



Collection lausannoise

Anne Peroz / Jacques Haldy / Denis Piotet
(éditeurs)

Du Plaict aux plaideurs

Mélanges en l'honneur du
Professeur Denis Tappy

Unil



Stämpfli Editions



Collection lausannoise

Anne Peroz / Jacques Haldy / Denis Piotet (éditeurs)

Du Plaict aux plaideurs



D. Japp



Collection lausannoise

Du Plaict aux plaideurs

Mélanges en l'honneur
du Professeur Denis Tappy

Édité par
Anne Peroz
Jacques Haldy
Denis Piotet



Stämpfli Editions

© Stämpfli Editions SA Berne

Comité éditorial

Hansjörg Peter; Damiano Canapa, Robert J. Danon,
Anne-Christine Favre, Andrew M. Garbarski, Eva Lein

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2024
www.staempfliverlag.com

Print ISBN 978-3-7272-2800-1

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
la version suivante est également disponible :

E-Book ISBN 978-3-7272-2791-2



Pas d'action, pas de droit, ou quelques aspects marquants de la procédure civile à l'époque romaine

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Avocat, docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel

LAURETTA ECKHARDT

Assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

Table des matières

I. Introduction	121
II. Évolution historique des formes procédurales	122
A. La rigueur des actions de la loi	123
B. La souplesse de la procédure formulaire	124
C. Le caractère professionnel de la procédure extraordinaire	126
III. Le déroulement de l'instance dans la procédure formulaire	127
A. La phase devant le préteur	128
B. La litispendance	129
C. La phase devant le juge	130
IV. Le rôle des jurisconsultes	132
V. Conclusion	133
VI. Bibliographie	134

I. Introduction

Selon le jurisconsulte romain Celsus, l'action n'est rien d'autre que le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû¹. Dans cette conception, typique du droit romain de l'époque classique, seul celui qui disposait de la possibilité d'ouvrir une action en justice était considéré comme ayant un véritable droit. Sans action, pas de droit. Ainsi, un droit (théorique) perdait toute sa valeur si le préteur refusait d'ouvrir un procès². Le système juridique romain connaissait dès lors un grand nombre d'actions, chaque action permettant de faire

¹ CELSUS, D. 44.7.51: « *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi* ».

² DUNAND/KELLER, p. X; PICHONNAZ, N 179.

valoir un droit potentiel³. Droit et action formaient une unité indissociable de sorte que les expressions *actionem habere* ou *actione teneri* (avoir une action, être tenu par une action) correspondaient à ce que nous désignons en droit moderne par « droit subjectif » ou « devoir juridique »⁴.

Au cours de sa longue histoire, Rome pratiqua trois systèmes de procédure civile : la procédure des actions de la loi, la procédure formulaire et la procédure extraordinaire. Après une brève description de l'évolution historique de ces formes procédurales (**chapitre II**), nous nous concentrerons sur la procédure formulaire (**chapitre III**), sans doute la plus originale. Nous examinerons dans ce contexte le rôle essentiel des jurisconsultes (**chapitre IV**).

Nous sommes heureux de contribuer, modestement, à cet ouvrage destiné à rendre hommage à notre éminent collègue Denis Tappy, dont les écrits et les réflexions portant autant sur l'histoire du droit que la procédure civile suisse, constituent des sources inépuisables de connaissance et d'inspiration. L'un des auteurs de cet article profitera de l'occasion qui lui est donnée de dire le plaisir qu'il a éprouvé de collaborer avec le professeur Tappy depuis une vingtaine d'années, que cela soit lors de son enseignement à Lausanne (2001-2006), de la participation commune à de nombreux jurys de thèse de droit romain ou d'histoire du droit, ou des activités du Centre interfacultaire d'histoire du droit et de droit romain de l'Université de Neuchâtel (CIHDDR). Son immense culture et sa bienveillance ont toujours été appréciées.

II. Évolution historique des formes procédurales

Dans les temps primitifs, la structure de la communauté romaine laisse supposer que les litiges de nature juridique étaient réglés au sein des familles agnatiques, les *gentes*⁵. C'était le règne de la vengeance privée. La création des procédures en justice, avec l'intervention d'une autorité supérieure étatique, s'imposa pour contrôler, puis remplacer le système de la vengeance privée⁶. Trois formes procédurales se sont succédées. Nous distinguerons la rigueur des actions de la loi (**section A**), la souplesse de la procédure formulaire (**section B**) et le caractère professionnel de la procédure extraordinaire

³ GAUDEMET/CHEVREAU, p. 244.

⁴ SCHMIDLIN, pp. 28 s et 38.

⁵ KASER/HACKL, p. 26 : lorsque les *gentes* ont perdu de leur importance avec le renforcement du pouvoir central de l'État, la défense des droits individuels revint au *paterfamilias*, l'organe de la famille habilité à agir.

⁶ GAUDEMET/CHEVREAU, pp. 244 ss ; SCHMIDLIN, pp. 15 ss.

(**section C**). Les deux premières procédures, caractérisées par la collaboration des parties et du magistrat, ainsi que par la division du procès en deux phases, formaient ce que l'on appelait la « procédure ordinaire » (*ordo iudiciorum privatorum* ; l'ordre des procès privés). La troisième procédure, fondée quant à elle sur l'autorité du juge, était qualifiée d'« extraordinaire », précisément parce qu'elle s'écartait des principes caractéristiques de la « procédure ordinaire » (*extra ordinem iudiciorum privatorum*).

A. La rigueur des actions de la loi

Instituées au début de la République romaine, les actions de la loi (*legis actiones*) constituaient des procédures d'origine légale comportant un ensemble de formalités requises pour le déroulement d'un procès⁷. Le jurisconsulte Gaius a mentionné l'existence de cinq de ces procédures⁸, dont quatre résultent de la loi des XII Tables (451 av. J.-C.), la cinquième, plus récente, datant du milieu de la République.

Ces actions servaient alors en partie pour le litige et en partie pour l'exécution. Leur point commun était le fait que leur emploi requérait des actes formels, des formules précises, au moyen desquelles les parties présentaient leurs allégations et leurs demandes. Ce formalisme était alors appliqué avec une rigueur extrême, d'une manière presque rituelle. Le moindre écart par rapport au texte établi entraînait la perte du procès⁹.

Gaius nous a rapporté un célèbre exemple de ce formalisme très pointilleux :

« On peut citer à ce propos un *responsum* ayant établi que celui qui avait intenté une action parce qu'on avait coupé ses vignes, et qui avait employé dans cette action le mot « vignes », avait perdu son procès. Il aurait dû en effet employer le mot « arbres », puisque la loi des Douze Tables, sur laquelle il fondait son action pour la coupe de ses vignes, ne mentionnait que les arbres coupés »¹⁰.

Les détails des formalités, notamment les paroles à prononcer, avaient été établis par la jurisprudence des Pontifes, experts du langage sacré et forma-

⁷ GAUDEMET/CHEVREAU, p. 248.

⁸ GAIUS, *Institutes*, 4.12.

⁹ KASER/HACKL, p. 34 s ; KASER, *Privatrecht*, p. 298 s. ; SCHMIDLIN, p. 41.

¹⁰ GAIUS, *Institutes*, 4.11 : « *Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actiones vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur* ».

liste¹¹. À Rome, religion et politique étaient alors immanquablement liées. Le bien-être de la Cité devait en effet être garanti par un bon nombre de rites et de cultes religieux, sous la responsabilité du collège pontifical¹².

La procédure des *legis actiones* était divisée en deux phases : la première partie de la procédure se déroulait devant le préteur (*in iure*)¹³, la seconde devant le juge (*apud iudicem*). Ce dédoublement en deux phases, propre à la procédure romaine, avait déjà été introduit avant la loi des XII Tables¹⁴. Ainsi, alors qu'au début de la Royauté les rois rendaient la justice avec l'assistance des Pontifes, avec la croissance de la ville, les responsabilités des rois se multiplièrent et la justice perdit son caractère religieux pour devenir plus complexe. Les rois commencèrent à déléguer leur pouvoir juridictionnel à des juges et c'est ainsi que la procédure en deux phases fit son apparition. L'un de ses nombreux avantages était qu'elle garantissait un certain degré d'impartialité des juges : ce n'était pas le magistrat qui rendait le jugement, mais un juge impartial, sur le choix duquel les parties avaient une influence¹⁵.

B. La souplesse de la procédure formulaire

Le système des actions de la loi reposait sur un formalisme excessif et il n'était ouvert qu'aux citoyens romains. Avec le temps, il n'était plus adapté aux évolutions économiques et sociales. Il fut remplacé par la procédure formulaire à partir du III^e siècle av. J.-C. La transition eut lieu de manière progressive puisque les *legis actiones* continuèrent d'être pratiquées dans certains cas de figure¹⁶. La procédure des actions de la loi ne fut toutefois formellement abrogée qu'en 17 av. J.-C., par les *leges Iuliae iudiciorum privatorum et publicorum*¹⁷.

¹¹ KASER/HACKL, p. 35 ; PICHONNAZ, N 193 ; SCHMIDLIN, p. 46. Au sujet du rôle des Pontifes dans les institutions religieuses romaines sous la République, cf. BERTHELET.

¹² MORIN, p. 20 ; VAN HAEPEREN, p. 138.

¹³ À noter qu'avant 367 av. J.-C., les parties devaient s'adresser au consul. C'est en effet à cette date que, selon les historiens romains, le poste de préteur a été créé pour décharger les consuls notamment pour les affaires juridiques. À ce sujet, voir MORIN, pp. 17 ss.

¹⁴ SCHMIDLIN, p. 40.

¹⁵ KASER, *Rechtsgeschichte*, p. 139.

¹⁶ SCHMIDLIN, p. 47 ; TRIANDAFIL, p. 6.

¹⁷ GAUDEMET/CHEVREAU, pp. 246 et 367 ; INDRA, p. 47 ; KASER, *Privatrecht*, p. 300 ; KASER/HACKL, p. 36 ; PICHONNAZ, NN 181 et 202.

Gaius a relaté les circonstances historiques de l'abrogation du système des actions de la loi :

« Mais toutes ces actions de la loi devinrent peu à peu impopulaires car, à cause de la minutie exagérée des anciens qui créèrent ces droits, la chose fut poussée à ce point que la moindre erreur entraînait la perte du procès. Aussi la loi Aebutia et les deux lois juliennes vinrent-elles abroger ces actions de la loi et permirent-elles de procéder par des formules écrites »¹⁸.

Les avantages de la procédure formulaire étaient notables : d'une part, elle était flexible, car le magistrat n'était plus tenu de respecter les termes stricts de la loi ni les paroles sacramentelles¹⁹. D'autre part, elle était ouverte aux étrangers également²⁰. La procédure formulaire marqua une étape intermédiaire entre la procédure des actions de la loi, où la participation des parties était déterminante, et la procédure extraordinaire, qui consacra la justice d'État²¹.

L'édit du préteur était l'instrument principal de la procédure formulaire. La tradition voulait qu'au moment de son entrée en fonction, le préteur, magistrat romain élu pour une année, affiche son édit au forum, à la vue de tous les citoyens, et que les grands principes de sa juridiction, et en particulier les actions qu'il accorderait aux justiciables, y figurent²². La procédure formulaire tient son nom de la pratique du préteur de fixer l'objet du litige dans une instruction écrite, rédigée avec la collaboration des parties et remise au juge, et que l'on appelle la « formule ».

La formule consistait en un texte concis qui contenait en principe les éléments suivants : nomination du juge, indication des parties, exposé de la prétention du demandeur et mandat donné au juge de rendre une sentence²³. Suivant les besoins, elle pouvait également contenir des clauses accessoires, comme l'exception (par exemple l'*exceptio doli*), qui permettait au défendeur de faire valoir des moyens de défense spécifiques. Dans un tel régime, il existait nécessairement une action particulière pour chaque droit, puisque c'était

¹⁸ GAIUS, *Institutes*, 4.30: « *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigemus* ».

¹⁹ SCHMIDLIN, p. 47.

²⁰ DUNAND/KELLER, p. XI ; GAUDEMET/CHEVREAU, pp. 181, 247 et 304; KASER/HACKL, pp. 36 et 207 ; SCHMIDLIN, p. 47.

²¹ GAUDEMET/CHEVREAU, p. 366.

²² DUNAND/KELLER, p. XI ; MICHEL, p. 662; SCHMIDLIN, pp. 27 et 46.

²³ SCHMIDLIN, pp. 53 ss.

l'action qui établissait le droit. Ainsi, chaque action avait son caractère propre, son nom et sa formule²⁴.

La procédure formulaire garantissait à la fois une certaine constance et une capacité importante d'adaptation. Lorsque le nouveau préteur était élu, il reprenait généralement l'édit de son prédécesseur, en n'ajoutant que de légères variations, ce qui conférait au document une forme fixe et traditionnelle, de nature à assurer une certaine stabilité juridique²⁵. Cicéron qualifiait l'édit du préteur de *lex annua*, car édicté d'année en année, sans grandes modifications²⁶. L'édit acquit alors une autorité de nature quasi-légale²⁷. Au II^e siècle ap. J.-C., l'empereur Hadrien confia au juriste Salvius Iulianus la rédaction définitive et inamovible de l'édit, appelé alors *edictum perpetuum*, qui devint depuis lors une source de droit authentique²⁸.

Avant qu'il ne prenne cette forme fixe, l'édit du préteur a été un formidable instrument permettant d'adapter le droit aux besoins d'une société en constante évolution. En effet, le préteur pouvait apporter les changements nécessaires à ses actions pour les appliquer à de nouveaux cas, voire même créer de nouvelles actions non prévues dans son édit ; et donc créer de nouveaux droits²⁹. C'est ce lien étroit entre la création du droit et son application qui devint l'une des raisons principales de la qualité et du prestige du droit romain³⁰.

C. Le caractère professionnel de la procédure extraordinaire

En parallèle à la « procédure ordinaire », confiée aux magistrats républicains, apparut dès le début de l'Empire une compétence judiciaire de l'Empereur³¹. Celle-ci s'étendit à ses fonctionnaires, préfets, légats et procureurs, qui administraient la juridiction sur sa délégation³². Apparue dès le règne d'Auguste, la procédure « extraordinaire » s'appliqua progressivement dans l'entier de l'Empire où elle coexista avec la procédure formulaire pendant une

²⁴ GAUDEMET/CHEVREAU, p. 368.

²⁵ DUNAND/KELLER, p. XI ; SCHMIDLIN, p. 27 s.

²⁶ SCHMIDLIN, p. 28.

²⁷ MICHEL, p. 662.

²⁸ SCHMIDLIN, p. 28.

²⁹ GAUDEMET/CHEVREAU, p. 368 ; KASER, Privatrecht, p. 299 s.

³⁰ KASER, Rechtsgeschichte, p. 138.

³¹ GAUDEMET/CHEVREAU, p. 484.

³² SCHMIDLIN, p. 63.

longue période qui s'acheva à l'avènement de l'empereur Dioclétien, à la fin du III^e siècle de notre ère³³.

L'instruction du procès, l'administration des preuves et le jugement n'étaient alors plus confiés à un juge privé nommé par le préteur, mais aux fonctionnaires impériaux³⁴. Cette nouvelle procédure était de par sa nature moins formaliste que la procédure formulaire³⁵. Ainsi, le juge, qui menait la procédure d'une manière plus « autoritaire », pouvait suppléer aux insuffisances des allégations des parties et corriger d'office leurs erreurs si l'équité l'exigeait³⁶.

Les caractéristiques principales de la *cognitio extra ordinem* étaient les suivantes : la procédure était menée devant un seul juge, la division du procès en deux parties étant abandonnée ; le *iudex*, qui auparavant était un simple citoyen sans formation juridique, ainsi que le préteur, furent remplacés par un fonctionnaire impérial ; la procédure devint écrite et le formalisme classique fit place à une procédure formée d'actions identiques ne nécessitant pas de forme spécifique pour être invoquées ; des voies de recours furent créées³⁷.

Finalement, on doit à la procédure extraordinaire romaine deux acquis fondamentaux de la procédure civile : la séparation entre droit matériel et droit procédural, ainsi que la règle selon laquelle tout acte de juridiction doit pouvoir faire l'objet d'un recours³⁸.

III. Le déroulement de l'instance dans la procédure formulaire

Le régime formulaire reprit la division de la procédure en deux phases propre aux *legis actiones*, laquelle perdura jusqu'à la fin du principat³⁹. Il faut donc distinguer la première phase, devant le préteur (**section A**), de la seconde, devant le juge (**section C**). La création de la litispendance (**section B**) marquait la fin de la première phase de la procédure.

³³ PICHONNAZ, NN 183 et 203.

³⁴ SCHMIDLIN, p. 63.

³⁵ PICHONNAZ, N 203.

³⁶ GAUDEMET/CHEVREAU, p. 484.

³⁷ PICHONNAZ, NN 203 ss.

³⁸ SCHMIDLIN, p. 65.

³⁹ GAUDEMET/CHEVREAU, p. 245 s. ; KASER/HACKL, p. 33 ; PICHONNAZ, N 210 ; SCHMIDLIN, p. 40.

A. La phase devant le préteur

Tout comme en droit moderne, les parties (*litigatores, partes, adversarii*) étaient constituées d'un demandeur et d'un défendeur ; le défendeur contestant le droit ou les faits sur lesquels le demandeur avait fondé sa demande. Le défendeur et le demandeur avaient la possibilité de se faire représenter par un avocat (*cognitor* ou *procurator*) durant le procès. Ces représentants menaient alors le procès en lieu et place de la personne initialement appelée à jouer ce rôle, et obtenaient eux-mêmes le statut de partie au procès (représentation indirecte)⁴⁰.

Le demandeur intimait au défendeur de se rendre devant le préteur avec lui par la sommation de comparaître en justice. Les parties pouvaient également, d'un commun accord, décider de comparaître un jour déterminé, pour autant que le défendeur verse une caution (*vadimonium*). Dans tous les cas, l'on attendait du demandeur qu'il indique l'action qu'il souhaitait intenter (*editio actionis*) et qu'il remette au défendeur une copie des documents qu'il comptait produire devant le juge (*editio instrumentarum*)⁴¹.

La procédure devant le préteur (*in iure*) commençait par une audience visant à rendre une simple décision préliminaire. Le demandeur devait en premier lieu confirmer son *editio actionis* avant que les parties ne présentent leurs requêtes (*postulationes*). À cette étape du procès, des avocats assistaient généralement les parties⁴². La requête du demandeur contenait la *formula* de l'action correspondant à sa prétention, et le défendeur pouvait soit demander au préteur de refuser l'action (*denegatio actionis*), ou alors d'insérer dans la formule, des moyens de défense (*exceptiones*). À ce stade, le demandeur pouvait à son tour demander l'insertion de répliques (*replicationes*)⁴³.

Le but était que le préteur rende une formule d'action ; ce qu'il pouvait, ou non, accepter de faire. En effet, le préteur vérifiait si la demande présentée par le demandeur était susceptible de bénéficier d'une protection juridique. À cette fin, il n'examinait pas si les allégations du requérant étaient fondées, mais se contentait de supposer provisoirement qu'elles correspondaient à la réalité et se demandait si cette supposition permettrait au demandeur d'obtenir ce qu'il demandait. Le préteur examinait donc si le demandeur pouvait prétendre à une action et le cas échéant, à laquelle⁴⁴. En général, l'action

⁴⁰ GAUDEMET/CHEVREAU, p. 380 ; KASER/HACKL, pp. 209 ss.

⁴¹ SCHMIDLIN, p. 47 s.

⁴² SCHMIDLIN, p. 48.

⁴³ SCHMIDLIN, p. 48.

⁴⁴ KASER, *Prätor und Judex*, p. 329 s.

était refusée si le catalogue d'actions n'en contenait aucune présentant les critères adéquats ou si les prétentions étaient manifestement infondées⁴⁵.

Un document écrit était alors remis aux parties, contenant l'indication du juge qui allait être en charge du litige⁴⁶, et marquant ainsi la fin de la première phase⁴⁷. À ce moment-là était créée la *litis contestatio*, correspondant à la litispendance du droit moderne⁴⁸.

B. La litispendance

La *litis contestatio* marquait l'instauration définitive du procès. Elle revêtait l'aspect d'un accord des parties : le demandeur lisait la formule accordée par le préteur au défendeur et celui-ci n'avait d'autre choix que d'accepter d'entrer en matière, faute de quoi il perdait le procès⁴⁹.

La litispendance n'était pas un simple aspect formel de la procédure. Elle comportait un aspect extinctif et un aspect créateur. Elle éteignait le droit du demandeur et y substituait un droit nouveau, celui d'obtenir une condamnation pécuniaire, si sa prétention était reconnue comme étant fondée⁵⁰. Cet effet extinctif, que nous connaissons encore aujourd'hui (*bis de eadem re ne sit actio*), entraînait l'impossibilité d'intenter une nouvelle action dans la même affaire, et ceci, que le procès ait abouti ou non à un jugement⁵¹.

Par ailleurs, la litispendance servait de lieu de repère temporel du jugement : ainsi, l'existence notamment d'une créance contestée devait être constatée à ce moment précis, sans que ne l'on puisse plus tenir compte d'éventuels faits survenus postérieurement, comme une exécution volontaire du défendeur⁵². Le droit de fond était donc directement impacté⁵³.

⁴⁵ PICHONNAZ, N 212.

⁴⁶ Quant à la désignation du juge, les parties pouvait proposer une personne de leur choix. En cas d'entente sur la personne désignée, le préteur vérifiait les qualités requises du candidat en question et le nommait en tant que juge. En cas d'absence d'accord, les parties devaient choisir d'un commun accord un juge dans une liste de noms dressée par le préteur ; SCHMIDLIN, p. 48. Voir également PICHONNAZ, N 214.

⁴⁷ PICHONNAZ, NN 212 et 213 ; SCHMIDLIN, p. 48.

⁴⁸ PICHONNAZ, N 213 et note 233 ; SCHMIDLIN, p. 49.

⁴⁹ SCHMIDLIN, p. 49.

⁵⁰ GAUDEMET/CHEVREAU, pp. 385 s.

⁵¹ SCHMIDLIN, p. 49 s.

⁵² GAUDEMET/CHEVREAU, p. 386.

⁵³ SCHMIDLIN, p. 49.

Gaius a précisé qu'il s'agissait d'une ancienne règle :

« C'est ce que l'on trouve écrit chez les anciens juristes, à savoir que le débiteur doit s'acquitter avant la *litis contestatio* ; après la *litis contestatio*, il doit être condamné, et après la condamnation, il doit exécuter la sentence »⁵⁴.

L'importance de la *litis contestatio* était telle que l'on pouvait considérer, d'une certaine manière, que le procès était en grande partie (déjà) terminé ; il ne restait en effet plus qu'à établir les faits sur la base des preuves apportées par chacune des parties⁵⁵.

C. La phase devant le juge

En remettant la formule au juge, le préteur lui donnait non seulement le pouvoir, mais aussi l'ordre de juger (*iudicare iubere*)⁵⁶. Deux jours après la désignation du juge par le préteur, les parties se rendaient auprès de lui dans le but de prouver les faits résumés dans la formule⁵⁷.

En effet, le rôle du préteur, bien que prédominant dans la première phase du procès, n'était pas de juger lui-même le litige⁵⁸. Cette tâche était réservée au juge. Celui-ci devait alors examiner les faits allégués à travers les différents moyens de preuve invoqués⁵⁹. Le juge jouissait d'une entière liberté dans le choix et l'appréciation des preuves⁶⁰. On connaissait évidemment l'aveu, le témoignage et les pièces écrites.

Cicéron nous a légué un témoignage critique de l'attitude des juges à la fin de la République romaine :

« Telle était, oui, telle était, citoyens, la rare et singulière prudence de ces anciens juges : ils croyaient devoir juger, non seulement l'accusé, mais encore l'accusateur et les témoins ; ils examinaient si les dépositions étaient suspectes, si elles étaient fournies par le hasard et par les conjonctures, dictées par l'espérance, par la crainte, par un vil intérêt, par l'inimitié, par une pas-

⁵⁴ GAIUS, *Institutes* 3.180 : « Et hoc est quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere ».

⁵⁵ MIGNOT, p. 83.

⁵⁶ GAUDEMET/CHEVREAU, p. 385.

⁵⁷ PICHONNAZ, N 215.

⁵⁸ DUNAND/KELLER, p. XI.

⁵⁹ PICHONNAZ, N 215.

⁶⁰ GAUDEMET/CHEVREAU, p. 387.

sion quelconque. Si un juge, dans sa sagesse, n'embrasse pas tous ces motifs ; si son esprit, sa raison ne sait les envisager, comme je l'ai dit déjà, si tout ce qui sort de la bouche des témoins est regardé par lui comme un oracle : alors il suffira, pour remplir la fonction de juge, de n'être pas sourd ; et il sera désormais inutile d'investir du droit de juger celui que distinguent sa sagesse et une expérience consommée⁶¹ ».

Jouissant d'une pleine liberté pour forger sa conviction, le juge n'avait au contraire aucune liberté dans l'appréciation des éléments du procès ; il était, en effet, lié par l'action choisie par le préteur et les termes de la formule⁶². Toute erreur dans le choix de l'action ou la composition de la formule pouvait entraîner des conséquences irrémédiables⁶³. Lorsque, par exemple, le préteur avait ouvert une action en lien avec un contrat de vente, si le juge considérait que les parties étaient en réalité liées par un contrat de location, il ne pouvait qu'absoudre le défendeur et en aucun cas substituer une action de la location à une action de la vente.

A l'issue de l'instruction de la cause, le défendeur était soit condamné à ce qui était prévu par la formule de l'action, soit, si les faits n'étaient pas avérés, absous. La sentence était rendue oralement, sans motivation⁶⁴. Aucun moyen de recours n'était prévu⁶⁵. La condamnation avait nécessairement lieu sous forme pécuniaire⁶⁶.

⁶¹ CICÉRON, Plaidoyer pour M. Fonteius - Discours douzième, in : Œuvres complètes de Cicéron avec la traduction en français publiée sous la direction de M. Nisard Professeur d'éloquence latine au collège de France, Tome II, Paris, J.J. Dubochet, Le Chevalier et comp. (édit.), N° X : « Fuit, fuit illis iudicibus diuinum ac singulare, iudices, consilium, qui se non solum de reo sed etiam de accusatore, de teste iudicare arbitrabantur, quid fictum, quid fortuna ac tempore adlatum, quid pretio corruptum, quid spe aut metu deprauatum, quid a cupiditate aliqua aut inimicitiiis profectum uideretur. Quae si iudex non amplectetur omnia consilio, non animo ac mente circumspiciet, si, ut quidque ex illo loco dicitur, ex oraculo aliquo dici arbitrabitur, profecto satis erit, id quod dixi antea, non surdum iudicem huic muneri atque officio praeesse; nihil erit quam ob rem ille nescio quis sapiens homo ac multarum rerum peritus ad res iudicandas requiratur ».

⁶² GAUDEMET/CHEVREAU, pp. 387 s.

⁶³ SCHMIDLIN, p. 53.

⁶⁴ SCHMIDLIN, p. 50.

⁶⁵ PICHONNAZ, N 215.

⁶⁶ PICHONNAZ, N 198.

IV. Le rôle des jurisconsultes

Contrairement aux cités grecques⁶⁷, Rome disposait d'une classe de jurisconsultes au service de la justice. Faisant partie de l'élite romaine, ces juristes étaient laïcs – contrairement aux pontifes – et leur rôle principal était de donner des *responsa* sur des questions de droit (*iuris consulti*). Ils ne sollicitaient généralement pas de rémunération ou d'honoraires. Pour assurer la continuité de leur profession, ils s'entouraient de jeunes gens qu'ils formaient et auxquels ils apprenaient le métier de juriste au contact de la pratique judiciaire⁶⁸.

Beaucoup d'entre eux écrivirent des ouvrages juridiques et leurs avis faisaient autorité. C'est ainsi que de nombreux jurisconsultes romains ont acquis une célébrité qui perdura jusqu'à nos jours : Labéon, Celse, Ulpian, Paul, Papinien pour ne citer que les plus connus. Parmi leurs écrits juridiques figuraient des recueils de *responsa* ou de *quaestiones*, des compositions s'intéressant à l'ensemble du *ius civile*, ou encore des commentaires des édits des préteurs⁶⁹. À travers le travail minutieux des jurisconsultes, analysant le droit dans ses moindres détails, un tissu de règles juridiques couvrant tous les domaines du droit privé fut élaboré⁷⁰.

Il faut rappeler que, dans la plupart des cas, ni le préteur (magistrat, homme politique suivant le *cursus honorum*) ni le juge (simple citoyen romain) n'étaient des juristes. Cela explique pourquoi ils se faisaient souvent assister ou conseiller par les célèbres jurisconsultes romains. Cela était vrai autant pour le préteur, au moment d'élaborer son édit ou d'évaluer les possibilités de créer une nouvelle action, que pour le juge, avant de rendre sa sentence⁷¹. En réalité, les jurisconsultes intervenaient de manière officieuse à tous les stades de la procédure⁷². Leur rôle était central pour le fonctionnement de l'appareil judiciaire romain⁷³.

⁶⁷ Pour une analyse de l'influence grecque sur le droit romain, voir INDRA, pp. 29 ss.

⁶⁸ SCHMIDLIN, p. 29.

⁶⁹ DUNAND/KELLER, p. XII s; VILLEY, p.37.

⁷⁰ DUNAND/KELLER, p. XII.

⁷¹ SCHMIDLIN, p. 27.

⁷² PICHONNAZ, N 236.

⁷³ DUNAND/KELLER, pp. X ss ; PICHONNAZ, NN 45 et 225 ; SCHMIDLIN, p. 33 ; VILLEY, p. 37.

V. Conclusion

Au XIX^e siècle, certains grands juristes allemands, dont le célèbre Bernhard Windscheid, se sont intéressés aux fondements du droit d'action. On opposa alors la théorie classique à la théorie moderne de l'action en justice⁷⁴. Selon la première conception, trouvant son origine dans les actions romaines de l'époque classique, l'action est un aspect de droit substantiel : elle constitue la manifestation judiciaire du droit invoqué. En revanche, selon la théorie moderne, la prétention au fond, l'action et la demande sont des éléments autonomes. Le droit d'action n'est donc pas identique au droit subjectif dont le plaideur tente d'obtenir la reconnaissance en justice. Il se caractérise par le droit à l'obtention d'un jugement au fond, ce qui le distingue du simple droit d'accès au juge.

En faisant de l'intérêt digne de protection une condition de recevabilité de la demande (cf. art. 59 al. 2 let. a CPC), le code de procédure civile se rattache implicitement à la théorie moderne⁷⁵. Dans un arrêt de principe de 2013, le Tribunal fédéral a lui-même consacré cette théorie en distinguant l'affirmation du droit à la protection juridique (*prozessualer Anspruch*) de la prétention au fond (*Anspruch*), cette dernière constituant l'objet du litige⁷⁶.

Même si la conception du droit d'action a évolué depuis l'époque romaine, il est indéniable que le droit de procédure civile suisse est fortement imprégné des expériences du droit romain⁷⁷. On y retrouve en effet des éléments de la rigueur des actions de la loi, de la souplesse de la procédure formulaire et du caractère professionnel de la procédure extraordinaire. Plus généralement, notre ordre juridique a consacré des grandes maximes du droit romain, telles que « *audiatur et altera pars* » (que l'autre partie soit aussi entendue) ou « *bis de eadem re ne sit actio* » (une nouvelle action ne peut être engagée pour la même affaire). Et l'on doit au juriste Marcianus, la formulation de la célèbre règle selon laquelle « la nécessité d'apporter la preuve incombe à celui qui agit »⁷⁸ !

⁷⁴ Pour la présentation des deux théories, cf. BOHNET/DROESE, pp. 470 ss.

⁷⁵ BOHNET/DROESE, pp. 484 ss.

⁷⁶ ATF 139 III 126, c. 3.2.3. Cf. BOHNET/DROESE, pp. 486 ss.

⁷⁷ SCHMIDLIN, p. 37.

⁷⁸ MARCIANUS, D. 22.3.31 : « *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* ».

VI. Bibliographie

Sources juridiques romaines

GAURIER Dominique, Les 50 livres du Digeste (D.) de l'Empereur Justinien, édition traduite et annotée en trois volumes, Paris 2017.

REINACH Julien, Gaius *Institutes*, édition bilingue latin-français, 4^e éd., Paris 1991.

Doctrine

BERTHELET Yann, Le rôle des pontifes dans l'expiation des prodiges à Rome, sous la République : le cas des « procurations » anonymes, in : *Anthropologie et Histoire des Mondes Antiques – Cahiers mondes anciens*, 2011(2).

BOHNET François et DROESE Lorenz, Le droit d'action selon le CPC suisse, *RSPC* 5/2021, pp. 466-490.

DUNAND Jean-Philippe et KELLER Alexis, L'Europe, la Suisse et l'expérience du droit romain, préface de : STEIN Peter, *Le droit romain et l'Europe – Essai d'interprétation historique*, Genève/Bâle/Munich 2003, pp. IX-LIII.

GAUDEMET Jean et CHEVREAU Emmanuelle, *Les institutions de l'Antiquité*, mise à jour bibliographique par Emmanuelle Chevreau, 8^e éd., Paris 2014.

INDRA Miriam, *Status quaestio – Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht*, thèse Fribourg-en-Brisgau, Berlin 2011.

KASER Max, *Römisches Privatrecht*, 6^e éd., Munich 1968 (cité : KASER, *Privatrecht*).

KASER Max, *Römische Rechtsgeschichte*, 4^e impression de la 2^e éd. (1986), Göttingen 1967 (cité : KASER, *Rechtsgeschichte*).

KASER Max, *Prätor und Judex im römischen Zivilprozess*, *Revue d'histoire du droit*, tome XXXII 1964, pp. 329-362 (cité : KASER, *Prätor und Judex*).

KASER Max et HACKL Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, Munich 1996 (cité : KASER, *Zivilprozessrecht*).

MICHEL Edouard, La justice selon Verrès ou un prêteur urbain sous la République, *Revue historique du droit*, vol. 78(4) 2000, pp. 661-670.

MIGNOT Dominique Aimé, Les obligations du juge et de l'arbitre dans le cadre de la procédure formulaire d'après les témoignages de Pline le Jeune et d'Aulu-Gelle, *Dialogues d'histoire ancienne*, vol. 34(2), 2008, pp. 81-94.

MORIN Michel, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal 2004.

PICHONNAZ Pascal, *Les fondements romains du droit privé*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2020.

SCHMIDLIN Bruno, *Droit Privé Romain I – Origines et sources, Famille, Biens, Successions*, 2^e éd., Genève 2012.

TRIANDAFIL Ernest, *Histoire des voies d'exécution en droit romain – Époque des actions de la loi et de la procédure formulaire*, Paris 1914.

VAN HAEPEREN Françoise, Des pontifes païens aux pontifes chrétiens. Transformations d'un titre : entre pouvoirs et représentations, *Revue belge de philologie et d'histoire*, tome 81, fascicule 1, 2003, pp. 137-159.

VILLEY Michel, *Le droit romain*, Paris 2002.

