

TERE », il n'existe aucun danger de *plus-petitia* (ci-après, n° 2155), le juge étant autorisé par de telles formules à prendre en considération la différence de lieu. Mais si l'action est une action de droit strict ayant pour objet une chose certaine (*res certa*), c'est-à-dire s'il s'agit de la dation soit d'une somme d'argent déterminée, ce qui est, dans le sens le plus étroit, le véritable *certum petere*; soit d'une quantité déterminée de choses de consommation, par exemple tant de mesures de vin, de blé ou d'huile (1); soit même un corps certain, tel cheval, tel meuble, tel esclave : les dangers de la *plus-petitia* à raison du lieu existent; le juge, en effet, ne pourra pas condamner le défendeur à payer la somme fixe ou le prix de l'objet certain qui lui est demandé, puisqu'il ne les doit pas en ce lieu, ni tenir compte de la différence de lieu, puisque l'action est de droit strict avec *intentio certa*. D'où il suit que le défendeur sera absous, et que le créancier aura épuisé inutilement son action. C'est à cause de ce danger que Gaius dit que le stipulant ne pouvait agir qu'au lieu stipulé pour le paiement (*alio loco, quam in quem sibi dari quis que stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere*); qu'il déclare inique l'impossibilité pour ce stipulant d'obtenir ce qui lui est dû si le promettant ne se trouvait jamais au lieu du paiement (*iniquum erat... non posse stipulatorem ad suum pervenire*); et c'est pour y remédier que le prêteur a créé une action utile arbitraire, l'action *de eo quod certo loco* (2).

2151. On peut conjecturer, avec M. Zimmern, que la formule en était ainsi construite, pour le cas de somme d'argent : « *Judex esto : si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum Ephesi dare oportere, neque eo nomine Aulo Agerio a Numerio Negidio satisfactum erit, quanti ea res erit condemna.* » On voit qu'elle offre ces particularités : 1° que l'*intentio* y est de droit civil et de chose certaine, comme dans la *condictio certi* elle-même; 2° qu'elle porte l'énonciation de l'obligation avec indication du lieu du paiement; 3° que la clause *neque satisfactum erit* la rend arbitraire, puisque la satisfaction préalable empêchera la condamnation; 4° que cette condamnation y est indéterminée et laissée à l'appréciation équitable du juge, le *quanti ea res erit* se rapportant cette fois à l'objet demandé avec indication du lieu où il devait être payé et à l'absence de satisfaction à cet égard.

Nous ne faisons aucun doute que la satisfaction comprise dans l'*arbitrium* du juge, à apprécier par lui *ex æquo et bono*, et faisant l'objet de son *jussus* préalable, pouvait être, suivant les cas, soit le paiement de la chose due en tenant compte de la différence de lieu, soit même seulement une valable caution de payer au lieu indiqué (3).

(1) D. 13. 4. *De eo quod certo loco*. 3. f. Gai. — (2) *Ibid.* 1 f. Gai. — (3) *Ibid.* 3 f. Gai et 4. § 1. f. Ulp., en remarquant le mot *interdum*.

De la condamnation. — Plus-pétition et autres erreurs dans la demande. — Causes qui peuvent diminuer le montant de la condamnation : bénéfice de compétence, compensation, cession des biens.

XXXII. Curare autem debet judex ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certa pecunia vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.

32. La sentence du juge doit toujours porter, autant que possible, sur une somme d'argent déterminée, ou sur une chose déterminée, quand même l'action aurait eu pour objet une chose indéterminée.

2152. Le principe déjà énoncé par nous (ci-dessus, n° 2066), que la condamnation, sous le système de la procédure extraordinaire, peut être non-seulement d'une somme pécuniaire certaine (*certa pecuniæ*), mais aussi de toute autre chose déterminée (*vel rei*), qu'ainsi elle peut atteindre directement l'objet même de la demande, se trouve formellement énoncé dans ces expressions de notre paragraphe : « *Certa pecuniæ vel rei sententiam ferat.* »

XXXIII. Si quis agens, in intentione sua plus complexus fuerit quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est, rem amittebat; nec facile integrum a prætore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis. Huic enim, sicut in aliis causis cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat, ita et in hac causa succurri solitum erat. Sane, si tam magna causa justis erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori viginti quinque annis succurrebatur : veluti, si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quæ efficiebant ut plus petiisse videretur petitor quam dodrantem, atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, causa. Re, veluti si quis, pro decem aureis qui ei debebantur, viginti petierit; aut si is cujus ex parte res est, totam eam, vel majore ex parte, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit; qua ratione enim qui tardius solvit quam solvere deberet, minus solvere intelligitur; eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci in quo sibi dari stipulatus fuerit; verbi gratia,

33. Si un demandeur, dans l'*intentio*, comprenait plus qu'il ne lui était dû, il était déchu, c'est-à-dire il perdait son droit, et difficilement était-il restitué par le prêteur, à moins qu'il ne fût mineur de vingt-cinq ans. A un tel mineur, en effet, le secours prétoire était accordé, en connaissance de cause, dans ce cas, comme dans tous ceux où il aurait tailli par jeunesse. Toutefois, même le majeur de vingt-cinq ans obtenait ce secours, lorsqu'il était intervenu une cause tellement grande de légitime erreur, que l'homme le plus infallible y serait tombé. Par exemple si un légataire a demandé la totalité de son legs, et qu'ensuite on produise des codicilles révoquant ce legs en partie, ou faisant à d'autres des libéralités telles que la réduction de la loi Falcidie ayant lieu, il se trouve que ce légataire a demandé plus des trois quarts. Du reste la plus-pétition peut avoir lieu de quatre manières : par rapport à la chose, au temps, au lieu, à la cause. Par rapport à la chose, si par exemple quelqu'un, au lieu de dix sous d'or qui lui sont dus, en demande vingt; ou si, propriétaire d'une partie, il réclame la propriété du tout, ou d'une part plus grande. Par rapport au temps, par exemple, si quelqu'un demande avant le terme ou la condition; en effet, de même que payer trop tard c'est payer moins qu'on ne doit, de même demander trop tôt, c'est deman-

si is qui ita stipulatus fuerit : EPHESI DARE SPONDES? Romæ pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem quam habuit promissori si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret : quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed et pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit; idque etiam prætor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem qui loco plus petere intelligitur, proximus est is qui causa plus petit : ut ecce, si quis ita a te stipuletur : HOMINEM STICHUM AUT DECEM AUREOS DARE SPONDES? deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, et eo modo suam quidem conditionem meliorem facit; adversarii vero sui deteriore. Qua de causa, talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret quo stipulatus est. Præterea, si quis generaliter hominem stipulatus sit; et specialiter Stichum petat, aut generaliter vinum stipulatus, specialiter campanum petat, aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter tyriam petat, plus petere intelligitur; quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit aliud solvere quam quod peteretur. Quin etiam, licet vilissimum sit quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur; quia sæpe accidit ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est. — Sed hæc quidem antea in usu fuerant : postea autem lex Zenoniana et nostra rem coercuit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, statui oportet quod Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate vel alio modo plus

der plus qu'il n'est dû. Par rapport au lieu, si, par exemple, quelqu'un, ayant stipulé un paiement dans un lieu déterminé, le demande ailleurs, sans mentionner le lieu fixé; comme si ayant fait cette stipulation : PROMETS-TU DE ME DONNER A EPHÈSE? il formule à Rome, purement et simplement, la prétention qu'on doit lui donner. En effet cette prétention pure et simple tend à priver le promettant de l'avantage qu'il avait à payer à Ephèse. C'est pour cela qu'à celui qui demande en un autre lieu, l'édit offre une action arbitraire, dans laquelle il est tenu compte de l'avantage qu'il avait le promettant à payer au lieu convenu; avantage souvent considérable, surtout à l'égard des denrées, telles que le vin, l'huile, le froment, dont le prix varie suivant les diverses localités. L'argent lui-même ne rapporte pas en tout lieu le même intérêt. Mais si le créancier demande à Ephèse, c'est-à-dire dans le lieu où le débiteur a promis de payer, son action formulée purement et simplement est régulière, ainsi que l'indique le prêteur lui-même, parce que, dans ce cas, le débiteur conserve tous ses avantages. De cette plus-pétition par rapport au lieu, se rapproche beaucoup la plus-pétition par rapport à la cause : par exemple, si quelqu'un, ayant ainsi stipulé de toi : PROMETS-TU DE ME DONNER L'ESCLAVE STICHUS OU DIX SOUS D'OR? demande seulement l'un des deux, l'esclave seulement, ou seulement les dix sous d'or. Il y a ici plus-pétition, parce que dans ce genre de stipulation le promettant a le choix de ce qu'il aimera mieux payer, soit la somme, soit l'esclave. Or, en prétendant qu'on doit lui donner la somme seulement, ou seulement l'esclave, le demandeur enlève le choix au défendeur, il rend meilleure sa condition, et plus mauvaise celle de son adversaire. Aussi existe-t-il, pour ce cas, une action dans laquelle le demandeur prétend qu'on doit lui donner l'esclave Stichus ou dix sous d'or, c'est-à-dire forme sa demande dans les termes mêmes de sa stipulation. Il y a encore plus-pétition de la part de celui qui, ayant stipulé un esclave, du vin, de la pourpre en général, demande spécialement l'esclave Stichus, du vin de Campanie, de la pourpre de Tyr, parce qu'il enlève le choix à son adversaire, libre, d'après la stipulation, de payer autre chose que ce qui est de-

fnerit petitum, omne si quod forte damnum, ut in sportulis, ex hac causa acciderit ei contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.

mandé. Et quand même l'objet demandé serait le plus bas en valeur, il n'y aurait pas moins plus-pétition, parce qu'il est souvent plus facile au promettant de donner en paiement une chose d'un prix plus élevé. — Tout ce que nous venons de dire avait lieu jadis; mais cette rigueur a été ensuite adoucie par la loi de Zénon et par la nôtre. Quand il y aura plus-pétition par rapport au temps, on devra décider comme l'ordonne la constitution de Zénon de glorieuse mémoire. Quant à la plus-pétition sous le rapport de la quantité ou de toute autre manière, s'il en est résulté pour celui contre qui elle a eu lieu un dommage quelconque, tel que l'augmentation du salaire des buissiers, que celui qui l'a commise soit, ainsi que nous l'avons dit plus haut, puni par une condamnation au triple de ce dommage.

2153. Ce paragraphe et les deux qui suivent traitent des conséquences que peuvent avoir les erreurs commises par le demandeur dans sa demande, et notamment de la plus-pétition (*plus-petitio*, ou *pluris-petitio*) (1).

2154. Sous le système formulaire, le juge étant renfermé, quant à sa mission et à son pouvoir, dans les termes mêmes de la formule, devait, si l'*intentio* du demandeur n'était pas justifiée, absoudre le défendeur, car tel était l'ordre que lui donnait la formule : « SI PARET... CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE. » Si donc le demandeur avait demandé dans son *intentio*, sous un rapport quelconque, plus qu'il ne lui était dû, cette *intentio* se trouvait non justifiée, le juge n'avait pas le droit de distinguer s'il y avait une partie de vrai à côté de la prétention fautive; car la condition qui lui était posée par la formule pour la sentence à rendre était indivisible : « SI PARET..., SI NON PARET..., etc. » Dans ce cas, il devait donc absoudre le défendeur. Et dès lors, le droit déduit *in judicium* se trouvant éteint, soit *ipso jure*, par la novation judiciaire, soit *exceptionis ope*, selon la diversité des cas (ci-dess., n° 2046), le demandeur se trouvait déchu de toute action (*causa cadebat*). Tel était l'effet de la plus-pétition d'après les conséquences forcées des principes de la procédure formulaire.

2155. Mais il faut remarquer que si la formule par laquelle on agit est une formule *incerta*, dans laquelle l'*intentio* n'est pas d'un objet certain, mais où l'on demande seulement QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE, etc., il est impossible qu'il y ait plus-pétition, puisque le demandeur ne demande que ce qui sera jugé convenable (2). Ceci se rencontre soit dans les actions de bonne foi, soit même dans les actions de droit strict ayant pour objet

(1) Cod. 3. 10. De plus-petitionibus. — (2) Gai. Comm. 4. § 54.

une *res incerta* (ci-dessus, n° 1258 à 1262, 1967). — Mais si l'action de droit strict est d'un objet certain, ayant par conséquent une *intentio certa*, soit une somme d'argent, CENTUM DARE OPORTERE, soit toute autre chose certaine, il importe de remarquer que le juge, même lorsqu'il s'y agit, par exemple, de tant de mesures de vin, de ble ou autre chose de consommation de telle qualité, ou bien de tel cheval, de tel esclave, de tel fonds de terre, y est renfermé dans la rigueur certaine de l'*intentio*; car bien que dans ces derniers cas l'expression de la *condemnatio* soit QUANTI EA RES ERIT, il n'est chargé d'estimer ainsi que la valeur de l'objet certain qui est demandé dans l'*intentio* (ci-dessus, n° 2150). En conséquence la *plus-petitio* peut avoir lieu ici, et y doit produire ses effets.

2156. Il pourrait arriver que l'erreur en plus, au lieu d'exister dans l'*intentio*, se trouvât dans quelque autre partie de la formule, savoir, dans la *demonstratio*, ou dans la *condemnatio*. Elle n'y aurait pas les effets de l'erreur dans l'*intentio*, parce que l'*intentio* seule forme la condition de la sentence à prononcer. L'excès dans la *demonstratio* ne nuirait pas au demandeur et resterait sans conséquence, à moins qu'il ne s'agit d'une de ces actions dans lesquelles l'*intentio* et la *demonstratio* sont fondues ensemble et ne font qu'un (ci-dessus, n° 1912, 1932 et 1973). Quant à l'excès dans la *condemnatio*, sans conséquence contre le demandeur, ce serait au défendeur qu'il pourrait nuire; mais celui-ci aurait le droit d'obtenir, par une *restitutio in integrum*, la rectification de cette partie de la formule (ci-dessus, n° 1950, *in fine*, avec la note 6, et 2018).

2157. Tels sont, en somme, dans la procédure formulaire, les principes sur la plus-pétition, que nous trouvons développés avec soin dans les Instituts de Gaius (1).

Mais dans la procédure extraordinaire, où l'office du magistrat et du juge sont confondus, où le juge n'est plus renfermé dans les termes d'une formule, et où plus de latitude lui est accordée, ces conséquences de la plus-pétition cessaient d'être logiques; et comme elles étaient d'une rigueur inique, elles furent modifiées: on peut même s'étonner qu'elles l'aient été si tard.

2158. D'après une constitution de l'empereur Zénon, que nous cite notre texte, le demandeur qui actionne avant le temps subira un délai double du délai primitif, sans pouvoir réclamer les intérêts courus dans l'intervalle, et avec obligation, s'il veut renouveler son action, de rembourser au défendeur tous les frais occasionnés par la première instance (2).

D'après Justinien, toute autre plus-pétition est réprimée par

(1) Gai. Comm. 4. §§ 53 à 60; et notamment § 57, pour l'erreur dans la *condemnatio*; §§ 58 et suiv. pour l'erreur dans la *demonstratio*. — (2) Cod. 3. 10. De *plus-petitionibus*. 1. const. Zenon., et 2. pr. const. Justinian.

l'obligation imposée au demandeur de payer au défendeur le triple des dommages que l'exagération de la demande a fait éprouver à celui-ci, notamment le triple de l'excédant de salaire qu'il aura été obligé de donner aux *executores* ou huissiers (1).

A cette époque, du reste, où il n'est plus question d'*intentio*, ni des autres parties de la formule, on entend par plus-pétition toute exagération dans la demande qu'a formulée le *libellus conventionis* (2).

2159. Notre paragraphe explique suffisamment comment la plus-pétition peut avoir lieu sous quatre rapports: *re, tempore, loco, causa*. Nous n'ajouterons aucun développement à ceux que donne le texte.

Rappelons-nous que c'était précisément pour éviter la déchéance de la plus-pétition à raison du lieu qu'avait été introduite l'action arbitraire *de eo quod certo loco* (ci-dessus, n° 2151).

2160. Quant à la plus-pétition à raison de l'existence d'une condition, il paraît qu'elle avait été l'objet d'une controverse entre les jurisconsultes, et les traces de cette controverse sont encore restées dans le Digeste de Justinien. Ainsi, on trouve des textes qui portent que ceux qui agissent avant l'événement de la condition, pour ce qui ne leur est dû que sous condition, agissent irrégulièrement, et cependant peuvent recommencer les actions après la condition accomplie (3). Cette décision est incontestable pour le cas de demande d'un legs avant la *diei cessio*. Pour les autres demandes, on peut, dans le droit de Justinien, concilier les textes en admettant que ceux qui, ayant voulu agir avant l'accomplissement de la condition, ont ensuite devant le magistrat renoncé à leur projet parce que celui-ci leur a fait apercevoir l'irrégularité de leur prétention, peuvent venir plus tard demander action lorsque l'événement de la condition a eu lieu (4).

XXXIV. Si minus in intentione complexus fuerit actor quam ad eum pertineat; veluti si, cum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si, cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit. In reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio condemnat, ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.

34. Si le demandeur dans l'*intentio* a compris moins qu'il ne lui était dû, par exemple, si quand dix sous d'or lui étaient dus, il a fait mettre dans l'*intentio* qu'on devait lui en donner cinq; ou si, propriétaire d'un fonds entier, il en a réclamé comme sienne la moitié, il ne court aucun danger. Pour le surplus même, le juge n'en doit pas moins, dans la même instance, condamner l'adversaire, aux termes d'une constitution de Zénon, de glorieuse mémoire.

2161. Autrefois, lorsque le demandeur demandait moins qu'il ne lui était dû, il n'avait éteint son droit que jusqu'à concurrence

(1) *Ibid.* 2. § 2. const. Justinian. — (2) *Ibid.* 2. § 2 — (3) Dig. 20. 1. De *pignor.* 13. § 5. f. Marcian. — 21. 1. De *œdilit. edict.* 43. § 9. Paul. — *Ibid.* 46. 3. De *solut.* 36. Jul. — (4) Inst. 4. 13. § 10.

de ce qu'il avait demandé; il pouvait donc obtenir une nouvelle action pour le surplus, pourvu qu'il ne la demandât pas pendant la même prêtreure (1); *periculum* indiquait alors le danger de perdre son action. Mais, sous Justinien, *sine periculo agit* signifie que le demandeur n'aura pas besoin d'intenter une nouvelle action pour obtenir le surplus.

XXXV. Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet; sed in eodem iudicio, cognita veritate, errorem suum corrigeri ei permittimus: veluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento sibi dari oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

2162. Autrefois, lorsqu'on avait demandé une chose pour une autre, on perdait son procès; mais on pouvait, par une nouvelle action, demander la chose due, sans craindre l'exception de la chose jugée, et ce, pendant la même prêtreure. Après avoir agi pour une partie seulement de ce qui était dû, on pouvait bien encore agir pour l'autre partie, mais pourvu que ce fût sous une autre prêtreure, sans quoi on aurait été repoussé par l'exception *litis dividuæ* (2).

XXXVI. Sunt præterea quædam actiones quibus non solidum quod nobis debetur persequimur; sed modo solidum consequimur, modo minus: ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur; si vero minus inveniat, eatenus condemnat iudex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

XXXVII. Item, si de dote iudicio mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque, si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum quantum facere potest. *Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur*; nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

(1) GAL. COMM. 4. § 56. — (2) *Ibid.*

35. Si quelqu'un demande une chose pour une autre, il ne court aucun danger; son erreur, étant reconnue, pourra être réparée dans la même instance: comme si celui qui avait le droit de demander Stichus a demandé Erotès, ou ayant le droit d'agir en vertu d'une stipulation, a agi en vertu d'un testament.

36. Il y a en outre des actions dans lesquelles nous obtenons tantôt tout ce qui nous est dû, et tantôt moins; par exemple quand nous agissons pour être payés sur le pécule d'un fils de famille ou d'un esclave. Car si dans ce pécule se trouve une valeur non inférieure à ce que nous demandons, le maître ou le père est condamné pour le tout; sinon il n'est condamné que jusqu'à concurrence de ce que vaut le pécule. Quant à la manière d'évaluer le pécule, nous l'exposerons en son lieu.

37. Quand la femme agit par action de dot, le mari ne doit être aussi condamné que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut, c'est-à-dire autant que sa fortune le permet: si donc ses biens sont suffisants pour la valeur de la dot, il est condamné à la totalité, sinon à ce qu'il peut faire seulement. *Certaines retenues, en outre, diminuent la répétition dotale*; ainsi les dépenses faites pour les choses dotales peuvent être retenues par le mari, parce que la dot est diminuée de plein droit par les dépenses nécessaires, ainsi que les livres plus étendus du Digeste peuvent l'apprendre.

2163. Il est certains cas dans lesquels le défendeur ne doit être condamné que jusqu'à concurrence de ce que ses facultés lui permettent: *in id quod facere potest*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur de son patrimoine (1). A quoi la jurisprudence avait fini par ajouter qu'on laisserait au débiteur de quoi l'empêcher d'être réduit à un entier dénûment: « *ne egeant* » (2). Nous savons que le débiteur faisait valoir cet avantage sous forme d'une exception toute particulière au moyen de laquelle la *condemnatio* était restreinte *duntaxat in id quod facere potest*, et qu'en conséquence les textes donnent fréquemment à cet avantage le titre d'exception *quod facere potest* (ci-dess., n° 1946). Les commentateurs le désignent sous le nom assez barbare de bénéfice de compétence (*beneficium competentie*).

2164. Ce bénéfice appartient: aux ascendants poursuivis par leur descendant; aux frères entre eux; au patron, à la patronne, à leurs enfants et ascendants actionnés par un affranchi; aux conjoints entre eux; aux associés agissant l'un contre l'autre par l'action *pro socio*; au donateur attaqué par le donataire en exécution de sa donation; à celui qui a fait cession des biens, et à quelques autres encore. Il est personnel, et ne se transmet pas aux héritiers de celui qui en jouit. Les Instituts, dans notre paragraphe et dans le suivant, énumèrent les principaux de ces cas.

Notre paragraphe, à l'égard de l'action entre conjoints, ne parle que de l'action en reprise de la dot; mais ce bénéfice a été généralisé sous Antonin le Pieux, et étendu à toute créance entre mari et femme, sauf celles résultant de délits (3).

2165. *Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur*. Le mari, quand la dot est en argent, n'est obligé à la rendre que déduction faite des impenses nécessaires; car la dot pécuniaire est diminuée de plein droit par ces impenses. Si la restitution de la dot ne doit pas être en argent, il ne peut pas faire la déduction, mais seulement retenir la dot jusqu'à ce qu'il soit remboursé. Justinien, en bornant la réduction ou la rétention au cas des impenses nécessaires, a supprimé d'autres retenues qui existaient auparavant (4). — Quant aux dépenses utiles, le mari jadis avait aussi un droit de retenue, pourvu qu'elles n'eussent pas été faites malgré la femme (5). Justinien supprime ce droit de retenue, et n'accorde au mari, pour en être indemnisé, que l'action de mandat ou de gestion d'affaires (6). A l'égard des impenses voluptuaires, le mari n'a que le *jus tollendi*, c'est-à-dire le droit de reprendre tout ce qui peut être utilement enlevé.

(1) DIG. 42. 1. *De re judicata*, lois 16 à 21. — (2) DIG. 50. 17. *De regul. juris*. 173. pr. f. Paul. — (3) DIG. 42. 1. *De re judic.* 20. f. Modest. — (4) ULP. REG. 6. 9. et seq. — (5) DIG. 50. 16. 79. § 1. Paul. — DIG. 25. 1. 7. § 1. Ulp. — (6) COD. 5. 13. loi uniq. § 5.

XXXVIII. Sed et si quis cum parente suo patronove agat; item si socius cum socio iudicio societatis agat, non plus actor consequitur quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.

2166. Le bénéfice accordé au donateur a cela de particulier (1) que le patrimoine s'y estime déduction faite des dettes envers d'autres créanciers, afin que le donataire ne profite de la libéralité que dettes payées; on laisse même au donateur quelque chose, *ne egeat*, pour ne point le réduire à l'indigence (2).

XXXIX. Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur quam ei debebatur. Namque ex bono et æquo, habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, iudex in reliquum eum cum quo actum est condemnat, sicut jam dictum est.

2167. Lorsque deux personnes se trouvent à la fois débitrices et créancières l'une de l'autre de choses exigibles, de même nature et pouvant se remplacer l'une par l'autre, au lieu de mettre ces personnes dans l'obligation de se payer tour à tour, reprenant ainsi chacune d'une main ce qu'elles auront payé de l'autre, il est bien plus commode de simplifier l'opération, de faire entre les dettes et les créances respectives une balance réciproque, et de n'obliger qu'au paiement du reliquat celle des deux parties qui s'en trouvera débitrice. Cette balance réciproque se nomme compensation (*pendere cum*, peser avec ou balancer). Elle est ainsi définie par Modestinus : « *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* », la contribution entre la dette et la créance, ou l'imputation réciproque de l'une sur l'autre (3); et Pomponius nous en indique l'utilité et le fondement raisonnable en ces termes : « *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere* » : il nous est bien plus avantageux à chacun de ne pas payer que de redemander ce que nous avons payé (4).

2168. Cependant, dans les principes du droit romain, la compensation n'a jamais été une cause d'extinction des obligations. C'était une chose de commodité et d'équité entre les parties, à laquelle le juge a dû s'associer de plus en plus à mesure des progrès qu'a faits cette idée; mais ce n'a jamais été un événement qui pût dissoudre par lui-même les liens de droit respec-

(1) Dig. 42. 1. *De re judic.* 19. § 1. f. Paul. — (2) Cette dernière décision est mal à propos généralisée dans un texte attribué à Paul (Dig. 50. 17. *De reg. jud.* 173). Il est illusoire de laisser quelque chose au condamné, si on ne déduit point les dettes. — (3) Dig. 16. 2. *De compensationibus.* 1. f. Modestin. — (4) *Ibid.* 3. f. Pompon.

tifs formés entre ces parties. Aussi ne l'avons-nous pas vue figurer, même dans les Instituts de Justinien, au nombre des modes de solution (ci-dess., n^o 1672 et suiv.). Toutefois, même dans ces limites, les règles sur la compensation ont tellement progressé, avec le temps, dans la jurisprudence et dans la législation romaines, et elles se sont tellement modifiées, surtout dans le système législatif de Justinien, qu'on ne peut plus lire avec sécurité les anciens textes insérés à ce sujet au Digeste de cet empereur, tant ils ont dû subir d'altérations ou d'interpolations pour s'accommoder au système alors existant (1). L'histoire seule peut faire comprendre le caractère et la marche des idées sur ce sujet.

2169. Là-dessus, une fois la méthode historique adoptée, on est conduit logiquement, par l'étude des documents, pour l'époque du système formulaire, quant à une classe nombreuse d'actions, à certaines conséquences qui, à les juger par nos idées et par nos pratiques de procédure actuelles, semblent tellement étranges, qu'il n'y a pas à s'étonner si l'exposition que nous en avons faite a eu peine à trouver crédit, et si même parmi les personnes parlant avec autorité du droit romain, la tendance commune a été de se refuser à les admettre. Ce nous a été un motif pour nous défier de nous-même et pour soumettre notre manière de voir à un nouvel examen : nous avons puisé dans cet examen nouveau et jusque dans les objections qui nous ont été faites une conviction plus forte, avec des preuves par lesquelles nous espérons mettre la question hors de controverse.

2170. Les singularités dont il s'agit ne sont d'ailleurs qu'une suite logique d'autres singularités principales auxquelles nous sommes parfaitement habitués quand nous parlons du système formulaire. Nous devons les prendre comme des inconvénients sans doute, à côté des nombreux avantages de cet ingénieux procédé par lequel les Romains étaient parvenus à soumettre le jugement des contestations civiles, quelle qu'en pût être la diversité, à des juges jurés pris parmi les citoyens ou habitants du pays, dans des instances organisées juridiquement par le magistrat.

2171. Ces singularités reconnues et acceptées historiquement par chacun, et qui doivent servir ici de point de départ, parce qu'elles produisent leur effet dominant quant aux questions de compensation, sont les suivantes :

1^o Que le juge du système formulaire n'a d'autre mission et d'autre pouvoir que ceux qui lui sont déférés par la formule; que, nommé juge de telle affaire, par exemple de tel contrat de vente (ce qui embrasse les suites et les dépendances de ce contrat), il ne l'est pas de toute autre affaire distincte qui peut exister séparément entre les mêmes personnes, louage, prêt, legs, stipulation ou

(1) Dig. 16. 2 et Cod. 4. 31. *De compensationibus.*

toute autre. Pour qu'il eût à s'en mêler, il faudrait que la formule eût compris aussi cette autre affaire dans sa mission. De quelle conséquence ceci ne sera-t-il pas dans la compensation lorsqu'il s'agira d'opposer à une obligation une autre obligation née d'une autre cause, et comment juger sainement du système formulaire à cet égard, si nous voulons le faire avec nos idées d'aujourd'hui sur nos juridictions permanentes, investies d'une compétence générale?

2° Que dans les formules dans lesquelles la prétention du demandeur est rédigée d'une manière précise, en un objet de demande certain et déterminé (*intentio certa*), le juge n'a d'autre alternative que d'accorder ou de refuser le tout, sans aucun tempérament possible : tout ou rien ; à moins encore que la formule ne lui ait donné quelque pouvoir de diminution spécialement mentionné dans le règlement de sa mission. De quelle conséquence encore ne doit pas être dans les questions de compensation ce principe qui tient à la roideur de certaines formules, et comment juger sainement d'un tel système si on veut le faire avec nos idées actuelles sur le pouvoir de pondération qui appartient à nos juges?

3° Que par suite même du principe qui précède, dans les formules dont nous venons de parler, le demandeur qui a exagéré sa prétention, ne fût-ce que de la moindre quantité ou de la moindre manière, perd tout son procès, et que, soit par les effets du droit lui-même, soit par celui des exceptions, il le perd sans pouvoir désormais recommencer son action, qu'il avait ainsi mal intentée. Quel danger en présence des compensations possibles, si nous voulons juger d'un tel système avec nos idées modernes, et quoi de plus inéquitable à nos yeux que cette manière de perdre son action et son droit!

4° Enfin que, d'après la manière dont la formule est conçue, sauf en un petit nombre d'actions spéciales rangées à part, c'est le défendeur seul que le juge a à condamner ou à absoudre ; aucun pouvoir de condamnation ne lui est donné contre le demandeur : il aurait fallu, pour qu'il en fût autrement, quelque mode particulier de rédaction qui nous est resté inconnu, et qui aurait été comme la réunion de deux formules en une (1). Quel obstacle encore à l'effet régulier de la compensation, lorsque c'est la créance invoquée par le défendeur qui dépasse par son montant celle du demandeur!

2172. Il est facile de pressentir à l'avance combien les règles sur la compensation ont dû être atteintes forcément par toutes ces singularités qui sont le propre du système formulaire ; nous montrerons cependant comment la rigueur même de ces principes était

(1) On peut conjecturer que quelque chose de semblable pouvait avoir lieu, d'après l'opinion de Papinien rapportée au Cod. 7. 45. *De sententiis*, 14. const. Justin.

la base sur laquelle une conduite raisonnable des affaires avait été assise, et comment la jurisprudence romaine, essentiellement pratique, avait à sa disposition plus d'un procédé pour aboutir, en définitive, à des résultats équitables.

2173. Dès qu'on est sorti du système formulaire pour entrer dans la procédure *extra ordinem*, ces diverses particularités, qui n'ont plus leur raison d'être, disparaissent ou se modifient, et avec elles se modifient aussi inévitablement les règles pratiques de la compensation : jusqu'à Justinien, qui met législativement la dernière main à ces changements. Ce n'est donc pas, non plus, avec les idées de ce troisième système qu'on peut arriver à apprécier exactement ce qu'était la compensation du temps des formules.

2174. Si nous nous plaçons en ce temps, et que nous examinions la formule des actions de bonne foi, par exemple d'une action *empti* ou *venditi*, *locati* ou *conducti*, *pro socio*, *mandati*, et autres semblables, voici ce que nous reconnaitrons : — D'un côté, l'*intentio* du demandeur y étant formulée en ces termes : « QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA, » d'où il suit que le juge y était chargé d'apprécier *ex æquo et bono* ce que devait le défendeur, et de le condamner conformément à cette appréciation ; — d'un autre côté, le fait invoqué comme cause de l'obligation étant de nature à avoir fait naître des engagements de part et d'autre (*ultra citroque*) : — il parut contraire à l'équité de condamner le défendeur à tout le montant de son obligation, tandis que le demandeur lui devrait, de son côté, quelque chose par suite du même fait (*ex eadem causa*). Il fut reçu, en conséquence, qu'il entrerait dans l'office du juge, en cas pareil, d'apprécier les obligations réciproques des parties, d'en opérer la compensation, et de ne condamner le défendeur qu'au paiement du reliquat, s'il y en avait un à sa charge. Cela dut avoir lieu non-seulement quand chacune des obligations réciproques avait pour objet des choses de même nature et pouvant se remplacer l'une par l'autre, par exemple, de l'argent, du vin, du froment, mais même quand l'objet était tout différent, comme il arrive dans la vente, dans le louage, dans le commodat ; et cela par une raison toute simple : c'est que dans le système formulaire toute condamnation étant pécuniaire, toute obligation quelconque se réduisait toujours pour le juge en une appréciation en argent, et c'était là-dessus qu'il devait opérer la compensation. C'est ce pouvoir du juge que les jurisconsultes romains exprimaient lorsqu'ils disaient que la compensation, dans les actions de bonne foi, et pour des obligations procédant *ex eadem causa*, avait lieu *ipso jure*, c'est-à-dire *ex officio judicis*, sans qu'il fût nécessaire que les parties en obtinsent le droit du prêteur, ni que la formule en conférât le pouvoir spécial au juge (1). Mais si le juge ne l'avait pas faite, l'action

(1) GAI. COMM. 4. §§ 61 et 63. — DIG. 16. 2. *De compensat.* 21. f. Paul — Et ci-dessus, § 30, p. 640.