

droit strict ordinaires, il s'agissait de faire intervenir un compte d'affaires toutes distinctes (*ex dispari causa*). C'était un commencement de demandes reconventionnelles pour des causes séparées.

2190. Sur cette objection de compensation le demandeur a plusieurs partis à prendre. — S'il en reconnaît le bien fondé, il peut opérer lui-même, d'accord avec son adversaire, la compensation, et réduire en conséquence sa demande. — Même lorsqu'il doute de la dette, lorsqu'il la conteste ou qu'il la dénie formellement; ou bien, dans les actions arbitraires, dans celles de droit strict indiquées au n° 2188, lorsque le montant en est à débattre : par exemple, à quoi faut-il évaluer ces frais de semences, ces réparations, ce qui a tourné au profit du pupille? Dans tous ces cas la rédaction formulaire lui offre plus d'un expédient pour consentir du moins, sans compromettre ses droits, à ce que la question en soit soumise au juge. Voici plusieurs de ces moyens qui nous sont connus : — Une *præscriptio*, par laquelle il bornerait sa demande à ce qui ne serait pas compensé (ci-dess., n° 1940); — Une *compensatio* proprement dite, insérée dans son *intentio* : « *AMPLIUS QUAM IPSE NUMERIO NEGIDIO DEBET* » (ci-dess., n° 2176). Nous trouvons au Code de Justinien une constitution d'Alexandre Sévère qui montre que cette formule était employée en cas pareil; car, à coup sûr, il serait difficile de prétendre qu'il s'agissait d'*argentarius* en cette constitution (1). Il n'est pas nécessaire ici que le demandeur formule en un chiffre fixe son *intentio*, il peut rendre cette *intentio incerta*, si elle ne l'était déjà : « *QUIDQUID PARET AMPLIUS*, etc. » — Une *deductio*, permettant de réduire le montant de la *condemnatio* : « *QUOD SUPEREST DEDUCTO EO QUOD*, etc. » (ci-dess., n° 2177, 2178 et 2183). Nous savons déjà que plus d'un fragment témoigne de cet emploi de la *deductio* (ci-dessus, n° 2178, avec la note 1, et celui que nous avons rapporté dans le second exemple du n° 2188); — Enfin, et ce serait ici la modification la plus large à faire à la formule, le demandeur peut consentir, bien qu'il agisse en vertu d'une cause de droit strict, à transformer son *intentio* en *intentio* de bonne foi : « *QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA, AMPLIUS QUAM...*, etc. » Nous avons cité déjà l'exemple d'une pareille transformation dans une formule de condition *ex stipulatu*, par suite de la *clausula doli* insérée dans la stipulation (ci-dess., n° 2149). — Sur son refus persévérant jusqu'à la *litis contestatio* d'admettre aucune de ces modifications ou adjonctions à la formule, le préteur accorde au défendeur l'exception *doli mali*, et le demandeur en court les risques. On voit bien, dans les textes, qu'il y faut, de sa part, cette persistance jusqu'à la *litis contestatio*. On sait

(1) COD. 4. 31. *De compensationibus*, 5. const. Alex. : « *Petitio autem ejus, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur.* »

d'ailleurs quelles facilités étaient données aux plaideurs de vérification, de discussion, même d'ajournement à une autre comparution *in jure*, pour arriver finalement à l'arrangement de la formule (ci-dess., n° 1950). Un texte même parle de notification faite au demandeur par le défendeur, pour les sommes dont il aura à tenir compte s'il veut éviter l'exception de dol (1). — Il est permis de supposer que le magistrat pouvait aller encore plus loin, et que dans certaines circonstances, lorsque les faits étaient avoués ou lui paraissaient évidents, il pouvait enjoindre au demandeur soit d'opérer la compensation, soit d'en insérer les restrictions dans la conception de sa formule, sous peine de refus d'action (2).

2191. Devant le juge, la formule étant munie de l'exception de dol, si cette exception est vérifiée, c'est-à-dire s'il est prouvé au juge que la prétention de compensation avancée par le défendeur était fondée, et que le refus du demandeur d'en tenir compte a eu le caractère de dol, le défendeur est absous : c'est la formule elle-même qui le veut. — Cependant, dans les actions arbitraires, où il s'agit pour le défendeur d'un droit de rétention à exercer, et par conséquent pour le demandeur d'un remboursement ou d'un paiement préalable à faire, celui-ci, après que le juge a vérifié les faits et déterminé le montant de ce paiement ou remboursement, est encore admis à le faire, il est dès lors exempt de dol; s'il ne le fait pas, l'exception de dol produit son effet; le défendeur est absous. Voilà l'explication bien simple des divers textes cités au n° 2185, de l'apparence de contradiction qu'ils semblent offrir, et surtout de ceux qui présentent en alternative les deux résultats : « *Doli exceptione summovebitur, vel officio judicis consequetur ut indemnitas maneat.* » — On peut aller jusqu'à supposer que même dans les actions de droit strict et dans les véritables questions de compensation, si le demandeur, une fois les faits vérifiés par le juge et avant la sentence, consentait à donner satisfaction au défendeur sur la créance par lui invoquée, par exemple au moyen d'un paiement, d'une acceptilation, ou de toute autre manière, le dol cessait et il évitait la déchéance. Bien qu'à la rigueur ce fût au moment de la *litis contestatio* que le juge

(1) DIG. 6. 1. *De rei vindicatione*. 27. § 5. f. Paul. : « *Per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus.* » — DIG. 44. 4. *De doli mali except.* 2. § 3. f. Ulp. : « *Tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere;* » il ne s'agit pas, dans ce fragment, d'exception de dol pour cause de compensation, mais le principe est le même. — 35. 2. *Ad legem Falcid.* 80. § 1. *in fine*. f. Gai. : « *Sed potest heredi hoc remedio succurri, ut, æstimatione facta legati, denunciatur legatario ut partem æstimationis inferat : si non inferat utatur adversus eum exceptione doli mali.* »

(2) Cette conjecture trouve un appui dans la constitution que voici d'Alexandre Sévère : « *In ea quæ reipublicæ te debere fateris, compensari ea quæ (invicem) ab eadem tibi debeatur, is, cujus de ea re notio est, jubebit.* »

dût se reporter (1), l'école des Sabinien, au moins, aurait admis à l'égard du demandeur ce qu'elle admettait pour le défendeur lorsqu'elle disait : « *Omnia judicia esse absolutoria.* »

2192. En somme, soit *in jure*, soit *in judicio*, l'exception de dol est l'arme, le moyen de coercition par lequel le demandeur est amené, crainte de ses conséquences, à tenir compte d'une manière ou d'autre de la compensation; et nous traduisons la phrase relative au rescrit de Marc-Aurèle, dans le § 30 ci-dessus, en ces termes : « Sur l'opposition de l'exception de dol, faite par le défendeur, la compensation était introduite dans la formule (2). »

2193. Un point essentiel pour compléter le système manque ici encore. Il ne faut pas s'imaginer que par cela seul qu'une exception de dol est insérée dans la formule d'une action de droit strict : *SI NIHIL IN EA RE*, etc., le juge soit constitué juge, sans aucune autre mention, de toutes affaires de créances ou de dettes réciproques, existant à d'autres titres entre les mêmes parties. Cette opinion serait aussi contraire aux principes de l'organisation du pouvoir judiciaire chez les Romains au temps des formules, que celle que nous venons de combattre l'est aux règles dérivant de la rédaction de ces formules. Quelle est cette *EA RES*, dans laquelle la mission du juge est enfermée? Nous avons montré comment dans les actions arbitraires et dans celles de droit strict indiquées au n° 2188, il ne s'agit que de dépendance de la demande même (ci-dessus, n° 2187 et 2188); mais ici les causes sont toutes distinctes; il s'agit d'une sorte de demandes reconventionnelles formées par le défendeur sur des motifs tout à fait divergents peut-être. Il faut de toute nécessité qu'elles soient indiquées dans la *demonstratio*, et que le *QUA DE RE AGITUR* qui termine cette *demonstratio* les englobe. Nous n'avons pas un formulaire complet de cette multitude de rédactions qui pouvaient se faire, appropriées à toutes les affaires et à toutes leurs nuances; Gaius ne nous en offre qu'un aperçu élémentaire : « Toutes les formules d'actions de droit écrit sont écrites, dit Cicéron, mais pas si étroitement que je ne puisse y faire entrer l'affaire que je voudrai en ajoutant : *QUA DE RE AGITUR* (3). » Ainsi en était-il de la créance opposée en compensation; voici un texte tiré d'une opinion de Labéon, qui prouve qu'elle devait avoir sa destination arrêtée dans la formule, et ne pouvait plus, dès lors, faire double emploi ailleurs (4).

2194. On a cru pouvoir expliquer le pouvoir de compensation que l'exception de dol attribuerait au juge dans l'opinion que nous

(1) DIG. 44. 1. *De except.* 4. f. Paul. — (2) La paraphrase de Théophile, sur ce § 30, doit être interprétée elle-même en ce sens : à cette époque, d'ailleurs, c'est de l'histoire. — (3) CICÉR. *Pro Murena.* § 13 : « Etenim quæ de scripto aguntur scripta sunt omnia; neque tamen quidquam tam anguste scriptum est, quod ego non possim, *QUA DE RE AGITUR*, addere. » — (4) DIG. 16. 2. *De compensationibus.* 13. f. Ulp. : « Quod Labeo ait non est sine ratione : ut si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in cæteris non objiciatur. »

refusons d'admettre, par un passage de Papinien, qui, à propos d'une *rei vindicatio* contre laquelle une exception de dol provenant d'un pacte pouvait être opposée, ajoute « *Bonæ fidei autem judicio constituto* (1), » d'où l'on conclut que l'exception de dol insérée dans une action de droit strict la transformait en quelque sorte en action de bonne foi. Voilà qui dénaturerait le caractère de toutes les exceptions de dol, à ne plus rien y entendre; on serait bien embarrassé de mener cette proposition dans ses conséquences; il faudrait détruire tout ce que nous possédons de droit romain là-dessus : car, enfin, l'alternative de l'exception de dol est bien connue : « *SI NIHIL IN EA RE DOLO MALO...*, etc., *CONDEMNNA...*; *SI NON, ABSOLVE.* » — Il est inutile de faire observer que Papinien ne dit rien de cela. Il parle d'une action arbitraire, dans laquelle le juge a déjà le pouvoir d'apprécier *ex æquo et bono* les restitutions ou satisfactions à faire; et l'on y substitue des actions de droit strict! Il ne dit pas même que ce soit l'exception qui produise l'effet *bonæ fidei* dont il parle, et rien n'empêcherait de supposer que les mots *EX FIDE BONA* ont été insérés d'un commun accord dans la formule (ci-dessus, n° 2190). C'est ce que je suis porté à croire quant à moi; mais dans tous les cas, cette supposition n'est pas même nécessaire : les explications que nous avons données (ci-dessus, n° 2187, 2190 et 2191) suffisent amplement pour éclaircir le passage de Papinien. L'exception de dol ayant été opposée devant le magistrat, les héritiers se rendent à cette exception et renoncent à persister dans leur *rei vindicatio*; mais comme la femme est convenue qu'à sa mort les biens repasseraient aux enfants du donataire, la discussion porte sur les effets de cette obligation et sur la manière d'y pourvoir, et c'est là-dessus qu'est construit un *judicium bonæ fidei*. M. Pilette fait même observer (p. 24 de la dissertation ci-dessus citée), qu'il avait pu intervenir entre la femme et le donataire, relativement à ces réserves accessoires, un contrat *de fiducia*, lequel était encore usité à l'époque de Papinien et donnait lieu à l'action *de fiducia* qui était de bonne foi; et que c'est probablement de cette action *de fiducia* que parle Papinien, lorsqu'il dit : *Bonæ fidei autem judicio constituto*. Le texte ne précise rien à ce sujet; cette conjecture n'est pas indispensable, mais les choses auraient pu se présenter de cette façon; dans tous les cas, ce qui est indubitable, c'est que pour faire tenir compte des engagements réciproques au sujet de ces réserves, les parties se sont accommoder une formule d'action de bonne foi; mais ce n'est pas l'exception de dol qui produit par elle-même cet effet.

Nous en disons autant et nous renvoyons aux mêmes numéros,

(1) DIG. 39. 6. *De mortis causa donat.* 42. pr. f. Papin. : « Igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio; bonæ fidei autem judicio constituto, quærebatur... » etc.

pour l'intelligence d'un texte de Celse, toujours relatif à l'action arbitraire en *rei vindicatio*, qui a été présenté aussi comme décisif contre notre manière de voir (1).

Enfin il n'y a rien à conclure non plus contre notre thèse de ce fragment de Paul, considéré également par quelques-uns comme y faisant une objection sans réplique : « Sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset (2). » D'abord il n'est pas question, dans ce texte, de compensation, mais bien d'une situation semblable à celles dont nous avons donné des exemples ci-dessus, n° 2188 ; la conséquence ne saurait donc y être différente : or, cette conséquence est parfaitement connue. Il s'agit dans ce texte d'un mari auquel un tiers, se croyant, par erreur, débiteur de la femme, avait promis en dot, sur l'ordre de celle-ci, avant le mariage, la somme qu'il croyait devoir. Si le mari attaque ce promettant durant le mariage, il devra en être payé, sans qu'il puisse lui être opposé d'exception de dol, car il ne fait qu'user de son droit, et ne doit pas être déçu dans la promesse de dot qui lui a été faite, sauf au tiers à se retourner contre la femme. Mais si le mari attaque ce promettant après la dissolution du mariage, il en sera tout autrement : si le mari est dans un cas où il serait obligé de rendre toute la dot, l'exception de dol lui nuira pour le tout ; s'il est dans un cas où il serait autorisé à en retenir une partie, l'exception de dol ne lui nuira que pour la part qu'il serait obligé de rendre (*in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset*). C'est-à-dire qu'en se bornant à demander ce qu'il est autorisé à retenir de la dot, le mari n'a rien à craindre de l'exception de dol. Le jurisconsulte se sert ici d'une locution usuelle, dont nous avons donné des exemples multiples ci-dessus, n° 2185 et suivants. Il n'y a pas dans cette manière de parler d'autre signification que celle qui se rencontre dans tous ces exemples, ou bien encore lorsque les jurisconsultes romains définissent les exceptions temporelles et dilatoires « *quæ ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt* » : on sait fort bien cependant que l'effet de ces exceptions, lorsqu'elles sont opposées et justifiées, est d'emporter pour toujours déchéance de l'action (ci-dessous, n° 2276 et suivants).

2195. C'est une opinion courante que, d'après le rescrit de Marc-Aurèle, la compensation, qui pouvait être obtenue dans les

(1) Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 38. f. Cels. C'est là qu'on peut voir toute la latitude de disposition que Celse accorde au juge de l'action arbitraire. Lorsque ce juge, au lieu de faire restituer la chose vendiquée, la laisse au possesseur parce qu'elle est à vendre, sauf à ce possesseur à payer la somme à laquelle il le condamne, le compte à faire des diverses déductions est forcé. Du reste, le nom de l'exception de dol ne se rencontre pas même dans ce fragment ; tout me porte à croire que la formule a été conçue d'un commun accord *ex fide bona* ; mais cette supposition n'est pas même nécessaire. — (2) D. 12. 4. *De condict. c. us. dat.* 9. § 1. f. Paul.

actions de droit strict au moyen de l'exception de dol, pour des créances provenant de causes différentes (*ex dispari causa*), a dû s'obtenir *a fortiori* dans les actions de bonne foi, également *ex dispari causa*, en vertu du principe que l'exception de dol va de soi en ces sortes d'actions et n'a pas besoin d'y être exprimée. — A cet égard, entendons-nous : sans doute, si une créance a été invoquée en compensation, *ex dispari causa*, par le défendeur, et qu'il en soit fait mention dans la *demonstratio*, de telle sorte que le *QUA DE RE AGITUR* la comprenne, il n'est besoin ni d'exception de dol, ni d'aucune autre modification à la formule, la rédaction de l'*intentio*, *QUIDQUID PARET EX FIDE BONA*, y suffit. Mais vouloir pousser la compétence du juge en dehors de ce *QUA DE RE AGITUR*, autant dire que tout juge d'une action de bonne foi déterminée serait par cela même juge de toutes les affaires quelconques de créances ou de dettes réciproques, soit de droit strict, soit d'une autre nature, existant à divers titres entre les mêmes parties : proposition inconciliable avec l'organisation de la puissance judiciaire chez les Romains, au temps du système formulaire.

2196. Il est avéré que la compensation, ni dans les affaires de bonne foi, ni dans celles de droit strict, n'était un mode de dissolution des obligations. Chacune d'elles continuait de subsister avec ses actions ; et si on donnait, en outre, la *condictio indebiti* à celui qui avait payé par erreur une dette qu'il aurait pu compenser (1), c'était parce que la *condictio indebiti* se donnait à celui qui avait acquitté par erreur une obligation contre laquelle il aurait pu se défendre par une exception perpétuelle (2).

Il est également avéré que la compensation, si elle avait lieu *ipso jure*, c'est-à-dire sans le secours d'une exception, *ex officio iudicis*, dans les actions de bonne foi, pour les dettes et les créances provenant *ex eadem causa*, n'était introduite dans les actions de droit strict qu'au moyen d'une modification de la formule. S'il est des textes, dans le corps de droit de Justinien, qui semblent dire le contraire, c'est qu'ils ont été interpolés pour être accommodés à la législation de l'époque, ou que le sens en est altéré.

Enfin, il résulte de certains textes que, du moment que la compensation était admise, elle l'était avec effet rétroactif, c'est-à-dire qu'on en reportait les effets à l'instant même où les deux créances réciproques avaient commencé à exister ensemble : « *Ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur.* » Ceci est dit spécialement à l'occasion des intérêts, lesquels ne doivent plus se compter à partir de ce moment. Mais on remarquera que les textes ne parlent jamais que de sommes d'argent ou de quantités (3). Nous croyons, en effet, que la règle n'était appli-

(1) D. 16. 2. *De compensat.* 10. § 1. f. Ulp. — (2) D. 12. 6. *De condict. indebiti.* 26. § 3. f. Ulp. — (3) Dig. 16. 2. *De compensat.* 11. f. Ulp., rapportant une constitution de Septime Sévère. — C. 4. 31. *De compens.* 4 et 5. const. Alex. — C. 8. 43. *De solution.* 7. const. Philip.

cable qu'aux cas de compensation obligatoire, à exiger par exception de dol, dans les conditions que nous allons expliquer dans le n° suivant.

2197. C'est une question sur laquelle on peut hésiter que celle de savoir si, pour la compensation à introduire dans les actions de droit strict au moyen d'une modification de la formule, il fallait que les créances à compenser fussent, comme à l'égard de l'*argentarius* (ci-dess., n° 2176), de choses de même nature et pouvant se remplacer l'une par l'autre (*ex pari specie*). — Je reconnais que la procédure du système formulaire se prête singulièrement à ce que cette identité ne soit pas exigée, puisque l'appréciation des choses les plus diverses y doit toujours être ramenée par le juge à des sommes d'argent; qu'il y a des textes qui paraissent admettre expressément l'objection de compensation au sujet de créances d'objets différents (1); qu'aucune conclusion décisive ne peut être tirée de ceux qui sont invoqués ordinairement en sens contraire (2); enfin, que cette solution, qui n'est pas en désharmonie avec l'ensemble de la procédure formulaire, peut servir à expliquer parfaitement comment il était exprimé, dans la jurisprudence, en règle exceptionnelle, que la compensation n'avait pas lieu en fait de dépôt (3). — Cependant, indépendamment des raisons à tirer de la règle qui termine notre n° précédent, et des textes qui y sont cités, le fragment déjà rapporté ci-dessus, au n° 2183, des Sentences de Paul, énonce expressément le contraire : « *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...* », et nous nous sommes expliqué déjà sur l'autorité de ce fragment, qui est pour nous décisive. — Notez que le système général que nous venons d'exposer sur la compensation est indépendant d'ailleurs de la solution de cette question de détail. Notez aussi qu'il ne s'agit pas de la compensation volontaire, introduite dans la formule du consentement du demandeur : celle-ci indubitablement peut avoir lieu *ex dispari specie*; il s'agit uniquement de la compensation obligatoire, imposée par Marc-Aurèle sous peine de déchéance par exception de dol : c'est de celle-là, c'est de cette déchéance que nous croyons, d'après le fragment de Paul, qu'elles n'ont lieu qu'en fait de choses de même nature et compensables l'une par l'autre (*ex pari specie*).

2198. Sous le système de la procédure extraordinaire, deux changements notables ont dû influencer directement sur les règles

(1) Principalement Cod. 4. 31. *De compensat.* 8. const. Gordian. — (2) Dig. 13. 7. *De pignorat. act.* 18. pr. f. Paul. : « ... Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis : si vero corporis alicujus, id quod acceperis erit tibi pignoris loco. » — 20. 1. *De pignorib.* 13. § 2. f. Marcian. (même disposition). — (3) Paul. *Sentent.* 2. 12. *De deposito.* § 12 : « In causa depositi compensationi locus non est; sed res ipsa reddenda est. »

de la compensation que nous venons d'exposer. — D'une part, la compétence du juge qui devient générale, au lieu d'être renfermée dans une cause spécialement déterminée; — D'autre part, l'abolition de la formule, et dès lors l'exception de dol et les autres adjonctions ou modifications qui n'ont plus besoin d'être demandées *in jure*, mais qui se proposent directement au juge et font partie de son *officium*. — L'exception de dol reste bien, en principe, comme moyen de répression, avec son effet de déchéance, contre le demandeur qui serait convaincu de mauvaise foi; mais le juge, ayant les mêmes pouvoirs que si les diverses modifications de la formule avaient eu lieu, acquiert incontestablement à cette époque le droit d'opérer la compensation et de condamner au reliquat.

2199. Justinien donne législativement à cet état des choses sa dernière extension, par sa constitution 14, au Code *De compensationibus* : « *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.* » — On remarquera que les actions *in rem* sont même comprises dans la compensation par l'empereur, ce qui ne peut s'entendre évidemment que du cas où elles tournent en condamnation pécuniaire, ou bien où quelque condamnation semblable y est jointe comme accessoire. — Malgré ces expressions *ipso jure*, la compensation ne devient pas une cause d'extinction réciproque des dettes. Ce que nous appelons aujourd'hui la compensation *légale* reste inconnu à la législation romaine. Cet *ipso jure* signifie seulement qu'en toutes les actions, soit réelles, soit de bonne foi, soit de droit strict, ou autres, la compensation, à cette époque, rentre toujours, de droit, dans l'office du juge.

2200. La constitution exige que la dette opposée en compensation soit liquide (*liquida*), en expliquant ce qu'il faut entendre par cette qualité, savoir que, soit quant à son existence, soit quant à sa quotité, le droit en soit incontesté, évident (*jure aperto*, porte le § 30 ci-dessus), ou du moins facile à vérifier sommairement par le juge, et ne tournant pas en expédients ou en subterfuges moratoires : « § 1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui præstare. »

Aucune condition qu'il s'agisse de choses de même qualité, susceptibles de se compenser entre elles, n'y est exprimée, et n'apparaît non plus dans les autres parties de la législation de Justinien. On conçoit, en effet, que, depuis la généralisation de la procédure *extra ordinem*, la déchéance pour cause de dol dans le refus de compensation n'étant plus que nominale, puisque le juge a par lui-même le pouvoir de faire cette compensation, la condition *ex pari specie*, qui était une limitation mise à la rigueur de cette déchéance, ait cessé d'exister, et que l'on ait

appliqué les règles de la compensation volontairement insérée dans la formule *in jure* (ci-dess., n° 2197). — Il ne faut pas s'arrêter à cette objection, que le juge, dans la procédure extraordinaire, atteint par sa sentence la chose elle-même. Dans ce cas, évidemment la compensation ne pourra avoir lieu entre corps certains ou choses distinctes; mais souvent aussi la condamnation se résoudra en évaluations pécuniaires, et ce sera alors que le juge pourra faire la compensation. Ce qui rend la condition *ex pari specie* indispensable, ce qui en a vulgarisé l'idée dans notre droit moderne, c'est la compensation *légale*: or cette sorte de compensation est étrangère aux Romains. — L'*ex eadem causa*, par l'effet de la procédure extraordinaire, disparaît aussi des actions de bonne foi ainsi que des autres actions, puisque le juge a une compétence générale. C'est à tort que l'expression s'en trouve encore dans notre paragraphe, mais c'est à bon droit que le § 30 qui précède n'en fait plus aucune mention. — Enfin, l'extension donnée d'abord par Justin, puis par Justinien, à l'admissibilité des demandes reconventionnelles, et le pouvoir général que reçoit le juge de condamner même le demandeur, sont de nouvelles causes de grande influence sur la compensation (1).

Certaines spécialités en sont exclues exceptionnellement: telle est surtout l'action *depositi*, par respect pour la fidélité due au dépôt en ce contrat (2). De telle sorte que celui, par exemple, à qui une somme d'argent a été remise en dépôt ne pourra pas la compenser avec semblable somme dont il serait devenu créancier contre le déposant; ou bien encore, même dans le dépôt de toute autre chose, s'il y a quelque condamnation pécuniaire contre le déposant. Car ici, sous le système de procédure dans lequel la condamnation atteint la chose même, il faut bien en venir forcément à cette explication.

XL. Eum quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest, creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

40. Si le débiteur qui a fait cession de ses biens fait ensuite quelque acquisition avantageuse, ses créanciers ne peuvent l'actionner pour ce qu'il doit encore que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut faire. Il serait inhumain, en effet, lui qui s'est dépouillé de sa fortune, de le condamner pour le tout.

Voir sur la cession des biens, ci-dessus, n° 2030.

TITULUS VII.

TITRE VII.

QUOD CUM EO CONTRACTUM EST QUI IN ALIENA POTESTATE EST.

DES CONTRATS FAITS AVEC DES PERSONNES SOUMISES A LA PUISSANCE D'AUTRUI.

Quia tamen superius mentionem ha-

Comme nous avons fait mention plus

(1) Cod. 7. 45. *De sent.* 14. Justin.; et Nov. 96. c. 2. Justinian. — (2) Même paragraphe 30, ci-dessus, p. 640; et Cod. 4. 31. *De compensat.* 14. §§ 1 et 2.

buimus de actione qua in peculium filiorum familias servorumque agitur, opus est ut de hac actione et de ceteris quæ eorundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis qui in potestate parentis sunt, his fere eadem jura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque et parentibus quorum in potestate sunt. Nam, si quid in his proprie observatur, separatim ostendemus.

haut de l'action relative au pécule des fils de famille ou des esclaves, il est nécessaire de fixer notre attention d'une manière plus spéciale sur cette action et sur d'autres actions que l'on a coutume de donner contre les pères ou les maîtres, du chef des fils et des esclaves. Or, comme les actes faits avec les esclaves ou les fils de famille donnent lieu à l'application des mêmes principes, pour éviter les longueurs, nous ne nous occuperons que des maîtres et des esclaves, et ce qui sera dit de ceux-ci sera censé dit des pères et des fils. Car, s'il y a quelque chose de particulier qui concerne ces derniers, nous l'exposons séparément.

2201. D'après le droit civil, le chef de famille ne peut pas être obligé par les actes de ceux qu'il a en son pouvoir, tels que ses fils de famille et ses esclaves. Cependant, ni pour les obligations résultant des contrats ou comme des contrats, ni pour celles résultant des délits ou comme des délits, ce principe n'est resté absolu. Il y a été dérogé en certains points, soit par le droit prétorien, soit par le droit civil lui-même. Le titre actuel se réfère aux contrats ou quasi-contrats des esclaves ou des fils de famille, et le titre suivant à leurs délits ou quasi-délits.

2202. Pour les obligations résultant des contrats ou comme des contrats faits par les esclaves ou par les fils de famille, c'est le droit prétorien qui est venu corriger la rigueur du droit civil, et qui a créé diverses actions au moyen desquelles celui qui a fait affaire avec une personne *alieni juris* peut attaquer le chef de famille pour l'exécution des obligations qui en sont résultées. — Les motifs de raison qui servent de fondement à ces actions se réduisent, en définitive, à deux seulement: 1° l'ordre, l'autorisation donnés expressément ou indirectement par le chef de famille; 2° le profit qu'il a retiré de l'opération de son esclave ou de son fils. S'il a ordonné ou autorisé l'acte, il est juste qu'il en subisse les conséquences; s'il en a tiré profit, il est juste qu'il les subisse encore, du moins jusqu'à concurrence de ce profit. — Sur le premier de ces motifs se fondent: l'action *quod jussu*, pour le cas où le chef de famille a donné l'ordre direct et spécial; les actions *institoria*, *exercitoria*, *tributoria* et *de peculio*, pour les cas où il a donné une autorisation générale ou indirecte, soit de faire certaines opérations, comme quand il a préposé son esclave à un commerce, à la conduite d'un navire; soit d'administrer certains biens, comme quand il lui a laissé un pécule. Sur le second de ces motifs est basée l'action de *in rem verso*.

2203. Pour les obligations résultant des délits ou comme des délits des personnes *alieni juris*, c'est le droit civil lui-même qui a créé le principe des actions qui se donnent contre le chef, et