

personne le procès (1). — Il arrive même quelquefois que nous soyons liés pour la chose jugée avec une personne qui ne nous représentait à aucun des titres que nous venons d'énoncer. Par exemple, les légataires sont liés par la sentence qui aurait prononcé contre l'héritier la nullité du testament (2). Il en est de même quand le droit en litige est un droit *indivisible* qui appartient à plusieurs, par exemple, une servitude. Dans ce cas, ce qui est jugé avec l'un de ceux qui doivent la servitude ou auxquels elle est due, est réputé jugé avec les autres; sauf l'action *de dolo* en cas de collusion (3).

A l'inverse, le même plaideur peut être considéré comme une personne différente s'il agit en une autre qualité. Par exemple, si après avoir succombé dans une revendication que j'avais intentée

(1) Ulpian., L. 4 et L. 11, § 7, ff., *de Except. rei jud.*

(2) Pourvu, bien entendu, qu'il n'y ait pas eu collusion entre l'héritier et celui qui a fait prononcer la nullité du testament.

(3) Marcian., L. 19, ff., *si servit. vindicet.* — Il en est autrement des droits divisibles, et par exemple d'une hérédité: ce qui est jugé avec l'un des héritiers ne nuit ni ne profite aux autres (Paul., L. 22, ff., *de Except. rei judic.*). — On signale ordinairement comme une exception à la règle de la L. 22, ce qui est dit dans la L. 29 au sujet de l'esclave qui aurait fait prononcer son affranchissement contre l'un des héritiers: mais cette prétendue exception, qui se justifierait, en effet, suffisamment, par la *faveur* que mérite la liberté, ne peut-elle pas se justifier aussi en droit strict par l'*indivisibilité* de l'état des personnes?

*en mon nom propre*, je renouvelle ensuite la demande en me présentant *comme héritier du propriétaire* (1). Ainsi encore, après avoir inutilement revendiqué une chose en qualité de tuteur ou de procureur, je pourrai la revendiquer plus tard, en mon nom personnel (2).

VI. Exception *rei in judicium deductæ*. — Pour qu'un premier procès fit obstacle à un second intenté pour le même objet, il n'était même pas nécessaire que le premier eût été terminé par une sentence du juge; il suffisait que le droit du demandeur eût été engagé en justice, c'est-à-dire qu'il y eût eu délivrance d'une formule d'action (*litis contestatio*). Nous avons vu, en effet, que la *litis contestatio* produit des effets tout pareils à ceux de la chose jugée, et qu'elle éteint aussi le droit du demandeur tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope* (3). Lors donc qu'un demandeur, ayant obtenu une formule d'action et l'ayant laissé tomber en péremption (4), voulait agir de nouveau, le défendeur pouvait le repousser par l'exception dite *rei in judicium deductæ*.

(1) Modestin., L. 10, ff., *de Exceptionib.*

(2) Ulpian., L. 54, ff., *de Rei vindicat.* — Cf., § 4, Instit., *de Inof. testam.*

(3) Gaius, *Comm.* III, § 180, et IV, § 106 et 107. — *Voy.*, ci-dessus, § 230 et 204. — Chez nous, au contraire, on admet que le demandeur peut se désister de la procédure commencée, en se réservant le droit de soumettre de nouveau sa prétention au juge. Cod. procéd., art. 402 et 403.

(4) *Voy.*, ci-dessus, § 233, 234 et 235.

VII. *Exception de compensation.* — Dans les actions de bonne foi, il entre dans l'office du juge d'apprécier les prétentions contraires du défendeur et par conséquent de tenir compte des causes de compensation (§ 302). Dans les actions de droit strict, au contraire, le juge ne peut prendre en considération les prétentions contraires du défendeur, qu'autant qu'il y est autorisé par une clause formelle insérée dans la formule : c'est l'exception de compensation, qui se produisait sous la forme générale de l'exception de dol : *nisi in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit vel fiat* ; car il y a dol à exiger ce qui nous est dû, sans vouloir tenir compte de ce que nous devons nous-mêmes à l'autre partie.

Dans les actions de droit strict, la compensation ne fut d'abord admise que dans certains cas particuliers ; un rescrit de Marc Aurèle en généralisa l'usage (1).

Zimmern fait ingénieusement remarquer ici que la compensation opposée à une action de droit strict, au moyen de l'exception de dol, produisait un effet très-différent de celui de la compensation proposée *de plano* dans une action de bonne foi. Dans celle-ci, en effet, la compensation amenait seulement une réduction dans le chiffre de la créance réclamée ; dans l'action de droit strict, si l'exception de dol était prouvée, c'est-à-dire si la cause de com-

(1) Paul., L. 4 ; Gaius, L. 5 ; Javolenus, L. 15, ff., *de Compensat.* — § 30, *Instit., de Actionib.*

pensation était établie, le juge devait absoudre complètement le défendeur, alors même que la créance opposée en compensation eût été d'ailleurs fort inférieure à celle qui faisait l'objet de l'action (1). Ce résultat rigoureux est une conséquence forcée de la combinaison des diverses parties de la formule (§ 182 et 184) : pour l'éviter, le demandeur devait admettre la compensation devant le prêteur et ne laisser donner la formule que pour la différence.

La compensation n'avait lieu qu'autant que les deux prétentions étaient également exigibles, et portaient sur des choses fongibles entre elles (2).

Dans l'origine, même dans les actions de bonne foi, le juge ne devait avoir égard aux prétentions contraires du défendeur qu'autant qu'elles dérivait de la même cause que la demande principale (*ex eadem causa*). Mais quand, plus tard, la compensation se trouva autorisée contre les actions de droit strict, c'est-à-dire dans des affaires purement *unilatérales* (§ 302, n° V), où la prétention contraire du défendeur devait avoir nécessairement une cause différente de celle de l'action, il n'y eut plus de raison pour que le juge, saisi d'une action de bonne foi, ne pût aussi tenir

(1) Zimmern, trad. d'Étienne, § 99.

(2) Ulpian., L. 7 ; Gaius, L. 8, ff., *de Compensat.* — En se rappelant qu'en droit romain toutes les demandes aboutissaient à des condamnations *pécuniaires*, on s'aperçoit aisément que la compensation avait, à Rome, bien plus d'applications qu'elle n'en peut avoir chez nous.

compte des prétentions du défendeur qui ne se rattachaient pas à la demande principale. Au surplus, quand le juge estimait que les causes de compensation invoquées pour le défendeur étaient de nature, soit par leur complication, soit par leur défaut de connexité avec la demande, à retarder trop longtemps le jugement de l'action, il trouvait toujours, dans les pouvoirs à peu près illimités dont il jouissait dans les actions de bonne foi (*ex bono et æquo judicare*), la possibilité d'écarter des réclamations qui auraient paralysé, contrairement à l'équité, l'exercice d'un droit liquide et exigible (1).

La compensation se présentait avec des caractères particuliers dans les actions intentées par les banquiers (*argentarii*), chez lesquels les citoyens romains étaient dans l'usage d'avoir ce que nous appellerions chez nous un *compte courant*. L'*argentarius*, faisant pour son client des recettes et des dépenses, devait régler lui-même son compte, et ne pouvait agir que pour le solde, sous peine de tout perdre par plus-pétition (2).

Il ne faut pas confondre la compensation, que l'*argentarius* doit opérer spontanément dans sa demande, avec la *deductio* qui modifiait les ac-

(1) Justinien en fait une règle de droit, quand il exige que les compensations dérivent d'un droit évident (*jure aperto*) dont l'appréciation ne soit pas de nature à retarder la décision du litige primitif (§ 30, *Instit., de Actionib.*).

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 64.

tions de l'*emptor bonorum*. Quand celui qui avait acheté tous les biens d'un insolvable agissait contre les débiteurs de cet insolvable, la condamnation de la formule était conçue de façon à ce que le juge tint compte de ce que le défendeur pouvait avoir à réclamer de son côté.

La déduction se rapprochait, quant aux effets, de la compensation dans les actions de bonne foi. — Elle différait essentiellement de la compensation opposée aux actions de droit strict, en ce qu'elle n'était point formulée en exception, mais comprise dans la *condemnatio*. — Elle différait plus encore de la compensation particulière aux actions des *argentarii*. En la forme, la compensation de l'*argentarius* se trouve dans l'*intentio* même de l'action, en ce sens que le banquier ne doit réclamer (*intendere*) que la différence entre ce qui lui est dû et ce qu'il doit lui-même; dans l'action intentée par le *bonorum emptor*, l'*intentio* porte toute la somme due à celui dont on a acheté les biens, et c'est seulement dans la condamnation qu'on fait mention de la déduction: la condamnation est donc toujours incertaine, et dès lors il n'y a pas danger de plus-pétition. Au fond, la compensation de l'*argentarius* ne pouvait avoir lieu que pour choses *exigibles de même nature et qualité*; la *deductio* du *bonorum emptor* permettait, au contraire, de tenir compte des réclamations du défendeur, bien qu'elles ne fussent pas exigibles, et qu'elles portassent sur des choses d'une nature

autre que celles faisant l'objet de la demande (1).

VIII. *Autres exceptions péremptoires.* — Il faut aussi comprendre parmi les exceptions péremptoires, l'exception du sénatus-consulte velléien, au profit des femmes (2); celle du sénatus-consulte macédonien, au profit des fils de famille (3); celle de la loi *Cincia*, relative aux donations entre vifs (4); l'exception *justi dominii* (5), et une foule d'autres dont l'examen détaillé nous entraînerait trop loin.

§ 316. — Des exceptions dilatoires les plus usuelles.

I. *Exceptio pacti per tempus.* — Il en a été déjà question dans le paragraphe précédent, à l'occasion de l'exception perpétuelle de pacte.

II. *Exceptio rei residuæ.* — Il ne faut pas multiplier inutilement les procès, et il serait désirable qu'une même instance vidât toutes les difficultés qui peuvent exister entre deux parties. C'est pour arriver à ce but qu'avaient été imaginées les deux exceptions *rei residuæ* et *litis dividuæ*.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 64-68.

(2) *Voy.*, au Digeste, lib. XVI, tit. 1, *ad SC. velleianum*.

(3) *Voy.*, au Digeste, lib. XIV, tit. vi, *de SC. macedoniano*.

(4) *Voyez les Fragmenta Vaticana, de Donationibus*, § 266-316.

(5) *Voy.* ci-dessus § 282.

Celui qui n'a réclamé qu'une partie de ce qui lui était dû, sera repoussé par l'exception *rei residuæ*, s'il veut réclamer le surplus pendant la même préture; mais son droit n'est point perdu pour cela, et il pourra intenter une action supplémentaire sous l'une des prétures suivantes: c'est en cela précisément que l'exception est dilatoire (1).

III. *Exceptio litis dividuæ.* — Les mêmes règles s'appliquent à celui qui, ayant avec une autre personne plusieurs causes de procès, n'agirait pas en même temps pour toutes: il devra attendre une nouvelle préture (2).

Il est bien entendu que si, dans l'un ou l'autre cas, le demandeur avait eu l'imprudence d'agir de nouveau, pendant la même préture, l'exception, toute dilatoire qu'elle est, entraînerait la perte irrévocable de son droit (§ 314) (3).

Les exceptions dont il vient d'être parlé sont dilatoires *ex tempore*; celles dont il va être question, dans le numéro suivant, sont dilatoires *ex persona* (4).

IV. *Exceptiones cognitoria et procuratoria.* — Les plaideurs romains pouvaient, en général, se faire représenter soit par des *cognitores*, soit par des *procuratores* (5). Ce droit n'appartenait cependant pas

(1-2) Gaius, *Comm.* IV, § 122.

(3) Gaius, *Comm.*, IV, § 123.

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 124. — § 11, *Instit.*, *de Except.*

(5) *Voy.* ci-après le livre quatrième.

à tous indistinctement ; et, réciproquement, tout individu n'était pas habile à représenter les parties, à l'un ou à l'autre de ces deux titres. Lors donc que celui qui ne pouvait plaider par représentant voulait en préposer un ; ou lorsque, ayant le droit de se faire représenter, il faisait choix d'un individu inhabile à remplir cette fonction, le défendeur trouvait dans ces circonstances la base d'une exception, qui du reste était purement dilatoire ; car il suffisait au demandeur de plaider par lui-même ou de choisir un représentant idoine, pour échapper à l'exception. Mais il fallait que ce changement s'opérât pendant que les parties étaient encore *in jure* ; en effet, la formule une fois délivrée, si l'exception venait à être prouvée, le défendeur obtenait une absolution complète et irrévocable (1).

V. *Exceptio non numeratæ pecuniæ*. — Il arrivait souvent aux Romains de confirmer par une stipulation l'obligation résultant du *mutuum* ; de telle sorte que l'emprunteur se trouvait obligé par un double lien *re et verbis* (voy. pages 207 et 208). Souvent aussi, la stipulation précédait la numération des espèces (le *mutuum*), à peu près comme chez nous l'emprunteur signe le billet avant de recevoir l'argent. Or, il pouvait arriver qu'après avoir obtenu réponse à sa stipulation, le stipulant refusât de compter les espèces, c'est-à-dire de réaliser le *mutuum* en vue duquel l'autre partie avait

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 124. — Justin., § 11, *Instit.*, de *Except.*

consenti à promettre. Dans cette hypothèse, le promettant n'était point obligé *re*, car il n'avait rien reçu ; mais il était obligé *verbis* ; parce que la stipulation est valable, en droit civil, indépendamment de la cause qui a déterminé le promettant à répondre. Toutefois, comme il eût été inique d'exiger le paiement d'une promesse faite exclusivement en vue d'une remise d'espèces qui ne s'était pas réalisée, le promettant pouvait repousser l'action *ex stipulatu*, soit par l'exception générale de dol, soit par l'exception *in factum* dite *non numeratæ pecuniæ* (1).

L'exception *non numeratæ pecuniæ* était dilatoire en ce qu'elle n'était accordée que pendant un certain temps, passé lequel le débiteur n'était plus recevable à alléguer la non-numération des espèces : le silence du débiteur pendant un certain temps devait en effet être considéré comme un aveu tacite de la numération (2). Le délai courait du jour où la promesse avait été faite. Aurait-il donc suffi au créancier d'attendre l'expiration du délai de l'exception pour pouvoir agir utilement, sans avoir à craindre l'exception ? Oui, sans doute ; mais le débiteur n'était pas livré pour cela à la merci de son créan-

(1) § 2, *Instit.*, de *Except.* — Gaius, *Comm.* IV, § 116. — Ulpian., L. 2, § 3, et L. 4, § 16, ff., de *Dolo malo et met.*

(2) Ce délai, qui fut d'abord d'une année, fut porté à cinq ans par Dioclétien, puis restreint à deux ans par Justinien (§ 2, *Instit.*, de *Except.* — Justinian., L. 14, C., de *Non num. pecun.*).

cier, car il n'était pas tenu d'attendre qu'on l'attaquât, et il pouvait agir lui-même, avant l'expiration du délai, pour obtenir libération de la promesse qui lui avait été surprise (1).

En général, le défendeur doit prouver les exceptions qu'il oppose : *reus in exceptione actor est* (2). Par une dérogation à cette règle, le défendeur qui excipe de la non-numération des espèces n'a pas à prouver ce fait négatif : c'est au demandeur à prouver qu'il a compté les valeurs faisant l'objet de l'obligation. Cette dérogation singulière avait été sans doute introduite par une double raison : d'une part, la difficulté pour le défendeur de prouver un fait négatif ; et, d'autre part, parce qu'on avait voulu faciliter la répression de fraudes qui paraissent avoir été très-fréquentes (3).

VI. *Exceptio divisionis*. — Lorsqu'une dette a été cautionnée par plusieurs fidéjusseurs, et que l'un d'eux est attaqué pour le tout, il peut demander, *in jure*, que l'action du créancier soit divisée entre tous les co-fidéjusseurs solvables : c'est ce qu'on appelle le *bénéfice de division* (4). Si, sur cette

(1) Alexand., L. 7, C., *eod. tit.*

(2) Ulpian., L. 1, ff., *de Except.* ; — L. 19, ff., *de Probat.*

(3) Antonin., L. 3 ; Diocl. et Max., L. 10, C., *de Non num. pecun.* — La législation spéciale sur les Juifs d'Alsace nous présente quelque chose d'analogue : le décret impérial du 17 mars 1808, décide que les créanciers juifs seront tenus de prouver la réalité du prêt en vertu duquel ils agiront.

(4) Il fut introduit par Hadrien (Gaius, *Comm.* III, § 122).

réclamation, le demandeur consent à la division de son action, point de difficulté : l'action n'est accordée que pour la part contributoire du fidéjusseur actionné ; et, dès lors, il n'y a pas d'exception à insérer dans la formule. Si, au contraire, le demandeur persiste à vouloir l'action *in solidum*, en prétendant que les autres fidéjusseurs sont insolubles, le préteur insérera dans la formule l'exception *si non et illi solvendo sint*. Le juge aura donc à examiner si les autres fidéjusseurs sont solvables, comme le prétend le défendeur et le dénie le demandeur : s'ils sont insolubles, l'exception n'étant pas justifiée, le défendeur sera condamné pour le tout ; s'ils sont solvables, au contraire, le défendeur devra être absous pour le tout : car c'est une conséquence rigoureuse, mais logique, de l'exception, d'emporter toujours absorption complète (1).

Cette exception était dilatoire en ce qu'elle ne formait obstacle à la demande qu'autant que le créancier s'obstinait à ne pas vouloir diviser son action, sous prétexte que les autres fidéjusseurs n'étaient pas solvables.

(1) Paul., L. 28, ff., *de Fidejuss.*