

clave se serait trouvé alors dans une position toute particulière; en ce sens qu'il aurait pu obtenir sa liberté, malgré son nouveau maître, en remboursant à celui-ci la somme pour laquelle avait eu lieu l'abandon noxal. Un tel résultat serait vraiment inexplicable, et tout porte à croire que Justinien ne fait qu'appliquer ici aux esclaves une règle qui autrefois était particulière aux fils de famille donnés en noxe (1).

II. Tout ce qui vient d'être dit de l'action et de l'abandon noxal était commun aux fils de famille et aux esclaves : avec cette différence toutefois que les fils de famille donnés en noxe ne tombaient point dans un esclavage proprement dit, mais dans une dépendance particulière (*mancipium*), qui, en les assimilant sous certains rapports aux esclaves, ne leur faisait cependant point perdre le bénéfice de l'ingénuité, et leur laissait la faculté de se faire affranchir dès qu'ils avaient procuré à la personne à qui ils avaient été abandonnés un profit équivalant au dommage causé (2).

L'abandon noxal des fils de famille disparut sous l'influence des idées chrétiennes. Déjà aboli à l'égard des filles par Constantin, il le fut à l'égard des fils par une constitution de Justinien (3). — La partie lésée n'est pas pour cela sans ressource : elle

(1) § 3, *Instit.*, de *Noxal.* — Cf. *Coll. leg. rom. et mosaic.*, II, 3, et la note suivante.

(2) Gaius, *Comm.* IV, §§ 75, 77, 78, 79, et *Comm.* I, § 140.

(3) § 7, *Instit.*, de *Noxal. act.*

peut, en effet, comme elle l'aurait pu déjà autrefois, agir directement contre le fils de famille par l'action résultant du délit; sauf à agir ensuite de *peculio* contre le père de famille, à raison de la somme à laquelle le fils aurait été condamné (1).

CHAPITRE DEUXIÈME.

DÉFENSES ET EXCEPTIONS.

§ 309. — Des défenses et des exceptions en général.

Les moyens de défense contre les actions sont de trois espèces principales : les *défenses au fond*, les *exceptions* et les *prescriptions* dans l'intérêt du défendeur.

La défense au fond consiste à nier soit le fait, soit le droit sur lesquels le demandeur fonde sa prétention. Par exemple : Si le demandeur se prétend créancier, le défendeur repoussera la demande, en montrant soit que le demandeur n'a point prouvé l'existence du fait duquel dérive l'obligation prétendue, soit que le prétendu contrat était nul d'après le droit civil, soit enfin que

(1) Julian., L. 34, et Ulpian., L. 35 et L. 3, § 11, ff., de *Peculio*.

l'obligation réclamée a été éteinte par une cause d'extinction civile (1). Pour proposer de telles défenses, le défendeur n'a nul besoin d'y être autorisé par une clause spéciale insérée dans la formule; et c'est en quoi les défenses au fond se distinguent très-nettement des exceptions et des prescriptions.

L'exception se présente toujours comme moyen *subsidaire*, dont le juge ne doit s'occuper qu'autant que la demande serait pleinement justifiée en fait et en droit (2). La nature juridique des exceptions et le rôle qu'elles jouent dans la procédure romaine sont déjà connus par ce qui en a

(1) Voy., ci-dessus, pages 214 et 215.

(2) Sous ce rapport, les exceptions de notre droit français sont précisément le contre-pied de l'exception romaine; car les moyens que nous désignons plus particulièrement sous le nom d'exceptions ont pour but et pour effet d'empêcher le juge de s'occuper du fond du procès; et, par conséquent, leur examen précède celui du fond: aussi l'expression *fins de non-recevoir* serait-elle bien plus convenable que le mot *exceptions*.

Notre procédure a aussi emprunté au droit romain la division des exceptions en *dilatoires* et *péremptoires*; mais en altérant singulièrement le sens que les expressions présentaient en droit romain (voy., ci-après, § 314).

Pareillement, à l'imitation des Romains, nos auteurs rangent la prescription libératoire parmi les exceptions: c'est ce qu'ils appellent exception *péremptoire de fond*. Mais cela n'est pas exact. La prescription n'est pas une *exception*, mais une véritable *défense au fond*: qu'importe, en

été dit dans le second livre (§§ 182, 183): ces notions se trouveront complétées dans ce chapitre.

Quant aux prescriptions dans l'intérêt du défendeur, il en a été déjà question dans le second livre (§§ 186 et 188), et nous y reviendrons encore dans le chapitre suivant.

Dans celui-ci on s'occupera des exceptions proprement dites: on dira quelle était leur forme, à quel moment de la procédure elles devaient être proposées; enfin quelles en étaient les principales espèces.

§ 310. — De la forme des exceptions.

Au temps des jurisconsultes classiques, l'exception était le plus habituellement conçue en forme de condition négative opposée à la condamnation: *condemna.... nisi* ou *si non* (§ 182) (1). Mais cette forme n'est pas la seule: quelquefois elle est précédée des mots *at* ou *ac*: *at si ea res judicata non sit* (2); d'autres fois elle est précédée du mot

effet, que le défendeur réclame son absolution en alléguant la prescription ou tout autre mode de libération, paiement, novation, remise, etc.?

En résumé, en cette matière comme en beaucoup d'autres, nos auteurs ont eu le tort d'emprunter au droit romain des expressions et des divisions qui n'ont pu s'adapter à notre procédure qu'en en faussant complètement le sens.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 119.

(2) Brisson., *de Formul.*, V, 77.

quod : quod præjudicium hæreditatis non fiat...
quod incendii defendendi causa factum non sit :
 cette tournure se rencontre principalement dans les exceptions aux interdits, et dans celles qui remplacent les prescriptions (1). On trouve aussi dans les plus anciens classiques l'exception conçue en termes positifs : *extra quam si quid ita factam sit, uti de lege fieri licuit* (2).

§ 311. — A quel moment les exceptions doivent être proposées.

En règle générale, les exceptions devaient être proposées *in jure*; et cela est naturel, puisqu'il fallait qu'elles fussent insérées dans la formule (3) (§ 182).

Toutefois, cette règle n'était pas absolue. — Ainsi, quand la cause de l'exception était née postérieurement à la *litis contestatio*, le juge pouvait en tenir compte, bien que la formule n'en fit pas mention (4). — Ainsi encore, quand le défendeur, qui aurait pu invoquer une exception

(1) Ulpian., L. 7, § 3, ff., *Quod vi aut clam*, et L. 1, § 6, *Ne quid in flum. publ.* — Cf. Brisson., *de Formul.*, V, 76.

(2) Cicero, *ad Attic.*, VI, 1; *de Invent.*, I, 33, et II, 20. — Ulpian., L. 1, § 16, ff. *de Fluminib.*

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 119 : «... Formulæ inseritur...»

(4) Ulpian., L. 23, § 3, ff., *de Condict. indeb.* : « Si post litem contestatam transactum est, nihilominus poterit exceptione doli uti post secuti... » Cf. Diocl. et Max., L. 2, C., *Sentent. rescind.* — Voy. note suiv.

péremptoire, avait omis de s'en prévaloir *in jure*, il pouvait se faire restituer contre cette omission (*restitutio in integrum exceptionis recuperandæ*). Il en était autrement des exceptions dilatoires, contre l'omission desquelles on obtenait très-difficilement la restitution (1). — Enfin, certaines exceptions étaient tellement énergiques et vivaces que, même après la sentence prononcée, le défendeur pouvait s'en prévaloir contre l'*actio judicati* et se soustraire ainsi à l'exécution de la sentence : telles étaient les exceptions des sénatus-consultes velleïen et macédonien, et, probablement encore, toutes celles qui étaient considérées

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 118 : « Semper peremptoria quidem exceptio nocet; idemque si reus ea non fuerit usus in integrum restitutus recuperandæ exceptionis gratia: dilatoria vero si non fuerit usus, an integrum restituatur quæritur. » Dioclétien et Maximien, L. 2, C., *Sentent. rescind.* « Peremptorias exceptiones omissas ab initio, antequam sententia feratur opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. Nam judicatum contra majores xxv annis non oppositæ præscriptionis velamento citra remedium appellationis rescindi non potest. » — Les mineurs de xxv ans, d'après le droit prétorien, et les soldats, d'après une constitution de Caracalla, pouvaient se faire restituer en entier contre les sentences, sur le fondement que des motifs décisifs avaient été omis dans l'instance : Antonin., L. 1, C., *de Juris et fact. ignor.* — Depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum* (§ 100), on posa la règle que les exceptions dilatoires doivent être proposées *in limine litis* (Diocl. et Max., L. 19, C., *de Prob.* — Justinian., L. 12, C., *de Except.*).

comme des bénéfiques auxquels il n'était pas permis de renoncer (1).

PREMIÈRE DIVISION.

Exceptions *in factum*. — Exception de dol.

§ 312. — Nature de cette division.

Nous avons vu ce qu'étaient les actions *in factum* par opposition aux actions *in jus* (2). La qualification de *in factum*, donnée aux exceptions, a un tout autre sens : on n'entend nullement par là opposer certaines exceptions à d'autres qui seraient *in jus* ; car il ne peut y avoir d'exceptions *in jus*, puisque les moyens tirés du droit civil constituent de véritables défenses au fond, et non des exceptions proprement dites (3). Toutes les exceptions sont donc *in factum*. Mais on oppose fréquemment

(1) Ulpian., L. 11, ff., de *SC. macedon.*

(2) *Voy.*, ci-dessus, §§ 174 et 269.

(3) Au § 183, nous avons fait remarquer que certaines exceptions paraissent déroger à ces principes, puisqu'elles sont fondées sur des sénatus-consultes ou des constitutions : nous renvoyons aux explications que nous avons alors données. On peut encore voir sur ce sujet, Zimmern, trad. d'Étienne, § 91, page 280.

§ 312. — EXCEPT. IN FACTUM, ETC.

l'exception *in factum* à l'exception *doli* ; et voici quels sont le sens et la portée de cette opposition.

L'exception est *in factum*, quand elle précise le fait allégué par le défendeur, mais sans donner à ce fait la qualification de frauduleux, par exemple : *nisi de non petendo pactum sit... nisi transactum sit*. Dans cette forme, l'exception ne présente au juge qu'une simple question de fait à résoudre ; car la conséquence que ce fait doit entraîner, c'est-à-dire l'absolution du défendeur, n'est plus en question : tout est tranché à cet égard par le magistrat, qui d'avance a jugé le fait assez grave pour en faire dépendre l'absolution du défendeur. — Quelquefois, au contraire, le libellé de l'exception ne précise aucun fait particulier ; le magistrat se borne à dire en termes généraux : « *Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit, neque fiat,* » laissant ainsi au juge non-seulement le soin de vérifier les faits allégués par le défendeur, mais encore le pouvoir d'en apprécier la moralité et la gravité.

Les circonstances seules pouvaient faire décider laquelle de ces deux formes était la plus avantageuse au défendeur. Quand le fait qui servait de base à l'exception était bien déterminé et d'une preuve facile, le défendeur avait intérêt à ce que l'exception fût rédigée *in factum* ; car il échappait ainsi au danger des appréciations du juge quant aux caractères, c'est-à-dire quant à la pertinence du fait allégué. Il avait, au contraire, intérêt à ce

que l'exception fût conçue en termes généraux, *de dolo*, quand l'exception reposait moins sur tel ou tel fait précis que sur des circonstances qu'il importait d'apprécier dans leur ensemble pour en pouvoir déduire l'iniquité de la demande. — En d'autres termes : dans l'exception *in factum*, les témoins et les autres preuves avaient plus à faire que l'avocat; dans l'exception *de dolo*, au contraire, le talent de l'avocat devait avoir une grande influence : il fallait grouper les faits et en faire ressortir le caractère frauduleux.

L'exception de dol comprend et le dol actuel résultant de la poursuite même, et le dol qui a pu entacher antérieurement la conduite du demandeur. Dans la plupart des cas, le fait qui sert de base à l'exception *in factum* peut donc aussi servir de base à une exception *de dolo*; car, comme le dit très-bien Ulpian, s'il n'y a pas eu de dol dans l'origine de l'affaire, il y en a maintenant à soutenir une prétention inique (1).

Au reste, le défendeur n'avait pas toujours le choix entre l'une et l'autre forme. En effet, comme l'exception de dol était injurieuse pour le demandeur, le défendeur ne pouvait y avoir recours toutes les fois qu'il était tenu à des devoirs révé-

(1) Ulpian., L. 2, § 5, ff., *de Dol. mal. except.* : « Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem : quia dolo facit quicumque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit : nam si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose. »

rencieux envers son adversaire; telle était notamment la position du fils envers son père, de l'affranchi envers son patron : on rédigeait toujours alors l'exception *in factum* (1). — On devait pareillement employer cette dernière forme, quand le demandeur avait ignoré le fait servant de base à l'exception (2).

DEUXIÈME DIVISION.

Exceptions *rei cohærentes* ou *in rem*. — Exceptions *personæ cohærentes* (3).

§ 313. — Nature de cette division.

L'exception est dite inhérente à la personne (*personæ cohærens*), par rapport au défendeur, quand elle ne peut être invoquée que par telle personne déterminée, sans pouvoir l'être soit par les fidéjusseurs, soit par les successeurs univer-

(1) Ulpian., L. 4, § 16, ff., *de Dol. mal. except.* — Au § 270, nous avons vu, dans le même sens et dans le même but, une action *in factum* donnée à la place de l'action de dol.

(2) Ulpian., L. 2, § 5, ff., *de Dol. mal. except.*

(3) On trouve dans les textes l'expression *in rem* accolée au mot *exceptio* avec un sens tout semblable à celui qu'elle présente dans la locution *actio in rem*. Mais nous



sels ou particuliers de cette personne. Elle est inhérente à la personne du demandeur, lorsqu'elle ne peut être opposée qu'à tel individu déterminé.

L'exception est *in rem*, ou *rei cohærens*, soit qu'elle puisse être invoquée par les fidéjusseurs et successeurs du défendeur, soit qu'elle puisse être opposée à tout demandeur.

Certaines exceptions sont *in rem* activement et passivement; d'autres ne le sont que d'un seul côté.

L'exception *quod metus causa* est *in rem* par rapport au demandeur, en ce qu'elle peut être opposée à toute personne qui agit en vertu de l'acte extorqué par violence; alors même que cette personne serait d'ailleurs restée complètement étrangère aux actes de violence (1).

A l'inverse, l'exception *doli mali* est inhérente à la personne, en ce qu'elle ne peut être utilement opposée qu'à l'auteur même du dol, et non à ceux qui, n'ayant pas participé aux machinations frauduleuses, agiraient en vertu de l'acte surpris au défendeur à l'aide de ces machinations (2).

L'exception *rei venditæ et traditæ* est *in rem* dans les deux sens (3).

ne croyons pas qu'on rencontre l'expression *exceptio in personam*, quoique cependant une telle locution fût très-naturelle, surtout quand il s'agit des exceptions inhérentes à la personne du demandeur.

(1-2) Ulpian., L. 2, § 1 et 2; L. 4, § 33, ff. de *Doli mali et metus causa except.*

(3) Hermogen., L. 3, ff., de *Except. rei vend.*

Ces exemples suffisent pour faire apprécier le sens pratique des expressions que l'on se proposait d'expliquer : du reste, ce n'est que par l'étude attentive de chaque exception en particulier qu'on pourra bien connaître, au point de vue qui fait l'objet de ce paragraphe, le degré d'énergie propre à chacune des exceptions.

TROISIÈME DIVISION.

Exceptions perpétuelles ou péremptoires. — Exceptions temporaires ou dilatoires.

§ 314. — Nature de cette troisième division.

Les expressions *péremptoires* et *dilatoires* avaient, en droit romain, un sens tout différent de celui qu'elles présentent dans notre procédure. Chez nous, l'exception péremptoire seule amène l'absolution du défendeur; l'exception dilatoire oblige seulement le juge à surseoir pendant un certain temps. Dans la procédure formulaire, au contraire, toute exception, soit dilatoire, soit péremptoire, une fois insérée dans la formule, conduisait au même résultat, c'est-à-dire à l'absolution du défendeur : or, cette absolution, qui formait *res judicata* entre les parties, était toujours définitive et épuisait le droit du deman-