

primitive subsistait toujours pour se faire payer la créance non compensée, parce que la compensation, même dans le cas des actions de bonne foi, n'était qu'une conséquence de la procédure et non pas un moyen d'extinction des obligations (1).

2175. Ce pouvoir de compensation, dans les actions de bonne foi, n'avait lieu que pour les obligations procédant *ex eadem causa*, par la raison que nous avons déjà donnée (ci-dessus, n° 2171 1°), savoir, que le juge romain n'était qu'un homme privé, dont la mission ne s'étendait pas au delà de l'affaire pour laquelle il avait été commis. La formule le chargeait-elle de juger, *ex æquo et bono*, une action de vente par exemple : il devait prendre en considération toutes les obligations résultant de ce contrat de vente et des faits qui s'y rattachaient comme suite ou comme dépendance; mais si l'une des parties venait à exciper de ce qu'elle prétendait lui être dû en vertu de toute autre cause, par exemple en vertu d'un louage, d'une société, d'un délit, faits non compris dans la formule, le juge était sans pouvoir à cet égard.

2176. Une matière spéciale reçut là-dessus des règles toutes différentes. Lorsque l'*argentarius*, qui faisait commerce de l'argent et qui avait avec ses clients des comptes courants de créances et de dettes, voulut agir contre l'un d'eux pour se faire payer ce qui lui était dû, il fut obligé d'en régler lui-même le compte, d'opérer la balance, la compensation, et de n'actionner celui à qui il avait affaire que pour le reliquat dont celui-ci restait son débiteur. La formule de son *intentio* était conçue en ce sens : « SI PARET TITUM SIBI X MILLIA DARE OPORTERE AMPLIUS QUAM IPSE TITIO DEBET (2). » Mais pour qu'il fût obligé à agir ainsi il fallait de toute nécessité qu'il s'agit de dettes et de créances réciproques non-seulement échues chacune, mais encore de même genre et susceptibles de se compenser l'une avec l'autre, comme de l'argent avec de l'argent, du vin avec du vin, du froment avec du froment. Quelques jurisconsultes exigeaient même qu'il s'agit de vin, de froment de même qualité (3). L'*intentio* de l'*argentarius*, pour ces choses de consommation, était toujours formulée dans le même sens : « S'il est prouvé que Titius lui doit dix mesures de blé de plus qu'il n'en doit lui-même à Titius. » — Remarquez que par une telle formule le juge est investi expressément de la connaissance de toutes les créances ou dettes de la nature indiquée dans l'*intentio*, qui existent et qui sont échues réciproquement entre l'*argentarius* et son client. Il en est investi, non-seulement parce que le compte courant de ces créances forme par lui-même un seul tout dont il s'agit de trouver le reliquat; mais parce que la formule le lui enjoint textuellement : « X MILLIA AMPLIUS QUAM IPSE TITIO DEBET. » Nous sommes donc ici bien exactement dans les principes du sys-

(1) Dig. 3. 5. De negot. gest. 8. § 2. f. Ulp. et 27. 4. De contrar. tut. act. 1. § 5. f. Ulp., où il s'agit précisément d'actions de bonne foi. — 16. 2. De compens. 7. § 1. f. Ulp. — (2) Gal. 4. § 64. — (3) Gal. 4. § 66.

tème formulaire relatifs à l'office du juge et à la fixation de sa compétence, qui n'existe que dans les termes de la formule elle-même. Ainsi le juge, s'il s'agit d'un reliquat de tant de mesures de vin par exemple, n'aura pas à s'occuper des créances d'argent, ou de blé, ou de toute autre nature, qui peuvent exister entre les mêmes parties; il s'occupera seulement des créances de vin échues. — Remarquez encore que si l'*argentarius*, dans la somme ou dans la quantité qu'il a formulée en son *intentio* comme étant le reliquat qui lui est dû, a mis un sou (*uno nummo*), une fraction quelconque de mesure de plus, le juge doit, suivant ce qui lui est ordonné par le texte même de la formule, absoudre le demandeur : l'*argentarius* perd sa cause et se trouve déchu de son action (*causa cadit et ob id rem perdit*). Nous sommes toujours bien exactement dans les principes du système formulaire (1). — Je reconnais que tout ceci a lieu sans qu'on puisse dire que la compensation dans le cas de l'*argentarius* soit une cause d'extinction mutuelle des créances l'une par l'autre. M. Frédéric Duranton, dans son article intéressant sur la compensation (2), a eu raison de relever ce que paraissaient avoir d'inexact à ce sujet les expressions dont je me suis servi dans les éditions précédentes. Un tel mode d'extinction des obligations est étranger aux idées romaines (ci-dess., n° 1672 et suiv.). Les créances continuent bien de subsister de part et d'autre; mais le banquier, qui tient les registres, qui est obligé de faire le décompte et d'opérer lui-même la compensation, en prétendant qu'il lui est dû *tant de plus qu'il ne doit lui-même*, a, comme tout demandeur, à justifier son *intentio*; s'il y manque, fût-ce de la moindre quantité, c'en est assez pour que le juge, d'après l'alternative où le place la formule, doive absoudre le défendeur (*causa cadit, et ob id rem perdit*).

2177. Gaius nous fait connaître une autre institution spéciale qui aboutit encore, en définitive, pour nous, à une opération de compensation; mais qui cependant, dans le langage et dans la construction des formules, se séparait bien distinctement de ce qu'on appelait *compensation* dans ce même langage, et qui, par la force même des principes formulaires, n'avait ni les mêmes règles ni les mêmes conséquences. Il s'agit de la *deductio, quæ obijcitur bonorum emptori*, c'est-à-dire qui est opposée à l'acheteur du patrimoine d'un débiteur obéré, dont nous avons décrit la situation, ci-dessus, n° 1161 et suivants. — Dans ce naufrage du patrimoine, il avait paru juste aux jurisprudents romains, que ceux qui s'en trouvaient à la fois débiteurs et créanciers ne pussent être contraints au paiement de leur dette que déduction faite du montant de leur créance : en conséquence, l'acheteur du patrimoine ne fut admis à agir contre eux qu'avec déduction (*debet cum deductione agere*), c'est-à-dire avec une formule telle que la

(1) Ibid. § 68. — (2) Revue de droit français et étranger, tom. III. 1846.

mission de faire cette déduction fût conférée au juge (1). Gaius a soin de nous dire que tandis que le compte de la compensation se mettait dans l'*intentio* : « SI PARET X MILLIA AMPLIUS QUAM, etc. », la déduction, au contraire, se plaçait dans la *condemnatio* : « Præterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur... deductio vero ad condemnationem ponitur (2). » Il y avait donc, sous ce rapport, une construction de formule toute différente; la *deductio* était une restriction mise à la condamnation, de la nature de celles que nous avons déjà signalées (ci-dess., n° 1936 et 1946); le juge ne recevait pouvoir de condamner que déduction faite; cette partie de la formule devait être conçue à peu près en ce sens : « NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA QUOD SUPEREST DEDUCTO EO QUOD INVICEM SIBI DEFRAUDATORIS NOMINE DEBETUR (3). » — Nous sommes toujours ici, bien exactement, comme on le voit, dans les principes du système formulaire : les termes mêmes de la formule marquent au juge son pouvoir de déduction, et étendent en conséquence sa mission non-seulement sur l'examen de la créance réclamée par le demandeur, mais encore sur celui des créances invoquées réciproquement par le défendeur. Il y a plus, je suis persuadé que la formule y mettait plus de précision encore, et que dans la *demonstratio*, ces créances invoquées par le défendeur en réponse à l'attaque de l'acheteur du patrimoine (*deductio quæ objicitur bonorum emptori*) étaient indiquées, de manière que le *QUA DE RE AGITUR*, paroles finales de la *demonstratio*, s'appliquassent à l'ensemble de tous les faits auxquels se référerait la mission du juge. — De ce que la *deductio* est insérée dans la *condemnatio* et en rend le montant incertain, il suit qu'il ne saurait y avoir dans une pareille formule péril de plus-pétition, comme dans celle de compensation (4). — Et de ce que c'est le juge qui est chargé de faire cette déduction, il suit qu'à la différence de ce qui se passe à l'égard de la compensation, ici, de quelque objet et de quelque nature diverse que soient les créances, peu importe : comme le juge apprécie le tout, en définitive, en sommes pécuniaires, il fera la déduction voulue. Gaius dit qu'il devra même déduire les créances à terme non échu, soit que la vente du patrimoine emportât contre le débiteur obéré déchéance du bénéfice du terme, soit plutôt que le juge dût tenir compte dans son estimation de la différence de temps (5).

2178. Il résulte de cet exposé, puisé dans les *Instituts* de Gaius, qu'à prendre la législation et la jurisprudence romaines au moment où ce jurisconsulte écrivait ce livre, on y aperçoit distinctement ces trois institutions diverses : la compensation dans les actions de bonne foi, la compensation spéciale de l'*argentarius*, et la *deductio* imposée à l'acheteur du patrimoine. Cette dernière n'était

(1) Gai. 4. § 65. — (2) *Ibid.* § 68. — (3) *Ibid.* 65. — (4) *Ibid.* § 68. — Voir ci-dessus, nos 2156 et 2176. — (5) Gai. 4. § 67.

pas restreinte, sans doute, au seul cas d'application indiqué; Gaius ne paraît citer l'acheteur du patrimoine que comme un exemple (*velut bonorum emptor*); et il est permis de conjecturer, même d'après certains textes où ces expressions se retrouvent, que cette formule de *deductio* pouvait être employée utilement ou devenir nécessaire en d'autres circonstances (1).

2179. Les trois institutions mentionnées par Gaius laissent en dehors, pour la compensation, les actions de droit strict en général (à part le cas spécial de l'*argentarius*), et même toutes les actions autres que celles de bonne foi; mais nous apprenons par les *Instituts* de Justinien (§ 30, ci-dessus), que, d'après un rescrit de Marc-Aurèle, sur l'opposition qui était faite de l'exception de dol, la compensation était introduite dans les actions de droit strict : « Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. » C'est là le seul témoignage que nous ayons de l'existence de ce rescrit; il n'en est fait mention nulle autre part; et Gaius, qui vivait au temps de Marc-Aurèle, n'en dit rien dans ses *Instituts*. Il y a deux manières d'expliquer ce silence : — soit, à l'égard de Gaius, en supposant qu'au moment où il écrivait ses *Instituts*, le rescrit de Marc-Aurèle n'avait pas encore paru; ou plutôt, et c'est là ce que je serais porté à présumer pour mon compte, qu'il faut s'en prendre à la lacune existant précisément ici dans le manuscrit de Gaius, et que le § 61 de ce manuscrit, où il est traité de la compensation dans les actions de bonne foi, était précédé des règles de cette compensation dans les actions de droit strict; — soit, à l'égard de tous, en en concluant que le rescrit de Marc-Aurèle n'avait pas apporté dans la jurisprudence une innovation profonde, qui la fit sortir de ses règles habituelles. Nous croyons encore, quant à nous, que cette dernière conclusion est exacte, que le rescrit n'a fait que régulariser et fortifier des pratiques déjà existantes dans la procédure formulaire : et nous en avons la preuve dans plusieurs fragments des jurisconsultes antérieurs au règne de Marc-Aurèle, dans lesquels il est traité de la compensation d'une manière beaucoup plus générale que s'il s'agissait uniquement d'une particularité des actions de bonne foi, et où des affaires de droit strict sont même mentionnées textuellement (2).

(1) Dig. 44. 4. *De doli mali except.* 2. § 7. f. Ulp. — 16. 2. *De compensat.* 8. f. Gai.; 15. f. Javol. — PAUL. *Sentent.* 2. 5. § 3.

(2) Dig. 1. 2. *De compensat.* 2. f. Julian. : « Unusquisque creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovet, si paratus est compensare. » Ceci est bien général, et ce fragment, dont nous donnerons d'ailleurs l'explication, est bien remarquable pour notre thèse. — 5. f. Gai. où il s'agit d'action contre un fidéjusseur, et par conséquent de droit strict. — 10. f. Ulp., d'après Julien, où il s'agit de stipulation. — 13. f. Ulp., d'après Labéon. — 15. f. JAVOL., où il s'agit également de stipulation. — Labéon, Javolenus, Julien sont antérieurs à Marc-Aurèle, et quant à Gaius, on suppose, d'après son silence, qu'il écrivait avant le rescrit. Il est par trop commode, en pareille rencontre, de dire de ces

2180. Mais quel était l'effet de l'exception de dol ainsi opposée dans le but d'arriver à la compensation? C'est ici que nous soutenons, d'après la connaissance bien acquise aujourd'hui du système formulaire, d'après la nature et la rédaction des exceptions diverses et en particulier de celle de dol, d'après la constitution des pouvoirs du juge par les termes mêmes de la formule, en un mot, d'après toutes les notions que nous a fournies le manuscrit de Gaius, qu'à notre question il n'y a que cette réponse : l'exception de dol, une fois l'instance organisée et les opérations *in jure* closes par la *litis contestatio*, si elle a été insérée dans la formule et qu'elle soit vérifiée par le juge, emporte absolution du défendeur et par conséquent déchéance du demandeur, même pour l'avenir, de son droit d'action, désormais épuisé (1).

2181. Ceux qui, sous l'empire de nos idées actuelles, ou même des idées reçues dans la procédure extraordinaire des Romains, ont imaginé pour l'époque du système formulaire une exception de dol dont l'effet aurait été d'attribuer au juge dans les actions de droit strict, comme dans les actions de bonne foi, le pouvoir de faire la compensation entre les dettes et les créances des deux parties, et de ne condamner le défendeur qu'au reliquat, ont rêvé un effet impossible sous cette forme, parce qu'il est inconciliable avec le mot même d'exception de dol et avec toutes les règles du système formulaire à cet égard. Je dis rêver, non dans aucune intention blessante pour les jurisconsultes éminents qui ont longtemps suivi cette opinion, ni pour ceux qui y ajoutent encore foi; mais parce que leur idée d'une telle exception de dol est vague et confuse comme les idées d'un rêve, et que je crois pouvoir les mettre au défi de la formuler en une rédaction hypothétique quelconque d'exception produisant un tel effet, à laquelle il soit possible de maintenir encore le nom d'exception de dol. Ce qu'il était permis de s'imaginer là-dessus avant la découverte et l'étude de Gaius ne l'est plus aujourd'hui.

2182. La vertu des exceptions, qui sont des conditions sous forme négative, *SI NON*, *SI NIHIL*, mises à la condamnation, et qui ont pour effet de rendre cette condamnation doublement conditionnelle (ci-dess., n° 1945 et 1948), est bien connue; la rédaction de l'exception de dol en particulier nous est donnée catégoriquement : « *SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT...*, *CONDEMNATA*; *SI NON PARET*, *ABSOLVE* » (ci-dess., n° 1945). L'alternative y est bien uniquement de condamner ou d'absoudre.

fragments, même quand les faits et les expressions y répugnent, qu'ils se rapportaient à l'*argentarius*, mais qu'ils ont été interpolés.

(1) M. PILETTE, docteur en droit, déjà cité, dans un article justement remarqué sur la compensation (*Revue historique de droit français et étranger*, n° de mars et avril 1861), est venu à l'appui de cette thèse, et quoique en divergence d'opinion avec nous relativement à quelques détails d'interprétation de certains textes, le fond de ses conclusions, sur la question posée, est le même.

Il en est absolument de même si, au lieu de rédiger l'exception sous la qualification de dol, le prêteur, par égard pour le demandeur, l'a conçue *in factum*. L'alternative ne varie pas : condamner ou absoudre; et il en sera toujours ainsi, quelque modification de rédaction que l'on suppose, tant qu'on restera dans le même genre d'exception. Il faudrait renverser toutes nos idées sur les exceptions en droit romain au temps du système formulaire, pour aboutir là-dessus à un autre résultat, lequel est impossible. Ou bien il faut sortir de ce genre d'exceptions, et entrer dans un autre. « *Exceptio est conditio, quæ modo eximit reum damnatione* (c'est le cas de l'exception de dol), *modo minuit damnationem* » (ci-dessus, n° 1946) : mais alors c'est un genre d'exceptions tout différent par sa place, par sa rédaction et par ses résultats.

2183. En effet, nous savons qu'il peut exister dans une formule certaines *adjectiones*, ou parties accessoires, qui se nomment aussi exceptions, et qui sont ajoutées à la condamnation dans le but d'en restreindre le montant. Telles sont celles de la condamnation jusqu'à concurrence, ou du pécule, ou de ce que le défendeur pourra faire (ci-dess., n° 1946, et §§ 36, 37, 38, *hoc. tit.*); telle est encore la *deductio* (ci-dess., n° 2177). Mais celles-ci ne sont pas opposées négativement à l'*intentio*, elles sont appliquées uniquement, comme régulateur, à la *condemnatio*; le prêteur n'en fait pas une condition de la condamnation, *SI NON...* *SI NIHIL...* etc.; il en fait une limitation du montant de cette condamnation, une sorte de taxation : « *DUNTAXAT de peculio et de eo quod in rem versum est...* ou *DUNTAXAT in id quod facere potest...* ou *Quod superest deducto eo quod invicem sibi ab Aulo Agerio debetur...* *CONDEMNATA*. » Si le texte se bornait à dire que la compensation se faisait valoir par une exception, il serait naturel de supposer quelque exception semblable; mais il désigne formellement l'*exception de dol* : or celle-ci est trop connue, trop en usage dans le droit romain, son nom y est trop consacré pour qu'il soit permis de s'y méprendre; on sait qu'elle n'est ni de cette nature ni de cette rédaction. — Gaius, en traçant le parallèle entre la compensation de l'*argentarius* et la *deductio*, y signale, entre autres différences distinctives, celle-ci : que la compensation se place dans l'*intentio*, d'où il suit qu'elle entraîne déchéance pour plus-pétition, si la demande dépasse d'un seul sou le reliquat; tandis que la déduction se place dans la *condemnatio*, d'où il suit qu'elle ne fait courir aucun péril de déchéance (1). Bien que ceci ne soit dit que de la compensation de l'*argentarius*, et que la *deductio* de l'*emptor bonorum* y soit la seule donnée en

(1) *Gar. 4. § 68* : « *Propterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur : quo fit ut, si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem pertinet, quo loco plus petendi periculum non intervenit, utique bonorum emptore agente, qui, licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.* »

exemple, je suis persuadé, et je montrerai bientôt comment et pourquoi, que l'une et l'autre, tant la *compensatio* que la *deductio*, étaient des modifications de la formule susceptibles d'être employées utilement par qui que ce soit, dans le but d'arriver au balancement des dettes réciproques entre le demandeur et le défendeur; qu'il y avait toujours alors entre elles cette différence essentielle, que le compte de l'une se plaçait dans l'*intentio* (*compensationis quidem ratio in intentione ponitur*), tandis que la restriction de l'autre s'appliquait à la *condemnatio* (*deductio vero ad condemnationem ponitur*). Mais lorsque sur le refus du demandeur, en l'absence de ce procédé ou de tout autre équivalent, la formule avait été accommodée et délivrée aux parties, munie de l'exception de dol, on peut tenir pour certain, nous n'hésitons en rien à le dire, que cette exception, une fois justifiée, produisait, ici comme partout ailleurs, son effet constant, nominalement attaché à ses propres termes : l'absolution du défendeur, d'où la déchéance, pour le demandeur, de tout exercice ultérieur de son action. Ce résultat est attesté formellement par ce fragment, aujourd'hui bien connu, des Sentences de Paul, contemporain de Marc-Aurèle, appelé à écrire avec autorité sur les effets du rescrit de ce prince : « *Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur : velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cætera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo causa cadis.* » Il faut, pour repousser l'autorité de ce texte, le supposer altéré dans la plupart de ses termes, par les compilateurs du Bréviaire d'Alaric, supposition qui ne nous paraît appuyée sur aucune justification suffisante (1). Mais indépendamment même de ce fragment, qui peut être considéré comme décisif, nous prétendons faire sortir de tout l'ensemble du droit romain, en des situations analogues, la démonstration de notre proposition.

(1) PAUL. *Sent.* 2. 5. *De pignorib.* § 3. — L'objection contre l'autorité de ce fragment, c'est qu'il était relatif probablement à l'*argentarius*; on croit en voir la preuve dans ces expressions finales : « *Si totum petas, plus petendo causa cadis* », qui sont celles appliquées à l'*argentarius* (ci-dess., n° 2176); tandis qu'à l'égard de tout autre, il s'agirait d'une déchéance non pour *plus-petitio*, mais par suite de l'exception de dol. Ces termes, il est vrai, ne sont pas irréprochables; cependant il faut bien reconnaître que cette exception de dol n'est fondée, après tout, que sur une *plus-petitio*, par refus de compensation, et qu'au fond il n'en était pas autrement à l'égard de l'*argentarius*, puisque pas plus pour lui que pour d'autres la compensation n'était un mode d'extinction des dettes (ci-dess., n° 2176). Il existe, au contraire, dans ce fragment, indépendamment de sa tournure générale, dans laquelle le juriste se met lui-même en scène avec son lecteur, qui ne sont sans doute ni l'un ni l'autre des *argentarii*, il existe des expressions qui repoussent juridiquement l'idée de l'*argentarius*; ce sont celles-ci : « *Compensare vel deducere debes*; » car parfaitement exacte à l'égard de tout autre, cette alternative ne saurait l'être à l'égard de l'*argentarius*, lequel est obligé rigoureusement à la compensation, et non à la déduction.

2184. L'objection majeure qui a fait faire généralement mauvais accueil à l'idée d'un pareil résultat malgré sa complète harmonie avec le système romain, c'est l'iniquité étrange qu'on a cru y voir. Comment une institution introduite par esprit d'équité tournerait-elle ainsi en une conclusion qui y semble aussi contraire? — Je vais faire voir d'abord, par de nombreux exemples, la même exception de dol, toujours introduite sans doute par le prêteur dans un esprit de bonne foi et d'équité, fonctionnant avec cette même conséquence formellement exprimée par les textes, savoir, l'absolution du défendeur et la déchéance du demandeur, en des circonstances semblables à la nôtre et avec de non moindres apparences de rigueur extrême. — Je montrerai ensuite comment il ne faut pas s'arrêter à ces apparences; comment les choses se passaient, dans la pratique de la procédure formulaire, d'une manière moins cassante qu'on ne suppose; et comment cette conclusion de l'exception de dol, devant laquelle on recule, n'était, en définitive, qu'une sévère animadversion contre la mauvaise foi du demandeur, après que celui-ci s'était refusé devant le magistrat, pendant tout le cours de la procédure *in jure* jusqu'à la *litis contestatio*, aux nombreux expédients offerts par la rédaction des formules pour soumettre équitablement la question au juge. — De là sortira la véritable interprétation du paragraphe des Instituts de Justinien relatif au rescrit de Marc-Aurèle (ci-dess., § 30, p. 640), et celle de plusieurs textes dont il est difficile de se rendre un compte satisfaisant en dehors de notre interprétation.

2185. Les premiers exemples que je donnerai sont ceux que nous fournissent tant de textes relatifs à la *rei vindicatio*. Il s'agit de certains remboursements ou de certains paiements que celui qui vendique une chose doit équitablement faire au possesseur de bonne foi à qui il demande la restitution : par exemple, pour frais de labours ou de semences, de réparations à un édifice, d'aliments ou d'entretien; pour sommes payées noxalement à l'occasion des délits d'un esclave; ou bien pour prix de l'écriture, pour prix de la toile, ou à l'inverse pour prix de la peinture, dans les cas déjà par nous exposés (tom. II, Inst. 2. 1. §§ 30, 32 à 34, n° 396 et 399). L'exception de dol est le moyen offert au possesseur pour faire valoir ses droits à ce sujet. Mais quel sera l'effet de cette exception? — Voici là-dessus quelque chose de bien remarquable, dont l'observation n'a pas été faite, que je sache : c'est qu'un certain nombre de textes présentent ici absolument les mêmes locutions que celles du § 30 des Instituts de Justinien, relatives à la compensation dans les actions de droit strict en vertu du rescrit de Marc-Aurèle, et dont nous cherchons l'interprétation : « *Per exceptionem doli mali cogar pretium ejus quod accesserit dare*; » — « *Per doli mali exceptionem ratio eorum (sumptuum) haberi debet*; » — « *Exceptione doli opposita, per officium judicis, æquitatis ratione, servantur*; » —

« *Doli mali exceptione posita, rem servari posse;* » — « *Per doli mali exceptionem contra vindicantem dominium servare sumptus, juris auctoritate significatum est* (1). » Certes, il semble bien que ces expressions donnent gain de cause à l'opinion que nous combattons : et cependant, quoi de plus connu, quoi de plus fréquemment exprimé par les textes, que ceci : Dans tous les mêmes cas que nous venons d'énumérer, le résultat final de cette exception de dol une fois vérifiée est de faire repousser et déchoir pour toujours de son action le demandeur qui se refuserait au remboursement ou au paiement préalable qu'il est tenu de faire? « *Poterit nos per exceptionem doli mali repellere;* » — « *Per exceptionem doli mali submoveri potero.* » — « *Poteris per exceptionem doli mali submoveri;* » — « *Poteris me per exceptionem doli mali repellere;* » — « *Poterit per exceptionem doli mali repelli;* » — « *Exceptione doli mali repellendus est;* » — « *Posse eum per exceptionem doli mali repelli;* » — « *Poterit per exceptionem doli mali submoveri, ou repelli;* » — « *Exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam recuperaverit* (2). » Ceci est dit sur tous les tons, par des jurisconsultes divers, avant le rescrit de Marc-Aurèle, depuis le rescrit, jusque dans le Digeste et dans les Instituts de Justinien, souvent par celui-là même qui s'est servi des expressions précédentes, et dans une même hypothèse (3).

Autre exemple, à propos de quelqu'un à qui une chose indivisible a été léguée, par exemple une servitude de voie, et qui la réclame de l'héritier sans offrir l'estimation de la quarte Falcidie : Gaius nous dit que l'héritier usera contre lui de l'exception de dol, *utatur adversus eum exceptione doli mali*, et voici Paul, d'après Marcellus, qui nous en montre les conséquences : « *Summoveri eum doli exceptione* (4). »

Enfin les deux locutions se présentent ensemble, dans une

(1) DIG. 6. 1. *De rei vindic.* 23. § 4. et 27. § 5. f. Paul.; 48. f. Papin. — 44. 4. *De doli mali except.* 10. f. Marcian. — COD. 3. 32. *De rei vindicat.* 11. const. Dioclet. — (2) GAI. 2. §§ 76. 77 et 78. — DIG. 41. 1. *De adquir. rer. domin.* 7. § 12. f. Gai. — 44. 4. *De doli mali except.* 4. § 9. f. Ulp. — INSTIT. DE JUSTIN. 2. 1. §§ 30 et 34 (tom. II, nos 396 et 399). — DIG. 6. 1. *De rei vindic.* 58. f. Paul.; 65. f. Papin. — Je ne parle pas de ces autres expressions moins précises : « *Defendi potest per exceptionem doli mali;* » — « *Potero me defendere per exceptionem doli mali;* » — « *Alioquin nocebit ei doli mali exceptio;* » — « *Exceptionis auxilio tutus esse potest;* » — « *An nihil mihi exceptio prosit;* » — « *Exceptio prodest;* » — « *An proficiat nobis doli exceptio;* » dont le sens est d'ailleurs parfaitement expliqué, parce qu'elles se réfèrent aux précédentes expressions, et qu'elles sont employées dans les mêmes cas, souvent aux mêmes paragraphes et par les mêmes auteurs. — (3) Par exemple, Papin. DIG. 6. 1. *De rei vindic.* fragments 48 et 65, qui s'expliquent ainsi l'un par l'autre. — (4) DIG. 35. 2. *Ad leg. Falcid.* 80. § 1. *in fine*, f. Gai. — 44. 4. *De doli mali except.* 5. § 1. f. Paul. : « *Si cui legata sit via, et is, lege Falcidia locum habente, totam eam vindicet, non oblata estimatione quartæ partis : summoveri eum doli exceptione, Marcellus ait.* »

même affaire, comme alternative, en ce fragment d'Ulpien, où il s'agit de sommes payées par le possesseur de bonne foi pour éviter l'abandon noxal d'un esclave, sommes dont le maître qui vendique l'esclave doit le remboursement : « *Doli exceptione summovebitur; vel officio judicis consequetur ut indemnis maneat* (1). »

2186. Ce qui se passe dans la pétition d'hérédité nous donne encore le même enseignement. Il paraît y avoir eu dans la jurisprudence romaine une certaine hésitation sur la question de savoir si l'exception de dol était ici nécessaire pour faire tenir compte au possesseur de bonne foi, obligé de restituer l'hérédité, des dépenses qu'il y avait faites; ou bien si ce compte à faire tenir était compris dans l'office même du juge? Cette dernière opinion avait prévalu : « *Id ipsum officio judicis continebitur, nec exceptio doli mali desideratur.* » Or, en quels termes Scævola pose-t-il la question? « *An doli mali exceptione summoveri possit* (2)? »

2187. Ainsi le résultat final de l'exception de dol, quelque minime que soit le remboursement que le demandeur se refuse à faire, s'il y a dans ses refus une persistance que le juge soit autorisé à qualifier de dol, est constant : *exceptione summovebitur*. — Toutefois nous ferons, au sujet de toute cette série de si nombreux exemples, plusieurs observations : 1° C'est que dans tous il s'agit non pas d'une action de droit strict, mais de *rei vindicatio*, c'est-à-dire d'actions arbitraires; — 2° Non pas d'une compensation proprement dite, mais de ce qui se nomme droit de rétention (*per retentionem servari*) (3); — 3° Que dans les actions arbitraires le juge est investi d'un pouvoir très-étendu, marqué par les termes les plus larges des formules, *ex æquo et bono*, pour apprécier la restitution ou la satisfaction à faire au demandeur (ci-dess., § 31, *in fine*, nos 1993 et 2143) : pourquoi donc le besoin de l'exception? C'est qu'à l'égard des remboursements ou paiements dont nous venons de parler, ce n'est pas le défendeur, c'est le demandeur qu'il s'agit d'atteindre : or le juge l'atteindra au moyen de l'exception de dol qui sert de défense au défendeur; — 4° Enfin, que l'appréciation des remboursements ou paiements dont il s'agit se rattache comme dépendance à toute cette affaire de *rei vindicatio*; qu'en conséquence, les expressions de l'exception de dol « *SI NIHIL IN EA RE* » s'y réfèrent par elles-mêmes, de telle sorte qu'on peut dire, sinon rigoureusement, du moins

(1) DIG. 9. 4. *De noxal. act.* 11. f. Ulp. : « *Cum autem cæperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur; vel officio judicis consequetur (possessor) ut indemnis maneat.* » — Conférez avec DIG. 6. 1. *De rei vindic.* 58. f. Paul. — (2) DIG. 5. 3. *De heredit. petitione.* 38. f. Paul.; 39. § 1. f. Gai.; 44. f. Javolen.; 58. f. Scævola. — On voit, par ces divers textes, qu'à tout événement, par surcroît de précaution, l'exception pouvait être employée (*etsi non exciperetur*). — (3) COD. GRÉGOR. 3. 2. *De rei vindic.* 1. const. Gordian. et 2. const. Philip.

jusqu'à un certain point, que tous les faits à apprécier ainsi par le juge proviennent *ex eadem causa*. C'est cette idée qui avait prévalu surtout dans l'*hereditatis petitio*, où il s'agit de la vindication de tout un patrimoine, et c'est pour cela que la jurisprudence avait admis que l'exception de dol n'y était pas nécessaire : ce qui commençait pour l'*hereditatis petitio* une assimilation aux actions de bonne foi (1), que Justinien a complétée par la suite.

2188. Passons à d'autres exemples tirés d'actions *in personam* de droit strict, qui se rapprochent par conséquent beaucoup plus de la véritable compensation.

Le premier que nous citerons sera celui du pupille, du fou, et en général de toute personne incapable de recevoir, qui, ayant reçu un paiement sans l'observation des formalités propres à en assurer la validité, redemande de nouveau sa créance sans vouloir en déduire ce dont il a profité du premier paiement : l'exception de dol peut lui être opposée. Nous trouvons bien ici ces locutions générales : « *Exceptione petentibus nocere; Exceptio locum habebit; Exceptione doli defenditur;* » mais Gaius, Paul, jusqu'aux Instituts de Justinien (ci-dess., tom. II, p. 403 : liv. 2, tit. 8, § 2) nous en donnent expressément le sens : « *Per exceptionem doli mali submoveri potest;* » — « *Per exceptionem doli mali poterit summoveri;* » — « *Doli exceptione summoveri debeat.* » Ce dont a profité le pupille ou le fou peut être minime, incertain, contestable, chiffre à vérifier; les textes prévoient ce profit partiel (*in id quod in rem furiosi processit; an pecuniam vel ex ea aliquid habeat*) : peu importe; si la persistance du demandeur à refuser d'en tenir compte prend le caractère du dol, *exceptione summovebitur*; le défendeur est absous, et le demandeur perd son action pour le tout (2).

Le second exemple est bien plus frappant encore, et par les termes dont s'est servi le jurisconsulte, et parce que nous touchons ici de plus près encore à la compensation. Il s'agit de quelqu'un qui, ayant acheté pour esclave, avec garantie de l'éviction par *stipulatio duplæ*, un homme qu'il ignorait être *statu liber*, a reçu depuis de cet homme dix sous d'or, condition de sa liberté, et s'en est ainsi trouvé évincé. S'il agit en garantie de l'éviction contre son vendeur, en vertu de la *stipulatio duplæ*, action de droit strict, il faut qu'il déduise les dix sous d'or qu'il a reçus, sinon il sera repoussé par l'exception de dol : « *Sed nisi decem, quæ implendæ conditionis acceperit, deduxerit: exceptione summovendus erit, et hæc ita Julianus quoque scripsit* (3). » Telle est

(1) L'action était de droit strict en ce sens qu'elle admettait la plus pétition et l'obligation pour le défendeur de fournir la caution *judicatum solvi*. —

(2) Gai. 2. § 84. — INSTIT. DE JUSTIN. 2. 8. § 2. — DIG. 44. 1. De except. 4. f. Paul. — 44. 4. De doli mali except. 4. § 4. f. Ulp.; et 16. f. Hermog. —

(3) DIG. 44. 4. De doli mali except. 2. § 7. f. Ulp.

la décision donnée et par Julien, antérieur au rescrit de Marc-Aurèle, et par Ulpien, qui y est postérieur.

Dans ces deux exemples on pourra remarquer encore que, bien qu'il s'agisse d'actions de droit strict, les déductions à opérer se rattachent toujours comme dépendance à l'affaire même; les termes de l'exception de dol « *SI NIHIL IN EA RE* » les embrassent directement; et l'on peut dire ici, comme précédemment, jusqu'à un certain point, que les faits à apprécier par le juge proviennent *ex eadem causa*.

2189. Le résultat de l'exception de dol, qu'on pouvait affirmer *a priori*, d'après les seules conséquences irrésistibles des termes de la formule, est donc attesté expressément par une infinité de textes : quelque dur que puisse nous sembler ce résultat, on ne saurait le nier; mais il est temps de montrer comment les choses se passaient. — Les débats qui avaient lieu *in jure*, pour arriver à la construction de la formule, jusqu'à la *litis contestatio* qui en était la clôture, et même quelquefois le parti que l'un ou l'autre des plaideurs était encore admis à prendre ultérieurement devant le juge (*in judicio*), suffisaient amplement, comme on va le voir, pour conduire à des résultats équitables les plaideurs qui y mettaient de la bonne foi.

A la demande de l'action sollicitée par son adversaire, le défendeur oppose la créance qu'il prétend avoir de son côté, et sollicite pour le cas où son adversaire se refuserait à ce que compensation en fût faite, l'exception de dol. Ces expressions *vult compensare, si velit compensare, si paratus est compensare, implorare compensationem*, qui se rencontrent maintes fois dans les textes, montrent qu'il n'y avait rien en cela d'obligatoire pour le défendeur. Mais il faut bien se fixer sur ce qu'il demande : *implorare compensationem*, c'est demander, soit que l'adversaire reconnaisse *in jure* le bien fondé de la compensation et réduise en conséquence sa demande; soit que du moins la compensation soit introduite dans la formule (*compensatio inducebatur*), c'est-à-dire qu'il soit fait à la formule une modification ou adjonction qui donne au juge le pouvoir d'en connaître et de l'opérer s'il y a lieu. C'est à défaut de l'un ou de l'autre de ces deux partis que l'exception de dol est sollicitée contre le demandeur qui s'y serait refusé. Il est probable qu'avant le rescrit de Marc-Aurèle on s'en tenait là-dessus, quand il s'agissait d'actions de droit strict, à un arrangement volontaire de la formule entre les deux parties, sans moyen de coercition contre le demandeur : tandis que dans les actions arbitraires et dans quelques cas d'actions de droit strict, semblables à ceux dont nous avons parlé au n° précédent, l'exception de dol était, à coup sûr, déjà employée. Le motif majeur de différence entre les deux cas, c'est que dans ces dernières actions il n'était question que des dépendances de l'affaire même objet de la demande : tandis que dans les actions de