

De l'effet des exceptions partielles, en droit romain classique ; Des obligations hypothécaires au porteur, en droit [...]

Garnot, Paul. De l'effet des exceptions partielles, en droit romain classique ; Des obligations hypothécaires au porteur, en droit français : thèse pour le doctorat... / par Paul Garnot,.... 1894.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

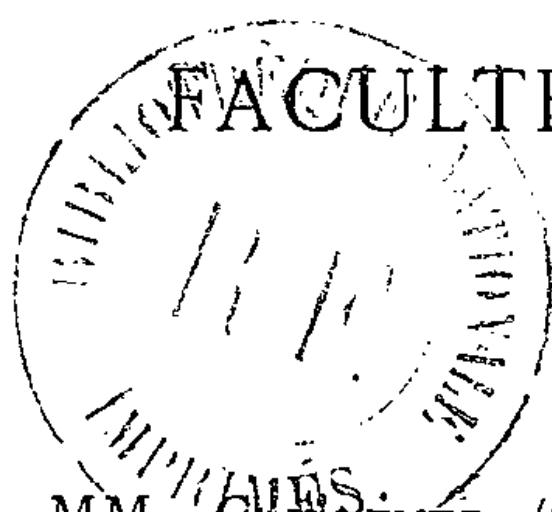
6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

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

8728

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

4^oF
841



FACULTÉ DE DROIT DE LYON

MM. CARLEMER, (O. ✱), doyen, professeur de droit civil;
MABIRE (✱), professeur de droit civil;
GARRAUD, professeur de droit criminel;
APPLETON, professeur de droit romain;
FLURER, professeur de droit civil;
ROUGIER, professeur d'économie politique;
ENOÛ, professeur de droit administratif;
AUDIBERT, professeur de droit romain;
COHENDY, professeur de droit commercial;
BERTHÉLEMY, professeur d'histoire interne du droit civil
français;
THALLER, professeur honoraire, actuellement professeur
à la Faculté de droit de Paris;
PIC, agrégé, chargé du cours de droit international
public;
BARTIN, agrégé, chargé du cours de procédure civile;
SOUCHON, agrégé, chargé du cours de droit commercial
comparé;
BLONDEL, chargé des fonctions d'agrégé, en congé;
BECQ, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

Président M. FLURER;
Suffragants { MM. APPLETON,
ROUGIER,
ENOÛ.

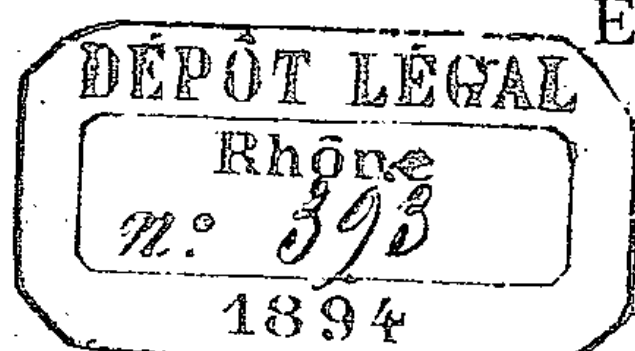
UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE LYON

DE L'EFFET

DES

EXCEPTIONS PARTIELLES

EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE



DES

OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES AU PORTEUR

EN DROIT FRANÇAIS



THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 12 décembre 1894

Devant la Faculté de droit de Lyon

PAR

PAUL GARNOT

Juge suppléant au Tribunal civil de Lyon

LYON

ASSOCIATION TYPOGRAPHIQUE

F. Plan, rue de la Barre, 12

1894



THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

1955

DROIT ROMAIN

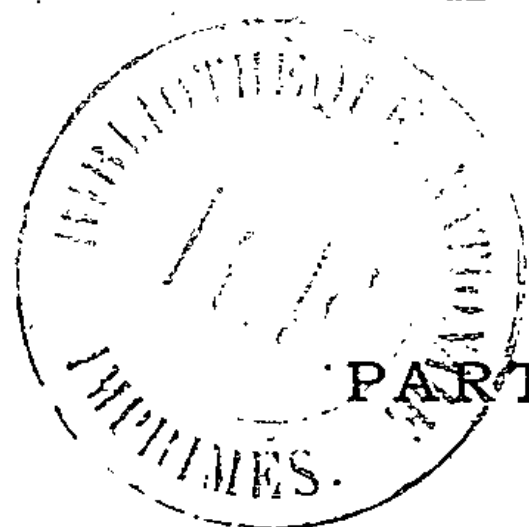
DE L'EFFET DES EXCEPTIONS PARTIELLES

EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

ERRATA



PARTIE ROMAINE

On rappelle que c'est par erreur qu'on a écrit en chiffres romains les numéros des lois citées, au lieu de les écrire en chiffres arabes.

Ainsi, page 50, au lieu de : loi XXII, pr. D. XLIV, 1, lire : loi 22, pr. D. XLIV, 1.

Page 9, au lieu de : Telle est le rôle de l'exception, lire : Tel est le rôle de l'exception.

Page 44, ligne 31, au lieu de : et fait, lire : et font.

Page 47, ligne 24, au lieu de : comme *compensatione*, lire : *cum compensatione*.

Page 52, ligne 9, au lieu de : *De exceptionis*, lire : *De exceptionib.*

Page 53, ligne 16, au lieu de : le défendeur pouvait se prévaloir, lire : le défendeur pouvait s'en prévaloir.

Page 54, ligne 4, au lieu de : deux exceptions, lire : deux acceptions.

Page 55, ligne 26, au lieu de : Faisant abstraction, lire : Faisons abstraction.

Page 69, ligne 25, au lieu de : et que le demandeur ne doive lui-même que 5, lire : et que le demandeur me doive lui-même 5.

Page 74, ligne 6, au lieu de : *rem dolo malo.....*, lire : *reus dolo malo...*

Page 77, ligne 8, au lieu de : *consensus fuerit*, lire : *consecutus fuerit*.

Page 78, ligne 26, au lieu de : duptam stipulatus fuerit, lire : duplam stipulatus fuerit.

Page 80, ligne 5, au lieu de : consentus sit, lire : consecutus sit.

PARTIE FRANÇAISE

Page 18 :

Ligne 3, au lieu de : étaient, lire : était.

Ligne 26, au lieu de : C'est une conception, lire : C'est cette conception.

Page 40, ligne 11, au lieu de : qui les contracte, lire : qui les contractent.

Page 41, ligne 7, au lieu de : avant de discuter, lire : avant de les discuter.

Page 42, ligne 15, au lieu de : Les objections, lire : Des objections.

Page 115 et 116, notes 1 et 2, au lieu de : Bouvier-Baugillon, lire : Bouvier-Bangillon.

Page 120, ligne 19, au lieu de : loi du 21 mars, lire : loi du 21 mai.

Page 122, ligne 18, au lieu de : prendre cette inscription, lire : prendre une inscription.

Page 137, ligne 8, au lieu de : il est alors porté, lire : il s'est alors porté.

DE L'EFFET DES EXCEPTIONS PARTIELLES

EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE

INTRODUCTION

§ I^{er}. — Définition et rôle général de l'exception.

Le sujet que nous entreprenons de traiter, l'*effet des exceptions partielles à l'époque classique*, touche à l'étude des moyens mis par la loi romaine à la disposition d'un défendeur en justice, pour résister à une action intentée contre lui.

Aujourd'hui, dans notre Code de procédure civile français, les exceptions sont simplement des moyens opposés par le défendeur pour se dispenser de répondre à une demande, jusqu'à ce qu'un délai soit expiré ou jusqu'à ce qu'une formalité soit remplie.

Elle a seulement pour objet de suspendre l'effet de l'action.

On appelle spécialement exception dilatoire, celle qui tend à faire respecter un délai.

Au surplus, le succès de l'exception n'a d'autre effet, dans notre droit, que d'obliger le demandeur à recom-

mencer le procès. Tantôt il pourra le faire immédiatement, tantôt il devra attendre un certain délai. Il pourra arriver aussi qu'il ne puisse plus renouveler sa demande, parce que son droit aura été prescrit; son assignation annulée par le juge n'aura pas interrompu la prescription. Dans ce dernier cas, son droit est éteint, non à proprement parler par l'exception du défendeur, mais par la prescription.

En somme, en droit français, l'exception a un caractère purement procédural; en réalité, elle est peu importante.

La théorie romaine des exceptions est fort différente de notre théorie moderne.

Quand le demandeur a exposé sa demande, il est possible que le défendeur se place sur le même terrain juridique. Ainsi, le demandeur se dit créancier d'après le droit civil, et le défendeur lui répond, d'après le droit civil également, qu'il n'est pas créancier. C'est par exemple une *conditio certæ pecuniæ* qui est intentée; le demandeur agit en vertu d'une stipulation et le défendeur répond que les paroles solennelles de la stipulation n'ont pas été prononcées, ou qu'il y a eu paiement de la somme stipulée, ou que le demandeur lui en a fait acceptation.

Dans ce cas, une seule question est soumise au juge : Le demandeur a-t-il un droit d'après le droit civil ? La formule n'est alors pas modifiée; le juge n'a qu'à répondre oui ou non. S'il reconnaît que le demandeur n'a pas de droit, tout le débat est terminé. « *Ipso jure actio inutilis est* », dit un texte.

On est en ce cas en présence d'un moyen de défense direct.

Mais une autre situation est possible.

A Rome, on permet encore au défendeur de ne pas se placer sur le même terrain juridique que le demandeur. Par exemple, ce dernier dit avoir un droit d'après le droit civil et le défendeur ne le nie pas; mais il se prétend victime de manœuvres frauduleuses. Il soulève une deuxième question différente de la première. Il se défend en prenant l'offensive, en attaquant son adversaire. Il allègue un fait dont l'examen devra le faire absoudre; il devient demandeur à son tour. (Loi I, *Dig.*, liv. XLIV, tit. 1.)

Dans ce second cas, si le juge reconnaît qu'il a raison, on dit que c'est l'exception qui a fait échouer l'action : « *Propter exceptionem actio inutilis est* », dit encore un texte.

C'est dans cette hypothèse qu'il y a, dit-on, *une exception*.

La formule doit être alors modifiée. Le juge reçoit en effet un double mandat : celui de vérifier la prétention du demandeur et celui de vérifier ensuite la prétention du défendeur. Il ne devra donc condamner que si : 1° la prétention du demandeur est exacte et si à la fois 2° la prétention du défendeur ne l'est pas. Si ces deux conditions ne sont pas remplies, le juge absoudra. La condamnation est subordonnée à une condition positive et à une condition négative.

Telle est le rôle de l'exception en droit romain au point de vue du fond du droit. On peut donc la définir *un moyen de défense indirect*. C'est en un mot un moyen par lequel le défendeur allègue que même si le demandeur a le droit qu'il prétend avoir, lui, défendeur, ne doit pas être condamné.

Au point de vue de la forme, au point de vue procédural, tandis que le moyen de défense direct peut

être opposé pour la première fois devant le juge, l'exception doit au contraire être insérée dans la formule. Le juge en effet est lié par la formule, et si le défendeur n'y met rien, le juge doit néanmoins s'en tenir à elle, telle qu'elle est rédigée.

Au point de vue de la forme, l'exception est donc une partie de la formule. C'est celle dans laquelle le magistrat donne au juge le pouvoir d'examiner la prétention du défendeur et de l'absoudre si elle est vérifiée. (Gaius, *Comm.*, IV, § 119).

Elle constitue ce que l'on appelle l'une des *parties accessoires* de la formule; elle rentre dans les *adjec-tiones formulæ*; ce qui veut dire que ce n'est pas là un des éléments essentiels de la formule, c'en est une portion, qui ne s'y trouve que si le défendeur en a requis expressément l'insertion.

Ainsi, à la différence de ce qui se passe en droit français, où l'exception n'a qu'un côté procédural, l'exception en droit romain joue un double rôle. D'abord, elle a un rôle touchant au fond du droit; elle est un moyen de défense; elle rentre donc dans la catégorie des moyens que le défendeur a à sa disposition. D'autre part, elle a un rôle procédural, un rôle de forme; elle est une partie de la formule.

Elle a donc eu à Rome un rôle bien plus important qu'elle n'a et qu'elle ne peut avoir chez nous. C'est un des procédés, et l'un des plus importants, que le préteur a imaginés pour réformer le droit civil. Quand il veut faire absoudre quelqu'un que le droit civil condamnerait, il délivre une formule dans laquelle il insère une exception. Par l'ordre qu'il donne au juge, il prend l'initiative et la responsabilité de la réforme.

Le préteur se sert donc de l'exception pour modifier une formule civile, et l'exception nous apparaît ainsi comme un *instrument de réforme*. Voilà une idée importante, dont la démonstration péremptoire résulte de la comparaison d'un passage de Gaius, *Comm.*, IV, § 114, avec un passage des *Institutes*, liv. IV, tit. 13, *De exceptionibus pr.*, §§ 1 et 2. Ces textes montrent bien que les exceptions ont été imaginées, *comparatæ*, pour réagir contre l'iniquité du droit civil. Nous aurons plus loin à tirer parti de cette remarque capitale sur la nature de l'exception.

§ 2. — Effet de l'exception.

L'exception ne produit d'effet évidemment que si le juge en a vérifié la justesse. Cet effet est de faire absoudre le défendeur, d'écarter la condamnation même, si le demandeur a établi son droit. Cela résulte de la définition même de l'exception. A la simple inspection de la formule, l'exception apparaît, avons-nous dit, comme une condition nouvelle mise à la condamnation.

Cette règle s'applique sans difficulté dans le cas où l'exception tend à contrarier la demande tout entière. Par exemple, le créancier établit qu'il lui est dû une somme de 100 et le défendeur objecte qu'il a promis toute cette somme, à la suite d'un dol commis par le demandeur, ou d'une violence.

Dans cette première hypothèse, qui est l'hypothèse simple, normale, se présentant ordinairement, l'effet de l'exception est bien déterminé et ne peut laisser aucun doute. Elle conduit alors à la conséquence du rejet total de la demande.

Mais dans la pratique, il peut arriver que l'exception ne s'oppose qu'à une partie de la demande, laquelle se trouve néanmoins justifiée pour l'autre partie. Ainsi, Primus a stipulé de Secundus une somme de 100, et, par un simple pacte, il lui a fait remise de 40. Puis il réclame la totalité de sa créance. Secundus oppose alors l'exception de pacte, au moyen de laquelle il fera valoir la renonciation qu'a faite son adversaire à une partie de la somme primitivement promise.

Dans ce cas, on peut chercher quel est l'effet de l'exception. D'après la prétention du défendeur lui-même, elle ne tend pas à paralyser la totalité de la demande. Il s'agit alors de savoir quel est le rôle du juge : devra-t-il tenir compte de la réalité des faits et absoudre le défendeur pour partie, le condamner pour partie ? Ou au contraire devra-t-il absoudre pour le tout ? En d'autres termes, l'effet de l'exception partielle est-il d'arriver à la *diminution* de la condamnation, sans aller jusqu'à la faire disparaître complètement ?

L'objet de ce travail est précisément d'étudier cet effet diminutif et d'en établir l'existence.

§ 3. — Délimitation de notre sujet.

Mais il faut faire tout d'abord une remarque importante. Le problème que nous abordons n'a pas une portée générale en droit romain : il laisse de côté plusieurs catégories d'actions pour lesquelles aucun doute ne peut s'élever.

Nous avons donc plusieurs points à éliminer avant tout.

La question de l'effet diminutif, en premier lieu, est en dehors de la sphère des actions *de bonne foi*.

Il est en effet une classe d'actions qui portent ce nom. En la forme, on les reconnaît à ce que la formule contient les mots : *ex bona fide*. Le magistrat dit au juge d'examiner, *d'après la bonne foi*, les prétentions du demandeur et de condamner le défendeur *à ce qu'exigera la bonne foi*. Le juge reçoit donc des pouvoirs très larges ; son rôle n'est pas strictement limité, et il a une certaine liberté d'action, puisqu'il peut se mouvoir dans les limites de tout ce qu'exige la bonne foi. Le type de l'action de bonne foi est l'action de vente. Si le vendeur réclame comme prix de vente une somme de 100, le juge pourra, suivant les circonstances, ou absoudre l'acheteur, ou le condamner à payer 100, ou le condamner à payer seulement une somme qui pourra varier depuis 1 jusqu'à 100. Tout cela résulte de ce que ses pouvoirs n'ont d'autres bornes que la bonne foi, c'est-à-dire l'équité même.

L'action de bonne foi peut donc aboutir à une condamnation partielle. Si le défendeur oppose une exception qui ne fasse obstacle qu'à une partie de la demande, l'effet de cette exception sera clair : elle n'écartera la demande qu'en partie.

Bien des textes mentionnent cette possibilité pour le juge de diminuer la condamnation dans les actions de bonne foi. Nous nous contenterons de citer la loi XVI, § 1, et la loi XVII, *Dig., De contrahenda emptione*, liv. XVIII, tit. 1, qui, à propos de la vente, déclarent que le juge, à raison de certains faits, peut

réduire le prix de vente : *Officio judicis pretium minuetur*.

Il faut remarquer d'ailleurs que l'exception peut, dans les actions de *bonne foi*, être opposée pour la première fois devant le juge, sans avoir été insérée dans la formule. On discute pour savoir si cela est vrai pour toutes les exceptions, ou si quelques-unes ne doivent pas, même dans les actions de *bonne foi*, être proposées devant le préteur, sous peine de forclusion. Mais peu importe ici. Tout ce que nous voulons retenir, c'est que, même si l'exception n'est pas insérée dans la formule, et que le défendeur la fasse valoir pour la première fois devant le juge, elle pourra toujours aboutir à une condamnation partielle.

Il résulte de la remarque précédente, que dans les actions de *bonne foi* une exception partielle peut avoir pour conséquence une absolution partielle seulement. Elle ne conduit pas forcément au rejet total de la demande. Les actions de *bonne foi* restent ainsi complètement en dehors du domaine de cette étude.

Il faut en dire autant, d'après une opinion, pour toutes les actions de *droit strict*, quand une *exception de dol* y a été insérée. On se demande si l'*exception de dol* transforme l'action où elle figure en action de *bonne foi*. Si l'on adopte l'affirmative, il faut dire alors que le juge, même dans ces actions, pourra tenir compte d'une exception partielle et ne condamner que pour partie.

Il devra encore en être de même pour le cas où l'on insérerait, non plus dans la formule, mais dans le contrat lui-même de stipulation, une *clausula doli* ou une clause de *boni viri arbitrium*. La stipulation est par nature un contrat de *droit strict*, mais en le

faisant, les parties peuvent dire qu'elles répondent de leur dol, c'est la *clausula doli*, ou que, pour l'exécution du contrat, elles s'en rapportent à l'*arbitrium boni viri*. Si l'on admet que ces deux clauses, transforment la stipulation en contrat de *bonne foi*, il faudra décider encore que le juge pourra ensuite admettre l'effet définitif d'une exception dans l'action qui pourra être exercée (1).

Nous devons mettre encore à part les *actions arbitraires*. Dans ces actions, le juge a le pouvoir de proposer au défendeur certaines restitutions à opérer, moyennant lesquelles celui-ci sera absous. Il est clair que pour la fixation de ces restitutions, le juge peut tenir compte de tous les éléments qu'il croit bon de retenir et notamment d'une exception partielle. Il peut donc diminuer le chiffre des restitutions.

Si le défendeur ne s'y conforme pas, il sera condamné; mais alors ne sera-t-il pas condamné nécessairement pour le tout ?

Il faudra répondre que non, et cela non pas parce que l'action est *arbitraire*. La diminution de la condamnation vient de ce que la *condemnatio* de la formule est *incerta*. Ceci nous amène à parler d'une classe beaucoup plus générale d'actions : celles dont la *condemnatio* est *incerta*.

Pour celles-ci, une exception partielle aura forcément un effet diminutif. Le préteur a dit en effet au juge : *Quanti ea res erit condemna*, ou bien *quidquid paret*.... Ces formules indéterminées permettent au juge d'apprécier le *quidquid* ou le *quantum*, en tenant

(1) Sur la *clausula doli* et l'*arbitrium boni viri*, v. Haurion, article sur la *Nouvelle revue historique*, 1881, p. 99.

compte des exceptions partielles que le défendeur peut faire valoir.

On remarquera que nous parlons ici non seulement des actions dans lesquelles l'*intentio* est *incerta*, mais de toutes celles, beaucoup plus nombreuses, dans lesquelles c'est la *condemnatio* qui est *incerta*. Ainsi, je revendique l'esclave Stichus, corps certain. L'*intentio* de mon action est *certa*. Mais le préteur dit dans la *condemnatio* : *Quanti Stichus erit, condemna*. Le juge, n'étant lié par la fixation d'aucun chiffre, peut le diminuer, à la suite d'une exception tendant par exemple à faire obtenir au défendeur le remboursement de quelques menues dépenses qu'il aurait faites.

Dans toutes ces hypothèses, la question de l'efficacité diminutive ne peut donc pas se poser. Pour qu'elle se présente dans toute sa pureté, il faut se placer en face d'une action à *condemnatio certa*; c'est-à-dire à *condemnatio*, contenant détermination par le préteur, d'une somme : *judex centum condemna, si non paret absolve*. C'est pour celles-là qu'on peut se demander si une exception partielle ramènera la condamnation à un chiffre inférieur.

Et encore, de nouvelles limitations s'imposent à nous. Il est en effet des exceptions dont l'effet est hors de contestation. M. Accarias divise à cet égard les exceptions en trois catégories (1).

A. — Il y en a un grand nombre qui entraînent toujours absolution totale, parce que le même motif qui les a fait établir s'applique par sa nature à tout le contenu de l'action. Telle est l'exception *Legis Cinciae*;

(1) Accarias. *Précis de droit romain*, 3^e édit., t. II, p. 1233.

les exceptions *metus, litis dividuæ, rei residuæ, procuratoria*. Nous y joindrons le *bénéfice de division* opposé par le fidéjusseur.

Cependant, on dit que l'effet de cette exception est de faire seulement diminuer la condamnation. On sait que d'après l'*Epistola divi Hadriani*, le magistrat peut protéger le fidéjusseur poursuivi pour la totalité de la dette, quand l'agissement du créancier paraîtra arbitraire et non justifié. Le créancier doit diviser son action entre tous les fidéjusseurs solvables, lors de la *litis contestatio*.

On appelle *bénéfice de division* le moyen accordé au fidéjusseur de faire fractionner la poursuite. Poursuivi pour le tout, il soutient que ses co-obligés sont solvables à ce moment et que la poursuite aurait dû être divisée. Si le créancier persiste à lui réclamer toute la dette, le magistrat insère dans la formule l'exception *si non et illi solvendo sint*.

Qu'arrive-t-il alors, si le juge constate que les autres fidéjusseurs étaient solvables au moment de la *litis contestatio*? C'est ici qu'il y a doute. On a dit que le juge diminue la condamnation, c'est-à-dire ne condamne le défendeur que pour sa part dans sa dette (1). Mais nous ne le croyons pas. A notre avis, le juge prononcera l'absolution complète du fidéjusseur poursuivi pour le tout. Cette sanction rigoureuse est un moyen de contraindre le créancier à diviser ses poursuites; il faudra qu'il soit bien sûr de l'insolvabilité des autres fidéjusseurs pour agir pour le tout contre l'un d'eux. En outre le § 121 du commentaire III

(1) En ce sens, Accarias, *loc. cit.* — E. Petit. *Traité élémentaire de droit romain*, 1892, n° 803, *in fine*.



de Gaius semble venir à notre appui. On ne pourrait invoquer en sens contraire que des considérations d'équité, mais aucun texte.

B. — A l'inverse, certaines exceptions manqueraient leur but, si elles faisaient absoudre le défendeur pour le tout. Elles n'auront donc pour effet constant que d'amoindrir la condamnation. Telle est l'exception *hereditatis restitutæ*.

C. — Restent enfin toutes les autres exceptions, pour lesquelles seulement il peut y avoir discussion. C'est elles seules que nous ferons entrer dans notre sujet.

En résumé, on voit que la question est assez restreinte ; elle est limitée aux *actions de droit strict*, tendant à obtenir une *certa pecunia*, fixée dans la *condemnatio*. Cette constatation est du reste une arme à deux tranchants. Les partisans de l'effet toujours absoluire pourraient dire qu'il n'y a pas d'inconvénient à l'admettre, puisqu'il concerne un si petit nombre d'actions. Mais nous répondons que puisque les Romains ont reconnu l'effet diminutif dans la plupart de leurs actions, il serait bien étonnant qu'ils l'eussent précisément écarté, et ce, sans raison plausible, pour quelques-unes.

Nous savons maintenant pour quelles actions on peut se demander quel a été en droit romain l'effet des exceptions partielles, et par cela même notre sujet se trouve délimité.

PREMIÈRE PARTIE

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES ET RATIONNELLES

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX.

Le problème semble très simple au premier abord, et l'effet dinutif résultant des exceptions partielles se présente comme devant découler naturellement des principes.

C'est là la conséquence de l'idée générale exposée déjà. L'exception, avons-nous dit, fut pour le prêteur un instrument de réforme ; par là, il corrigea les rigueurs du droit civil et fit prévaloir l'équité sur la logique trop absolue des principes primitifs.

Or, les réformes opérées ne durent pas dépasser leur but. Du moment que l'exception est fondée sur l'équité, elle ne doit pas la violer, autrement elle deviendrait inique à son tour. Par exemple, Primus,

créancier de 100 fait remise de 40 à son débiteur. Au fond des choses, il reste créancier de 60. Si donc l'exception de pacte opposée par le défendeur aboutissait à une absolution complète, le résultat serait manifestement contraire à l'équité, puisqu'alors elle priverait le demandeur d'une créance certaine.

La conséquence est que l'exception partielle doit amener une condamnation partielle.

Cette déduction se trouve confirmée, si l'on considère la nature de l'exception.

Les interprètes l'ont analysée de deux manières.

Pour les uns, elle est fondée sur un *droit* appartenant au défendeur.

Pour les autres, elle ne repose que sur un *fait*.

Mais dans les deux systèmes, le résultat doit être le même.

On peut en effet considérer l'exception comme représentant dans son essence un droit qui s'oppose à un droit. Le défendeur oppose au droit allégué par le demandeur un droit rival. C'est là l'opinion défendue par Savigny et aujourd'hui admise par plusieurs auteurs allemands et italiens (1).

Dès lors, les effets résultant de l'exception doivent correspondre exactement à la somme des droits qu'on fait valoir par elle. Si ces droits n'ont pas une étendue telle qu'elle absorbe totalement ceux que le deman-

(1) V. Savigny : *System*, V, § 225 ; — Puchta : *Pandekten und Vorlesungen*, § 93 ; — Arndts ; § 101, note 2 ; — Unger : *System*, II, § 125 ; — Crescenzo : *Système de droit civil romain*, I, § 89 ; — Milane : *La exceptio doli generalis*, p. 6 et p. 49 ; — Buonanici : *Histoire de la procédure civile romaine*, I, p. 108 ; — Gandolfo : *Efficacité des exceptions partielles*, article dans d'*Archivio juridico*, 1887, § 2, note 4, etc.

leur fait valoir au moyen de son action, ce demandeur ne devra succomber que partiellement. Il verra la condamnation diminuer en sa faveur, proportionnellement au contenu de l'exception qui lui est opposée.

On peut regarder au contraire l'exception comme fondée en général sur un *fait*.

Sans doute, il y a des exceptions basées sur un droit, par exemple, l'exception *justi dominii*, basée sur le droit de *propriété quiritaire*, que le défendeur oppose à l'*action publicienne*.

Mais dit-on, dans cette seconde opinion, l'exception est généralement l'allégation d'un fait. Ainsi, un débiteur, *jure civili*, se prétend victime d'un dol ou d'une violence. Il se retranche ainsi derrière un fait : le fait de dol ou le fait de violence.

Cette deuxième conception a trouvé un certain crédit chez les jurisconsultes allemands les plus récents (1).

Nous n'avons pas à prendre parti à ce sujet, car même si l'exception consiste dans un simple fait, elle pourra aboutir à une absolution partielle seulement. On ne voit pas en effet pourquoi il en serait autrement. Le défendeur, pour paralyser la demande, allègue un certain fait. Si ce fait n'est relatif qu'à une partie du droit invoqué, il ne doit affecter que cette partie. Par exemple, le débiteur démontre l'existence d'un pacte de remise pour 40 seulement. Si l'on admet que le droit du créancier se trouve, quand une excep-

(1) V. Bekker : *Actionen*, II, p. 266 et suiv. ; — Wetzel : *Civil process*, § 17, note 18 ; — Birkmeyer : *Die Exceptionen*, p. 33 et suiv. ; — Windscheid : *Pandekten*, § 47, etc.

tion est opposée, paralysé par un fait, il ne le sera évidemment que dans la mesure de ce fait.

En présence d'une exception partielle, il ne peut être paralysé que partiellement.

Ainsi, quelle que soit la manière dont on analyse l'exception, on arrive toujours à cette conclusion qu'elle peut produire un effet simplement limitatif de la condamnation.

Ces données résultant des idées générales, sont pleinement confirmées par les textes nombreux que nous possédons sur la matière. Ils seront examinés plus loin en détail. Il importe de voir avant tout ce qui s'est passé aux diverses époques du droit.

Bien que notre sujet soit, d'après son titre même, limité au droit de l'époque classique, il convient, avant d'examiner les objections opposées à notre système, de jeter un rapide coup d'œil sur l'évolution historique accomplie en notre matière.

CHAPITRE II

CONSIDÉRATIONS HISTORIQUES.

Si l'on considère les trois périodes successives qui caractérisent le droit et la procédure de Rome, *l'ancien droit*, la *période classique* et le *Bas-Empire*, et si l'on se demande quel fut à ces différentes époques l'effet des exceptions partielles, on arrive à des réponses singulièrement différentes.

Tout d'abord, en ce qui concerne la dernière période, celle du droit du Bas-Empire, il ne peut y avoir aucun doute : la condamnation partielle est admise.

A ce moment, en effet, la distinction du magistrat et du juge s'est effacée. Le premier seul examine l'instance entière ; il n'est plus lié par le formalisme et il fait tout ce qui lui paraît équitable. Le mécanisme de la procédure d'alors ressemble assez à celui de la procédure actuelle dans ses grandes lignes. Si donc le magistrat reconnaît que le défendeur, opposant un moyen de défense, direct ou indirect, ne doit triompher que partiellement, il déclarera la demande recevable pour partie seulement et prononcera une condamnation partielle.

Ceci est certain pour la dernière période du droit

romain. L'effet diminutif à l'époque de Justinien est indiquée par la loi XIV, C., *De compens.*, liv. IV, tit. 31, et par les *Institutes* § 30, *De Actionibus*, liv. IV. tit 6.

En ce qui concerne l'époque classique, la question est notre sujet même.

Reste enfin l'ancien droit. Ici la controverse est grande. La difficulté sur l'effet de l'exception partielle ne vient qu'en seconde ligne; elle est subordonnée à une autre, primordiale, celle de savoir si les exceptions existaient et furent pratiquées à cette époque reculée.

Sur ce point, deux systèmes sont en présence.

L'un prétend que les exceptions n'existaient pas du tout au temps des actions de la loi; l'autre soutient qu'elles existaient, mais non pas avec la forme qu'elles eurent sous la procédure formulaire.

Nous n'avons pas à prendre parti à cet égard et voici simplement ce que nous avons à dire.

Si l'on adopte le premier système, il en résultera que la question de l'efficacité partielle ne peut se poser pour le très ancien droit romain. Du moment qu'il n'y avait pas d'exception, il ne saurait être question d'un effet produit.

Si l'on adopte le second système, la solution devra encore être la même. D'après ce second système, mis en avant par M. de Savigny (1) l'exception ne remonte qu'au système formulaire et peut-être même ne fut-elle pas en usage à ses débuts. Mais, par contre, dit-on, on ne peut admettre que les faits servant de fondement à l'exception soient restés sans protection auparavant.

(1) Savigny. *Système*, t. V, § 228.

Le double problème est donc celui-ci : les faits qui à l'époque formulaire, donnent naissance à des exceptions pouvaient-ils également être opposés à la demande, à l'époque des *legis actiones* ? Et deuxième question : ces moyens de défense étaient-ils opposés sous forme d'exception ?

M. de Savigny répond *oui* à la première question et *non* à la seconde. Les moyens de défense qui furent plus tard des exceptions, étaient déjà possibles autrefois, mais non sous forme d'exception.

Quelle était alors cette forme ? Nous n'avons pas à nous en préoccuper ici.

Ce qui est certain, c'est que ce n'était pas la forme révélée à l'époque classique. Dès lors, du moment que les moyens employés n'étaient pas l'exception, nous n'avons pas à les rechercher davantage ni à en établir les effets, car ce serait sortir de notre sujet.

Aussi, quelle que soit l'opinion adoptée, la question de l'efficacité diminutive ne peut être posée que pour l'époque classique.

Il importe alors de préciser le moment où cette efficacité fut admise. Nous ferons tout d'abord une remarque préliminaire.

On pourrait soutenir que les exceptions n'apparurent pas en même temps que le système formulaire. Elles seraient nées postérieurement.

Dans cette opinion, l'effet simplement limitatif serait lui-même postérieur à la naissance du système formulaire, et il y aurait lieu d'en rechercher la date.

Mais la question se pose également dans l'opinion, d'après laquelle les exceptions seraient contemporaines de la nouvelle procédure. Même si l'on admet cette hypothèse, on peut soutenir que l'efficacité des excep-

tions partielles ne se fit pas tout d'abord sentir. Voici ce qu'on peut dire en ce sens :

L'exception est une condition mise à la condamnation. Le magistrat dit au juge : « Condamne le défendeur à payer 100 si le demandeur ne lui a pas fait remise de 40 ».

Or, si l'on interprète rigoureusement, strictement, les termes de la formule, il faudra admettre que le juge, s'il lui est démontré qu'un pacte de remise pour 40 a été consenti, ne devra pas condamner du tout le défendeur. En effet, la condition mise par le prêteur est accomplie ; il a dit de condamner à 100, *à moins* qu'il n'y eut un pacte ; or le pacte a eu lieu, donc pas de condamnation ni totale ni partielle. Voilà où conduit l'observation littérale des termes de la formule.

Les jurisconsultes et les praticiens du début de l'époque formulaire s'en tenaient à cette interprétation terre à terre, comme on observe une consigne. Ils ne s'étaient pas encore dégagés du formalisme.

Ce n'est que plus tard qu'on arriva à interpréter la formule d'une façon plus large et plus intelligente. C'est donc plus tard seulement qu'on se permit, en présence de la formule précitée, de ne plus absoudre le défendeur pour le tout et à le condamner à 60, s'il y avait eu un pacte de remise de 40.

Tel est le raisonnement fait par des interprètes modernes, admettant comme nous l'effet simplement limitatif des exceptions partielles à l'époque classique.

C'est ainsi que l'un deux, qui a écrit récemment sur notre sujet, le professeur Enrico Gandolfo, pense que pendant la république et les premières années de

l'empire, l'étroite interprétation de la formule ne permettait pas une condamnation partielle fondée sur une exception. Il croit que ce résultat ne fut atteint que plus tard ; mais qu'il est difficile d'en fixer la date précise.

Deux textes peuvent cependant servir de points de repère :

C'est d'abord la loi XVII, *Dig., De senat. Vell.*, liv. XVI, tit. 1, appartenant à Africain et d'après laquelle l'exception peut servir à faire diminuer la condamnation dans les actions de *droit strict*. Ce fragment est extrait du liv. IV des *Questions d'Africain*. Or, on a conjecturé que cet ouvrage fut écrit sous Hadrien et Antonin le Pieux. Et puisque ce dernier empereur régna jusqu'à l'an 161 après l'ère chrétienne, il faut en conclure que l'ouvrage est antérieur à cette date.

Donc, dès avant l'année 161, l'effet simplement limitatif était admis.

L'autre texte est relatif à la compensation. C'est le § 30 aux *Institutes, De actionibus*, liv. IV, tit. 6, qui nous donne ce renseignement :

Sed, et in strictis judiciis, ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.

Marc-Aurèle régna de 171 à 180. C'est donc à cette époque que fut consacrée la compensation dans les actions de droit strict. On a discuté beaucoup pour savoir si la compensation partielle fut admise par le rescrit.

Ainsi, le demandeur réclame 100 et le défendeur prétend être lui-même son créancier de 40. Y aura-t-il absolution totale ou condamnation pour 60 ? Nous

ne voulons pas entrer dans la discussion de cette théorie si difficile de la compensation. Nous croyons avec Gandolfo (1) que la compensation partielle était possible.

Le rescrit de Marc-Aurèle consacre donc pour nous l'efficacité des exceptions partielles.

Si l'empereur ne fit que sanctionner ainsi une pratique déjà existante, il faudra conclure que cette efficacité était déjà antérieure. Si au contraire il innova, ce qui est une autre question discutée, elle date de l'époque de Marc-Aurèle au plus tard.

Ainsi, nous voyons les condamnations partielles exister sans aucun doute dans la seconde moitié du second siècle. Comme il est probable qu'on n'arriva pas là d'un seul coup et qu'il se produisit certains tâtonnements dans la pratique, on peut faire remonter la nouvelle solution à quelques années auparavant.

Telle est l'époque approximative à laquelle les Romains interprétèrent la formule d'une façon plus large et admirèrent les condamnations partielles basées sur une exception.

C'est du reste à cette époque également que les jurisconsultes se dégagèrent, à bien d'autres points de vue différents, d'une interprétation trop étroite de la formule. Ils adoptèrent par exemple l'opinion sabiniennne, avec la maxime : *omnia judicia sunt absolutoria*; ils admirèrent les intérêts judiciaires dans l'action en paiement d'un legs *sinendi modo*, etc.

La date, au moins approximative, où apparut l'effet

(1) Gandolfo. *De l'efficacité des exceptions partielles*, article dans l'*Archivio juridico*, vol. XXXIX.

limitatif est ainsi fixée. Il importe maintenant, avant de poursuivre l'exposé du système que nous croyons devoir adopter, d'examiner le système contraire et les considérations qu'il met en avant.

CHAPITRE III

EXPOSÉ DU SYSTÈME DE L'EFFET ABSOLUTOIRE.

Le système de l'effet absoluire complet des exceptions, même partielles, a été vigoureusement soutenu. On peut invoquer en sa faveur un certain nombre de considérations qui en effet sont bien de nature à impressionner au premier abord.

§ I^{er}. — L'exception considérée comme condition de la condamnation.

C'est en Allemagne qu'on a essayé d'établir que toute exception aboutissait toujours à une absolution totale. Bethmann-Hollweg (1) et Eisele surtout (2), ont dirigé leurs efforts en ce sens.

(1) Bethmann-Hollweg. *Rheinisches Museum*, vol. I, p. 276 et suiv.

(2) Eisele. *La compensation*, § 7, p. 61 et suiv. Nous devons mentionner aussi dans le même sens Krug : *Théorie de la compensation*, p. 49 et suiv. ; — Brinz : *Compensation*, p. 76 et suiv. ; — Rudorff : *Histoire du droit*, t. II ; — Scheurl : *Beiträge*, t. I, p. 163 et suiv.

Ils sont partis comme nous de l'analyse de l'exception.

L'exception a un double rôle, ce qui fait que le mot exception désigne deux choses assez différentes. Il signifie d'abord moyen de fond, moyen de défense, manière de résister à une demande. Il signifie ensuite une partie complémentaire de la formule, une partie accessoire dans laquelle le magistrat impose au juge une recherche qui n'est pas exigée dans les instances où il n'y a pas d'exception. En général, le juge n'a d'autre devoir que d'examiner si les faits déduits dans *l'intentio*, sont vrais. En cas d'affirmative, il condamne; en cas contraire, il absout: *si paret condemna, si non paret absolve*.

Mais quand le défendeur a obtenu du préteur l'insertion d'une exception dans la formule, les choses se passent autrement.

Le juge, pour prononcer la condamnation, ne devra pas seulement vérifier si *l'intentio* est vraie, il devra en outre constater le mal fondé de ce que le défendeur aura, au moyen de l'exception, allégué en opposition à la prétention du demandeur.

L'exception apparaît donc comme une véritable condition négative apportant une restriction à l'ordre de condamner. La condamnation que le juge doit prononcer est liée, grâce à l'exception, à une double condition: l'une positive, *si paret*, et qui consiste à déclarer juste *l'intentio*; l'autre négative, *nisi*., en vertu de laquelle il ne condamnera que si les faits allégués par le défendeur ne sont pas reconnus vrais.

Ce caractère conditionnel de l'exception est indiqué par Gaius (*Comm.*, IV, § 119) :

Omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita for-

mulæ inseritur ut conditionalem faciat condemnationem; id est, ne aliter judex eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil, in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter judex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum erit.

Ce passage de Gaius est invoqué contre notre système. On en déduit cette conséquence que le demandeur ne peut *jamais*, en présence d'une exception, obtenir une condamnation partielle. Cela résulte, dit-on, de la position particulière de l'exception dans la formule.

Le demandeur, par exemple, réclame 100 et le défendeur se prétend de son côté son créancier pour 40. Il oppose l'exception de compensation partielle. S'il s'agissait d'une action de bonne foi, la formule *quidquid paret*, ou *quanti ea res est* conduirait à condamner le défendeur à la différence des deux créances. Au contraire, dit-on, dans une action de droit strict, il devra être absous entièrement; le demandeur perdra même la différence qui lui est réellement due.

Telle serait la suite nécessaire du mécanisme d'un *judicium strictum*. Si le juge n'avait que la faculté de condamner à toute la somme portée dans l'*intentio* ou d'absoudre complètement.

L'exception, en effet est pour la condamnation une condition négative, en ce sens que le juge, pour tenir compte de cette condition et lui donner efficacité, devra constater les circonstances sur lesquelles elle est fondée, c'est-à-dire vérifier si les faits allégués par le défendeur sont établis et vrais. S'ils sont établis, même partiellement, il devra toujours tenir compte de la condition, c'est-à-dire de l'exception et absoudre pour le tout.

En somme, le magistrat a dit au juge : « Si le demandeur est créancier de 100, condamne le défendeur ; si le défendeur est de son côté créancier de 40, ne condamne pas le défendeur ».

En présence de pareilles instructions, le juge ne peut fléchir ni à droite ni à gauche ; il doit s'en tenir au projet de sentence qui lui a été transmis par le préteur ; il ne peut trancher le procès que par *oui* ou par *non*, sans pouvoir prendre de parti intermédiaire. Si donc le créancier démontre qu'il est créancier réellement de 40, le juge reste en présence de cette solution unique dictée par le préteur, *ne pas condamner le défendeur*, c'est-à-dire l'absoudre entièrement.

On pourrait reproduire à ce propos une idée de Ihering, qui compare la procédure romaine aux chemins de fer qui suivent une route rigide et inflexible, sans déviation possible ni à droite ni à gauche ; le juge romain, semblable à l'aiguilleur moderne, est tenu de lancer le train sur la voie indiquée qui doit infailliblement conduire au but prévu (1).

La logique de la procédure conduirait donc à une solution diamétralement opposée à celle indiquée par la raison et l'équité.

Eisele abandonne ici l'aspect de l'exception comme moyen de défense, il ne la regarde que par le côté procédural qu'elle présente, que comme partie de la formule. Il fait prédominer ce rôle de procédure sur le rôle de fond. Nous verrons au contraire plus loin s'il n'y a pas moyen de concilier les deux choses.

Telle est la première considération invoquée contre nous.

(1) Ihering. *Esprit du droit romain*, t. IV, § 62.

§ 2. — Argument tiré de la Plus Petitio.

Eisele tire encore argument de la théorie romaine de la *plus petitio*.

D'après cette institution curieuse, si un individu réclame en justice 100 à son débiteur, que celui-ci se contente de combattre la demande, sans opposer d'exception, et qu'il soit démontré que la créance n'est en réalité que de 60, le demandeur est repoussé pour le tout; il perd son procès complètement.

On dit alors qu'il réclame plus qu'il ne lui était dû, *plus petit*, il commet une *plus petitio*: *Si quis intentione plus complexus fuerit, causâ cadit; id est rem perdit.* (Gaius : *Comm.*, IV, § 53.)

Or, dit Eisele, voilà encore un cas où les exigences de la procédure l'emportent sur le fond du droit. La formule donnait au juge l'ordre de condamner, à la condition que l'*intentio* fut reconnue *juste*, et d'absoudre dans le cas contraire. Le prêteur lui a dit : « Si le demandeur est créancier de 100, condamne le défendeur; si le demandeur n'est pas créancier de 100, absous le défendeur ». S'il est prouvé qu'en réalité le demandeur est créancier de 60, il n'est plus créancier de 100 et le défendeur est absous pour le tout. La rigidité de la formule ne permettait pas au juge de s'arrêter à une condamnation partielle. Ici encore, la forme l'emportait sur le fond.

Eisele est donc obligé, pour faire ce raisonnement, de soutenir que la *plus petitio* était non pas une peine pour le plaideur téméraire, mais la conséquence d'un vice de forme.

Dès lors, ajoute-t-il, il y a un parallélisme parfait entre le résultat de la *plus petitio* et le résultat d'une exception partielle. Dans les deux cas, on est en présence d'un demandeur qui réclame trop et qui perd le tout pour avoir demandé le tout.

On ne voit aucune raison de distinguer et de donner une solution différente pour les deux hypothèses. La logique et l'harmonie du droit romain conduisent à l'uniformité de règle.

On ajoute dans ce système un développement historique. Les conséquences de la *plus petitio* furent adoucies à la fin du droit romain. L'empereur Zénon modifia d'abord le cas de la *plus petitio tempore* : Justinien modifia les autres cas de la *plus petitio* : il décida que le juge, au lieu d'absoudre le défendeur comme antefois, devrait le condamner au montant réel de sa dette, sauf l'obligation pour le demandeur de lui payer le triple de toutes les dépenses superflues qu'il aurait pu lui causer.

Le parallélisme avec les exceptions partielles se continue dans l'histoire.

A la *plus petitio tempore*, correspondait en effet une exception dilatoire, *cum convenerit ne intra certum tempus ageretur*. A l'époque classique, toutes deux produisaient l'absolution complète et définitive du défendeur. Mais Justinien décida que la constitution de Zénon, relative à la *plus petitio tempore*, s'étendrait à l'exception dilatoire.

Aux autres cas de *plus petitio* et surtout à la *plus petitio re*, correspondaient les autres exceptions. Or, Justinien, dit-on, continuant l'assimilation, prescrit que le rejet total de la demande, conformément à ce qu'il avait ordonné pour les cas de *plus petitio*, ne

serait plus la conséquence d'une exception purement partielle.

Ceci est établi, d'après Bethmann-Hollweg, par la constitution IV, C., *Comp.*, liv. IV, tit. 31; où il est dit que : *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri censimus* et par le § 30 aux *Institutes*, *De actionibus*, liv. IV, tit. 6, d'après lequel la compensation peut diminuer la condamnation dans toutes les actions.

Ces dispositions, dit Bethmann-Hollweg, constituent, d'après la manière même dont s'exprime Justinien, des innovations. Elles ne peuvent s'expliquer que si l'on admet que, auparavant, on ne reconnaissait pas aux exceptions en général une faculté diminutive; autrement, en effet, elles n'auraient pas de raison d'être. On ne voit pas pourquoi Justinien aurait assigné aux exceptions partielles la possibilité d'un effet limitatif de la condamnation, si un tel effet leur avait déjà été reconnu. Il faut donc, de toute nécessité, que cet effet limitatif n'ait pas existé à l'époque classique.

§ 3. — Moyens indirects d'éviter un échec total.

Les partisans du système que nous exposons en ce moment ont dû aussi se préoccuper d'une grosse objection que nous leur adressons. Nous leur reprochons d'attribuer au droit romain des procédés injustes, peu pratiques et contraires à l'équité. Un créancier véritable peut réclamer plus que sa créance, non seulement par mauvaise foi, mais par simple négligence, ou par erreur involontaire. Dans tous les cas,

il serait souverainement inique de lui faire perdre la totalité de son droit.

Eisele a senti toute la force de ce raisonnement, et il a essayé de s'y soustraire. D'après lui, le demandeur aurait un moyen indirect d'éviter la perte des sommes dont il est vraiment créancier. C'est *in jure* dans la phase du procès qui se passe devant le préteur, qu'il devrait prendre ses précautions. Une fois que le défendeur l'a menacé de faire insérer une exception dans la formule, le demandeur, à moins de préférer courir le risque d'une perte totale de son procès, doit opérer lui-même, spontanément, d'une façon préliminaire, la suppression de la partie de sa demande qui correspond à l'exception. Il doit procéder ainsi à une *déduction*.

La démonstration de cette manière d'agir résulterait d'un passage de Paul (*Sentences*, liv. II, tit. 5, § 3), où on lit : « *Compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo causâ cadis* ». Il résulterait clairement de ce passage, dit-on, qu'à la crainte d'une compensation totale, on doit parer au moyen d'une déduction préalable.

Si le demandeur préfère affronter l'exception de compensation, il s'expose au danger de tout perdre.

La même conclusion devrait être tirée, d'après Eisele, de la loi II, § 7, *Dig., De doli mali except.*, liv. XLIV, tit. 4.

Un créancier agit, alors qu'il a déjà reçu une somme de 10 qui doit s'imputer sur sa créance; le texte décide que : « *nisi decem deduxerit, exceptione summovendus erit* ».

Ces mots feraient allusion à la nécessité où se trouve le demandeur de réduire sa demande par crainte

d'une exception ainsi formulée : « Juge condamne le défendeur, à moins que le demandeur n'ait reçu 10, *nisi decem acceperit*.

Ce serait là le moyen d'éviter un échec total, et si le créancier n'y avait pas recours, en présence d'une exception partielle, il serait toujours repoussé pour le tout. L'efficacité limitative des exceptions n'existerait donc pas.

Tel est le système que nous avons à apprécier.

CHAPITRE IV

RÉFUTATION DU SYSTÈME PRÉCÉDENT.

§ 1^{er} — L'exception considérée comme condition de la condamnation.

On a vu précédemment que Eisele et les partisans de son système insistent beaucoup sur le caractère conditionnel de l'exception. C'est là, disent-ils, une condition mise à la condamnation. Si cette condition est vérifiée par le juge, aucune condamnation n'est possible.

C'est là, en réalité, un simple malentendu.

Il est certain que l'exception est une condition de la condamnation. Le prêteur a dit au juge : « Condamne le défendeur à 100, si le demandeur ne lui a pas fait remise de 40 ».

Mais est-ce à dire pour cela que le juge doive absoudre pour le tout s'il reconnaît l'existence de ce pacte de remise pour 40 ?

Nous répondons *non*, et cela pour un double motif :

Tout d'abord il faut remarquer que la condition porte sur le chiffre de 100. Le prêteur a ordonné de ne pas condamner à 100 s'il existe un pacte de remise,

Or, quand le juge condamne à 60, il ne condamne pas à 100, et il absout le défendeur pour 40. Il satisfait donc à la partie positive de la formule, *si paret..... centum condemna, nisi.....*; il ne condamne pas 100.

D'autre part il n'a pas à s'inquiéter de la partie négative de la formule; *si non paret absolve*. Le prêteur lui a dit d'absoudre le défendeur, « s'il n'est pas démontré que, *jure civili*, il doive 100 ». Or, *jure civili*, le défendeur doit 100; il ne doit donc pas être absous d'après le droit strict. C'est l'exception seule qui lui permet d'être absous et comme c'est là une institution prétorienne et équitable, elle n'agit que dans les limites de l'équité.

Ainsi, nous reconnaissons volontiers que l'exception est une condition de la condamnation, mais cet aveu ne nous coûte absolument rien. Cela ne fait pas reculer d'un pas notre système. Ce qui est conditionnel, ce n'est pas la condamnation en général, c'est la condamnation au chiffre réclamé par le demandeur; en l'espèce la condamnation à 100. Ceci cadre bien avec le contenu de notre texte fondamental, la loi XXII, *pr., Dig., De except.*, liv. XLIV, tit. 1, dans laquelle Paul nous dit que l'exception est une condition qui tend : tantôt à faire absoudre le défendeur, tantôt à diminuer la condamnation. L'idée d'une condition mise non seulement à la condamnation complète, mais encore à la condamnation diminuée est donc bien une idée romaine.

D'ailleurs, et c'est là notre seconde réponse, quand bien même les Romains auraient admis tout d'abord l'interprétation rigoureuse que soutient Eisele et auraient regardé l'exception comme une condition de

toute condamnation, ce n'aurait été que dans les commencements de l'époque classique. Dès l'époque de Marc-Aurèle, ils auraient abandonné ce formalisme pour adopter une interprétation plus large, plus équitable, de la formule, laissant au juge un plus grand pouvoir d'appréciation et lui donnant des coudées plus franches.

C'est en effet à ce moment, comme nous l'avons déjà dit, qu'ils admirent la règle : *Omnia judicia sunt absolutoria*.

Un individu réclame un esclave. On sait que par l'effet de la *litis contestatio*, le défendeur ne doit plus l'esclave, mais sa valeur, 100 par exemple. Rigoureusement, il doit donc toujours être condamné à une somme d'argent, même s'il a livré l'esclave après la *litis contestatio*. Cette livraison, en effet, logiquement importe peu, puisque l'esclave n'est plus dû. Cependant, d'après la nouvelle règle, on décida dans ce cas que le défendeur serait absous. C'est donc qu'on n'interprétait plus aussi rigoureusement la formule.

L'analogie de ce cas avec la nôtre est frappante. Dans l'un comme dans l'autre, le juge ne tient pas compte des termes stricts de la formule ; il obéit à l'équité.

On pourrait d'ailleurs citer bien d'autres exemples d'interprétation large admise au cours des temps.

On a remarqué par exemple que la loi des XII tables ne parlait de l'usucapion de deux ans que pour un *fundus*. Si l'on avait pris le mot à la lettre, il aurait fallu dire qu'une maison, *ædes*, qui n'est pas un *fundus*, aurait été usucapée par un an seulement. Et cependant, on étendit aux maisons, par analogie, le délai de deux ans.

De même pour le legs *sinendi modo*, l'action en réclamation était une action *stricti juris*, dans laquelle rigoureusement les intérêts moratoires, ce que nous appelons aujourd'hui les intérêts de droit, n'étaient pas dus. Et pourtant, on admit peu à peu, nous dit Gaius (*Comm.*, II, § 280) que le juge peut condamner à ces intérêts, *bien que la formule n'eut pas changé de rédaction*.

Les exemples analogues abondent (1). Il est donc permis de dire que l'interprétation rigoureuse de la formule fut peu à peu abandonnée. Par suite, peu importe que l'exception soit une condition de la condamnation. Cette condition ne fut plus admise avec le sens rigoureux que présente d'ordinaire une condition casuelle. L'équité avait triomphé du formalisme étroit de l'ancien droit.

§ 2. — Argument tiré de la Plus Petitio.

D'après Eisele, l'existence de la *plus petitio*, en droit romain, constituerait un grand argument d'analogie en faveur de l'effet toujours absolutoire des exceptions. Le demandeur qui réclame trop, perd son procès pour le tout au lieu de le perdre pour partie.

Il doit en être de même, dit Eisele, quand une exception partielle lui est opposée ; ici encore, il a demandé trop ; la solution doit être identique.

Nous répondrons à ce raisonnement en montrant que, bien au contraire, la solution doit être différente.

(1) Gandolfo (*op. cit.*, note 89) en cite un grand nombre. Nous nous contentons de renvoyer à son ouvrage.

La *plus petitio* et les *exceptions* sont en effet régies par des règles distinctes et aucune analogie n'est possible d'une institution à l'autre.

C'est Dernburg qui a présenté la réfutation du système d'Eisele (1).

Il commence par remarquer que la *plus petitio* fait partie du *jus strictum*, de l'ancien droit civique, tandis que *l'exception* se rattache au droit fondé sur l'équité. Cette simple réflexion permet de voir très exactement la situation.

Pour qu'un demandeur subisse les conséquences rigoureuses de la *plus petitio*, il faut évidemment qu'il se trouve dans les termes mêmes de la loi. C'est là une institution stricte, appliquée restrictivement.

Gaius en indique précisément les termes : *Plus petitur re veluti si quis pro decem millibus quæ ei debentur, viginti millia petierit, aut si is cujus ex parte res est, totam eam aut majore ex parte suam esse intenderit.* (Gaius., *Comm.*, IV, § 53 a.)

Pour qu'il y ait *plus petitio re*, il est donc nécessaire que l'*intentio* de la formule renferme une demande supérieure à ce qui est dû réellement.

Mais précisément, on ne peut le dire pour celui qui est repoussé par une exception partielle. Celui-là a bien réclamé ce qui lui était dû. Il a demandé 100 par exemple, et on lui oppose la compensation pour 40. *Jure civili*, il est créancier de 100 et son action a régulièrement procédé. La preuve en est que le défendeur lui répond : « Oui, vous êtes créancier de 100 et je le reconnais, *mais* je suis de mon côté votre créan-

(1) Gandolfo (*loc. cit.*), § 15, *in fine*, se contente de reproduire ici le raisonnement de l'auteur allemand.

cier pour 40, et il serait injuste de me condamner à tout ce que je vous dois. Le défendeur ne se défend donc que d'une façon indirecte.

Le demandeur ne pourra pas réaliser son *intentio*, non pas parce qu'elle contient trop, mais parce que le défendeur est arrivé à la paralyser en partie.

On voit dans ces conditions que la situation juridique est absolument différente dans les deux cas et qu'aucune analogie ne doit exister entre les solutions données.

Mais il y a mieux, remarque de son côté Gandolfo. Il y a une hypothèse où il faudrait donner une solution différente même dans le système d'Eisele, et cela d'une façon bien illogique. Il s'agit de l'hypothèse d'une *condictio incerti*, celle dont la formule est : *quidquid ob eam rem dare facere oportet, judex condemna*. Dans cette action, la *plus petitio* n'est jamais possible. On ne peut pas dire en effet que le demandeur réclame jamais trop, puisque le juge doit condamner au *quidquid paret*, c'est-à-dire à une somme que le magistrat laisse indéterminée. (Gaius, *Comm.*, IV, § 54.)

Supposons alors que dans une *condictio incerti*, où la *plus petitio* n'est pas possible, le défendeur oppose une exception partielle. Dans le système d'Eisele, il faudra dire qu'il devra être absous pour le tout, c'est-à-dire que le demandeur sera traité plus sévèrement et plus injustement d'après le droit civil lui-même ! Et cela, au nom de l'équité !

La bizarrerie et l'iniquité de ce résultat condamnent l'opinion de l'auteur allemand, et fait bien voir qu'il a voulu réunir deux ordres d'idées qui doivent demeurer séparés.

Reste à prévenir une objection qui pourrait nous être faite relativement à l'exception dilatoire.

Celle-ci produit un rejet total de la demande. Il y a là un résultat analogue à celui de la *plus petitio temporis*.

N'est-ce pas là, pourrait-on dire, la consécration de l'analogie entre la *plus petitio* et l'exception ?

Il faut répondre *non* sans hésiter. L'exception dilatoire produit une absolution totale parce que la demande est non recevable comme prématurée. Quand l'exception dilatoire était reconnue, fondée, force était bien, à l'époque classique, de repousser le demandeur pour le tout, car cette exception, en réalité, s'appliquait à *toute la demande*. Elle était totale au moment de l'instance. Ce n'est donc que par abus qu'on la qualifierait d'exception partielle.

Ainsi, l'existence de la *plus petitio* ne prouve rien contre notre solution. Eisele s'est d'ailleurs placé sur un terrain dangereux pour lui. Il est obligé de soutenir, on l'a vu, que la *plus petitio* était la conséquence d'un vice de forme et non pas une peine pour le plaideur téméraire.

Or, si elle était une peine, il serait facile de dire que le demandeur qui rencontre une exception partielle est également un plaideur téméraire, et qu'il doit subir la même peine, c'est-à-dire être repoussé pour le tout. De cette façon, il serait assez aisé, au premier abord, de justifier l'analogie entre le rejet total, par suite de l'exception et le rejet total par suite de la *plus petitio*.

Pourtant, le motif ne serait pas décisif, car nous pourrions toujours répondre que le demandeur qui agit et se heurte à une exception partielle n'est pas un plaideur téméraire, *jure civili* ; il a demandé ce qui

lui était dû *jure civili*. Il n'a donc aucune peine à encourir, et par suite aucun rejet total à redouter. Ce point de vue ne nous est donc nullement défavorable. Voilà probablement pourquoi Eisele a renoncé à cet argument, en voyant dans la *plus petitio* la conséquence d'une faute de procédure. Nous n'avons, quant à nous, qu'à adopter cette manière de voir et à nous placer sur le terrain même choisi par nos adversaires. On a vu que ici, comme ailleurs, c'est encore nous qui triomphons.

§ 3. — Prétendue *deductio in jure* opérée par le demandeur.

Nous n'avons que peu de mots à dire de la prétendue *deductio in jure* imaginée par Eisele, comme moyen d'éviter l'injustice d'un rejet total de la demande.

Eisele suppose que, en présence d'une exception partielle, opposée devant le magistrat, le demandeur doit liquider lui-même sa créance et ne réclamer une formule que pour le solde dont il est véritablement créancier.

C'est ingénieux, mais divinatoire. C'est là une supposition complètement arbitraire et qui ne repose sur aucun texte. Rien de positif, dans les sources, ne permet d'affirmer que ce procédé ait été usité dans la pratique romaine.

Eisele tombe d'ailleurs dans un cercle vicieux. Il commence par alléguer l'existence de cette prétendue *deductio*, et pour cela, il se fonde sur certains textes, puis quand il s'agit pour lui d'interpréter ces textes,

il les explique par le système de *deductio* imaginé par lui.

On a invoqué dans le sens d'Eisele un passage qui paraît au premier abord plus décisif : c'est un fragment des *sentences* de Paul.

Compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo causâ cadis. (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. 5, § 3.)

Mais l'autorité de ce texte est loin d'être décisive. Elle a été contestée par Bethmann-Hollweg, l'un des partisans pourtant de l'effet toujours absolutoire. Les *Sententiæ receptæ* de Paul, dit-il, ne sont pas le texte pur du jurisconsulte romain. La preuve en est spécialement en ce qui concerne le § 3, où il parle de *plus petitio* dans l'hypothèse d'une compensation possible. Or, ceci est inexact. Nous venons de voir au paragraphe précédent que le demandeur à qui l'on oppose la compensation, procède régulièrement *jure civili* et ne peut pas commettre de *plus petitio*. Il faut donc conclure, avec Bethmann-Hollweg, que Paul voulait parler dans ce passage de la *compensatio de l'argentarius*; la réunion des mots *compensare* et *deducere* semble bien y faire allusion. On sait en effet que l'*argentarius* ne pouvait agir contre ses clients que comme *compensatione*. Pour lui, le procédé cité par Eisele est vrai. Mais ici nous avons des textes formels (Gaius, *Comm.*, IV, § 64 et 68), tandis que tout texte fait défaut à la supposition d'une prétendue *deductio* générale.

§ 4. — Transition.

Les principes sont donc favorables à l'opinion si pratique que nous avons adoptée.

Il nous reste à voir si elle n'est pas conforme aux textes mêmes, tels qu'ils nous ont été transmis. Nous allons constater que sur ce terrain encore, la vérité se prononce en notre faveur.

DEUXIÈME PARTIE

LES TEXTES

La plus sûre méthode, pour confirmer notre doctrine et réfuter la doctrine adverse, est de nous appuyer sur une solide interprétation des textes. Le moment est venu de discuter d'une façon péremptoire qu'aucun d'eux ne nous est contraire et que beaucoup nous sont favorables. Quand nous aurons ainsi fondé notre système sur des arguments positifs, nous verrons à expliquer les textes, que l'on a à tort invoqués contre nous.

CHAPITRE PREMIER

DISCUSSION DES TEXTES QUE NOUS INVOQUONS.

§ 1^{er}. — Texte fondamental : loi XXII, pr., D., XLIV, 1
(définition de l'exception).

Les sources contiennent de nombreux fragments confirmant de la façon la plus positive le système que nous avons exposé jusqu'à présent. Quelques-uns des textes ont une portée générale ; d'autres visent des cas spéciaux.

Le texte le plus général et en même temps le plus décisif est la loi XXII, pr., Dig., *De exceptionibus*, liv. XLIV, tit. 1, de Paul, dans lequel le jurisconsulte nous donne une définition générale de l'exception. Il suffirait à lui seul à justifier la solution que nous avons donnée. Le jurisconsulte s'exprime ainsi :

Exceptio est conditio, quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

Paul présente l'exception comme une condition de la condamnation. Cela veut dire que le défendeur sera absous si l'exception est vérifiée et reconnue exacte. Et cette condition a pour vertu, ajoute Paul, tantôt de le faire absoudre complètement, tantôt de diminuer la condamnation.

Il semble bien, en présence d'une affirmation aussi formelle, que toute controverse doive être écartée. L'effet diminutif est présenté comme allant de pair avec l'effet absolutoire complet. Paul déclare, en énonçant cette proposition, qu'il émet comme étant en dehors de toute contestation, que l'exception peut amener une condamnation partielle aussi bien qu'une absolution.

L'efficacité simplement diminutive des exceptions semble donc affirmée dans ce fragment avec une netteté qui défie toute équivoque et toute discussion.

Cette efficacité, effectivement, n'était généralement pas niée autrefois, c'est-à-dire jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. Seulement, nos anciens commentateurs, par une sorte d'entente tacite et de tradition, rapportaient, à la suite des glossateurs, l'effet limitatif au cas du *beneficium competentiae*. C'est ainsi que Cujas dit, en passant et sans y insister, en quelque sorte d'une façon négligée, que le mari indigent peut opposer à l'action en restitution de dot l'exception *in id quod facere potest*. Et, ajoute Cujas, « *hæc exceptio minuit damnationem* (1) . »

La question du reste, on peut le dire, n'a pas été approfondie avant le XIX^e siècle. C'est de notre temps seulement que les institutions romaines ont été étudiées d'après leur développement historique.

En outre, nos anciens commentateurs ignoraient les monuments de la science juridique qui ont été découverts de nos jours, notamment les *Commentaires* de Gaius, et qui ont jeté un si vif éclat sur le fonctionnement de la procédure romaine.

(1) Cujas. *Commentaire et notes* sur le liv. XLIV du *Dig.* — V. aussi Doneau : *Comm.*, lib. XX, C. 1 au 15, p. 1287.

L'interprétation des glossateurs et de Cujas a été reprise de nos jours par les partisans de l'effet absolu-toire complet. Par les mots « *modo eximit reum condemnatione* », Paul indique cet effet absolutoire, qui est la règle générale, et par les mots « *modo minuit damnationem* », il fait allusion au bénéfice de compétence. La preuve en est, dit-on, que ce bénéfice est bien qualifié d'*exception* dans les textes. Ainsi, Paul lui-même, dans la loi VII, pr., Dig., *De exceptionis*, liv. XLIV, tit. 1, et dans la loi XVII, § 1, Dig., *Sol. matr.*, liv. XXIV, tit. 3. Ulpien, dans la loi LXIII, § 2, Dig., *Pro socio*, liv. XVII, tit. 2, et Tryphoninus, dans la loi XXXIII, Dig., *De novat.*, liv. XLVI, tit. 2, emploient le terme *exceptio* pour désigner l'addition à la formule de la restriction *quantum facere potest*.

Il importe d'écarter cette interprétation et de conserver toute sa portée à la loi XXII, notre texte fondamental. Aussi, les partisans de l'effet simplement diminutif se sont-ils efforcés d'y arriver, et ils y ont réussi. C'est surtout le professeur Gandolfo qui s'est livré à une exègue complète du texte.

Cet auteur remarque tout d'abord qu'on a exagéré l'opinion des glossateurs. Aux mots « *modo minuit* », ils avaient noté simplement : « *Ut ea quæ facit damnari in quantum facere potest* ». Cette annotation n'a pas du tout la portée qu'on lui a donnée. Le mot *ut* montre bien que la glose n'entendait nullement limiter au bénéfice de compétence le nombre des exceptions qui ont un effet diminutif. Il s'agissait uniquement d'un exemple. Telle était également la pensée de Cujas.

D'ailleurs, continue Gandolfo, devant le manque

absolu de toute allusion à ce bénéfice, prétendre que Paul y pensait particulièrement, c'est énoncer une proposition complètement arbitraire ; c'est obéir à une idée préconçue. Une analyse exacte du texte conduit au même résultat.

Il serait faux, en effet, d'appeler « *exception* » ce que les modernes désignent sous le nom de *bénéfice de compétence*. Ce bénéfice n'est nullement une condition de la condamnation, comme le sont au contraire les exceptions. Il ne tend pas du tout à rendre conditionnel le droit du demandeur. Il n'a d'autre but que de diminuer *les effets* de la condamnation. Il constitue une limitation, non à la condamnation elle-même, mais à ses effets, ce qui est tout différent, aussi peut-il être opposé même après la sentence du juge. Sans doute le défendeur pouvait se prévaloir, en recourant à la forme d'une exception, et nous expliquerons ainsi les textes précités de Paul, d'Ulpien et de Tryphoninus ; mais ce n'était pas nécessaire, et le fait qu'il pouvait être opposé après la sentence, démontre péremptoirement qu'il y a là autre chose qu'une exception.

Nous pouvons néanmoins concéder qu'il en était une. Nous n'y perdons rien : l'interprétation grammaticale de la loi XXII, comme l'a fait voir Gandolfo, prouve que la seconde partie ne doit pas être restreinte à une exception particulière ; elle a une portée absolue comme la première.

Les mots « *modo minuit damnationem* » sont en effet régis, comme les mots « *modo eximit reum damnatione* » par le même substantif *exceptio*. Or, il est incontestable que Paul a employé ce substantif pour désigner non une exception déterminée, mais

toutes les exceptions en général. Ce sens général pour la première partie du texte est le même pour la seconde : on ne peut attribuer à un même mot employé une seule fois dans une même phrase deux exceptions différentes, pour ne pas dire opposées. On doit d'autant moins le faire qu'il s'agit ici d'une définition, c'est-à-dire d'une proposition visant à un certain degré d'exactitude et de propriété dans les termes.

Aussi bien à supposer que Paul ait voulu faire rentrer le bénéfice de compétence dans le mot *exceptio* et restreindre à cette hypothèse seule du bénéfice l'effet diminutif, il serait incompréhensible qu'il n'eût pas pris soin de mettre cette hypothèse en évidence. Il aurait dû, d'après l'opinion que nous combattons, la présenter comme une dérogation unique au principe général d'exclusion de la condamnation. Au lieu de cela, il l'a agrégée, sous forme de règle, aux effets découlant des exceptions. De sorte qu'il formule deux règles, en les plaçant de pair sur la même ligne, tandis qu'autrement il aurait dû formuler une règle et une exception.

Cette égalité entre l'effet absolutoire et l'effet diminutif est confirmé, continue Gandolfo, par la répétition du mot : *modo* dans la loi XXII. Ceci se concilierait mal avec l'interprétation d'après laquelle Paul aurait restreint les mots « *minuit damnationem* » au seul bénéfice de compétence. Si dans tous les cas, celui-ci seul excepté, l'effet de l'exception avait été nécessairement absolutoire, on ne comprendrait pas le double usage du mot *modo*. Un même adverbe n'aurait pu désigner également deux situations profondément distinctes : une règle très générale et une dérogation unique à cette règle.

Il est ainsi démontré que la partie finale de la loi XXII a une portée absolue et ne peut être restreinte à l'exception *quantum facere potest*. Sur ce terrain, les partisans de l'effet toujours exclusif sont complètement battus.

C'est ce qu'a compris Eisele, aussi ses attaques contre la portée de notre fragment se sont tournées d'un autre côté. Il fallait absolument, pour le succès de son opinion, qu'il arrivât à écarter ce texte capital, autour duquel se concentrent de part et d'autre tous les efforts de la doctrine.

Eisele a recours au moyen suprême, à la ressource héroïque de l'interpolation. La loi XXII, dit-il, a été altérée par les compilateurs. Ils y ont ajouté la mention de l'effet simplement diminutif pour la mettre d'accord avec la législation de leur temps.

Malheureusement pour Eisele, ceci n'est pas plus admissible que la prétendue restriction des glossateurs. Gandolfo, ici encore (1), a démontré que notre texte n'autorise pas la supposition d'une altération quelconque. Il laisse absolument l'impression d'une définition originale; il se présente comme écrit de premier jet. On sent notamment, dans la répétition de l'expression *modo*, l'exactitude et la précision de

(1) L'auteur italien fait à ces propos quelques réflexions assez spirituelles sur l'interpolation en général. « Faisant abstraction dit-il, de la panacée habituelle consistant à mettre les compilateurs sur le banc des accusés. Ils ont tant de torts vrais, que par compassion nous devrions toujours essayer de ne pas leur en attribuer de douteux. Leur mauvaise réputation, l'affreuse certitude de leur criminalité, ne doivent pas nous porter à leur attribuer des fautes qui ne sont pas prouvées. Ici, c'est vraiment le cas de les relaxer pour absence de délit. » (Gandolfo: *De l'efficacité des exceptions partielles*, § 13.)

langage des jurisconsultes classiques. Paul a employé ici, comme souvent ailleurs, une formule de distinction énergique. Jamais les compilateurs n'auraient employé un style aussi concis; jamais ils ne nous auraient donné un texte aussi bien harmonisé dans toutes ses parties, aussi net dans l'antithèse.

L'hypothèse d'une interpolation est complètement arbitraire. Rien ne la rend vraisemblable, et il y a au contraire des raisons, outre l'examen impartial du style, de penser qu'elle n'existe pas. Si en effet, les compilateurs avaient modifié le texte de Paul pour le mettre en harmonie avec la législation de leur temps, il serait alors difficile d'expliquer pourquoi ils n'auraient pas employé le même procédé pour la *loi II, pr., du même titre*. Dans ce fragment, Ulpien définit, lui aussi, l'exception, et il ne fait aucune allusion à l'effet diminutif. La modification prétendue, au texte de Paul rendrait inexplicable l'oubli à l'égard de celui d'Ulpien.

Eisele s'est parfaitement rendu compte de cette difficulté. Mais, dit-il, sans doute les compilateurs eux-mêmes n'auraient pu dire pourquoi ils n'ont pas modifié les autres passages en même temps que la *loi XXII*. La faiblesse de cette réponse est la meilleure réfutation du système.

Aussi bien, remarque encore Gandolfo, il ne suffirait pas de prétendre que le texte est altéré; il faudrait encore en reconstruire la forme primitive. Dans le système d'Eisele, Paul aurait écrit probablement :

Exceptio est conditio quæ eximit reum damnatione.

Tel aurait dû être le texte primitif. Or, nous soutenons à notre tour qu'il n'a jamais été ainsi conçu. Paul n'a pas pu donner une telle définition de l'excep-

tion. D'autres textes en effet consacrent formellement l'effet limitatif. Il est impossible de se contenter d'une définition dans laquelle la mention de cet effet serait complètement négligée. On a vu en effet que dans les actions de bonne foi, par exemple, une exception partielle aboutit toujours à une absolution partielle. C'est là un élément qui ne pouvait être négligé.

Ceci nous amène à parler d'une dernière hypothèse faite sur notre loi XXII. On pourrait dire en effet, que Paul en écrivant : *modo minuit condemnationem*, a voulu faire allusion à ce qui se passe dans les actions de bonne foi. Il y aurait alors antithèse avec ce qui se passe dans les actions de droit strict.

Cette supposition serait, nous l'avouons, bien plus sérieuse que la prétendue allusion de Paul au bénéfice de compétence. Pourtant nous remarquons immédiatement que ce n'est qu'une supposition. C'est une pure hypothèse que rien ne rend vraisemblable. Il est divinatoire de soutenir que le jurisconsulte en disant *modo... modo*, a pensé à la division des actions en actions de *droit strict* et de *bonne foi*. Bien mieux, si cette division avait présidé à la démarcation entre le champ de l'effet limitatif et le champ de l'effet absolu, ce fait se serait présenté à l'esprit de Paul avec à la fois tant d'importance et de simplicité, qu'il en aurait certainement tiré un élément fondamental pour sa définition. Son silence même est donc un argument décisif contre la conjecture projetée.

Nous ajoutons que cette division des actions n'est pas générale. On sait qu'elle ne comprend pas toutes les actions romaines. Elle se limite aux actions qui sont à la fois *personnelles* et *in jus*. La définition de Paul, définition prétendue générale, aurait donc laissé

de côté l'effet des exceptions dans toutes les actions *réelles* et dans les actions *personnelles in factum* ! Il y aurait là quelque chose de bien singulier.

La vérité est donc que le texte de la loi XXII doit subsister tel qu'il nous est parvenu et qu'il a une portée absolue. Il constitue ainsi pour nous un argument capital que nos adversaires n'ont pu briser. Quand bien même il serait seul, il suffirait à établir l'exactitude de notre système. Mais nous allons constater qu'il est confirmé par d'autres passages que la critique n'a pu entamer non plus.

§ 2. — La loi XVII, § 2, D., XVI, 1. Sénatus consulte Velleien.

La solution donnée par le texte précédent, qui avait une portée générale, est d'autant plus vraie, qu'elle est corroborée par les textes relatifs à des hypothèses particulières.

Le premier et le plus important de ces textes, se rapporte au cas particulier d'une femme et du sénatus consulte Velleien. C'est la loi XVII, § 2, *Dig., ad senatusc. Vell.*, liv. XVI, tit. 1, d'Africain, ainsi conçu :

Mulier et Titius, cum in rem communem mutuarentur, ejusdem pecuniæ rei facti sunt; non omnimodo mulierem pro parte socii videri intercessi se dicebat. Nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua, si creditor pecuniam non dedisset majus damnum mulier passura fuerat (veluti quod communis insula fulta non esset vel quod fundus communis in publicum committeretur), potius esse ut senatus consulto locus non sit. At

si in aliquam emptionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri et ideo creditorem partem duntaxat pecuniæ a muliere petere posse; quod si totum petierit exceptione pro parte summovetur.

Ce texte est d'Africain. La phrase finale démontre de la façon la plus péremptoire que dans cette espèce particulière, où il s'agit de l'exception du sénatus consulte Velleien, une absolution simplement partielle résultera de l'exception opposée pour partie.

Le jurisconsulte suppose qu'une femme et un tiers ont emprunté une somme dans un intérêt commun et se sont obligés à rembourser chacun la totalité. Il peut arriver alors, dit Africain, que l'on considère que l'emprunt a été fait pour partie dans l'intérêt du tiers. La femme en s'obligeant à restituer le tout, s'est donc engagée pour partie pour autrui et d'après le sénatus consulte Velleien, son obligation est nulle pour cette part. Le créancier ne doit donc lui réclamer que l'autre partie de la dette, celle qui a trait à son intérêt personnel, à elle femme. Et si malgré cela, conclut Africain, il lui a réclamé le tout, elle lui opposera l'exception du sénatus consulte Velleien, et il échouera pour partie.

Ici, l'efficacité diminutive de l'exception résulte de cette dernière proposition : *quod si totum petierit, exceptione pro parte summovetur*. Le jurisconsulte s'exprime d'une façon si claire, qu'aucun doute ne peut subsister.

En présence d'une solution aussi nette, les partisans de l'effet toujours absoluire n'avaient qu'une ressource, celle de l'interpolation. C'est à la phrase finale qu'il se sont précisément attaqués.

D'après les uns, les mots *pro parte* auraient été ajoutés au texte par les compilateurs. Ils l'auraient fait, dit-on, pour mettre le texte d'accord avec la législation de Justinien.

Et l'on trouve la preuve de l'interpolation dans le mot *summovetur*, qui, à l'époque classique, signifiait toujours rejet total. On lit en effet dans Gaius, *Comm.*, II, § 177, «... *in partem admittit... in universum summovetur* ». De même, *Comm.* IV, § 117: « *Opponitur tibi exceptio, per quam omnimodo summo-veris* ». De même encore dans d'autres passages.

Mais comme le remarque très bien le professeur Gandolfo, c'est le contraire qui en résulte. Si l'expression *summovere* indiquait par elle-même et par elle seule un rejet total, il serait inutile d'y ajouter, comme le fait Gaius, des qualificatifs tels que *in universum*, *omnimodo*, etc. Ce seraient là des pléonasmes inexplicables. Il faut donc conclure que le mot *summovere* peut désigner également le rejet partiel. C'est un terme d'une acception générale.

Dès lors la prétendue interpolation des mots *pro parte* ne repose absolument sur aucune vraisemblance. Nous prenons nos adversaires à nouveau en flagrant délit d'arbitraire.

Aussi Eisele va beaucoup plus loin. Il prétend que toute la phrase finale, *quod si totum*, a été ajoutée au texte par les compilateurs. Il en trouve la preuve dans la construction grammaticale assez irrégulière du fragment tout entier. Tandis en effet que dans les premières lignes les solutions sont énoncées de la manière indirecte propre à Africain et bien connue, la dernière ligne contient une proposition de style direct. A la suite de l'infinitif *posse*, on rencontre l'indicatif *summovetur* au lieu de *summo-veri*.

L'observation est exacte, mais nullement décisive. La loi XVII, § 2, est extraite des *Questions* d'Africain, ouvrage dans lequel il est banal de le rappeler, le jurisconsulte ne faisait que reproduire l'enseignement de son maître Julien.

Le mot *dicebat*, à la fin de la seconde phrase du texte, se rapporte à Julien. Le fragment tout entier se compose de deux parties : la phrase finale constitue la seconde partie et tout le commencement la première, qui est de beaucoup la plus développée. Celle-ci représente l'enseignement de Julien, la fin au contraire nous offre une addition complémentaire d'Africain. Il y a lieu de croire, observe Gandolfo, que Julien a terminé son exposé par le *petere posse*, car lorsqu'il dictait ce passage, l'efficacité diminutive des exceptions n'était pas encore chose faite.

Mais elle se fit. Dès lors Africain ne pouvait rester indifférent en présence de l'innovation. Il complète donc l'enseignement de son maître en ajoutant la phrase finale. Dans cette phrase, il indique l'effet diminutif de l'exception.

On explique donc fort bien la construction irrégulière du texte sans avoir besoin d'invoquer une altération qui aurait été commise par les compilateurs.

D'ailleurs, d'autres fragments extraits des *Questions* d'Africain présentent ce mélange de construction directe et indirecte, c'est-à-dire l'enseignement de Julien et des annotations d'Africain. On peut citer comme exemples, la loi CVIII, § 9, *Dig., De legatis* 1^o, extraite du livre V, *Questions*; la loi C au même titre, la loi VII, *pr.*, *Dig., De exercitoria actione*, liv. XIV, tit. 1, etc. Notre explication n'est donc pas, elle, une pure hypothèse ; elle repose sur des données sérieuses.

La loi XVII, § 2 est donc pour nous un argument fort important. Nous avons vu du reste qu'elle présente également une grande importance au point de vue historique, puisqu'elle sert à déterminer l'époque où fut admise la condamnation partielle dans les actions de *droit strict*.

§ 3. — Loi XLV, pr., Dig., XL, 5.

Une autre preuve de l'effet limitatif des exceptions partielles est la loi XLV, pr., Dig. De *fideic. libert.*, liv. XL, tit. 5, d'Ulpien.

Si debitor rogatus sit a creditore ancillam suam pignoratam manumittere, dicendum est fideicommissariam libertatem utiliter relictam a debitore. Quid enim interest certa quantitas ab eo relinquatur, an fideicommissaria libertas? Et sive plus sit in pretio sive minus, cogitur libertatem præstare, simodo semel agnovit voluntatem creditoris. Agnovisse autem sic accipimus si forte, cum conveniretur ab herede, usus est exceptione vel alias voluntatem suam ostendit; nam si conveniatur debitor ab herede creditoris doli exceptione uti potest in id quod intererit debitoris ancillam suam habere.

Le texte suppose qu'un débiteur avait hypothéqué une esclave pour sûreté de sa dette. Le créancier, en mourant, donne à cette esclave la liberté fidéicommissaire, c'est-à-dire qu'il prie le débiteur de vouloir bien l'affranchir. Ce fidéicommiss, adressé à l'esclave du débiteur, contient un legs tacite de remise de dette au débiteur lui-même. Ce débiteur sera forcé d'affranchir, dit Ulpien, s'il est prouvé qu'il a adhéré

à la volonté du testateur, c'est-à-dire s'il a accepté le legs de remise de dette tout en consentant à affranchir son *ancilla*. Or, il est actionné en paiement par l'héritier du créancier. De deux choses l'une : ou bien la valeur de l'esclave est supérieure au chiffre de la dette, alors le débiteur peut repousser l'héritier par l'exception de remise de dette. De cette façon, il montre qu'il accepte la remise et qu'il va affranchir l'esclave. L'exception est alors totale et opère pour le tout. Ou ajoute le texte (*nam si conveniatur...*), la valeur de l'esclave est inférieure au chiffre de la dette ; la remise de la dette est alors limitée à la valeur de l'esclave. Le débiteur, actionné en paiement par l'héritier, repoussera la demande pour la somme qui représente la valeur de l'esclave et l'intérêt qu'il avait à la garder ; il sera condamné pour le surplus.

Certains commentateurs ont compliqué l'hypothèse, en supposant que l'héritier pouvait aussi agir contre le débiteur pour le forcer à affranchir l'esclave. Mais il nous paraît inutile de faire cette supposition ; l'héritier n'a pas intérêt à agir en ce sens. Il doit agir en paiement, pour voir si le débiteur ne renoncera pas précisément à l'affranchissement et en même temps à la remise de dette. L'héritier n'intenterait une action en exécution du fidéicommiss que s'il le faisait par sympathie pour l'*ancilla*, dans un intérêt purement moral.

Ici encore, nos adversaires n'ont eu d'autre ressource, en présence de la phrase finale si claire, que de recourir à l'interpolation. Les derniers mots, depuis *nam si conveniatur....*, a-t-on dit, ne sont pas d'Ulprien. La preuve en est dans le style : la dernière phrase dit : *ab herede creditoris*, alors qu'une ligne

plus haut on lit *ab herede* ; de plus, le mot *debitor* est répété.

Mais, comme a fort bien répondu Gandolfo, tout cela prouve que le style d'Ulpien est ici un peu négligé ; ce qui n'a pas d'autre conséquence. Le mot *debitor* est répété, parce que la seconde fois il complète l'exacte reproduction du contenu de l'exception.

Au fond, on a prétendu que la fin du texte, même en la supposant d'Ulpien, ne fait que reproduire ce qui précède, c'est-à-dire se rapporte, elle aussi, au cas où le débiteur oppose l'exception pour le tout. On en trouve la preuve dans le mot *nam*. Ceci indique bien, dit-on, que c'est la même hypothèse qui continue dans tout le fragment.

Mais cette remarque est peu décisive. Le mot *nam* n'a pas toujours pour but de lier entre elles deux propositions, en sorte que la seconde contienne la justification de la première, ou en soit une explication ou une conséquence. Cette conjonction sert aussi à marquer une opposition entre deux idées et deux propositions ; elle a souvent le sens de *vero* ou de *autem*. La dernière phrase de notre texte doit être traduite ainsi :

« *Mais si ensuite* le débiteur est actionné par l'héritier du créancier..... »

D'ailleurs, les mots *in id quod intererit* signifient que l'exception n'est opposée que jusqu'à concurrence de la valeur de l'esclave et de l'intérêt que le débiteur avait à la garder. Il est clair que ceci ne peut viser le cas où la valeur de l'esclave serait égale ou supérieure au montant de la dette, autrement le texte s'exprimerait d'une façon bien singulière. Ce que le jurisconsulte veut indiquer, c'est une opposition ; la façon

même dont il parle montre que pour lui l'exception opposée est partielle.

La loi XLV est donc un autre argument pour notre système.

§ 4. — Hypothèses de prétendue déduction. — Loi III, C. IV, 30 ; loi XV, pr., Dig., XXXV, 2 ; loi XVI, pr., id. ; loi XX, pr., Dig., XL, 7 ; loi IX, § 1, D., XIV, 2 ; loi XIV, Dig., XLIV, 4.

Nous réunissons tous ces textes, parce que à propos de tous Eisele soulève la même objection.

A l'argument tiré des fragments précédemment passés en revue, l'auteur allemand opposait une prétendue interpolation.

Une telle argumentation serait impossible en présence des passages compris dans ce paragraphe. Aussi Eisele a recours à un autre moyen pour essayer d'en écarter l'autorité : il les rapporte au moyen indirect imaginé par lui pour éviter une absolution totale, c'est-à-dire à la *déduction préalable* que le demandeur aurait dû opérer lui-même dans la première phase de l'instance *in jure*, devant le magistrat, sous la menace d'une exception partielle.

Nous avons à examiner si cette interprétation est admissible.

La loi II, C., *De non num. pec.*, liv. IV, tit. 30, est ainsi conçue :

Minorem pecuniam te accepisse et majorem cautionem interposuisse si apud eum qui super ea re cogniturus est constiterit nihil ultra quam accepisti, cum usuris in stipulatum deductis restituere te jubet.

Vous avez reçu de l'argent et vous avez promis de rembourser plus que vous n'avez reçu ; si cela est prouvé devant celui qui doit connaître de l'affaire, il ne vous ordonnera de restituer que ce que vous avez reçu, plus les intérêts compris dans la stipulation.

« *Celui qui doit connaître de l'affaire* », dit Eisele, c'est le magistrat, le prêteur qui délivre la formule. Mais c'est complètement arbitraire, car c'est le *juge* qui est chargé de *cognoscere* ; ce mot désigne toujours dans les textes une recherche de fait, ce qui est en dehors du rôle du magistrat. Et jamais on n'a prétendu qu'il y ait ici un cas de *cognitio extraordinaria*.

Quant au mot *restituere*, il serait puéril de soutenir qu'il voulut désigner un cas de *restitutio* prononcée par le magistrat. C'est ici une expression strictement exacte. Il s'agit en effet d'ordonner au débiteur de *restituer* de l'argent prêté. *Restituere* signifie dans ce texte « *condamner à restituer* ».

Donc, *l'exceptio non numeratae pecuniae* peut être partielle et aboutir à une absolution partielle.

La loi XV, *pr.*, *Dig. ad legem Falcidiam*, XXXV, 2, nous fournit un argument identique.

Quod bonis jure Falcidiaē contribuendum est a debitorē, cui mortis causa pacto debitum remissum est, in factum conceptā replicatione retinebitur.

Un créancier a par testament fait remise de dette à son débiteur. Son héritier poursuit néanmoins le débiteur, qui oppose l'exception de remise de dette. Mais l'héritier oppose à son tour la *replicatio legis Falcidiaē* pour avoir sa quarte. Il triomphera, dit le texte, jusqu'à concurrence de cette quarte. Ici, c'est une *replicatio* partielle qui aboutit à une condamnation partielle, et l'on sait que les *replicationes* ne sont que des exceptions opposées par le demandeur.

Eisele suppose gratuitement que l'héritier a dès le début limité son action au chiffre exact qu'il doit obtenir. Rien dans le texte ne permet de faire une telle conjecture. Bien au contraire, le mot *replicatio in factum* indique que c'est le juge et non le magistrat qui devra examiner successivement les prétentions des parties.

Les quatre autres textes contenant des exemples d'absolution partielle sont :

La loi XVI, *pr.*, *Dig. ad legem Falcidiam*, liv. XXXV, tit. 2.

Si ex pluribus rebus legatis heres solverit, ex reliquis Falcidiam plenam per doli exceptionem retinere potest etiam pro his quæ jam data sunt.

La loi XX, *pr.*, *Dig., De statul.*, liv. XL, tit. 7.

Si peculium servo legatum sit, qui jussus est alii dare decem et sic liber esse, et heres eum prohibuerit dare, deinde manumissus peculium petat ex causa legati, an per doli exceptionem eam summam, quam daturus esset, deducere heres possit, ut ipsi præsit, non manumisso, quod ea pecunia data non est? An vero indignus sit heres, qui contra voluntatem defuncti fecit eam pecuniam lucrari? Et cum servo nihil absit et libertas ei competit, invidiosum est heredem fraudari.

La loi IX, § 1, *Dig., De condict. causa data*, liv. XII, tit. 4 : *Si quis indebitam pecuniam per errorem jussu mulieris sponso ejus promisisset et nuptiæ secutæ fuissent, exceptione doli mali uti non potest, maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est; quod fit si cogatur indotatam uxorem habere. Itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea quod marito dedit aut*

ut liberetur si nondum solverit, sed, si soluto matrimonio, maritus peteret, in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset.

Enfin, la loi XVI, Dig., *De doli mali exceptione*, liv. XLIV, tit. 4. *Si debitor a furioso delegatus creditori ejus solvat quem compotem mentis esse existimabat, et ita cum eo agatur; exceptione doli in id quod in rem furiosi processit defenditur.*

Tous ces textes contiennent des exemples frappants d'absolution partielle. Il suffit de les lire pour en apprécier la haute valeur : tout commentaire serait superflu.

Eisele, en peu de mots d'ailleurs, suppose que dans ces fragments il ne s'agit pas d'exception insérée dans la formule, mais d'exception proposée devant le magistrat ; le demandeur ferait lui-même la liquidation de sa créance et ne demanderait la délivrance d'une formule que pour le solde. Ce serait donc d'une façon très indirecte seulement que l'exception partielle aboutirait à une condamnation partielle.

Ce raisonnement ne repose, il faut le dire encore une fois, que sur des conjectures sans fondement. C'est en vertu d'une idée préconçue que l'auteur allemand explique des passages pourtant bien clairs en eux-mêmes. Or, entre un système qui prend les textes tels qu'ils sont et les explique d'après les principes connus du droit romain, et un système qui vit de présomptions et de suppositions, l'hésitation n'est pas permise : on doit rejeter tout ce qui est pure hypothèse et s'en tenir aux constatations positives qu'il est permis de faire dans les sources.

Au surplus, l'un de nos textes, la loi XX, pr., Dig., *De satulib.*, contient même la preuve décisive de la

fausseté du système imaginé par Eisele. Ce fragment parle d'une déduction faite par l'héritier (..... *deducere heres possit*.....), c'est-à-dire par le *défendeur*. Le jurisconsulte ne pense donc nullement à une déduction quelconque de la part du *demandeur*, opération qui aurait été faite *in jure*.

§ 5. — Les Institutes et la paraphrase de Théophile.

Il nous reste à citer le § 30 des *Institutes de Justinien* : *De actionibus*, liv. IV, tit. 6, et surtout la paraphrase fort importante de Théophile.

L'auteur byzantin s'exprime ainsi (nous ne reproduisons que la version latine de son ouvrage) :

Atque hæc quantum ex ipso rigore : sed facta est Constitutio Marci imperatoris, quæ sit, me stricta actione conventum de solidis decem, quum mihi deberentur quinque, posse actioni opponere exceptionem doli ; atque hac opposita exceptione, judici occasio datur admittendi compensationem et in solos quinque solidos condemnandi.

Il serait difficile de trouver quelque chose de plus formel. Théophile prévoit toutes les circonstances et ne laisse ainsi place à aucune objection. Il s'agit d'une action de *droit strict* et la constitution de l'empereur Marc-Aurèle décide que la compensation partielle sera admise. Si je suis actionné pour 10 et que le demandeur ne doive lui-même que 5, le juge, dit Théophile, doit, en vertu de la réforme de Marc-Aurèle, me condamner à 5 seulement.

On ne pourrait repousser l'autorité de Théophile qu'en l'accusant d'erreur ou de contradiction avec les

Institutes. Aussi en présence de la netteté et de la précision de ce passage, nous renonçons à toute discussion à cet égard. Il nous paraît inutile d'en fortifier la valeur par des commentaires quelconques.

Il résulte ainsi du § 30 éclairé des développements de Théophile, que c'est au moins à partir de Marc-Aurèle que l'effet diminutif de l'exception fut admis. Ce n'est donc pas Justinien qui a fait la réforme. Celle qu'il a faite est autre : *il a introduit la compensation dans les actions réelles*. Voilà ce que veulent indiquer les Institutes en disant *latius introduxit*. Nous expliquons ainsi la portée des innovations de Justinien, et de la sorte nous répondons à l'argument que nos adversaires ont essayé de tirer de ce passage des Institutes.

Tels sont les passages des sources fournissant à notre thèse des arguments sans réplique. On voit qu'il sont nombreux. Et encore, il en est bien d'autres dont nous pourrions également nous servir. Il en est qui ont été notamment invoqués par Dernburg, l'un des plus fermes partisans de l'effet diminutif des exceptions. Pourtant nous nous contenterons, à raison d'une certaine indétermination dans les solutions qu'ils donnent, de les signaler dans le paragraphe suivant, sans y insister outre mesure. Les éléments de la discussion sont tellement abondants pour nous, qu'il est inutile de la compromettre par des éléments qui ne sont pas entièrement sûrs.

CHAPITRE II

DISCUSSION DES TEXTES INVOQUÉS CONTRE NOUS.

Parmi les textes invoqués contre nous, il en est qui paraissent en réalité étrangers à la discussion actuelle. Ils parlent sans doute des exceptions, mais sans avoir trait spécialement à l'effet partiel qu'elles peuvent produire. D'autres en réalité nous sont favorables.

Nous allons voir successivement les uns et les autres.

§ I^{er}. — Loi II, D., XLIV, 1 (Définition de l'exception).

La loi II, *pr. Dig., De except.*, liv. XLIV, tit. 1, d'Ulpien, a donné lieu à de bien longues discussions. Elle a eu la bonne fortune d'être invoquée dans les deux opinions. Elle nous paraît d'ailleurs avoir été invoquée à tort par nos adversaires.

En voici le texte très court :

Exceptio dicta est quasi quædam exclusio, quæ opponi actioni cujusque rei solet, ad cludendum id quod in intentionem condemnationem ve deductum est.

Il semble au premier abord que ce fragment consacre l'effet absoluire complet des exceptions. Il ne

fait pas la moindre allusion à un effet diminutif quelconque.

Cette conclusion semble fortifiée, parce qu'Ulpien ajoute au § 2 de la même loi :

Illud tenendum est omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse; exceptio actorem excludit replicatio reum.

Il est facile de répondre à l'argument que l'on a voulu tirer de ces textes. Il suffit de reproduire la réponse présentée par Dernburg. La définition d'Ulpien, dit-il, cadre très bien avec l'effet partiel des exceptions. L'exception, d'après la loi II, *pr.*, a pour but d'exclure ce qui est placé dans l'*intentio* ou dans la *condemnatio* de la formule, c'est-à-dire de faire repousser la prétention contenue dans l'*intentio*, ou de faire exclure le chiffre même de la somme portée dans la *condemnatio*. Le mot *condemnatio* désigne ici une *pars formulæ*; c'est la partie de la formule dans laquelle, nous le savons, le magistrat donne au juge le pouvoir de condamner. Une absolution partielle, dit Dernburg, exclut tout aussi bien le chiffre énoncé par la *condemnatio* que pourrait le faire une absolution totale. Si le demandeur réclame 100 et que le magistrat dise au juge : « Condamne le défendeur à payer 100 à moins, qu'il n'y ait eu une remise de 40 ». Le chiffre de 100 est exclu tout aussi bien par une condamnation à 60 que par une absolution totale. Dans les deux cas, on peut dire, conformément à la loi II, *pr.*, et § 2, qu'il y a *exclusio actoris* que l'exception est quelque chose d'*exclusoire*.

Ce raisonnement sert également à expliquer le § 2 du texte cité.

Dans les deux passages, extraits tous deux du Com-

mentaire de l'Édit, ouvrage d'enseignement, Ulpien n'avait évidemment qu'un but, indiquer les caractères et les effets généraux de l'exception. Il a donc recherché dans ce but les termes les plus compréhensibles qu'il a pu trouver, et c'est pourquoi il a employé des expressions s'appliquant à la fois à l'effet absoluire et à l'effet diminutif.

Mais si l'on prétendait avec Eisele qu'Ulpien n'a entendu faire allusion qu'à l'effet absoluire complet, on lui ferait commettre non seulement une hérésie juridique, mais encore une erreur matérielle flagrante. Il y a en effet toute une catégorie d'actions dans lesquelles l'exception partielle, sans aucun doute, n'a pas d'autre conséquence que de diminuer la condamnation. Ce sont les actions de *bonne foi*. Or, comme la définition d'Ulpien est tout à fait générale, il faut de toute nécessité qu'elle comprenne l'effet diminutif. Cette démonstration nous semble péremptoire.

Le caractère décisif de cette dernière remarque nous permet de clore la dissussion sur la loi II. Gandolfo a présenté sur elle de longs développements ; il s'efforce de démontrer qu'elle est favorable à notre système (1). En réalité elle nous semble plutôt étrangère à la question même que nous étudions, et ce n'est que d'une façon indirecte qu'elle nous fournit un appoint. Mais la constatation capitale que nous tenons à faire, c'est qu'elle n'est nullement favorable à nos adversaires : ils en avaient fait le pivot de leur discussion et ce pivot leur échappe complètement.

(1) Gandolfo. *De l'efficacité des exceptions partielles*, § 14

§ 2. — Commentaire IV, de Gaius, § 119.

Eisele invoque encore le § 119, du *Commentaire IV*, de Gaius, § 119, ainsi conçu :

Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur quia adfirmat is cum quo agitur, nam si verbi gratiâ rem dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit quam non numeraverit, sic exceptio concipitur, si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat. Item si dicatur contra pactionem pecunia peti, ita concipitur exceptio, si inter Aulum Agerium et Numerum Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur. Et denique in ceteris causis similiter concipi solet : ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulæ inseritur ut conditionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter iudex eum cum quo agitur condemnet quam si nihil in ea re qua de agitur dolo actoris factum sit; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum erit.

Dans ce passage, dit-il, le jurisconsulte romain présente l'exception comme une condition de la condamnation. La réalisation de cette condition rend donc impossible toute condamnation, même partielle. C'est là la consécration de l'effet toujours absoluire.

Les réponses ne manquent pas. On remarquera tout d'abord que Gaius, comme Ulpien, dans le texte précédent, se propose de donner une définition générale, très générale de l'exception. Il n'en indique donc que les caractères fondamentaux. Ses Commentaires, il ne faut pas l'oublier, étaient un livre écrit à l'usage

des étudiants ; c'était un ouvrage d'enseignement. L'auteur, comme nous l'avons fait voir plus haut pour Ulpien, écartait donc systématiquement tous les détails qui auraient nui à l'exposé des idées générales, et surtout les détails de pratique. Or, l'effet diminutif touche essentiellement à la pratique : c'est la mise en œuvre de l'exception.

Voilà pourquoi Gaius a choisi comme exemples d'exceptions, des exceptions non pas partielles mais totales. C'est là notre seconde réponse.

Gaius suppose que le défendeur oppose une exception de dol s'opposant à la demande entière évidemment, ou une exception de remise, portant sur la totalité de la dette.

Dans ces conditions, l'absolution doit être évidemment totale comme l'exception. Gaius s'efforce de faire comprendre à des commençants le caractère général de l'institution. Ce caractère est d'être une affirmation opposée à l'affirmation du demandeur.

Pour que cela fût bien saisi par des esprits non encore imbus des principes du droit, il fallait prendre des exemples frappants, non susceptibles d'être discutés, et voilà comment le maître citait des exceptions totales.

La vérité est donc qu'ici encore, nos adversaires s'appuient sur un texte qui, en réalité, est étranger à notre sujet. Ce passage reste dans les généralités, et il ne nous est pas plus contraire que favorable.

Quant au caractère de l'exception envisagée comme condition de la condamnation, nous l'examinerons plus loin, après avoir épuisé la liste des textes, et ce sera notre troisième réponse.

Nous pouvons même en faire une quatrième. Pour

cela, admettons pour un instant, pour les besoins de la discussion, que Gaius parle uniquement de l'effet absolutoire. Nos adversaires n'y gagneront rien. Il faut se rappeler que Gaius est un des plus anciens jurisconsultes classiques. On peut donc supposer qu'au moment où il écrivait le passage examiné, l'effet simplement diminutif n'était pas encore admis d'une façon absolue, comme chose hors de doute. Il était encore discuté; usité peut-être déjà en pratique mais non encore enseigné couramment, il n'avait pas encore pris place dans la doctrine. C'est ce qui explique que Gaius n'en parle pas dans un ouvrage destiné précisément à l'enseignement, et qui pour cela ne reproduisait que les principes traditionnels de droit.

On peut constater maintenant que le § 119, qui au premier abord semble si opposé à nos conclusions, doit en réalité nous laisser bien indifférents. Il est même peu de passages auxquels nous ayons tant de réponses décisives à faire. Jusqu'ici, nos adversaires n'ont pas été heureux dans toutes leurs tentatives de citation de textes, nous allons voir qu'ils ne le sont pas davantage avec les autres.

§ 3. — Textes se rapportant en réalité à une exception totale. Loi XIV, § 2, D., XIII, 1 (hypothèse du voleur). Loi II, § 7, D., XLIV, 4. Loi XXVIII, pr., D., XIII, 7.

Les trois textes que nous réunissons ici comportent une interprétation analogue. Ils ont été cités par Eisele comme contenant des exemples d'absolution totale. Cela est parfaitement exact; seulement, il faut ajouter immédiatement que cette absolution totale est motivée

dans les trois fragments par une exception totale visée dans les trois espèces.

Un examen rapide permettra de s'en rendre compte. Le premier texte de Julien est ainsi conçu :

Bovē subrepto et occiso conditio et bovis et corii et carnis domino competit, scilicet et corium et caro contractata fuerunt; cornua quoque condicentur; sed si dominus condictione bovis pretium consentus fuerit et postea aliquid eorum de quibus supra dictum est, condicet, omnimodo exceptione summovetur; contra si corium condixerit et pretium ejus consecutus bovem condicet, offerente fure pretium bovis, detracto pretio corii, doli mali exceptione summovebitur.

Un bœuf a été volé et tué. Le propriétaire peut réclamer par la *condictio* le cuir et la chair. S'il réclame d'abord le prix du bœuf entier et l'obtient, puis demande soit la valeur du cuir, soit la valeur des cornes, etc., il sera repoussé pour le tout, évidemment. Si au contraire il a commencé par réclamer la valeur du cuir et l'a obtenue, qu'il réclame ensuite le prix du bœuf entier et que le voleur lui offre ce prix, déduction faite de la valeur du cuir, *doli mali exceptione summovebitur*, dit le texte.

Cela signifie, dit Eisele, qu'il est repoussé pour le tout. Il réclame une certaine somme (la valeur du bœuf), le voleur lui offre une somme moindre (cette valeur, diminuée de la valeur du cuir), c'est-à-dire lui oppose une exception partielle et il y a absolution totale. Donc, dit Eisele, une exception partielle ne produit pas une absolution partielle.

Ce raisonnement ne tient pas suffisamment compte des éléments du texte. Le professeur Gandolfo en a, à notre avis, donné une bien meilleure explication.

Il est certain que le demandeur est ici repoussé pour le tout, mais il faut voir pourquoi. En réalité, dit Gandolfo, le motif du rejet total de la demande ne vient pas de ce que le volé a demandé de mauvaise foi plus qu'il ne lui était dû. Il consiste au contraire dans les offres que le voleur a faites, *offerente fure pretium bovis detracto pretio corii*. Le voleur a offert au propriétaire tout ce qu'on pouvait lui donner. Or, l'offre de la chose due, ce qu'on appelle en droit français des offres réelles, équivaut à un paiement (v. par exemple la loi IX, C. *De solutionibus*). Le voleur est donc considéré comme ayant payé ce qu'il devait. Malgré cela, le volé agit ; malgré l'offre de tout ce qui lui était dû, il persiste à réclamer.

L'exception basée sur cette offre aboutira donc à un rejet total de la demande. C'est comme si un créancier payé en totalité demandait un second paiement.

La loi XIV est donc étrangère à l'hypothèse d'une exception partielle. Elle parle d'une exception totale et doit rester en dehors de la présente discussion.

Un raisonnement analogue doit être fait d'après Gandolfo sur la loi II, § 7, *Dig., De doli mali exceptione*, liv. XLIV, tit. 4.

Item quæritur, si statuliberum mercatus quis fuerit jussum decem dare, cum hoc ignoraret et duplam stipulatus fuerit, deinde decem acceperit evicto eo in libertatem, agere ex duplæ stipulatione potest, sed nisi decem, quæ implendæ conditionis causâ acceperit, deduxerit, exceptione summovendus erit ; et hæc, ita Julianus quoque scribit ; si tamen ex re emptoris vel ex peculio, quod ad emptorem pertinebat, pecuniam dederit statuliber, potest dici exceptionem non nocere, quia dolo non faceret.

Eisele s'appuie sur la proposition *sed nisi decem... summovendus erit*. Cela ferait allusion à la nécessité où se trouve le demandeur de réduire sa demande *in jure* par crainte d'une exception; autrement, dit Eisele, cette exception bien que partielle, produira un rejet total.

Mais Gandolfo donne pour ce texte une explication semblable à celle qu'il a donnée pour le précédent, et il le rapporte à un cas d'exception totale. L'acheteur évincé a reçu 10 et il agit pour avoir la totalité de la *stipulatio duplæ*. Or, de deux choses l'une, dit Gandolfo. Ou bien l'acheteur a reçu les 10 : comme équivalent de la valeur de l'esclave et avec l'intention de s'en contenter : cela n'est pas l'hypothèse du texte, autrement le refus de tenir compte de 10 serait incompréhensible. Ou bien il a reçu les 10 comme acompte sur le *duplum*; il a donc voulu se payer avec cette somme de 10. Dès lors quand il agit pour le *duplum* intégral, sans déduction des 10, il doit être repoussé pour le tout, parce que en agissant ainsi il réclame une seconde fois son paiement : son action tend à obtenir une satisfaction déjà obtenue; il demande une chose qui juridiquement est identique à la première. Il doit donc échouer, non pas par suite d'une exception partielle égale à 10, mais par suite d'un moyen tiré du fond du droit; par la raison qui défend de réclamer ce que l'on a déjà reçu; parce qu'il veut se faire payer le *duplum*, alors qu'il l'a déjà reçu en partie.

Tel est le raisonnement de Gandolfo. La loi II ne parle donc pas d'un cas d'exception partielle; elle vise un cas d'exception totale, comme la loi XIV, § 2, *Dig.*, liv. XIII, tit. 1, citée plus haut et comme cette dernière aussi elle doit rester étrangère à notre étude.

Il faut enfin dire la même chose de la loi XXVIII, *pr. Dig., De Pignor. act.*, liv. XIII, tit. 7.

Si creditor qui rem pignori acceperat, amissa ejus possessione, serviana actione petierit et litis æstimationem consentus sit, postea debitor eandem rem petens exceptione summovetur, nisi offerat ei debitor quod pro eo solutum est.

Un créancier gagiste perd la possession de la chose donnée en gage. Il agit contre le détenteur qui garde la chose en lui payant la *litis æstimatio*. Plus tard, le débiteur réclame à son tour la chose à ce détenteur, qui, au moyen d'une exception, veut se faire tenir compte de ce qu'il a payé au créancier gagiste. (Le mot *ei* dans le texte désigne le tiers détenteur.)

Or, ce qu'il a payé représente exactement la valeur de la chose hypothéquée. On sait en effet qu'en droit romain, à la différence de ce qui se passe en droit français, le tiers détenteur poursuivi par le créancier est obligé, pour garder la chose, de payer non pas la dette, mais la valeur de la chose.

Donc, le tiers détenteur à qui le débiteur réclame ensuite cette chose, oppose une exception pour une somme égale à sa valeur, c'est-à-dire une exception totale. Il est par suite bien établi que le texte est étranger à notre sujet.

§ 4. — Textes qui se retournent en notre faveur. —

Loi XV, Dig., XLIV, 4. — Loi XVII, Dig., IX, 2.

Jusqu'ici nous avons rencontré des textes que nos adversaires avaient à tort jetés dans le débat, et qui en réalité n'y avaient aucun trait. Nous allons en exami-

ner maintenant d'autres qu'Eisele a invoqués et qu'il eût mieux fait, pour lui, de laisser dans l'ombre, car examinés de près, ils constituent pour nous autant d'arguments en notre faveur.

C'est d'abord la loi XV, *Dig., De doli mali except.*, liv. XLIV, tit. 4, de Scevola.

Fidejussor evictionis nomine condemnatus in prædium quod evictum est et omnia præstare paratus est quæ jure empti continentur; quæro an agentem emptorem ex causâ judicati exceptione doli mali summovere potest. Respondit exceptionem quidem opponi posse, judicem autem æstimaturum ut pro damnis emptori satisfiat.

Un point généralement admis sur ce texte, c'est qu'il est relatif à l'action née de la *stipulatio duplæ*. Tel était déjà l'avis de Pothier.

Eisele, s'appuyant sur le mot *autem*, soutient que l'effet simplement limitatif, qu'il est impossible de contester dans ce texte, vient non pas de l'exception opposée par le fidéjusseur, mais de l'*officium judicis*.

Il est impossible d'admettre cela, parce que comme le remarque Gandolfo, l'action née de la *stipulatio duplæ* est une action *stricti juris*, dans laquelle il n'y a pas d'*officium judicis*. Cet *officium* n'existe que dans les actions *arbitraires*.

Ainsi la loi XV, consacre formellement l'effet simplement diminutif d'une exception dans les actions de *droit strict*.

La même remarque doit être faite à propos de la loi XLVII, *Dig., ad legem Aquiliam*, liv. IX, tit. 2, de Julien.

Si vulnerato servo, lege Aquilia actum sit, postea mortuo ex eo vulnere agi lege Aquilia nihilominus

potest. Sed si priore iudicio æstimatione facta postea mortuo servo, de occiso agere dominus instituerit, exceptione doli mali opposita compelletur, ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.

Un esclave est blessé par un tiers, puis il meurt. Le maître peut agir d'abord pour faire réparer le dommage causé par la blessure, puis pour faire réparer le dommage causé par la mort de l'esclave. Mais dans tous les cas, dit le texte, il ne pourra jamais obtenir en définitive plus que la valeur de l'esclave.

Si donc dans la première instance, il a déjà obtenu une certaine somme et que malgré cela il réclame dans la seconde instance la valeur totale de l'esclave, il devra être repoussé pour partie et n'obtiendra qu'une condamnation partielle contre le défendeur, qui sera égale à la différence entre la somme reçue et la valeur de l'esclave.

Le texte consacre donc formellement notre système. Les mots *ut nihil amplius consequatur quam....*, sont aussi décisifs que possible ; ils montrent que le juge devra précisément se livrer à une estimation, vérifier ce qui a déjà été fourni et ne faire profiter le demandeur que d'un complément de valeur.

§ 5. — Loi VIII, Dig., XXXIII, 6
(Droit de rétention).

Voici un texte, la loi VIII, Dig., *De trit*, etc., liv. XXXIII, tit. 6, qui semble au premier abord contraire à notre système, et qui comporte une explication spéciale.

Si heres damnatus sit dare vinum quod in doliis esset et per legatarium stetit quo minus accipiat, periculose heredem facturum si vinum effundet. Sed legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoverti, si non præstet id quod propter moram ejus damnum passus sit heres.

Un testateur a légué du vin *per damnationem*. Le légataire tarde à en prendre la livraison et ce retard cause un préjudice à l'héritier. Puis le légataire demande la livraison ; l'héritier n'est tenu de la lui faire que si l'autre lui offre la réparation du préjudice causé ; sinon il opposera l'exception de dol pour le montant du préjudice, et le légataire demandeur sera repoussé pour le tout.

Voilà donc une exception partielle qui aboutit au rejet total de la demande.

La solution est certaine et il serait oiseux de chercher à la contester.

Mais il suffit d'examiner un instant le texte pour constater qu'il touche à un ordre d'idées tout spécial. Les derniers mots, *si non præstet id quod propter moram ejus damnum passus sit heres*, indiquent que nous avons ici une exception de dol employée comme garantie du *droit de rétention*. L'héritier n'est pas tenu de faire la remise du vin, tant que le légataire ne l'a pas dédommagé de la perte que lui a fait éprouver le retard ; il a sur ce vin le droit de rétention.

Or, le droit de rétention est gouverné par des règles tout à fait propres. Cette institution, d'après sa définition même, tend à faire maintenir une personne en possession d'un objet jusqu'à ce qu'une certaine somme lui ait été remboursée. Pratiquement, en droit romain, cette personne fait valoir le droit de rétention au moyen de l'exception de dol.

Quand l'exception de dol est employée ainsi, comme sanction du droit de rétention, elle ne vise jamais à faire obtenir une diminution de la condamnation. Même si elle est reconnue fondée, jamais elle n'aura ce résultat. Elle tend en effet à empêcher le demandeur d'être mis en possession de l'objet qui lui revient jusqu'à ce qu'il ait de son côté accordé au défendeur les satisfactions qui lui sont dues à raison de la détention de l'objet.

Ce n'est pas là du tout une diminution de la condamnation, c'est un moyen suggéré par l'équité pour sauvegarder au défendeur le paiement de certaines sommes qu'il n'aurait pas obtenues sans cela.

Les effets de l'exception relatifs au droit de rétention doivent donc rester complètement en dehors de notre sujet. Il ne peut être question ici ni d'absolution totale, ni d'absolution partielle. Il s'agit simplement de savoir si le demandeur entrera en possession d'une chose, en accomplissant une certaine condition, c'est-à-dire en faisant au détenteur un certain paiement. Nous pouvons donc négliger la loi VIII et tous les textes analogues que l'on pourrait citer (1).

§ 6. — Loi XXXIV, § 1, Dig., XXXIV, 2 (hypothèse de revendication).

Il est encore un texte que l'on pourrait au premier abord invoquer contre nous, et qui pourtant n'a été cité, à notre connaissance du moins, par aucun des auteurs qui se sont occupés de la question.

(1) En ce sens, Gandolfo, *op. cit.*, note 54.

Néanmoins, nous n'hésitons pas à le mentionner parce que nous pouvons en donner une explication, sans déroger à notre système.

Il s'agit de la loi XXXIV, § 1, Dig., *De auro, argento*, liv. XXXIV, tit. 2, ainsi conçue :

Item scribit Quintus Mucius, si maritus uxori cum haberet quinque pondo auri, legasset ita, Aurum quodcumque uxoris causa paratum esset, uti heres uxori daret : etiam si libra auri inde venisset et mortis tempore amplius quam quatuor libræ non deprehendentur, in totis quinque libris heredem esse obligatum : quoniam articulus est præsentis temporis demonstrationem in se continens. Quod ipsum quantum ad ipsam juris obligationem pertineat, recte dicetur, id est, ut ipso jure heres sit obligatus : Verum sciendum, si in hoc alienaverit testator inde libram, quod diminuire vellet ex legato uxoris suæ, tunc mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni, ut si perseveraverit mulier in petendis quinque libris, exceptione doli mali submoveatur : sed si ex necessitate aliqua compulsus testator, non quod vellet diminuire ex legato, tunc mulieri ipso jure quinque libræ auri debebuntur, nec doli mali exceptio nocebit adversus petentem.

Le texte déclare que la femme qui réclamera cinq livres d'or, alors que le testateur a manifesté l'intention de ne léguer que quatre livres, « sera repoussée par l'exception de dol ». Rien n'indique qu'elle est repoussée pour partie ; elle est donc repoussée pour le tout. Voilà donc, pourrait-on dire, une exception partielle aboutissant à une absolution totale de l'héritier défendeur.

Nous ne croyons pas qu'il y ait là quelque chose de contraire à la thèse que nous soutenons.

Nous remarquons en effet que le texte dit : *si perseveraverit mulier in petendis quinque libris*. La femme persiste *a petere* les cinq livres d'or.

Or, le mot *petere* signifie *agir en revendication*. En l'espèce, la femme a bénéficié d'un legs *per vindicationem*, qui lui a transféré la propriété de la chose léguée. Elle revendique alors cette chose ; seulement, elle revendique trop. Le défendeur lui oppose une exception. Il s'agit alors de l'effet d'une exception partielle dans une *action réelle*, et non dans une *action personnelle de droit strict*. Si la femme agissait par une action personnelle, le texte emploierait le mot *condicere* ; il dirait : *in condicendis quinque libris*.

Ainsi que nous l'avons dit, dès le début de ce travail, les actions réelles doivent rester en dehors de notre étude, parce que le juge, à raison de son *arbitrium*, pourra toujours tenir compte des exceptions partielles, *si cela lui paraît juste*. Dans l'espèce du texte, le juge a peut-être estimé que le changement de volonté du défunt devait être considéré avant tout, et qu'il doit faire échouer complètement la femme, même pour les quatre livres qu'elle aurait pu réclamer. La femme n'a pas respecté les volontés du testateur ; elle doit, à titre de peine, perdre son legs tout entier.

Dans tous les cas, le point certain est qu'il s'agit ici d'une action réelle (*petere*), l'hypothèse doit donc rester étrangère à notre discussion.

CHAPITRE III

TEXTES DONT L'AUTORITÉ PEUT ÊTRE CONTESTÉE.

Certains fragments ont été invoqués par des partisans de notre système, alors pourtant que ces fragments ont une autorité moindre que ceux vus plus haut ou même n'en n'ont aucune.

Nous entendons par là qu'ils sont indifférents et ne favorisent pas plus nos adversaires que nous-même. C'est pourquoi nous en avons reculé jusqu'ici l'étude.

L'un d'eux est la loi XLIII, *pr.*, *Dig.*, *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7, de Scevola. Il s'agit d'un débiteur qui a hypothéqué un immeuble non bâti et qui a livré à son créancier, comme garantie, son propre acte d'acquisition. Plus tard, il veut construire sur toute la surface de son fonds, mais comme il n'a plus son titre d'acquisition, il ne peut préciser la contenance du fonds et doit élever des constructions de moindre étendue. Le texte suppose que cela lui cause préjudice. Puis le créancier agit contre lui par l'action personnelle ou hypothécaire. Le débiteur lui oppose l'exception de dol, pour se faire tenir compte du préjudice causé, et le jurisconsulte se demande si le juge pourra en tenir compte efficacement,

Doli exceptione posita, judex hujus damni rationem habere debeat? Respondit, si operam non dedisset ut instrumenti facultate subducta debitor caperetur, posse debitorem pecunia soluta pignoratitia agere; opera autem in eo data tunc et ante pecuniam solutam in id quod interest cum creditore agi.

Dernburg et Gandolfo ont placé ce texte à côté de ceux que nous avons mentionnés au paragraphe précédent. Gandolfo notamment en a présenté une exèges savante et a cherché à démontrer qu'il consacre l'efficacité diminutive des exceptions partielles. Voici comment il raisonne :

La question posée par Scevola, dit-il, est uniquement celle-ci : Le créancier hypothécaire intente contre son débiteur l'action personnelle ou l'action hypothécaire. Le débiteur peut-il opposer une *exceptio doli generalis*, fondée sur le fait du dommage dont l'a injustement frappé la privation de son titre ? Voilà la seule difficulté dont il s'occupe ; il n'examine que le point de savoir si le débiteur peut obtenir la réparation du préjudice qui lui a été causé. Il se prononce pour l'affirmative. Mais il ne recherche pas du tout quels seront les effets de l'exception de dol, en supposant qu'elle puisse être invoquée : aura-t-elle une efficacité diminutive ? Scevola ne répond pas à cette seconde question que l'interprète se pose, et Gandolfo est bien obligé de le reconnaître. Seulement, ajoute-t-il, Scevola la résout implicitement par la seule manière dont il s'exprime, en disant : *an doli exceptione posita, judex damni rationem habere debeat?* Il laisse entendre d'après Gandolfo que si l'exception est opposée, le juge devra en tenir compte (*rationem habere*) en calculant le chiffre de ce dommage et en le

déduisant de la condamnation. Autrement, ce ne serait pas à ovrprement parler « tenir compte du dommage » que d'absoudre complètement le défendeur, s'il en a vraiment subi un.

Le raisonnement de Gandolfo est certainement séduisant, mais nous devons reconnaître qu'il est complètement hypothétique. En réalité, Scevola ne parle pas de la difficulté que nous étudions. La partie intéressante du texte, que nous avons transcrite, est du reste assez peu claire quant au fond. Ce qui s'en dégage le plus nettement, c'est que le juge devra tenir compte, pour apprécier le préjudice causé au débiteur, du fait que le créancier ne lui a pas représenté l'acte d'acquisition. Mais quelle sera la conséquence exacte de ce fait, le texte n'en dit pas un mot.

Nous pensons donc le laisser de côté. Mais nous faisons remarquer avec insistance que nous n'y perdons rien, c'est-à-dire que ce fragment ne saurait être invoqué par les partisans du système contraire. Le texte étant muet sur notre question ne peut pas plus nous être opposé qu'être invoqué par nous.

Nous reconnâtrons également que les termes de la loi LXXXVIII, § 1, *Dig. ad legem Falcid.*, liv. XXXV, tit. 2, d'Africain, sont assez indéterminés. *Ergo per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erit*, dit le texte. A la rigueur, ces expressions pourraient sembler une allusion à l'effet diminutif. D'autant plus, pourrait-on ajouter, que nous avons déjà vu Africain, dans la loi XVII, § 2, *ad senatusc. Velleianum*, se montrer partisan d'une condamnation diminuée. Il aurait donc pu en parler dans la loi LXXXVIII, *ad legem Falcidiam*.

Pourtant ce n'est pas certain et Gandolfo lui-même

reconnaît (1) que les termes de cette loi LXXXVIII sont bien vagues. Il n'est pas impossible qu'Africain ait voulu faire allusion à quelque moyen indirect, par lequel on aurait essayé d'atteindre un but semblable à celui qu'on obtenait plus simplement par la diminution de la condamnation.

Gandolfo fait la même observation sur les lois I, § 3 et 9, *pr.*, *Dig. ad senatusc. Macedon.*, liv. XIV, tit. 6. Ces deux fragments ne nous montrent pas une action intentée; ils ne supposent que des rapports d'instance. Ils ne paraissent pas écrits pour un cas spécial et ont l'air d'édicter plutôt une règle de droit. Ils tendent à établir que l'exception du sénatus consulte Macédonien ne devra théoriquement avoir lieu que jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Mais ils ne nous donnent pas la solution relativement au cas où un plaideur, en dépit de ces dispositions, aurait allégué une somme plus forte.

Les trois textes cités en dernier lieu, enveloppés ainsi d'un certain vague, ne fourniraient donc à notre thèse qu'un appui très relatif. Il est préférable de nous en débarrasser, pour nous en tenir aux fragments décisifs. On remarquera d'ailleurs qu'ils ne nous sont pas non plus contraires. En réalité, ils sont étrangers à notre sujet.

Nous ferons la même remarque sur la loi IX, § 1, *Dig., Si quis caut.*, liv. II, tit. 11, et sur les lois XXVII, § 5, *Dig., De pactis*, liv. II, tit. 14. Dans ces deux textes, qui ont eu des fortunes variées, et ont été invoqués pour et contre notre système, il est bien question d'exceptions, mais sans que les jurisconsultes ajoutent

(1) Gandolfo. *Op. cit.*, note 120.

quel en est l'effet. Les deux fragments comportent donc un défaut de précision qui doit les faire écarter du débat.

Trois autres textes doivent enfin être cités ensemble. Ils ont tous trois trait à la revendication et prouvent qu'une exception partielle peut aboutir à une condamnation partielle dans une *action réelle* aussi bien que dans une *action personnelle*, c'est-à-dire que notre système est tout à fait général.

Ce sont les lois XXXVIII, *Dig.*, *De rei vend.*, liv. VI, tit. 1 ; — LXXXV, *Dig.*, *De legatis* 1^o, liv. XXX et *constitution* XIV, C., *De rei vend.*, liv. III, tit. 32. Dans ces trois textes, il est question d'un vrai propriétaire qui revendique un immeuble et le possesseur lui oppose une exception dont le montant n'est pas égal au montant de la demande, c'est-à-dire de la valeur de l'immeuble. Par exemple, il veut obtenir le prix de certaines dépenses qu'il a faites sur le fonds. Dans ce cas, disent nos textes, le juge pourra encore diminuer la condamnation.

Ces fragments, cela est incontestable, sont favorables à notre système. Pourtant, nous les rangeons dans la catégorie des documents à écarter du débat, précisément parce qu'ils ont trait à une exception réelle. Toutes les actions *réelles* sont *arbitraires*, c'est-à-dire que le juge y jouit d'un large pouvoir pour fixer la restitution à opérer et que le défendeur, en obéissant à l'*arbitrium*, évitera la condamnation. Le juge pourra, lors de la fixation des restitutions, tenir compte des exceptions partielles. Le mécanisme même des *actions arbitraires* fait donc que notre question ne peut pas s'y poser ; les exceptions partielles y produisent naturellement leur effet diminutif. En

outre, la *condemnatio* de la formule étant *incerta*, ainsi que nous l'avons remarqué déjà plus haut, le juge aura toute latitude pour amoindrir la condamnation elle-même, à la suite d'une exception partielle.

CONCLUSION

On peut, en résumé, constater que le point de vue positif se trouve d'accord avec les considérations rationnelles.

C'est là un résultat, à notre avis, fort important.

On se rend compte que la pratique romaine, telle qu'elle nous est révélée par les sources, est conforme aux idées d'équité et de justice. Les Romains, ce grand peuple de jurisconsultes, ont eu la notion exacte des besoins de la vie sociale, et ils ont su accommoder à ces besoins le mécanisme de la procédure.

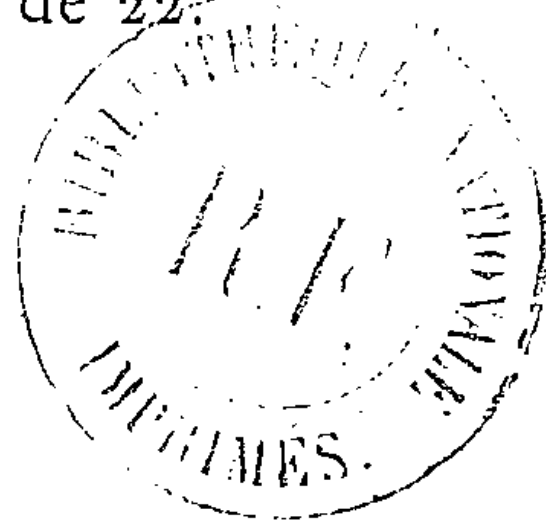
Nous avons ainsi démontré que le juge, en droit romain, est autorisé, à la suite d'une exception partielle, à diminuer la condamnation. Nous revenons donc à l'idée qui nous a servi de point de départ, c'est-à-dire au principe d'équité. Le système que nous avons combattu a eu en effet pour vice originel de prêter aux jurisconsultes romains un esprit éminemment injuste et un sens des moins pratiques. Il représente le juge comme comprimé pour ainsi dire, en présence d'un défendeur, qui ne repousse qu'une partie de la demande, dans l'étroite alternative de prononcer une condamnation ou une absolution totales ; il le met dans l'impossibilité de tenir compte

de la justice; il le force à se prononcer contre sa conscience; à rendre une sentence manifestement contraire à la réalité des choses.

Il nous est impossible de souscrire à de semblables propositions. Aussi sommes-nous heureux d'avoir fait la preuve du contraire. En établissant notre thèse, nous avons contribué, croyons-nous, à maintenir au droit romain sa réputation méritée de *ratio scripta*.

ERRATUM

C'est par erreur que les numéros des lois citées ont été écrits en chiffres romains au lieu de chiffres arabes; exemple : loi XXII au lieu de 22.



TABLE

INTRODUCTION

§ 1. — Définition et rôle général de l'exception	7
§ 2. — Effet de l'exception	11
§ 3. — Délimitation de notre sujet.	12

PREMIÈRE PARTIE

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES ET RATIONNELLES.

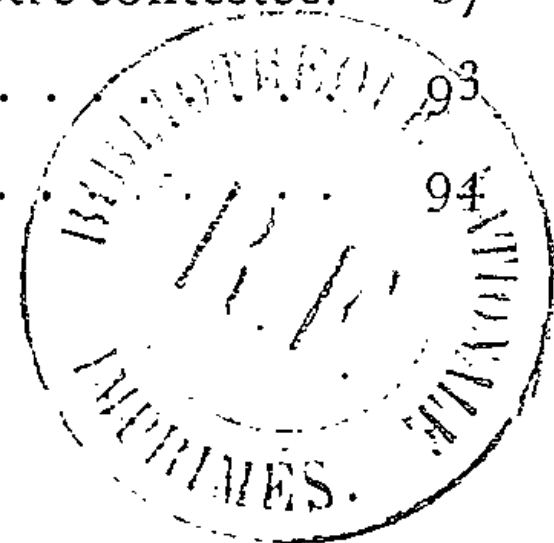
Chapitre I. — Principes généraux	19
Chapitre II. — Considérations historiques.	23
Chapitre III. — Exposé du système de l'effet absoluire.	30
§ 1. — L'exception considérée comme condition de la condamnation.	30
§ 2. — Argument tiré de la <i>Plus Petitio</i>	34
§ 3. — Moyens indirects d'éviter un échec total	36
Chapitre IV. — Réfutation du système précédent	39
§ 1. — L'exception considérée comme condition de la condamnation.	39
§ 2. — Argument tiré de la <i>Plus Petitio</i>	42
§ 3. — Prétendue <i>deductio in jure</i> opérée par le de- mandeur	46
§ 4. — Transition.	47

DEUXIÈME PARTIE

LES TEXTES.

Chapitre I. — Discussion des textes que nous invoquons.	50
§ 1. — Texte fondamental : loi XXII, pr., D., XLIV, 1. (Définition de l'exception).	50

§ 2. — Loi XVII, § 2, D., XVI, 1. (<i>Sénatus Velleien</i>).	58
§ 3. — Loi XLV pr., D. XL, 5.	62
§ 4. — Hypothèses de prétendue <i>deductio</i> , loi II, C. IV, 30, etc.	65
§ 5. — Les Institutes et la paraphrase de Théophile. .	69
Chapitre II. — Discussion des textes invoqués contre nous.	71
§ 1. — Loi II, D., XLIV, 1. (Définition de l'exception)	71
§ 2. — Commentaire IV de Gaius, § 119	74
§ 3. — Textes se rapportant en réalité à une exception totale, loi XIV, § 2, D., XIII, 1, etc.	76
§ 4. — Textes qui se retournent en notre faveur, loi XV, D., XLIV, 4. — Loi XLVII, D., IX, 2.	80
§ 5. — Loi VIII, D., XXXIII, 6. (Droit de retention).	82
§ 6. — Loi XXXIV, § 1, D., XXXIV, 2. (Hypothèse de revendication)	84
Chapitre III. — Textes dont l'autorité peut être contestée.	87
Conclusion.	93
Erratum.	94



INTRODUCTION

- § 1. - Définition et rôle général de l'exception
- § 2. - Effet de l'exception
- § 3. - Délimitation de notre sujet

PREMIERE PARTIE CONSIDERATIONS GENERALES ET RATIONNELLES.

- Chapitre I. - Principes généraux
- Chapitre II. - Considérations historiques
- Chapitre III. - Exposé du système de l'effet absoluire
- § 1. - L'exception considérée comme condition de la condamnation
- § 2. - Argument tiré de la *Plus Petitio*
- § 3. - Moyens indirects d'éviter un échec total
- Chapitre IV. - Réfutation du système précédent
- § 1. - L'exception considérée comme condition de la condamnation
- § 2. - Argument tiré de la *Plus Petitio*
- § 3. - Prétendue *deductio* in jure opérée par le demandeur
- § 4. - Transition

DEUXIEME PARTIE LES TEXTES.

- Chapitre I. - Discussion des textes que nous invoquons
- § 1. - Texte fondamental: loi XXII, pr., D., XLIV, I. (Définition de l'exception)
- § 2. - Loi XVII, § 2, D., XVI, I. (*Sénatus Velleien*)
- § 3. - Loi XLV pr., D. XL, 5
- § 4. - Hypothèses de prétendue deductio, loi II, C. IV, 30, etc
- § 5. - Les Institutes et la paraphrase de Théophile
- Chapitre II. - Discussion des textes invoqués contre nous
- § 1. - Loi II, D., XLIV, 1. (Définition de l'exception)
- § 2. - Commentaire IV de Gaius, § 119
- § 3. - Textes se rapportant en réalité à une exception totale, loi XIV, § 2, D., XIII, I, etc
- § 4. - Textes qui se retournent en notre faveur, loi XV, D., XLIV, 4. - Loi XLVII, D., IX, 2.
- § 5. - Loi VIII, D., XXXIII, 6. (Droit de retention)
- § 6. - Loi XXXIV, § I, D., XXXIV, 2. (Hypothèse de revendication)
- Chapitre III. - Textes dont l'autorité peut être contestée
- Conclusion
- Erratum