

damner, sans pouvoir s'en écarter, ni en plus, ni en moins, sous peine de faire le procès sien : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM DECEN MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE (1). Cette *condemnatio* suppose, ou une *intentio* qui tend *ad certam pecuniam* (2), ou une *intentio in factum* qui a pour but une peine déterminée d'avance par la loi (3).

La *condemnatio* est *incertæ pecuniæ cum taxatione*, ou *cum præfinitione*, quand le magistrat fixe un *maximum* que le juge ne pourrait dépasser sans faire le procès sien, mais qui lui laisse la liberté de condamner à une somme moindre; cette limitation est exprimée par le mot *dumtaxat* : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUMTAXAT DECEN MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE (4). Cette taxation a lieu ordinairement quand la réclamation ne porte, ni sur une *certa pecunia*, ni sur une autre *certa res*, mais bien quand *incertum petimus* (5). — La *condemnatio* était *incertæ pecuniæ infinita*, quand elle laissait au juge un pouvoir illimité pour fixer la somme à laquelle il pourra condamner; par exemple: QUANTI EA RES ERIT, JUDEX TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGE-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 50, 52.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 50.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 46. — Ulpian., L. 12 et 24, de *In jus voc.*

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 51.

(5) Gaius, *loc. cit.* — Cicero, *pro Tullio*, 7. — Paul., L. 39, ff., de *Oper. libert.* — Gaius, *Comm.* III, § 224.

§ 179. — CIRCONSTANCES LIMITANT LA CONDEMNATIO. 429
RIO CONDEMNATO, ou celle-ci : QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET, EX FIDE BONA EJUS, ID JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO. La *condemnatio* était *incertæ pecuniæ infinita*, dans les actions *in rem* et *ad exhibendum* (1), et, sans doute aussi, dans toutes les autres actions arbitraires.

Au surplus, que la somme soit ou non fixée dans la condamnation, le juge, en prononçant la sentence, doit toujours condamner à une somme déterminée (2).

§ 179. Continuation. — De quelques circonstances qui pouvaient limiter la *condemnatio*.

Outre les restrictions dont nous venons de parler, il y avait encore d'autres circonstances qui pouvaient limiter la condamnation, et par suite desquelles, quoique la demande fût justifiée dans toutes ses parties, le débiteur ne devait pas être condamné pour le tout (*in solidum*); en voici quelques exemples.

Le père de famille, poursuivi à raison des obligations contractées, sans son ordre, par les personnes soumises à sa puissance, ne pouvait être condamné que jusqu'à concurrence de ce dont il avait profité (*de eo quod in rem ejus versum est*), et du pécule de celui qui avait contracté la dette (*de peculio*).

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 51. — Paul., L. 18, ff., de *Dolo*. — Ulpian., L. 68, ff., de *Rei vind.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 52. — § 31, *Instit.*, de *Actionib.*

Le défendeur qui jouissait du bénéfice de *competence* ne pouvait, en général, être condamné que *in id quod facere potest* (1).

Pareillement, quand un père de famille était actionné à raison des délits des personnes soumises à sa puissance, le juge ne devait le condamner que sous une alternative: PUBLIUM MÆVIUM LUCIO TITIO DECEM AUREOS CONDEMNO AUT NOXAM DEDERE (2).

Enfin, dans les actions dites *arbitraires*, le juge ne devait condamner le défendeur qu'autant que celui-ci refusait de donner satisfaction au demandeur (3).

§ 180. — Rapports entre les parties principales de la formule.
— Si ces diverses parties étaient également nécessaires.

Le plus souvent la formule ne contient pas toutes les quatre parties que nous venons de définir.

Ainsi que nous l'avons déjà vu, l'adjudication ne se rencontre que dans les trois actions divisoires.

Dans les actions *in factum*, la démonstration se confond avec l'intention (§ 174); et la formule se compose seulement de l'*intentio* et de la *condemnatio*.

On ne rencontre donc les trois parties, *demonstratio*, *intentio* et *condemnatio*, que dans les actions

(1) § 37, 38 et 40, Instit., de *Actionib.* — Voy. aussi Livre III, chap. II.

(2) § 1, Instit., de *Offic. jud.*

(3) § 31, Instit., de *Actionib.* (Voy. aussi, dans le III^e livre, chap. I, neuvième division, ce qui est dit des actions arbitraires.)

in jus, et encore cela n'arrive-t-il pas toujours. En effet, la *demonstratio* est inutile quand l'action est *in rem*, parce que le droit réel est toujours le même, quelle que soit sa cause ou son origine (1). Il en est de même dans l'action *in personam*, qui tend à obtenir un *certum*, ou du moins une *certa pecunia*; car le motif, la base de cette prétention, n'a pas besoin d'être indiqué (2).

Si maintenant nous recherchons quelle est la valeur relative des parties de la formule, il est évident que la démonstration, l'adjudication et la condamnation, ne peuvent jamais se trouver seules, c'est-à-dire sans *intentio*.

En effet, l'*intentio* c'est la prétention du demandeur: or, là où il n'y aurait pas de prétention élevée, il n'y aurait pas de procès, et, partant, pas de formule: l'*intentio* est donc la partie fondamentale. L'*intentio* doit naturellement être accompagnée de la *condemnatio*: à quoi servirait, en effet, de soumettre au juge l'examen des prétentions du demandeur, si ce juge ne recevait pas en même temps le pouvoir de condamner le défendeur?

Il est cependant des cas dans lesquels l'*intentio* n'est point suivie de *condemnatio*: la formule, ainsi réduite à la seule *intentio*, prend alors le nom de *præjudicium* ou d'*action præjudicielle* (3). Cela

(1) Paul., L. 14, § 2, ff., de *Except. rei jud.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 34, 36, 41, 43. — Cicero, in *Verr.*, II, 12; *pro Q. Roscio*, c. 14.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 44.

arrive quand il est nécessaire de faire statuer sur certaines questions de droit qui feront plus tard l'objet d'un *judicium* proprement dit. Par exemple : un patron se plaint d'être cité *in jus* par son affranchi, sans que celui-ci en ait obtenu la permission du magistrat; mais l'affranchi se prétend ingénu : avant d'accorder la formule demandée (1), le préteur renverra les parties devant un juge pour faire statuer sur la question d'État : le *præjudicium* donné en cette occasion sera ainsi conçu : SI PARET PAMPHILUM ESSE LIBERTUM MÆVII. — Au reste, les *præjudicia* ne sont pas toujours des instances préparatoires; ils peuvent aussi avoir lieu comme question principale et indépendante de toute autre (2).

Mais, hors les cas des actions préjudicielles, l'*intentio* n'aurait pas de sens si elle n'était accompagnée de la *condemnatio* : aussi y a-t-il entre ces deux parties la connexité qui existe entre la cause et l'effet. Toutefois, en se rappelant que toute *condemnatio* est pécuniaire, même dans les actions *in rem*, on s'aperçoit facilement que, dans ce genre d'actions, la *condemnatio* ne correspond que très-indirectement à l'*intentio*; en effet, à cette question : *Si paret rem esse Titii*, la réponse naturelle serait : *Res est Titii*, ou bien encore, *condemno Mævium ad rem restituendam Titio*, et non pas la condamnation de l'adversaire à une somme pécu-

(1) Elle est rapportée ci-dessus, pag. 24.

(2) Ulpian., L. 6, ff., *Si ingenu*.

niaire (1). Il est vrai que la condamnation à la somme d'argent, n'étant prononcée qu'autant que le défendeur refuse de restituer, *nisi restituat* (2), pourrait aussi être considérée comme une peine. — Au reste, le défaut d'harmonie entre l'*intentio* et la *condemnatio*, dans les actions *in rem*, autorise à conjecturer que peut-être, dans l'origine, les formules furent imaginées exclusivement pour les actions *in personam*.

Plusieurs ont pensé que, dans les actions divisoires, l'adjudication remplaçait la condamnation; mais il paraît, au contraire, que la formule contenait tout à la fois et la condamnation et l'adjudication (3). En effet, l'*adjudicatio* peut bien conférer au juge le pouvoir d'attribuer la propriété des choses à partager; mais elle ne comporte pas, du moins dans sa signification grammaticale et naturelle, le pouvoir de condamner l'une des parties à une somme quelconque : et, cependant, si le juge ne peut former des lots égaux, il faut bien que, pour compenser l'inégalité des parts en nature, il ait le pouvoir de condamner à une soultte celle des parties à laquelle il attribue un lot trop fort : c'est à cela que sert la *condemnatio* qui sans doute était insérée, à la suite de l'*adjudicatio*, sous une forme conditionnelle.

(1) Voyez cependant, dans le III^e livre, chap. 1, cinquième division, la formule de l'action *in rem*.

(2) Voy., livre III, chap. 1, cinquième et neuvième division, ce qui est dit des actions *in rem* et des actions *arbitraires*.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 44 in fin.

III. PARTIES ACCESSOIRES.

§ 181. — Quelles sont les diverses parties accessoires des formules.

Ces parties, qui peuvent accidentellement figurer dans la formule, sont, d'une part, les *exceptions*, *répliques*, *dupliques*, *tripliques*, etc.; d'autre part, les *prescriptions*. — Nous appelons ces parties *accessoires* (*adjectiones*), parce que, à la différence de celles dont nous avons parlé jusqu'ici, elles ne sont pas une conséquence directe et nécessaire de la demande; et qu'elles ne figurent qu'accidentellement, dans la formule, à raison de diverses circonstances plus ou moins étrangères à la demande considérée en elle-même.

§ 182. — I. Exceptions.

Quand l'*intentio* est prouvée, le juge doit condamner; sans pouvoir, du moins en général, s'occuper d'allégations qui seraient étrangères à la question posée dans l'*intentio*.

Si donc le défendeur n'entend se défendre que par la contradiction de l'*intentio*, en déniaut qu'elle soit fondée, il n'est pas nécessaire de rien ajouter à la formule: le débat devant le juge s'engagera librement sur toutes les questions de fait et de droit qui peuvent naître de l'*intentio*. — Dans une action réelle, par exemple, le défendeur soutiendra que la chose revendiquée n'a jamais appartenu au demandeur, ou que, du moins, elle a cessé de lui appartenir; et, à cette occasion, on pourra discuter

les principes du droit civil sur les manières d'acquiescer et de perdre la propriété. — Dans une action personnelle, la défense consistera à soutenir que l'obligation n'a jamais existé, ou que du moins elle s'est éteinte.

Mais l'*intentio* peut être fondée en droit civil; et cependant la condamnation, qui en serait la conséquence, se trouver contraire à l'équité et aux principes du droit prétorien (1). Par exemple, la promesse extorquée par violence ou surprise par dol n'en est pas moins obligatoire, d'après le droit civil; et pourtant il serait inique de condamner le défendeur à acquiescer une telle obligation (2). Cependant le juge, obligé de décider conformément aux principes du droit civil (3) les questions résultant de l'*intentio*, ne pourrait, sans excéder ses pouvoirs, prendre en considération des motifs d'équité que ce droit ne reconnaît pas. En conséquence, si le défendeur veut pouvoir se servir, devant le juge, de moyens fondés sur l'équité, il doit, pendant qu'il est encore *in jure*, articuler ces moyens, et demander que le magistrat modifie le mandat du juge en l'autorisant, par une clause spéciale placée à la suite de la formule, à absoudre, dans le cas où la condamnation, fondée en droit strict, conduirait à une iniquité. Cette restriction au pouvoir de condamner, que la formule pure et simple con-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 116 et 117.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 118.

(3) Voyez ce que nous disons de l'office du juge, §§ 231 et 232.

fère au *judex*, a reçu avec raison le nom d'*exceptio*; c'est, en effet, une exception à la condamnation : « *Exceptio dicta est quasi quædam exclusio... ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est* (1). »

L'exception est toujours conçue en forme de condition négative : *SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT, NEQUE FIAT*; et encore celle-ci : *SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT NE EA PECUNIA PETERETUR* (2). Par l'insertion d'une exception dans la formule, la condamnation se trouve donc subordonnée à une double condition : la première, que le demandeur prouvera sa demande (3); la seconde, que le défendeur ne pourra prouver son exception (4).

Au surplus, la demande de l'exception n'emporte pas acquiescement à la prétention du demandeur formulée dans l'*intentio* (5) : de même que chez nous, les conclusions *subsidiaries* n'entraînent pas renonciation aux conclusions *principales*; quoique, bien souvent, ces diverses conclusions paraissent s'exclure mutuellement.

Dans les actions dites de *bonne foi*, le juge étant investi du pouvoir d'apprécier l'*intentio*, non d'a-

(1) Ulpian., L. 2, ff., de *Except.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 119. — Paul., L. 22, ff., de *Except.*

(3) Diocl. et Max., L. 9, C., de *Except.* — Ulpian., L. 1, ff., *ead. tit.*; L. 1 et 9, pr., ff., de *Probat.*

(4) Anton., L. 4, C., de *Edendo.*

(5) Marcell., L. 9, ff., de *Except.*

près les principes du droit strict, mais d'après les règles de l'équité (*ex bona fide*), l'insertion dans la formule d'exceptions fondées sur l'iniquité de la demande devient inutile; puisque, d'après la nature même du mandat qui lui est donné, le juge ne doit condamner qu'autant que l'*intentio* lui paraîtra conforme à l'équité (1).

§ 183. Continuation. — Fondement juridique des exceptions.

Jusqu'à présent l'exception nous est apparue comme fondée sur la nécessité de modifier les résultats souvent trop rigoureux du droit civil, en soumettant au juge l'appréciation de circonstances que ce droit ne reconnaît pas, et que, par conséquent, le juge ne pourrait prendre en considération sans un mandat spécial. Sous ce point de vue, l'exception dériverait toujours de la juridiction *prétorienne* : et on ne conçoit guère, en effet, qu'il pût en être autrement. En effet, si les allégations du défendeur étaient de nature à valoir d'après le droit civil, il arriverait de deux choses l'une : ou bien la vérité de ces allégations serait avouée *in jure*, et alors le prêteur refuserait l'action; ou bien elle serait contestée, et alors le prêteur renverrait les parties devant un juge qui trouverait, dans la nature même du mandat général qui lui est confié (*officium*), et sans qu'une exception fût nécessaire, tous les pouvoirs suffisants pour ap-

(1) Ulpian., L. 21, ff., *Solut. matrim.* — Julian., L. 84, § 5, ff., de *Legat.*, 1.

précier et prendre en considération des moyens reconnus par le droit civil.

Cependant nous trouvons des exceptions qui reposent sur des sources de droit civil (1), sur des sénatus-consultes (2), sur des constitutions impériales (3), et même sur des lois proprement dites (4). Pour expliquer cette singularité, M. Du Caurroy a dit que le préteur mettait en exception l'allégation du défendeur, pour se dispenser d'examiner la vérité : mais cette explication élude la difficulté et ne la tranche pas ; car l'office du juge comprenant la faculté d'apprécier les moyens du droit civil, il est inutile de faire de ces moyens l'objet d'une clause spéciale (exception) ; l'*intentio* est suffisante. — Nous pensons expliquer mieux cette difficulté, en disant que les auteurs des lois, constitutions ou sénatus-consultes dont il s'agit, craignant de jeter, par leurs innovations, une trop grande perturbation dans le droit civil, auront préféré imiter le droit prétorien, et laisser subsister en théorie le droit du demandeur dans toute son intégrité, tout en fournissant au défendeur un moyen

(1) L'exception *rei judicatæ* ; celle de *justi dominii* contre l'action publicienne.

(2) L'exception *restitutæ hereditatis* du SCte Trébellien ; celle du SCte Macédonien.

(3) L'exception de *division* accordée aux fidéjusseurs par le rescript d'Adrien ; l'exception de *compensation* introduite par Marc-Aurèle pour les actions de droit strict.

(4) L'exception de cession de biens établie par la loi *Julia* ; l'exception de la loi *Cincia*.

de s'en garantir, dans la *pratique*, à l'aide d'une exception. — Ausurplus, cette tournure indirecte n'empêche pas que l'action ne soit totalement refusée, quand le fait sur lequel repose l'exception est avoué par le demandeur. Ceci explique comment le même fait donne lieu tantôt au refus de l'action, tantôt à une exception qui suppose nécessairement l'action accordée (1).

§ 184. — II. Répliques, dupliques, tripliques, etc.

La réplique est à l'exception ce que l'exception est à l'*intentio*. — Le demandeur, pour se garantir des effets de l'exception, peut toujours nier le fait sur lequel elle repose ; et alors il n'est pas besoin de rien ajouter à la formule. Mais pour le cas où le défendeur établirait son exception, le demandeur peut aussi faire valoir des moyens en dehors de la vérité ou de la fausseté de cette exception : pour cela, il doit demander l'addition d'une réplique.

En effet, l'exception, qui, au premier aspect, paraît équitable, peut n'être, en définitive, qu'un obstacle inique à la prétention du demandeur. Par exemple, un créancier est convenu avec son débiteur qu'il ne lui demanderait pas de paiement ; puis il a fait avec lui une convention contraire, c'est-à-dire qu'il pourrait exiger ce paiement : si le défendeur invoque l'exception fondée sur le premier pacte,

(1) § 7, Inst., *Quod cum eo*. — Ulpian., L. 1 ; L. 7, § 4, 6, 7 et 8, ff., de *SCto Maced.* — § 4, Instit., de *Fidej.* — Paul, L. 28, ff., *cod. tit.*

le demandeur pourra en détruire l'effet par une réplique fondée sur le pacte postérieur. La formule sera alors ainsi conçue: *action*: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO MILLIA SESTERTIUM CONDEMNA; *exception*: SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT NE EA PECUNIA PETERETUR; *réplique*: SI NON POSTEA CONVENIT UT EAM PECUNIAM PETERE LICERET (1).

La réplique peut à son tour être paralysée par une duplique insérée sur la demande du défendeur; la duplique, par une triplique, et ainsi de suite (2).

En résumé, on voit que l'*intentio*, l'*exceptio*, la réplique, la duplique, etc., forment une chaîne de propositions subordonnées les unes aux autres: si le demandeur ne prouve pas son *intentio*, le juge doit absoudre, sans s'inquiéter des exceptions; si l'intention est prouvée, le juge, avant de condamner, doit examiner l'exception. Si l'exception n'est pas prouvée, il doit condamner sans avoir à s'occuper de la réplique qui devient inutile; si, au contraire, l'exception est vérifiée, le juge doit absoudre, à moins qu'il n'y ait une duplique, et ainsi de suite; de telle façon qu'à chaque anneau de la chaîne, se reproduit l'alternative de la condamnation ou de l'absolution.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 126.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 127, 128.

§ 185. — III. Prescriptions.

Les prescriptions étaient des clauses ajoutées à la formule, tantôt dans l'intérêt du demandeur, tantôt dans celui du défendeur (1): elles étaient ainsi appelées parce qu'elles étaient inscrites en tête de la formule.

§ 186. Continuation. — Prescriptions dans l'intérêt du demandeur.

Les prescriptions étaient fort utiles au demandeur, quand la réclamation avait pour objet une partie seulement des prestations successives auxquelles il pouvait avoir droit. Ainsi vous me devez 100 sesterces par an; si j'agissais contre vous par l'action *incerti*: QUIDQUID OB EAM REM DARE FACERE OPORTET, l'obligation toute entière serait déduite *in judicium*; parce que les conséquences multiples d'une obligation principale ne sont pas regardées comme formant chacune un droit distinct (2). Je ne pourrais toutefois obtenir que les termes échus; et, cependant, quand, plus tard, je voudrais réclamer les termes postérieurs, mon action se trouverait éteinte *ipso jure*, à cause de la novation qui, comme nous le verrons plus

(1) Gaius, *Comm.* IV, 132.

(2) Paul., L. 15 et 16, ff., de *Negot. gest.*; L. 35, § 7, de *Mort. caus. donat.*