peculio* contre le père un moyen d'éviter l'exercice d'une action noxale à raison des délits des enfants en puissance ; la jurisprudence, dès l'époque de Marcellus (*D.*, 15, 1, 3, 11 ; cf. Seckel, *loc. cit.*, p. 327 et suiv.), consacre cette combinaison. Son application est aussi rationnelle pendant la vie du fils qu'après son décès. Il en est tout autrement pour la *translatio judicii.* La victime qui a intenté l'action directe contre le fils plutôt que l'action noxale contre le père ne peut pas changer de voie sans raison sérieuse au cours du procès. La mort du fils est une raison de ce genre, puisque la procédure civile ne permet pas la condamnation d'un mort. Mais au lieu d'autoriser la *translatio* du *judicium* sous forme d'action noxale contre le père (v. un groupe d'hypothèses inverses *suprà* p. 204 et suiv.), les jurisconsultes de la fin de l'époque classique permirent la *translatio judicii de peculio* contre le père ; il devait, en effet, y avoir dans le texte d'Ulpien rapporté ci-dessus, pour les obligations *ex delictis,* une mention de la *translatio judicii* symétrique de celle qui en est faite pour les obligations *ex contractibus* (v. Seckel, *loc. cit.*, p. 366, n. 2). *Vivo filio,* il peut y avoir une *translatio* facultative, mais non pas une *translatio* obligatoire, ce qui veut dire que la victime ne peut contraindre le *pater* à accepter le *judicium translatum.*

[1] Arg. *D.*, 15, 1, 3, 11 ; *D.*, 9, 4, 35 ; la *translatio* n'a pas lieu en même temps *de in rem verso,* parce que le délit du fils ne donne pas lieu à une *versio in rem* pour le père (v. *suprà*, p. 207, n. 1).

[2] *D.*, 5, 1, 57 ne parle de *translatio judicii* sur le *pater* que *mortuo filio ;* tant que le fils est vivant, le créancier n'a pas, en principe, de bonne raison pour abandonner la poursuite contre le fils et se retourner contre le *pater ;* c'est pourquoi nous pensons que *vivo filio* la *translatio judicii* n'est que facultative et ne peut être imposée ni au *pater* ni au créancier.

[3] *D.*, 5, 1, 57. Pour la restriction de la *versio in rem* aux cas d'intercession

représentant du père, deux hypothèses sont à distinguer. Le fils a-t-il été constitué *cognitor* par le père, la *translatio judicii* obéit aux règles de la *translatio cognitoria.* Le fils a-t-il accepté le *judicium* comme *procurator* ou simple *defensor*[1], la condamnation prononcée contre lui est, en droit classique, insusceptible d'exécution directe[2] ; le demandeur n'a de recours que contre les *sponsores* de la *cautio judicatum solvi ;* les jurisconsultes de la fin de l'époque classique ont fortifié la situation de ce demandeur en lui donnant l'*actio judicati* et la *translatio judicii* contre le *pater* tout à la fois *de peculio* et *de in rem verso*[3]. Si le fils a accepté le *judicium* comme représentant d'un *extraneus,* il convient également de distinguer suivant qu'il a agi comme *cognitor* (ou à la fin de l'époque classique comme *procurator praesentis* ou *procurator apud acta constitutus*) ou comme simple *procurator* (à la fin de l'époque classique comme mandataire sans pouvoirs certains ou gérant d'affaires). Dans le premier cas, on applique les règles de la *translatio cognitoria,* ce qui veut dire que la *translatio judicii in solidum* sur le *pater* est obligatoire en cas de juste cause, par exemple si le représentant est mort[4].

du père pour le fils, v. Tuhr, *Actio de in rem verso,* p. 142 et suiv. ; Seckel, *loc. cit.*, p. 331 et suiv.

[1] Il n'y a pas lieu de rapprocher ici les *procuratores* à mandat certain, *procurator apud acta constitutus* et *procurator praesentis,* des *cognitores ;* car la *translatio judicii de peculio et de in rem verso* a été admise ici d'une manière générale par Ulpien, donc vers l'époque où l'on étendit à la *translatio procuratoria* les règles de la *translatio cognitoria.* V. *suprà*, p. 159-164.

[2] Il ne s'agit pas ici d'une poursuite à raison d'une obligation *ex delicto* du fils.

[3] Papinien, *l.* 9 *quaest.* (vraisemblablement écrit avant la mort de Commode, 31 déc. 192 ; cf. Fitting, *Alter und Folge...*, p. 74) donne déjà *actio judicati* (*D.*, 15, 3, 10, 1) ; Ulpien semble être le premier qui ait donné la *translatio judicii : D.*, 15, 3, 10, 3 (Ulpien, *l.* 29 *ad ed.*, préparé vraisemblablement sous le règne collectif de Septime Sévère et de Caracalla, mais publié seulement sous le règne exclusif de ce dernier, à partir de 213 ; cf. Fitting, *loc. cit.*, p. 106) : ... **ego** (Ulpien) *et ante condemnationem post judicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri* **puto.** Sur ce dernier texte, v. *suprà* p. 208, n. 1.

[4] *D.*, 5, 1, 57, si l'on corrige ici *procurator* par *cognitor* (v. *suprà* p. 207, n. 1). Cette correction nous paraît légitime quand on oppose la solution de notre texte d'Ulpien à celle contenue dans un autre fragment d'Ulpien (*D.*, 15,

Dans le second cas, la *translatio judicii* doit être donnée *de peculio* contre le *pater;* puisqu'en pareil cas Ulpien donne l'*actio judicati de peculio* contre le *pater* et non pas *in solidum* contre le représenté [1].

D'ailleurs, abstraction faite des divers cas de *translatio cognitoria,* l'octroi de la *translatio judicii* n'est peut-être, dans les hypothèses que nous venons de mentionner, que le résultat d'un mouvement récent de jurisprudence; il ne nous est, en tout cas, attesté que par Ulpien et nous est même, dans une application spéciale, présenté expressément comme une innovation de ce même Ulpien [2].

Quelle que soit, du reste, la mesure dans laquelle la *translatio judicii* est accordée et la date à laquelle elle est apparue dans les hypothèses dont nous nous occupons ici, la question sur laquelle doit se concentrer notre attention est celle de savoir comment ce transfert est opéré.

Deux réponses nous sont, à cet égard, proposées : l'une par M. Koschaker, l'autre par M. Seckel.

D'après M. Koschaker [3], le *judicium translatum de peculio* (et, dans certains cas aussi *de in rem verso*) n'est pas autre chose qu'une *actio de peculio* tout à fait nouvelle fondée sur le contrat procédural conclu par le fils de famille au moment de la *litis contestatio* dans laquelle il a été partie. Cette *actio de peculio* devenait même une *actio de peculio annalis,* lorsque le fils de famille mourait *pendente lite.*

M. Seckel a donné de cette opinion de M. Koschaker une réfutation topique : la *litis contestatio* accomplie avec le fils ne peut pas servir de base à une action : d'une part, la créance qu'elle engendre est subordonnée à la condition de la condamnation du

---

1, 3, 11 *i. f.*) et relative au *defensor*. Ainsi corrigé, *D.*, 5, 1, 57 ne fait que formuler à l'égard du fils de famille *cognitor* la règle générale affirmée pour tout *cognitor* par *D.*, 3, 3, 17, *pr.* (v. *suprà* p. 125, n. 4).

[1] Arg. *D.*, 15, 1, 3, 11 (Ulpien, *l.* 29 *ad ed.*).

[2] Dans l'hypothèse de *D.*, 15, 3, 10, 3. V. *suprà* p. 208, n. 1.

[3] *Loc. cit.*, p. 196-197.

défendeur et il est de toute évidence qu'un droit conditionnel ne peut être exercé en justice; d'autre part, cette *litis contestatio,* tout en opérant un effet novatoire, laisse subsister à la charge du défendeur une obligation naturelle; mais celle-ci n'est pas plus que l'obligation conditionnelle munie d'action. Il faut donc renoncer à trouver dans le contrat judiciaire qu'est la *litis contestatio* la base du *judicium translatum.*

M. Seckel propose une autre explication. « Devant l'impossibilité, nous dit-il [1], de construire une action *adjectitiae qualitatis* sur l'obligation naturelle et sur le *condemnari oportere* conditionnel, le créancier ne pouvait être secouru que par une quasi-action *adjectitiae qualitatis* (née du *litis contestatione teneri*). Le droit classique connaissait depuis longtemps un tel pendant de l'action sous la forme d'un droit de contrainte contre l'héritier du défendeur pour le forcer à la *translatio judicii.* De même que l'action est le pouvoir de contraindre à accepter un *judicium* qui n'existe pas encore, la *translatio necessaria in heredem* est le droit de contraindre à accepter un *judicium* déjà établi et qui doit être maintenant rétabli. Le droit au *judicium transferendum accipere* était reconnu dans le cas d'une succession à la dette; il pouvait être utilisé par analogie au cas de dette *adjectitiae qualitatis.* Ulpien fit le premier pas dans cette voie; il est le créateur de la *translatio judicii de peculio vel de in rem verso.* »

Cette construction doctrinale ne nous renseigne d'ailleurs pas sur le procédé de réalisation de la *translatio judicii.* M. Seckel écarte ce problème, se réservant de l'aborder dans un écrit ultérieur. La seule affirmation qu'il pose dès maintenant est que la *translatio judicii* ne s'opère pas dans ce cas, ni dans aucun autre, du reste, par voie d'*in integrum restitutio.* Ce moyen lui paraît en disproportion avec le but à atteindre et ce n'est pas, selon lui, par un pur hasard que les textes relatifs à la *translatio judicii* ne font aucune allusion à une *restitutio actionis.*

---

[1] *Loc. cit.*, p. 363-364.

Sans nous arrêter à rechercher s'il est méthodique de rejeter au second plan la question, essentielle au point de vue historique, du mode de réalisation de la *translatio judicii* pour tenter immédiatement une généralisation abstraite[1], constatons immédiatement que la construction doctrinale proposée par M. Seckel n'est pas satisfaisante. La notion de quasi-action dont il fait usage n'est pas romaine; elle lui sert à exprimer le pouvoir de contrainte qui permet ici au demandeur de requérir le transfert du *judicium* contre le *pater* et par conséquent d'imposer à ce dernier un nouveau *judicium accipere*. Une situation identique se retrouve toutes les fois qu'un demandeur réclame un transfert de *judicium* dans des cas où la *translatio judicii* est obligatoire. Le pouvoir du demandeur dans ces hypothèses présente évidemment de l'analogie avec celui qu'il exerce dans l'action. Mais ce pouvoir, contrairement à ce qu'affirme M. Seckel, ne se fonde ni sur l'obligation conditionnelle qu'engendre la *litis contestatio,* ni sur l'obligation naturelle qu'elle laisse subsister; car ni l'une ni l'autre de ces obligations ne permet au créancier, c'est-à-dire au demandeur, de prendre l'initiative d'une mesure de contrainte. Il faut déjà, à ce point de vue, trouver une autre explication que celle de M. Seckel; mais l'insuffisance de la conjecture de cet auteur se révèle encore à d'autres égards. En effet, un pouvoir de contrainte, identique à celui que nous venons de signaler pour le demandeur, se rencontre au profit d'autres personnes, par exemple au profit du défendeur contre le demandeur, du représenté contre le représentant, ou du représentant vis-à-vis du représenté, alors qu'ici toute analogie avec l'action dis-

[1] Les jurisconsultes romains, en tant que praticiens et sous l'influence des modes de formation du droit romain, notamment de l'édit du préteur, se préoccupent moins d'élaborer de savantes théories que de découvrir le moyen de procédure le plus apte à donner satisfaction aux intérêts en souffrance. La première préoccupation du romaniste moderne doit donc être de découvrir ce moyen de procédure; c'est ensuite seulement que sur ces données procédurales il peut, pour perfectionner la technique juridique et satisfaire notre besoin d'abstractions, tenter une construction doctrinale qui, le plus souvent, a été négligée ou simplement ébauchée par les jurisconsultes romains.

paraît[1]. Supposons, par exemple, qu'un *dominus* veuille *pendente lite* changer son *cognitor* défendeur ou se substituer à lui, et qu'il invoque à l'appui de cette *translatio judicii* une juste cause, il peut contraindre le demandeur à donner son concours à ce transfert, c'est-à-dire à une nouvelle *editio actionis*, sous peine de ne pouvoir faire valoir son droit en justice; ce pouvoir de contrainte n'a aucune ressemblance avec une action. Supposons encore qu'un *cognitor* demandeur ou défendeur demande, en vertu d'une juste cause, à être déchargé du procès, le *dominus* doit reprendre la conduite du litige ou constituer un autre *cognitor;* le représentant a ainsi le pouvoir de contraindre les deux plaideurs du *judicium translatum* à un *edere* et à un *accipere judicium* nouveaux. Y a-t-il là, en dehors de l'idée de contrainte, quelque analogie avec une action? La vérité est que la situation des personnes en présence dans la *translatio judicii* obligatoire, quel que soit leur rôle dans le procès : demandeur, défendeur, représentant, représenté, est exactement celle dans laquelle elles (ou leurs auteurs dans la *translatio hereditaria*) se trouvaient avant la *litis contestatio.* Le demandeur qui change son *cognitor* ou se substitue à lui, qui demande le transfert du *judicium* contre les héritiers du défendeur, le *pater* ou toute autre personne, peut contraindre son adversaire à accepter le *judicium* sous la menace des mesures de contrainte permises contre les *indefensi.* Le défendeur qui change son *cognitor* ou se substitue à lui contraint le demandeur à une nouvelle *editio actionis,* comme celle qui a eu lieu dans la précédente *litis contestatio.* Enfin, le *cognitor* qui invoque un juste motif pour être libéré du procès oblige le *dominus* à se charger lui-même du procès ou à constituer un autre *cognitor,* exactement comme il l'eût fait s'il avait refusé le rôle de représentant avant la *litis contestatio.* Les plaideurs sont donc, en cas de *translatio judicii* obligatoire, remis par l'autorité du magistrat dans la situation

[1] V. sur l'interprétation du caractère obligatoire de la *translatio judicii* et les moyens de contrainte usités, *suprà* p. 137-143.

où ils étaient avant la *litis contestatio*. N'est-ce pas là précisément le résultat de l'*in integrum restitutio* que nous supposons ici?

D'ailleurs, l'emploi de l'*in integrum restitutio* dans les hypothèses que nous examinons spécialement à cet endroit peut être établi à l'aide d'un autre argument. Dans son transfert du fils sur le père, le *judicium* doit subir une importante correction, puisque le juge doit être privé du pouvoir de condamner au tout pour ne conserver que le pouvoir de condamner le défendeur jusqu'à concurrence du pécule ou de l'enrichissement du père [1]. N'y a-t-il pas là une de ces modifications d'un élément de fond de la *condemnatio* qui ne peut certainement être accomplie que par voie d'*in integrum restitutio* [2]? Il est toujours vrai, d'ailleurs, qu'une telle correction de la formule ne peut être accomplie sans une adhésion des plaideurs à la nouvelle formule dans la forme d'une nouvelle *litis contestatio* et que celle-ci n'est possible qu'après rescision de l'effet extinctif de la précédente *litis contestatio* par une *in integrum restitutio* [3].

Restent les deux objections faites par M. Seckel à l'emploi de l'*in integrum restitutio* pour réaliser la *translatio judicii :* silence des sources et abus de la restitution. Ces objections nous paraissent faciles à écarter.

---

[1] Il n'y a qu'une hypothèse où cette correction ne soit pas requise, c'est celle où le *judicium de peculio* a été accepté par le fils de famille comme *quasi defensor* du *pater* et transporté *de in rem verso* sur celui-ci (*D.*, 15, 3, 10, 3). En effet, l'*actio de peculio* et l'*actio de in rem verso* ne sont qu'une seule et même action avec deux *condemnationes* (Gaius, 4, 74 *a; Inst.*, 4, 7, 4 *b*) ou plutôt avec *une condemnatio* ayant une double *clausula :* l'une *de peculio*, l'autre *de in rem verso*. Cette double *clausula* se trouvait déjà dans le *judicium* accepté par le fils et se retrouve dans le *judicium translatum*. Le besoin d'une *in integrum restitutio* se fonde ici sur cette idée que l'obligation *de peculio aut de in rem verso* qui pèse sur le père a été éteinte par la *litis contestatio* faite avec le fils et ne peut revivre pour servir de base au *judicium translatum* accepté par le père qu'autant que l'effet extinctif de la précédente *litis contestatio* a été rescindé par une *in integrum restitutio*.

[2] Arg. Gaius, 4, 57.

[3] V. *suprà*, p. 118-121.

Le silence des sources s'explique par ce fait que les textes relatifs à la *translatio judicii* sont peu nombreux et que les allusions qu'ils pouvaient accidentellement faire à l'*in integrum restitutio* ont dû être négligées comme sans intérêt sous le régime de la procédure extraordinaire [1]. Ce silence ne peut être concluant, puisque même dans les hypothèses où la *translatio judicii* implique le changement d'un élément de fond de la formule, comme l'insertion d'une exception, qui de l'avis de tous nécessite une *restitutio litis,* il n'y est pas plus question d'*in integrum restitutio* qu'ailleurs.

L'emploi de l'*in integrum restitutio* dans notre matière n'a également rien de surprenant. Le magistrat de la procédure formulaire ne devait éprouver aucun scrupule à rescinder pour une juste cause un *judicium* constitué par les parties avec sa collaboration et sous son autorité. Le plus souvent, l'effet extinctif de ce *judicium,* celui qu'il y a lieu d'effacer par la restitution, repose exclusivement sur l'*imperium* du magistrat [2]. Même lorsque cet effet se produit *ipso jure* en vertu du droit civil, comme pour les actions personnelles *in jus* en cas de *judicium legitimum,* il est la conséquence d'une conception formaliste de l'ancien droit quiritaire [3], qui ne doit pas, en cas de motif grave, arrêter le magistrat de la procédure formulaire dans l'accomplissement d'une œuvre d'équité. En réalité, la restitution opérée par le magistrat dans la *translatio judicii* n'est qu'une manifestation de son rôle de régulateur des procès et qu'une application du magistère incontesté qui lui appartient dans ce domaine.

Il convient d'ailleurs, à ce propos, de se rappeler que l'*in integrum restitutio* a eu, au temps de la grande activité créatrice du préteur, un champ d'application plus large que dans le droit de la fin de l'époque classique et surtout du Bas-Empire. C'est

---

[1] V. *suprà*, p, 7-11.

[2] Les *judicia legitima* sont relativement peu nombreux dans la procédure formulaire.

[3] A savoir de la règle *bis de eadem re ne sit actio* dans sa conception formaliste. V. Cuq, *Institutions*, t. I², p. 139 ; Girard, *Manuel* ⁴, p. 973, n. 4.

ainsi que, d'après Cicéron [1], Métellus, en succédant à Verrès dans la préture de Sicile, opère un grand nombre de restitutions pour réparer les injustices commises par son prédécesseur. De même, l'ordre de l'Edit nous atteste que le préteur y promettait l'*in integrum restitutio* pour cause de violence, de dol et d'aliénation faite *judicii mutandi causa* [2], tandis que les titres des *Digesta* consacrés à ces matières ne contiennent que quelques très maigres allusions à l'*in integrum restitutio* et laissent très nettement entrevoir les efforts qui ont été faits pour éliminer des compilations de Justinien ces applications de l'*in integrum restitutio* [3].

Enfin et surtout, les fragments des *Disputationes* d'Ulpien, récemment découverts à Strasbourg [4], fournissent à notre opinion un appui très précieux parce qu'ils nous signalent une large application de la *restitutio litis* en matière d'*actio de peculio* et nous montrent en même temps avec quel soin les compilateurs ont fait ici disparaître toute trace d'*in integrum restitutio* et ont transformé celle-ci en une action, c'est-à-dire en un moyen ordinaire de procédure. L'un de ces fragments, qui peut être aisément restitué quant à son sens général grâce au texte correspondant des *Digesta* (*D.*, 15, 1, 32, *pr.* [1]), vise l'hypothèse où un esclave est en la puissance de plusieurs usufruitiers ou possesseurs de bonne foi qui ne sont unis entre eux par aucun lien de société ou d'indivision [2]. Il dispose, d'après la teneur qu'il reçoit aux *Digesta,* que l'exercice de l'*actio de peculio* contre l'un de ces usufruitiers ou possesseurs de bonne foi libère les autres, encore que la personne poursuivie ne puisse être condamnée que jusqu'à concurrence de la part de pécule qui lui revient. Mais Ulpien ajoute immédiatement que l'équité réclame qu'on donne contre ceux qui sont ainsi libérés par l'application du droit strict une action (*de peculio*), de manière à ce que les divers maîtres ne soient libérés que par le paiement et non par l'effet extinctif de la *litis contestatio.* Cette restriction d'Ulpien, renversant immédiatement la règle de la libération des autres maîtres, avait paru suspecte [3]. La difficulté a été levée par la lecture de quelques parcelles de ce fragment des *Disputationes* d'Ulpien dans un papyrus de Strasbourg [4]. On y voit que, d'après une opinion qui remonte vraisemblablement à Julien [5], le renouvellement de l'*actio de peculio* n'était ici possible qu'à raison d'une *in integrum restitutio* conduisant à la délivrance d'un *judicium rescissorium.* Les commissaires de Justinien ont donc transformé ce *judicium* en une action directe par la suppres-

[1] *Verr.*, 2, 26, 63.

[2] Pour la violence et le dol, v. ordre de l'Edit chez Lenel, *Edictum* [2], p. 108 et suiv.; Duquesne, Cicéron, *Pro Flacco*, c. 30-32, p. 23; pour l'*alienatio judicii mutandi causa facta*, v. Lenel, *Edictum* [2], p. 121, et J. Partsch, *De l'édit sur l'alienatio judicii mutandi causa facta* (1909), p. 11-15.

[3] Il suffit pour s'en convaincre de parcourir les titres des *Dig.* relatifs au *metus* (4, 2), au dol (4, 3) ou à l'*alienatio judicii mutandi causa facta* (4, 7) pour voir combien les vestiges de l'*in integrum restitutio* y sont insignifiants (cf. Lenel, *Edictum* [2], p. 108-112; p. 121-123; J. Partsch, *loc. cit.*, p. 11-15; p. 48-57). Les traces de l'*in integrum restitutio ob metum* sont si faibles et si obscurcies qu'un copiste l'identifiera avec le pouvoir du juge d'ordonner une restitution en vertu de la *clausula arbitraria* de l'*actio quod metus causa* (*D.*, 4, 2, 9, 7 et la glose *id est in integrum*) ; les *Dig.* n'ont conservé aucune trace de l'édit qui promettait l'*in integrum restitutio ob dolum;* les allusions à l'*in integrum restitutio* pour aliénation faite *judicii mutandi causa* ont été plus ou moins maladroitement supprimées par les commissaires de Justinien; à un endroit, cette restitution a été fusionnée avec une action *in factum* promise par l'Edit pour la même cause (*D.*, 4, 7, 3, 4).

[4] *Sitzungsber. der Berl. Akad.*, 1904, p. 1161.

[1] Ulpien, *l.* 2 *disput. : ... Sed et si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat, quamvis non majoris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. Sed licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet.*

[2] Arg. *D.*, 15, 1, 11, 9; 12; 15; 16; 19, 2; 27, 8.

[3] V. Erman, *Z. S. St.*, t. XX, p. 243 et suiv., et les auteurs cités à cet endroit.

[4] D'après la restitution de M. Lenel, *Z. S. St.*, t. XXV, p. 369, le texte est conçu à peu près comme suit : [*Sed et si duo sint fructuarii vel bonae fidei possessores, alterum conventum alte*]*rum libera*[*re*] *Julianus ait*], *quamvis non majo*[*ris peculii quam*] *penes eum est,* [*condemnari*] *debeat.* [*Sed licet hoc jure con*]*tingat, tamen* [*aequitas*] *dictat resc*[*issorium judi*]*cium in* [*eos dari, qui occasione juris liberantur*].

[5] Lenel, *Z. S. St.*, t. XXV, p. 369; S. Solazzi, *Studi sull' actio de peculio*, p. 25.

sion du mot *rescissorium*. M. Lenel, dans sa récente édition de l'Edit Perpétuel [1], conjecture non sans raison que des suppressions identiques ont eu lieu dans d'autres textes [2] où il était fait également allusion à un renouvellement de l'*actio de peculio* pour une même cause. Ce fragment des *Disputationes* d'Ulpien, découvert à Strasbourg, nous prouve donc que les jurisconsultes classiques n'hésitaient pas, quand l'équité le réclamait, à permettre une *restitutio litis*. N'est-ce pas la réponse la plus topique que nous puissions faire au refus de M. Seckel d'admettre l'emploi de l'*in integrum restitutio* dans le domaine de la *translatio judicii*?

La tendance des jurisconsultes byzantins [3] à restreindre les cas de restitution est d'ailleurs logique; elle correspond à une évolution de la magistrature et de la procédure qui s'est accomplie dans les derniers temps du Principat et au Bas-Empire. Autant les Romains de la fin de la République et du Principat comprenaient aisément qu'un préteur investi de l'*imperium* pût, dans un but d'équité, rescinder un effet juridique et acceptaient de laisser les droits individuels dépendre d'une appréciation arbitraire de ce magistrat, autant les Romains du Bas-Empire devaient s'efforcer de soustraire ces droits individuels au pouvoir discrétionnaire des simples fonctionnaires de la monarchie absolue et de transformer le moyen extraordinaire de l'*in integrum restitutio* en un moyen ordinaire ou action. Il faut, lorsqu'on veut comprendre le rôle de la restitution dans la période de plein épanouissement de la procédure formulaire, se transporter par la pensée au milieu des institutions et des conceptions de l'époque. Dans ce cadre, la *translatio judicii* par voie d'*in integrum restitutio*, en vertu d'une juste cause et après une *cognitio causae* toute spéciale du magistrat, n'est pas une ano-

[1] *Edictum* [2], p. 276.

[2] Il l'affirme expressément pour *D.*, 15, 1, 30, 4 (Ulpien, *l.* 29 *ad ed.*).

[3] Sur cette tendance, v. notamment Lenel, *Edictum* [2], p. 121 et 276, et J. Partsch, *loc. cit.*, p. 57.

malie; elle n'est pas plus surprenante que les *in integrum restitutiones* prononcées pour opérer la correction des éléments de fond de la formule ou pour permettre le renouvellement d'une action *de peculio;* la manifestation de besoins similaires a conduit dans tous ces cas à l'emploi du même remède : celui de l'*in integrum restitutio*.

Section IV.

Mutatio Judicis.

Pour clore la revue de toutes les applications de la *translatio judicii* visées par les textes, il reste à examiner l'hypothèse d'un changement de juge postérieurement à la *litis contestatio*, qu'il s'agisse de la mutation d'un *judex unus* ou du changement d'un, de plusieurs ou de la totalité des membres d'un collège judiciaire [1]. En pénétrant dans ce domaine, nous abordons d'ailleurs un terrain mouvant sur lequel l'historien du droit romain n'érige qu'à grand'peine de fragiles conjectures. Tout ici est discuté, qu'on envisage le problème au point de vue de la terminologie ou au point de vue de la procédure.

On se demande tout d'abord si la *mutatio judicis* est bien un cas de *translatio judicii*. L'affirmative n'est pas douteuse pour ceux qui considèrent le juge comme un sujet du *judicium* à l'instar des parties; tout changement de juge entraîne, dans cette opinion, la translation du *judicium* de l'ancien sujet sur le nouveau. La réponse est plus délicate pour ceux qui admettent avec nous que le juge n'est pas sujet du *judicium*, mais simplement l'un des éléments de la condition à laquelle ce rapport juridique est subordonné, en ce sens que le droit du demandeur au montant de la condamnation pécuniaire dépend de la condamnation prononcée par le juge institué dans le *judicium* [2].

[1] Classement des divers cas où il y a lieu à une *mutatio judicis* chez Rudorff, *Röm. Rechtsgesch.*, t. II, p. 247-248.

[2] V. *suprà*, p. 14-16.

L'idée de déplacement du *judicium* d'un sujet sur un autre, qui justifie parfaitement l'emploi des mots *translatio judicii* au cas de *mutatio partis,* fait ici défaut. D'autre part, la lecture des sources montre simultanément que les termes les plus usités pour désigner le changement de juge sont, non pas *judicium transferre,* mais *judicem mutare*[1], *alium judicem sumere*[2], *alium judicem dare*[3], *judicem subdere*[4] ou *substituere*[5]. On comprend, dans ces conditions, que certains auteurs aient soutenu que la *mutatio judicis* n'est pas un cas de *translatio judicii*[6].

Cette conclusion nous paraît très contestable en présence du caractère fragmentaire et restreint de la documentation que nous possédons sur la *mutatio judicis.* Les termes rapportés plus haut sont les plus fréquents parce qu'ils sont la traduction la plus commode et la plus précise de l'idée de changement de juge; mais l'expression *judicium transferre* n'est pas inconnue dans notre matière; elle se trouve déjà, à notre connaissance et sans que nous ayons fait aucune recherche spéciale à cet égard, chez Cicéron pour désigner un changement de personnel dans la *quaestio repetundarum*[7], elle se rencontre également chez Ulpien sous la forme *in alium judicium transferri*[8]. Etendus à

[1] *D.*, 5, 1, 18, *pr.; l.* 46; *l.* 76; *D.*, 48, 11, 7, *pr.* Cf. aussi Cicéron, *Verr.*, act. I, 10, 30.

[2] *D.*, 5, 1, 17; *l.* 76.

[3] *D.*, 5, 1, 32; *D.*, 27, 7, 6.

[4] *D.*, 5, 1, 60; Festus, v° *Subditus* chez Bruns, *Fontes*[7], II, p. 41; Cicéron, *Pro domo*, 32, 85.

[5] *D.*, 46, 7, 20.

[6] V. Koschaker, *loc. cit.*, p. 311.

[7] *In Verr.*, act. I, 8, 20 : *Etenim quis poterit Verre absoluto de transferendis judiciis recusare?* Hortensius, le défenseur de Verrès, ayant été élu consul au cours de cette première action, l'opinion publique y vit le présage de l'absolution de Verrès et celui-ci s'efforça de gagner les calendes de janvier pour plaider sous le consulat d'Hortensius et bénéficier des mutations de juges que provoquerait à cette époque l'appel de plusieurs juges à diverses charges. C'est en faisant allusion à cet état de choses qu'un des meilleurs juges du *consilium* aurait interpellé Cicéron en ces termes : Ton accusé te sera ravi, nous ne garderons pas plus longtemps la connaissance de l'affaire. « Qui de nous pourrait, en effet, après cette absolution (indirecte) de Verrès, refuser le transfert du procès à d'autres juges? »

[8] *D.*, 50, 5, 13, 3 (Ulpien, *l.* 23 *ad ed.*) : *Si post causam actam coeperit se excusare judex, si quidem privilegio, quod habuit antequam susciperet judicium, velit se excusare, nec audiendus est..... Quod si postea justa causa incidit, ut judex vel ad tempus excusetur,* **non debet in alium judicium transferri,** *si cum captione id futurum est alterutrius.....*

cette hypothèse, ces mots sont pris dans une acception plus large que celle de transfert du *judicium* d'un sujet sur un autre, ils signifient que la connaissance du procès et le pouvoir de le trancher par une sentence qui sont conférés à un tribunal déterminé par la formule primitive et qui constituent un élément important du *judicium* à l'égal de la désignation des parties, sont transférés à un nouveau tribunal. L'extension du terme *judicium transferre* au changement de juge s'explique d'ailleurs parfaitement, s'il est exact, comme nous inclinons à le penser, que la *mutatio judicis* donne lieu à la même procédure que la *mutatio partis.* Pour toutes ces raisons, nous croyons que la *mutatio judicis* est un cas de *translatio judicii.*

Ecartons, du reste, désormais toute préoccupation de terminologie. Le problème capital du procédé de changement de juge dans la procédure formulaire s'élève bien au-dessus d'une question de mots; il reste le même, que l'hypothèse soit ou non considérée comme une application de la *translatio judicii :* il s'agit, en effet, de savoir si ce changement peut être opéré directement et d'autorité par le magistrat, ou s'il réclame, au contraire, un nouvel accord des plaideurs dans la forme d'une *litis contestatio,* ce qui n'est possible qu'après une rescision du *judicium* primitif par voie d'*in integrum restitutio.*

A cette question M. Koschaker[1] croit trouver une réponse péremptoire dans deux textes qui, avec plus ou moins de netteté, affirment que le *judicium* reste le même malgré le changement de juge. Le premier, un fragment de Paul, dit simplement que le nouveau juge a une mission identique à celle qui incombait à son prédécesseur[2]. Le second texte, beaucoup plus explicite,

[1] *Loc. cit.*, p. 315.

[2] *D.*, 5, 1, 60 (Paul, *l.* 14 *ad Sab.*) : *Mortuo judice quod eum judicare oportuerat,* **idem** *eum qui subditus est sequi oportet.*

émane d'Alfenus Varus; il nous expose dans un assez long développement d'allure philosophique que le changement d'un, de plusieurs ou de la totalité des juges n'empêche pas le *judicium* de rester toujours le même à l'instar de la légion et du navire qui subsistent malgré le remplacement de tous les soldats de la légion ou de toutes les planches du navire[1]. M. Koschaker en conclut que la correction de la formule nécessitée par le changement de juge est opérée directement par le magistrat sans nouvelle *litis contestatio* et par conséquent sans *in integrum restitutio* préalable.

De cette procédure deux conceptions sont possibles, entre lesquelles M. Koschaker nous laisse le choix. Ou bien on peut admettre avec M. Lenel[1] que la nomination du juge est dans la procédure formulaire indépendante de la *litis contestatio* et a lieu postérieurement à celle-ci dans une audience du magistrat à laquelle assistent, en dehors des plaideurs, les *judices selecti* disponibles; dans un tel système la *mutatio judicis* ne donne lieu qu'à un simple incident de procédure qui ne nécessite pas le renouvellement de la *litis contestatio*. Ou bien on peut, suivant une conjecture propre à M. Koschaker, concevoir que les plaideurs prudents faisaient *litis contestatio* sur une formule visant le juge actuellement nommé et celui qui pourrait éventuellement lui être substitué, c'est-à-dire une formule dont la clause initiale était, par exemple, rédigée comme suit : *Titius quive in locum ejus substitutus* (ou *subditus*) *erit judex esto*[2].

Aucune de ces explications ne nous paraît pleinement satisfaisante.

La thèse de M. Lenel, que nous examinons la première, repose sur une affirmation trop absolue de l'indépendance respective de la *litis contestatio* et de la nomination du juge.

En faveur de cette indépendance on peut, à vrai dire, faire valoir plusieurs raisons. La première est d'ordre historique : elle consiste à invoquer le précédent des *legis actiones* où, suivant une conjecture qui nous paraît très vraisemblable, la *litis contestatio* précède, au moins depuis la loi Pinaria, la *datio judicis*[3] et garde toute sa valeur quel que soit le juge nommé et abstraction faite de tout changement de juge. Une autre raison peut être tirée du véritable sens qu'il convient de donner à la

---

[1] *D.*, 5, 1, 76 (Alfenus, *l.* 6 *dig.*) : *Proponebatur ex his judicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur singulorum* **judicum mutatio eandem rem an aliud judicium fecisset.** *Respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes judices mutati essent, tamen et rem eandem et judicium idem quod antea fuisset permanere,* etc. Ce texte vise un tribunal de plusieurs juges. M. Lenel, *P. J. C.*, t. I, col. 42, pense à un jury de récupérateurs; M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 315, n. 1, au tribunal des centumvirs. M. O. Martin, *Tribunal des Centumvirs* (1904), p. 35, n. 1, a critiqué avec succès, selon nous, la conjecture de M. Lenel. D'après ce dernier auteur, notre texte (*D.*, 5, 1, 76) doit être, avec l'autre fragment du livre 6 des *Dig.* d'Alfenus Varus qui nous est parvenu (*D.*, 6, 1, 57), rapproché des extraits du livre 7 consacré aux *causae liberales* et attribué le premier aux *judicia recuperatoria*, le second aux *causae liberales*, sujet connexe du précédent, car au temps de l'Edit, les *causae liberales* donnaient normalement lieu à l'organisation de *judicia recuperatoria* (Lenel, *Edictum*[1], p. 20). M. Martin remarque avec raison que les deux textes en question sont étrangers à la matière de la *causa liberalis : D.*, 6, 1, 57 appartient au sujet de la revendication; *D.*, 5, 1, 76 doit relever de la même matière ou d'une matière connexe comme la pétition d'hérédité dont le jurisconsulte s'occupait au livre 5 de ses *Digesta*. Il en résulte que le tribunal visé par *D.*, 5, 1, 76 est plutôt celui des centumvirs que celui des récupérateurs. — Sur les conceptions philosophiques qui ont inspiré ce texte, v. Sokolowski, *Philosophie im Privatrecht*, t. I, p. 36-38. — Quant à *D.*, 5, 1, 32, M. Koschaker, *loc. cit.*, p. 315, n. 2, a montré qu'il ne peut être invoqué ici. Ce texte appartient à la procédure extraordinaire (il est extrait d'Ulpien, *l.* 1 *de officio consulis*) et disait simplement dans sa rédaction originaire que le consul ne peut déléguer ses pouvoirs à un *judex datus* au delà de son année de charge (Lenel, *Pal. J. C.*, Ulpien, fr. 2048, n. 3) ; il en est naturellement ainsi, que la *mutatio judicis* ait donné lieu ou non à une nouvelle *litis contestatio*.

[1] *Z. S. St.*, t. XXIV, p. 337-343.

[2] A l'appui de sa conjecture, M. Koschaker invoque tout d'abord la pratique qui nous est attestée pour la *cautio judicatum solvi* par Claudius Tryphoninus, disciple de Scaevola, *D.*, 46, 7, 20. Il remarque, en outre, que l'expression *judex subditus* paraît être le terme technique dont se servent les Romains (Cicéron, *Pro Domo*, 32, 85; Festus, *s. v. subditus; D.*, 5, 1, 60) pour désigner le juge nommé *durante lite* en remplacement d'un juge décédé et incline à penser que cet usage du langage s'appuie sur une clause de substitution couramment usitée dans les formules.

[3] V. *suprà*, p. 27.

règle antique d'après laquelle les plaideurs ne peuvent pas recevoir un juge qu'ils n'aient pas agréé [1]. Ces plaideurs obtiennent toujours, sans aucun doute, le juge de leur choix, lorsqu'ils s'entendent pour proposer une personne capable à la nomination du magistrat [2]. Mais, en dehors de là, on peut très bien comprendre que le choix des parties ne se traduise pas par une acceptation du juge dans la *litis contestatio,* mais s'exerce uniquement dans la forme d'un droit de récusation tel qu'il est organisé par les lois d'organisation judiciaire [3], de telle sorte qu'un juge pût être régulièrement désigné, même contre la volonté de l'un des plaideurs, lorsque celui-ci a épuisé le droit de récusation qui lui appartient. Dans un tel système, le changement de ce juge doit pouvoir s'opérer sans nouvelle *litis contestatio.* Enfin, il y a dans la procédure formulaire un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles les plaideurs ne viennent devant le magistrat que pour faire *litis contestatio* sans demander une nomination de juge, celle-ci étant renvoyée à une époque ultérieure [4]. N'est-ce pas précisément la preuve que la *datio judicis*

---

[1] V. sa formule la plus expressive chez Cicéron, *Pro Cluentio,* 43, 120 : *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem,* **nisi qui inter adversarios convenisset.**

[2] Cette faculté des plaideurs est certaine sous la procédure de l'*ordo : D.,* 5, 1, 80 (Pomponius, *l.* 2 *ad Sab.*) ; *D.,* 42, 1, 57 (Ulpien, *l.* 2 *disput.*) ; elle subsiste dans une certaine mesure sous la procédure extraordinaire (*D.,* 49, 1, 23, *pr.; P. Oxy,* I, 67. Cf. Wenger, *Act. Judicati,* p. 129, n. 5).

[3] Il en est certainement ainsi dans la procédure des *quaestiones perpetuae* (v. Mommsen, *Strafrecht,* p. 215-217 = *Droit Pén. Rom.,* t. I, p. 249-252) que Cicéron vise en première ligne dans l'apophtegme rapporté plus haut. Il en est apparemment de même dans les procès de l'*ordo* (v. notamment Keller-Wach, *Civilproz.*[6], p. 42 et suiv. ; Girard, *Manuel*[4], p. 975 ; p. 1003-1004). Ce droit de récusation s'exerce différemment, suivant que le juge est désigné par voie d'*editio* du demandeur et de *rejectio* du défendeur, comme cela eut lieu plus ou moins longtemps pour l'*unus judex* et l'*arbiter,* ou par voie de *sortitio* avec faculté pour le demandeur et le défendeur de rejeter un certain nombre de noms, suivant la pratique adoptée primitivement pour la désignation des récupérateurs, puis généralisée.

[4] Sur ces hypothèses, v. notamment Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judiciorum,* p. 463, n. 66 *i. f.;* Erman, *Z. S. St.,* t. XXII, p. 246, n. 1. L'hypothèse la plus sûre est celle des légats des cités provinciales qui ne doivent pas, pendant leur séjour dans la capitale, être détournés de leur mission et qui, par suite, sont soustraits à l'obligation d'accepter un *judicium* à Rome, sauf lorsque le droit du demandeur est sur le point de s'éteindre par prescription. En pareil cas, le demandeur peut, après *cognitio causae,* contraindre le légat à faire *litis contestatio* pour interrompre la prescription, mais l'affaire est renvoyée aux juges du domicile du légat (*D.,* 5, 1, 28, 4 : *Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita adversus eum judicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in provinciam transferatur*). Il y a certainement dans ce cas une *datio judicis* postérieure à la *litis contestatio;* car les juges provinciaux qui doivent trancher le litige ne peuvent être nommés que par le magistrat provincial et non par le préteur de Rome. — De cette hypothèse, on peut en rapprocher un certain nombre d'autres où le demandeur est autorisé à contraindre son adversaire à une *litis contestatio* immédiate, mais où l'examen de l'affaire par un juge est renvoyé à une époque ultérieure. Il en est ainsi pour les procès que les gouverneurs de province et les gens de leur suite ont la faculté d'intenter pendant la durée des fonctions des gouverneurs (*D.,* 1, 18, 16) ; pour ceux où une action peut, d'après l'*oratio* de Marc-Aurèle relative au calendrier judiciaire, être engagée pendant les vendanges et les moissons (*D.,* 2, 12, 1, 2 ; *l.* 3 *pr.*) ; pour ceux qui sont introduits au cours d'une *causa liberalis* contre celui dont l'état est contesté (*D.,* 40, 12, 24, *pr.* et § 3) ; pour ceux que le fiduciaire doit, en l'absence du fidéicommissaire, accepter malgré la restitution faite en vertu du Trébellien (*D.,* 36, 1, 51 (49), *pr.;* ce texte ne dit pas expressément que la contrainte a lieu simplement *ut lis contestetur,* mais cela est vraisemblable quand on le rapproche des autres textes cités ici) ; enfin pour ceux que l'héritier testamentaire est contraint d'accepter tant que l'héritier légitime délibère sur le point de savoir s'il demandera ou non la *bonorum possessio contra tabulas* (*D.,* 36, 1, 51 (49), 1. Même observation que pour le *pr.* cité ci-dessus). Il est certain que dans ces divers cas l'affaire ne peut être jugée qu'après la disparition de l'obstacle qui s'oppose actuellement à l'examen de l'affaire par le juge (cessation des fonctions du gouverneur, fin des vendanges ou de la moisson, jugement de la *causa liberalis,* retour du fidéicommissaire, expiration du délai pour demander la *bonorum possessio contra tabulas*). On peut concevoir que le juge soit ici nommé avant la *litis contestatio,* mais doive surseoir à statuer. Mais cette manière de procéder est peu vraisemblable, surtout dans certains cas : par exemple, lorsque le juge serait ainsi nommé pendant la fonction du gouverneur intéressé dans le procès, ou encore lorsque l'affaire doit être jugée à une époque tout à fait indéterminée, comme la date du retour du fidéicommissaire. D'autre part, pourquoi nommer dès maintenant un juge qui sera peut-être incapable ou aura des causes d'excuse au moment de juger?

est indépendante de la *litis contestatio* et même, suivant la conjecture de M. Lenel, la suit normalement?

Quelque puissant que soit en apparence ce faisceau d'arguments, il convient de le dénouer et d'en éprouver séparément chaque partie.

Tout d'abord, l'argument tiré du régime en vigueur sous le

système des Actions de la Loi n'est pas concluant pour la procédure formulaire. Il y a entre les deux procédures des différences qui peuvent expliquer une divergence dans les conditions de nomination du juge. Dans les Actions de la Loi, la tâche du juge est tracée par les paroles et les actes des plaideurs dans la *legis actio;* ces solennités gardent leur valeur, quelle que soit la personne à laquelle le magistrat adresse l'ordre de juger. On conçoit aisément que dans une telle organisation du procès la nomination du juge ait pu devenir indépendante de la *litis contestatio* et le changement de juge ait pu s'opérer sans renouvellement de la *legis actio* et de la *litis contestatio.* La situation est tout autre dans la procédure formulaire. Le pivot du procès est ici la *formula* ou instruction par laquelle le magistrat trace au juge sa mission et lui donne le pouvoir de juger. Mais cette instruction n'a de valeur qu'autant qu'elle a reçu l'adhésion des plaideurs dans la forme d'une *litis contestatio.* Or, ce consentement des parties s'étend à toutes les parties de la formule, c'est-à-dire à la nomination du juge comme aux autres éléments du procès. On peut, dès lors, très bien admettre que le changement de juge réclame, comme toute autre modification de la formule, un nouvel accord de volontés des plaideurs par voie de nouvelle *litis contestatio.*

Quant au choix du juge par les plaideurs, il est exact de le ramener à l'exercice d'un simple droit de récusation, sous le bénéfice de cette réserve que les parties, pratiquement le défendeur, peuvent, dans la mesure où la *litis contestatio* suit la *datio judicis,* refuser leur concours à la *litis contestatio* lorsque le juge nommé ne leur plaît pas. Sans doute, le défendeur qui oppose un tel refus s'expose aux sanctions permises contre les *indefensi,* mais ce n'est là que la voie de contrainte habituelle contre le défendeur qui ne veut pas conclure le contrat judiciaire, qu'il rejette le juge nommé ou tel autre élément de la formule. Et de même que le magistrat ne peut pas, par voie de contrainte directe, lui imposer telle ou telle *intentio,* telle ou telle *condemnatio,* il ne peut pas non plus lui imposer par voie

d'autorité tel juge que ce défendeur n'accepte pas. La *datio judicis* reste donc pleinement subordonnée à l'acceptation du juge par les parties dans la mesure où l'efficacité de cette *datio* dépend de l'accomplissement postérieur de la *litis contestatio.*

La question capitale est donc celle de savoir si réellement la *litis contestatio* suit la *datio judicis.* Or, il y a en faveur de l'affirmative des preuves qui nous paraissent décisives [1].

Ce sont d'abord plusieurs textes de Gaius (4, 104. 105. 109) qui nous présentent l'acceptation du *judicium* comme embrassant en même temps l'acceptation d'un jury déterminé [2]. Ce témoignage est confirmé par les expressions *judicium centumvirale, judicium recuperatorium* qui sont favorables à l'idée que l'institution du jury est un élément du procès [3]. Bien plus, un texte d'Ulpien nous présente comme actes concomitants le *judicium accipere,* l'*in judicium versari* et le *judex fit,* établissant tout à la fois que le juge est nommé avant la *litis contestatio* et qu'il n'est investi de ses fonctions qu'au moment où le *judicium* est accepté par le défendeur [4]. Des textes relatifs à la *cautio pro*

---

[1] En ce sens, Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judiciorum,* p. 463, n. 66 *i. f.;* Busz, *Litiscontestatio,* p. 54, n. 1.

[2] Gaius, 4, 104 : *Legitima sunt judicia quae... sub uno judice accipiuntur.* 105 : *Imperio vero continentur recuperatoria et quae* **sub uno judice** *accipiuntur* **interveniente peregrini persona judicis** *aut litigatoris.* 109 : ... *et ex diverso si... Romae* **sub uno judice** *inter omnes cives Romanos accipiatur legitimum, legitimum est.* Quant à l'interprétation du mot *sub* proposée par Schlossmann, *Litis Contestatio,* p. 84-85, et tendant à prouver que la *litis contestatio* avait lieu non devant le magistrat, mais au début de la procédure *in judicio,* elle doit être résolument rejetée comme la thèse même de Schlossmann. V. Roberto de Ruggiero, *Bull. dell. Ist. di dir. rom.,* 1905, p. 169-170; 180-181; Busz, *Litiscont.,* p. 52, n. 3. Aux arguments invoqués par ces auteurs, on peut ajouter notamment un texte tout à fait décisif : *D.,* 2, 11, 10, 2 *i. f.*

[3] Ces expressions sont particulièrement significatives, car le *judicium* est précisément constitué par la *litis contestatio.* V. notamment *D.,* 46, 8, 15 et Cicéron, *Pro Q. Rosc. com.,* 11, 32 : *lite contestata, judicio damni injuria constituto...*

[4] *D.,* 21, 1, 25, 8 (Ulpien, *l.* 1 *ad ed. aed. cur.*)... *Ceterum* **post judicium acceptum** *tota causa* (Mommsen ajoute ici : *quod*) *ad hominem restituendum* **in judicio versatur,** *et tam fructus veniunt quam id quo deterior factus est ceteraque veniunt : judici enim* **statim atque judex factus est** *omnium rerum officium incumbit, quaecumque in judicio versantur...* C'est à tort que M. Busz,

praede litis et vindiciarum et à la *cautio judicatum solvi* renforcent cette argumentation en prouvant par leur combinaison que ces deux stipulations prétoriennes, qui sont conclues avant la *litis contestatio,* visent dans leur rédaction un jury déterminé, ce qui implique que le jury a déjà été arrêté par les plaideurs et le magistrat au moment où le défendeur s'engage dans ces stipulations[1]. La force probante de ces derniers textes est cependant contestée[2]. M. Lenel a cru, en utilisant une conjecture que lui suggérait M. Wlassak, pouvoir infirmer l'argument que fournit le fragment d'Ulpien (*D.*, 46, 7, 3, *pr.*). Ce texte ne viserait pas l'hypothèse où les plaideurs auraient conclu une *cautio pro praede litis et vindiciarum* contenant le nom d'un *judex* déterminé et auraient ensuite obtenu nomination d'un autre juge,

---

Litiscont., p. 54, n. 1, cite ici un certain nombre de textes (Gaius, 4, 15; *D.*, 17, 1, 38, *pr.;* 22, 1, 1, 3; 26, 7, 58, 1; 27, 3, 9, 4; 27, 7, 6; 39, 3, 11, 3) qui prouveraient, selon lui, que *judicem accipere* est synonyme de *judicium accipere.* Il ressort, en effet, très nettement de certains textes (Gaius, 4, 15; *D.*, 27, 7, 6) que ce *judicem accipere* correspond à un *dare* du magistrat; le *judicium accipere* correspond à un *judicium edere* du demandeur. De plus, parmi les textes cités, certains nous présentent le *judicem accipere* comme un acte commun du demandeur et du défendeur (Gaius, 4, 15; *D.*, 39, 3, 11, 3), d'autres parlent exclusivement d'un *judicem accipere* du demandeur (*D.*, 17, 1, 38, *pr.;* 26, 7, 58, 1; 27, 3, 9, 4; 27, 7, 6); le *judicium accipere* ne peut émaner que du défendeur.

[1] *D.*, 46, 7, 3, *pr.* (Ulpien, *l.* 77 *ad ed.;* Lenel, *Pal. J. C.*, Ulpien, n° 1698) : *Si quis apud aliquem judicem iturus stipulatus est judicatum solvi* [L. : *pro praede litis et vindiciarum*] *et agit apud alterum, non committitur stipulatio, quia non hujus judicis sententiae fidejussores* [L. : *sponsores*] *se subdiderunt.* La correction de *judicatum solvi* par *pro praede litis et vindiciarum* est légitime (v. Lenel, *Edictum*[2], p. 496-497, et J. Duquesne, *La contexture générale de la cautio judicatum solvi,* dans *Mélanges Fitting,* t. I, p. 324-328 = p. 4-8 du tirage à part). — *D.*, 46, 7, 20 (Scaevola, *l.* 20 [L. : 29] *dig.*) : *Cum apud Sempronium judicem datum reus defenderetur, stipulatione cautum est, ut, quod Sempronius judex judicasset, praestaretur : a cujus sententia petitor appellavit et cum apud competentem appellationi judicem res ageretur, defensore condemnato quaesitum est, an stipulatio commissa est. Respondit secundum ea quae proponerentur non esse jure commissam.* **Claudius** : *ideo stipulatione adicitur : quive in ejus locum substitutus erit.* La forme *competentem appellationi judicem* serait de Justinien d'après Gradenwitz (v. P. Krüger, dans *Corpus Juris Civ., ed. stereot.* 11, t. I, Berlin, Weidmann, 1908).

[2] Lenel, *Z. S. St.*, t. XXIV, p. 339, n. 2; *Edictum*[2], p. 498; Stintzing, *Beiträge zur röm. Rechtsgesch.*, p. 102.

mais celle où ces plaideurs auraient conclu cette *cautio* dans la pensée de soumettre leur litige au tribunal des centumvirs et auraient ensuite usé de la faculté qui leur appartient de demander un *unus judex*[1]. Mais, comme le remarque très justement M. Koschaker[2], cette correction, en admettant qu'elle soit exacte, n'empêche pas que ce texte prouve l'usage de viser dans la *cautio pro praede litis et vindiciarum* le jury, qui, selon les prévisions des parties, doit être chargé de trancher le litige. De là à conjecturer qu'à ce moment les plaideurs se sont déjà mis d'accord sur le choix de ce jury ou ont, avec le concours du magistrat, procédé à la désignation de ce jury, il n'y a qu'un pas qu'on est autorisé à franchir. La même affirmation est permise pour la *cautio judicatum solvi* en vertu de *D.*, 46, 7, 20, *pr.* Il est très vraisemblable que ce fragment de Scaevola et la note de Claudius Tryphoninus qui s'y rattache visent la procédure extraordinaire[3], mais il nous montre que sous ce système de procédure où la désignation du juge est normalement soustraite à la volonté des parties, la *cautio* vise un juge déterminé, à tel point qu'une clause supplémentaire est indispensable pour assurer l'efficacité de cette *cautio* en cas d'appel. Une telle pratique n'a pas surgi sous la procédure extraordinaire; elle remonte à la procédure formulaire où les plaideurs avaient plus de part dans la désignation du jury. Le rapprochement de *D.*, 46, 7, 3, *pr.* et de *D.*, 46, 7, 20 nous atteste la continuité de cet usage depuis la *cautio pro praede litis et vindiciarum* de la procédure *per sponsionem* jusqu'à la *cautio judicatum solvi* de la procédure extraordinaire[4]. Cette preuve, jointe à celles que nous

---

[1] Le texte devrait par suite être corrigé de la manière suivante : *Si quis* **apud centumviros** *iturus stipulatus est pro praede litis et vindiciarum et agit apud* **judicem...**

[2] *Translatio Judicii*, p. 314, n. 1.

[3] En ce sens, on peut argumenter des mots *judicem datum* et de la possibilité *de l'appel.* V. notamment Lenel, *Edictum*[2], p. 498; Stintzing, *Beiträge*, p. 102; Koschaker, *Translatio*, p. 314, n. 1.

[4] On ne peut tirer aucun argument contre nos conclusions de Paul, 5, 9, 1. Ce texte qui, d'après Lenel, *Edictum*[2], viserait une *cautio pro praede litis et*

avons antérieurement produites, autorise à conclure que normalement, dans la procédure formulaire, la désignation du juge précède la *litis contestatio.*

Il reste donc vrai, comme on l'avait généralement soutenu jusqu'ici, que la *datio judicis* précédait normalement la *litis contestatio* et pouvait être rendue caduque par le refus des parties de *litem contestari,* de telle sorte que la nomination du juge n'acquérait sa valeur, comme les autres parties de la formule, que par la *litis contestatio.*

Mais, si telle est la règle, cette règle ne comporte-t-elle pas des exceptions? N'arrive-t-il pas notamment, dans les hypothèses signalées plus haut[1], que les parties viennent devant le magistrat dans le seul but de faire *litis contestatio* sans se soucier d'obtenir la nomination d'un juge? La *datio* ultérieure d'un *judex* donnera-t-elle lieu au seul exercice du droit de récusation ou bien nécessitera-t-elle un nouvel accord des plaideurs dans la forme d'une *litis contestatio,* ce qui ne serait possible qu'après une *in integrum restitutio* préalable? La réponse à ces questions est capitale pour le problème de la *mutatio judicis,* car les difficultés sont connexes. S'il était vrai, en effet, qu'un juge pût être ainsi donné après coup sans nouvelle *litis contestatio,* tout changement de juge pourrait être opéré après la *litis contestatio* dans les mêmes conditions. S'il fallait, au contraire, pour la première nomination de juge postérieure au *litem contestari* la

vindiciarum que l'héritier substitué pourrait exiger de l'héritier institué sous condition, prouverait, d'après Stintzing, *Beiträge,* p. 102, que le nom d'un *judex* déterminé ne peut pas figurer dans cette *cautio,* puisque celle-ci peut être fournie avant tout procès. Mais ce fragment de Paul est si mutilé que toute conjecture à son égard est forcément hasardée. Est-il vrai notamment que l'héritier institué sous condition puisse être contraint à fournir une *cautio pro praede litis et vindiciarum* à un moment où l'on ne sait pas encore s'il y aura procès ou non? Sur ce point, des doutes sont très légitimes. D'ailleurs, en admettant que dans ce cas la *cautio* ait été fournie avant toute désignation du jury, la conciliation consiste à supposer une désignation simplement générique du juge, comme celle qui nous est attestée par *D.*, 46, 7, 20, *pr. i. f.* et par *C. J.*, 2, 12, 27, 2.

[1] P. 226, n. 4.

conclusion d'un nouveau contrat judiciaire dans la forme de l'*edere* et de l'*accipere judicium,* la même exigence serait certaine pour la *mutatio judicis.* Les deux problèmes sont donc étroitement solidaires; il convient de les examiner simultanément.

Malheureusement, les sources ne fournissent ici aucune base à nos conjectures : nous en sommes réduits à supputer les vraisemblances par voie de raisonnement abstrait.

On discute sur le point de savoir comment les choses se passaient lorsque les plaideurs faisaient *litis contestatio* à l'occasion d'un procès dont l'examen était renvoyé à une époque ultérieure. La difficulté qui préoccupe surtout les auteurs est celle de la rédaction du *judicium* que les plaideurs devaient *edere* et *accipere.* Le pouvoir de condamner ou d'absoudre de la *condemnatio* (ou de *pronuntiare* dans les *praejudicia*) se rattache nécessairement à une *datio judicis.* Certains, comme M. Girard[1], pensent qu'on nommait immédiatement un juge déterminé, sauf à le changer ultérieurement. D'autres[2] proposent avec plus de raison, nous semble-t-il[3], d'adresser l'instruction ou formule au juge qui sera ultérieurement nommé et de rédiger, par exemple, la clause initiale comme suit : *quem praetor Siciliae dederit judex esto...* Dans cette seconde conjecture, on peut soutenir que les plaideurs ont accepté à l'avance le juge futur et qu'aucune nouvelle *litis contestatio* n'est nécessaire pour ratifier le choix de ce juge. Mais, même abstraction faite de cette conjecture, cette affirmation serait peut-être permise du seul point de vue de la règle : *neminem voluerunt majores nostri... esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.* Cette règle

[1] D'après Fliniaux, *Vadimonium,* p. 124, n. 2.

[2] Erman, *Z. S. St.*, t. XXII, p. 246, n. 1.

[3] Il nous paraît bien formaliste d'imposer au magistrat et aux plaideurs toute la procédure de la *datio judicis* pour aboutir à la nomination d'un juge qui ne sera pas appelé à juger. La chose nous paraît peu vraisemblable, surtout dans certaines hypothèses. V. *suprà,* p. 226, n. 4.

paraît respectée dès que les plaideurs ont, au cours de la procédure de nomination de juge, la faculté d'exercer leurs droits de proposition et de récusation; elle n'exige pas, d'une façon absolue, une acceptation du juge par les plaideurs dans la forme d'une *litis contestatio*. Convient-il dès lors, pour toute *datio judicis* postérieure à une *litis contestatio,* qu'il s'agisse d'une première nomination de juge ou d'une *mutatio judicis,* de recourir aux complications de l'*in integrum restitutio* et d'une nouvelle *litis contestatio* ?

Toutes ces raisons, que nous avons pris soin de présenter souvent dans une forme personnelle pour en éliminer toutes les parties contestables et leur donner toute leur valeur, ont une force indéniable; aussi comprenons-nous que certains, en les considérant, aient été conduits à rejeter ici toute réédition de la *litis contestatio*. Quant à nous, nous croyons devoir admettre que toute *datio judicis* postérieure à la *litis contestatio* provoque une *restitutio litis* et un nouveau *litem contestari*. Deux raisons déterminent notre opinion.

La première est fondée sur le rôle des formes de la *litis contestatio* dans la procédure formulaire. Ces formes ne sont pas arbitraires; elles sont en harmonie parfaite avec le caractère écrit du procès par formules [1]. Elles consistent, d'après l'opinion qui nous paraît la meilleure [2], dans une dictée (*judicium edere*)

[1] Il en est de même dans la procédure orale des *legis actiones* où la *litis contestatio* est une interpellation adressée aux témoins qui seront appelés à attester devant le juge l'accomplissement régulier et la portée des solennités de la *legis actio*. Telle est la conception de la *litis contestatio* à laquelle nous nous rallions pour les *legis actiones*. V. *suprà*, p. 28, n. 1.

[2] Nous ne pouvons évidemment pas aborder ici le problème, si discuté dans ces dernières années, des formes de la *litis contestatio* dans la procédure formulaire; nous ne faisons qu'indiquer notre propre opinion qui, sur beaucoup de points, se rattache à celle de M. Lenel. Sur la question, v. notamment Wlassak, *Litis Contestatio*, surtout §§ 5 et 6; Lenel, *Z. S. St.*, t. XV, p. 374-392; t. XXIV, p. 329 et suiv.; *Trampedach*, t. XVIII, p. 114-145; Bekker, *Z. S. St.*, t. XXI, p. 339 et suiv.; t. XXIV, p. 344-374; t. XXVII, p. 1-45; Hölder, *Z. S. St.*, t. XXIV, p. 197 et suiv.; Schlossmann, *Litis Contestatio* (1905); Busz, *Die Form der Litis Contestatio im klassischen römischen Rechte*, thèse, Münster, 1907.

que le demandeur fait au défendeur de la formule authentique délivrée par le magistrat et dans une acceptation de la formule (*judicium accipere*) que le défendeur manifeste en transcrivant cette dernière. Ces formes tendent vraisemblablement à assurer la transmission officielle de la formule au juge. Le demandeur présente à ce dernier, lors de sa première comparution *in judicio,* la formule authentique octroyée par le magistrat, le défendeur peut en contrôler les termes par la copie qu'il a prise. Si la formule est retouchée, ne serait-ce que pour y ajouter le nom d'un juge déterminé ou y changer le nom du juge déjà nommé, il faut, semble-t-il, un nouvel *edere* et un nouvel *accipere judicium*. Une autre solution ne serait admissible que si le magistrat avait pu corriger la formule, en dehors des parties, et adresser directement au nouveau juge une formule rectifiée. Le pouvoir du magistrat de donner directement au juge des instructions relatives au procès est certain pour les fonctionnaires du Bas-Empire vis-à-vis de leurs délégués, les *judices dati* ou *pedanei;* il ne cadre pas avec l'organisation des procès de l'*ordo*. N'est-il pas, au contraire, conforme à cette organisation que le magistrat devant lequel les plaideurs sont revenus pour la *datio judicis* donne au demandeur un nouvel exemplaire de la formule, corrigée par l'addition ou le changement du nom du juge, et que le demandeur dicte au défendeur pour lui permettre de faire à sa copie la retouche nécessaire? N'est-ce pas là un nouvel *edere* et un nouvel *accipere judicium,* donc une nouvelle *litis contestatio*? Et ne faut-il pas voir dans cette pratique qui réserve aux plaideurs la faculté de rejeter un juge en refusant leur concours à l'*edere* et à l'*accipere judicium,* que le juge soit désigné avant toute *litis contestatio* ou seulement après une première *litis contestatio,* la cause de cette affirmation absolue de Cicéron impliquant plus qu'un droit de récusation et d'après laquelle les plaideurs ne peuvent avoir qu'un juge de leur choix?

La seconde raison, qui corrobore la précédente, est tirée de l'emploi, tant au cas de *litis contestatio* anticipée que de *mutatio judicis,* d'expressions équivalentes de *translatio judicii,* comme *lis... transferatur*[1], *in alium judicium transferri*[2]; l'identité de terminologie éveille tout naturellement l'idée d'identité de moyens de procédure.

L'emploi des mots *in alium judicium transferri* par Ulpien est même particulièrement favorable à notre conjecture de la constitution d'un *judicium* nouveau par une nouvelle *litis contestatio.* Quant au texte d'Alfenus Varus affirmant la permanence du *judicium* malgré la *mutatio judicis,* nous pourrions l'écarter purement et simplement de notre discussion[3] s'il était vrai, comme nous le pensons, qu'il se référât au tribunal des centumvirs, par conséquent à la procédure des *legis actiones.* Dût-il être rapporté aux tribunaux de récupérateurs, il s'expliquerait aisément à l'aide de notre construction d'une *litis contestatio repetita die,* car, d'après celle-ci, le *judicium* issu de la nouvelle *litis contestatio* n'est nouveau que dans la forme; il reste, au fond, identique à l'ancien.

Quant au renouvellement de la *litis contestatio* et à la nécessité d'une *restitutio litis,* ils n'éveillaient vraisemblablement pas chez les Romains de la fin de la République et de l'époque classique les mêmes scrupules que chez certains romanistes modernes. C'est que, pour les jurisconsultes de Rome, la rescision de l'ancienne *litis contestatio* ne signifie pas l'anéantissement des effets positifs considérables qui s'attachent à cette dernière : ces effets sont maintenus et transportés à la nouvelle *litis contestatio* par l'expédient de l'antidate. Il s'agit donc ici d'une rescision de pure forme que le magistrat hésite d'autant moins à accomplir qu'elle s'opère dans le seul domaine de la procédure, c'est-à-dire sur un terrain où il évolue, sous le système formulaire, avec une souveraine indépendance.

---

[1] *D.*, 5, 1, 28, 4 cité p. 226, n. 4.
[2] *D.*, 50, 5, 13, 3 cité p. 222, n. 8.
[3] V. p. 224, n. 1.

Les motifs sur lesquels repose notre opinion nous facilitent l'examen de la conjecture propre à M. Koschaker[1], d'après laquelle les plaideurs prudents faisaient peut-être *litis contestatio* sur une formule visant le juge actuellement nommé et celui qui pourrait lui être éventuellement substitué. Cette combinaison ne se fonde que sur un argument d'analogie tiré d'une pratique attestée en matière de *cautio judicatum solvi,* postérieurement à l'époque de Marc-Aurèle, par les notes de Claudius Tryphoninus sur les *Digesta* de son maître Scaevola[2]. Cette pratique apparaît dans le texte qui nous le rapporte comme une amélioration de la formule de la *cautio judicatum solvi* imaginée pour remédier aux inconvénients du régime antérieur et le langage de Scaevola implique que le procédé n'était pas d'un usage constant à son époque. L'argument d'analogie invoqué par M. Koschaker ne serait tout au plus concluant que pour la dernière période de la procédure formulaire. Mais n'est-il pas permis de le rejeter complètement, lorsqu'on pense que l'acceptation anticipée du *judex* futur par les plaideurs ne les dispenserait pas de faire corriger la formule et d'assurer la transmission officielle de la formule rectifiée au nouveau juge. Il faudra donc une nouvelle comparution devant le magistrat, une modification régulière de la formule par ce dernier, une remise de cette formule au demandeur et, comme conséquence naturelle, semble-t-il, une nouvelle dictée par le demandeur et une nouvelle copie par le défendeur. Dans ces conditions, l'expédient imaginé par M. Koschaker avait-il vraiment quelque utilité?

Telles sont, dégagées aussi nettement que possible, les conclusions toutes conjecturales que nous croyons devoir formuler, dans l'état actuel de nos connaissances, sur ce délicat problème de la *mutatio judicis* dans la procédure formulaire.

---

[1] V. son exposé p. 225.
[2] *D.*, 46, 7, 20. V. p. 225, n. 2, et p. 230, n. 1.

***

Les principes généraux de la procédure formulaire et l'examen des divers cas de *translatio judicii* conduisent donc à une conclusion identique : le *judicium* est, dans cette procédure, un rapport juridique issu d'une sorte de contrat judiciaire et qui puise dans le formalisme dont cette procédure reste imprégnée une individualité nettement caractérisée, plus grande même que sous le système des *legis actiones*[1]; toute modification d'un de ses éléments, élément réel ou personnel, entraîne sa destruction et son remplacement par un nouveau *judicium* au moyen d'une nouvelle *litis contestatio;* la *datio judicis* elle-même, qui désormais s'est incorporée au *judicium* par suite de son insertion dans la formule écrite, donne lieu également, au cas de changement de juge, à la formation d'un autre *judicium*. Cette organisation d'un nouveau procès à l'occasion de l'*eadem res,* impossible sous le système des *legis actiones,* a été aisément réalisable sous la procédure formulaire grâce à l'extension des pouvoirs du magistrat. Celui-ci se meut désormais librement dans l'instance, il y exerce une souveraineté indiscutée qui lui permet d'accorder la *restitutio litis* toutes les fois que l'équité le lui dicte : *sed licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat rescissorium judicium... dari,* nous dit Ulpien[2]. Cette même liberté donne au magistrat le pouvoir de doser en équité cette restitution : *totum enim hoc pendet ex praetoris cognitione*[3]. De là procède cette habile combinaison de la *litis contestatio repetita die* qui limite les effets de l'*in integrum restitutio* à une rescision de pure forme et assure le transfert au *novum judicium* de

[1] V. *suprà*, p. 32.

[2] V. p. 219, n. 4. En faveur d'une large application de l'*in integrum restitutio* dans le domaine de la procédure, v. *suprà*, p. 217-221.

[3] *D.*, 4, 4, 24, 5.

tous les effets produits par la précédente *litis contestatio.* Et ainsi se manifeste avec une particulière évidence, dans le domaine très restreint que nous avons choisi comme champ de nos investigations, la large indépendance et la merveilleuse ingéniosité de cet agent d'assouplissement et de perfectionnement du droit romain que fut le préteur.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — La **translatio judicii** dans la procédure civile française moderne, dans la procédure extraordinaire des Romains, dans la procédure de l'*ordo judiciorum privatorum*, notamment des *legis actiones*. Limitation du sujet à la procédure formulaire 5

CHAPITRE I. — **Historique de la question.** — Théories d'Eisele, Wlassak, Sperl, Koschaker, Hugo Krüger 34

CHAPITRE II. — **Unité ou Dualité de Procès dans la Translatio Judicii** 56

SECTION I. — *Translatio Judicii* et *Cautio Judicatum Solvi* 59

SECTION II. — *In Integrum Restitutio* et *Litis Contestatio* 83

SECTION III. — *Litis Contestatio repetita die* et applications similaires de l'antidate 99

SECTION IV. — *Translatio Judicii* et *In Integrum Restitutio* 116

CHAPITRE III. — **Les diverses applications de la Translatio Judicii** 123

SECTION I. — La *Translatio Judicii* en matière de représentation judiciaire 123

1° Caractère obligatoire ou facultatif de la *translatio judicii cognitoria* ou *procuratoria* 137

2° Motifs de la différence entre la *translatio cognitoria* et la *translatio procuratoria* 143

3° Évolution de la *Translatio Judicii* en matière de représentation judiciaire 150

SECTION II. — La *Translatio Judicii* à l'égard des héritiers 164

SECTION III. — Divers cas particuliers de *Translatio Judicii* 194

1° *Translatio Judicii* en matière de *capitis deminutio* 194

2° *Translatio Judicii* en matière d'action noxale 196

3° *Translatio Judicii* dans les rapports du père et du fils 204

SECTION IV. — *Mutatio Judicis* 221

CONCLUSION 238