

SECONDE DIVISION : *Actions civiles ; actions prétoriennes.*

Cette division des actions se tire de l'autorité qui les a établies. C'est la division, partout existante dans la législation romaine, entre le droit civil et le droit prétorien : appliquée aux personnes, à la propriété, aux successions, aux obligations, on la retrouve encore au sujet des actions. — L'action civile est celle qui est fondée sur une loi, un sénatus-consulte, une constitution ou toute autre source du droit civil. L'action prétorienne, celle qui n'a été introduite que par l'édit du préteur. — Au temps du système formulaire, les deux procédés principaux employés par les préteurs pour investir d'actions des cas non sanctionnés par le droit civil avaient été soit de construire la formule sur une hypothèse fictive (*fictitiæ actiones*), soit, plus fréquemment encore, de la rédiger *in factum*, c'est-à-dire avec une *intentio* qui posait la question au juge, non pas comme une question de droit, mais comme une question de fait (*actiones in factum conceptæ*). Quoiqu'il ne soit plus question, sous Justinien, de pareilles rédactions, cependant elles ont laissé leurs traces dans la définition et dans l'exposé des diverses actions prétoriennes.

Le préteur a ainsi créé soit des actions *in rem*, soit des actions *in personam*.

Parmi les actions *in rem* prétoriennes se comptent principalement :

Comme actions fictives, l'action Publicienne, la *rei vindicatio* ou la Publicienne *rescisoires*, et l'action Paulienne, construites, la première (*Publiciana actio*) sur l'hypothèse fictive qu'une usucapion qui n'avait pas été accomplie l'avait été; les deux suivantes (*rei vindicatio* et *Publicienne rescisoires*), sur l'hypothèse inverse, c'est-à-dire l'hypothèse qu'une usucapion qui avait été accomplie ne l'avait pas été; et la troisième (*Pauliana in rem*, également *rescisoria*), sur l'hypothèse fictive qu'une aliénation qui avait été faite par le débiteur en fraude de ses créanciers n'avait pas eu lieu. — Il ne faut pas confondre avec cette dernière une autre action *Pauliana*, qui est personnelle (*in personam*), venue plus tard, et qui, quoique tendant vers un but analogue, en diffère néanmoins essentiellement.

Comme actions rédigées *in factum* : l'action *Serviana*, donnée au locateur d'un fonds rural, pour poursuivre contre tout tiers détenteur l'exercice de son droit de gage, sur les choses expressément engagées par le fermier pour sûreté du paiement des fermages; — et l'action *quasi-Serviana*, ou *hypothecaria*, pour la poursuite de tout autre droit de gage ou d'hypothèque.

Parmi les actions prétoriennes *in personam*, on peut citer : l'action *de pecunia constituta*, dans laquelle Justinien a fondu l'ancienne action civile *receptitia*; les actions *de peculio*, *de jurejurando*; les actions pénales contre l'altération de l'album (*de albo corrupto*), contre la *vocatio in jus* d'un ascendant ou d'un patron sans autorisation préalable, contre les violences ou autres obstacles apportés à l'exercice d'une *vocatio in jus*, et autres en grand nombre.

TROISIÈME DIVISION : *Actions persécutoires de la chose ; actions persécutoires d'une peine, ou pénales ; actions persécutoires tout à la fois de la chose et d'une peine, ou mixtes.*

Cette division des actions est déduite du but vers lequel l'action est dirigée, ou plutôt de la nature du profit que le demandeur doit en retirer.

— La peine dont il s'agit ici n'est pas une peine publique, réclamée et infligée au nom de la société. Ces actions pénales ne sont que des actions de droit privé, mais qui contiennent, à titre de peine privée, et au profit du demandeur, une condamnation pécuniaire en sus de ce qui lui est dû comme restitution ou comme réparation du préjudice par lui éprouvé.

Au nombre des actions persécutoires de la chose (*rei persecuendæ causa*) sont toutes les actions *in rem*, et presque toutes celles qui dérivent des contrats. Dans le cas de dépôt nécessaire, toutefois, l'action n'a pas toujours ce caractère.

Sont persécutoires d'une peine (*pænæ persecuendæ causa*) plusieurs des actions qui naissent des délits : telles que l'action de vol manifeste ou non manifeste.

Enfin sont mixtes (*tam pænæ quam rei persecuendæ causa*) d'autres actions naissant des délits : comme l'action *vi bonorum raptorum*, et celle *ex lege Aquilia*. — L'action de dépôt nécessaire, quand elle est dirigée contre celui même qui a reçu le dépôt ou contre son héritier personnellement coupable de dol, est aussi mixte, parce qu'elle se donne au double. Il en est de même de l'action contre ceux qui attendent d'être appelés devant le juge pour délivrer aux saintes églises ou autres lieux vénérables les choses qui leur ont été laissées à titre de legs ou de fidéicommissis ; car elle est également donnée au double.

QUATRIÈME DIVISION : *Actions au simple, au double, au triple, ou au quadruple.*

Les actions, dans cette quatrième division, sont envisagées sous un rapport arithmétique entre le montant de la condamnation et un terme d'intérêt qui sert d'unité, et que, dans certains cas, il s'agit de doubler, de tripler ou de quadrupler. Ce terme d'unité, au fond, est la valeur réelle de la chose; c'est-à-dire l'intérêt véritable auquel a droit le demandeur. Sous le système formulaire, il est probable qu'il fallait le prendre tel qu'il était formulé dans l'*intentio*, et que le rapport s'établissait entre l'*intentio* et la *condemnatio*.

Sont au simple, par exemple, les actions découlant de la stipulation, du *mutuum*, de la vente, du louage, du mandat, et autres encore.

Sont au double, immédiatement et par elles-mêmes, les actions *furti nec manifesti et servi corrupti*; — sont au double, mais seulement en cas de dénégation, l'action *ex lege Aquilia*, celle du dépôt nécessaire; et même en cas de simple retard dans la délivrance, l'action *ex legato quod venerabilibus locis relictum est*.

Est au triple la *condictio ex lege* donnée par Justinien, contre ceux qui, dans le *libellus conventionis*, espèce d'acte d'assignation, ont exagéré leur demande.

Sont au quadruple les actions *furti manifesti, quod metus causa*; celle relative aux sommes payées pour susciter un procès par chicane, ou reçues pour abandonner un pareil procès; et la *condictio ex lege* donnée par Justinien contre les *executores litium* (sortes d'huissiers), qui auraient exigé des défendeurs plus qu'ils ne doivent.

CINQUIÈME DIVISION : *Actions de bonne foi, actions de droit strict, actions arbitraires.*

Cette division a été déduite, sous le système formulaire, de la nature et de l'étendue des pouvoirs conférés au juge par la formule.

L'action de droit strict (*stricti juris*) est celle dans laquelle la formule pose au juge une question de droit civil dans laquelle il est strictement renfermé, sans pouvoir prendre en considération aucune circonstance quelconque d'équité ou de bonne foi, en dehors des principes de ce droit.

L'action de bonne foi (*bonæ fidei*), sous ce système, est celle dans laquelle le juge, au moyen de ces expressions *EX FIDE BONA*, ou autres équivalentes, est chargé par la formule de condamner ou d'absoudre selon la bonne foi. En conséquence : 1° tout fait de dol de la part de l'une ou de l'autre des parties doit y être pris en considération par le juge; d'où il suit que toute exception déduite d'un principe de bonne foi y est inhérente et comme sous-entendue; 2° tout ce qui est d'usage commun dans les mœurs et dans la coutume doit y être suppléé d'office par le juge; 3° le juge doit y opérer compensation de ce que les parties se doivent réciproquement l'une à l'autre par suite de la même affaire (*ex eadem causa*); 4° les fruits des choses dues, ou les intérêts s'il s'agit de sommes d'argent, y sont mis à la charge du débiteur à partir de sa seule demeure.

Enfin l'action arbitraire (*actio* ou *formula arbitraria*) est celle dans laquelle le juge, au moyen de ces expressions *NISI RESTITUAT* ou autres semblables, reçoit par la formule le pouvoir de rendre, avant sa sentence, un ordre préalable (*jussus* ou *arbitrium*), par lequel, appréciant *ex æquo et bono* la restitution, ou plus généralement la satisfaction due au demandeur, il enjoint au défendeur de faire cette restitution, ou de donner cette satisfaction : de telle sorte que si le défendeur obéit, et que cet ordre soit exécuté par lui de gré ou de force (*manu militari*), il est absous; sinon, il est condamné à une somme déterminée par l'appréciation du juge, ou, le plus souvent, par le serment du demandeur.

Sous Justinien, ce qui tient à la rédaction de la formule n'existe plus; mais les principes restent les mêmes.

En règle générale, les actions civiles sont de droit strict.

Les actions de bonne foi sont l'exception : aussi, pour les indiquer, procède-t-on par énumération. Justinien cite comme telles à son époque : Les actions de trois contrats réels : *commodati, depositi, pigneratitia*; — Celles des quatre contrats consensuels, *ex empto vendito, locato conducto, pro socio, mandati*; — Celles de quatre quasi-contrats, dont deux analogues au mandat, *negotiorum gestorum, tutelæ*, et deux analogues à la société *familiæ erciscundæ, communi dividundo*; — L'action *præscriptis verbis* provenant de l'échange (*ex permutatione*), et du contrat estimatoire (*de estimato*), ce que nous croyons devoir être généralisé et étendu à tous les cas de l'action *præscriptis verbis*; — Parmi les actions réelles, l'*hereditatis petitio*, que Justinien, pour résoudre les doutes soulevés à ce sujet, décide devoir être rangée parmi les actions de bonne foi; — Enfin l'action *ex stipulatu* en restitution de la dot, dans laquelle Justinien fond l'ancienne action *rei uxoriæ* supprimée par lui, et à laquelle, contrairement aux principes ordinaires de la stipulation, il attribue le caractère d'action de bonne foi qu'avait l'action *rei uxoriæ*. — Les actions naissant d'une stipulation peuvent aussi,

par exception, prendre la forme et les principaux caractères des actions de bonne foi, lorsqu'il s'agit de stipulations dans lesquelles les parties avaient ajouté expressément ce que les Romains appelaient *doli clausula*.

La formule arbitraire forme un genre à part, spécialement propre aux actions *in rem*. Elle était indispensable sous le système formulaire, pour éviter les inconvénients du principe que toute condamnation était pécuniaire. Au moyen de l'ordre préalable de restitution, exécuté, au besoin, *manu militari*, le demandeur était réintégré dans sa chose même, quand cela était possible. En conséquence, sont arbitraires toutes les actions réelles, tant civiles, comme la *rei vindicatio*, les actions *confessoria* et *negatoria*, que prétoriennes, comme les actions *Publiciana, Serviana, quasi-Serviana*. En outre, parmi les actions personnelles civiles, celles *ad exhibendum* et *finium regundorum*; parmi les actions personnelles prétoriennes, celles *quod metus causa*, et *de dolo malo*, parce que ces quatre actions ont un caractère restitutoire ou exhibitoire; plus l'action *de eo quod certo loco*, qui offre une particularité toute spéciale. C'est une question que de savoir si les actions noxales devenaient toutes arbitraires par cela seul qu'elles prenaient la qualité de noxales.

SIXIÈME DIVISION : *Actions directes et actions indirectes.*

L'action *directe* est celle qui est donnée contre une personne pour les obligations provenant de son propre fait, ou du fait de ceux à qui elle a succédé.

L'action *indirecte* est celle qui est donnée contre une personne à raison des faits d'une autre : principalement de ses esclaves ou de ses fils de famille. — Elle peut s'appliquer aux obligations nées de contrats ou comme de contrats, et à celles nées de délits ou comme de délits.

Pour les obligations résultant de contrats ou comme de contrats, le principe du droit civil est que le chef de famille n'est pas obligé par le fait de ses esclaves ou de ses fils de famille. Mais le droit prétorien a introduit les diverses actions indirectes : *quod jussu, institoria, exercitoria, tributaria, de peculio et de in rem verso*.

On peut dire de la plupart de ces actions, notamment de celles qualifiées *institoria, exercitoria, de peculio et de in rem verso*, que ce sont moins des actions proprement dites, que des qualifications, des attributs que peuvent prendre les actions diverses résultant de divers contrats ou quasi-contrats. Ainsi l'action de vente, d'achat, de louage, de société, sera, selon le cas, *institoria, exercitoria, de peculio et de in rem verso*, quand ces contrats émaneront d'un *institor*, d'un *exercitor*, d'un esclave ou d'un fils de famille.

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 qu'on nomme actions noxales.

SEPTIÈME DIVISION : *Actions noxales; actions de pauperie.*

Une action est appelée noxale, lorsqu'elle laisse à celui contre qui elle est dirigée la faculté de se libérer de l'obligation résultant d'un délit, d'un quasi-délit, ou d'un préjudice qui a été causé, en faisant abandon de la personne qui l'a commis, ou de l'animal qui l'a occasionné.

Les actions noxales dérivent, non du droit prétorien, mais du droit civil; elles sont basées sur cette considération, que le chef de famille doit être obligé au moins jusqu'à concurrence de son droit de propriété sur l'individu auteur du délit ou sur l'animal cause du préjudice.

La condamnation y est modifiée par ces mots « AUT NOXÆ DEDERE, » qui laissent au défendeur l'alternative de payer, ou, s'il aime mieux, de se libérer en faisant l'abandon noxal. Peut-être même l'*intentio* de la formule était-elle modifiée elle-même par cette adjection, NEQUE NOXÆ DEDAT; ce qui aurait rendu toute action noxale arbitraire, du moins en ce sens que la formule aurait donné formellement au juge la mission d'absoudre le défendeur s'il faisait l'abandon avant la sentence.

C'est pour les actions noxales qu'il est éminemment vrai de dire que cette épithète de *noxales* désigne uniquement une qualité, un attribut, dont peuvent être investies les diverses actions nées de délits ou comme de délits : ainsi les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriae ex lege Aquilia*, et toutes autres semblables, deviennent *noxales* quand elles sont données contre le chef de famille pour le fait de son fils ou de son esclave.

L'action de *pauperie*, qui vient des Douze Tables, et qui se donne contre le propriétaire d'un animal pour réparation du préjudice occasionné par cet animal, est une action particulière, ayant son existence propre; qui, en outre, a la qualité d'être noxale.

HUITIÈME DIVISION : Actions perpétuelles et actions temporaires.

Les actions sont considérées ici sous le rapport de leur durée. Il ne s'agit pas de la durée de l'instance une fois que l'action a été intentée, mais de la durée du droit même d'agir, à compter du moment où ce droit est né. Ainsi considérées, les actions sont ou perpétuelles, ou temporaires.

Avant le temps du Bas-Empire, l'expression perpétuelle était prise à la lettre : elle désignait une durée indéfinie. — Étaient perpétuelles, en général et sauf quelques rares exceptions, les actions civiles, c'est-à-dire fondées sur une loi, sur un sénatus-consulte, sur une constitution ou toute autre source du droit civil. — Étaient temporaires, avec une durée limitée communément à un an, la plupart des actions prétorienes, c'est-à-dire basées seulement sur l'édit du préteur. Cependant le préteur avait aussi créé des actions perpétuelles. La règle suivie par lui en cette matière paraît avoir été celle-ci : il avait limité à un an de durée les actions pénales de sa propre invention, ou les actions persécutoires de la chose, mais contraires au droit civil, telles que les actions rescisoires; tandis qu'il avait rendu perpétuelles celles des actions pénales, telles que l'action *furti manifesti*, et généralement les actions persécutoires de la chose, qui étaient données plutôt par imitation, par adoucissement ou par supplément, que par contradiction du droit civil.

D'après des constitutions du Bas-Empire, toute action, soit réelle, soit personnelle, s'éteint par trente ans de non-exercice; le terme le plus long est celui de quarante ans, pour un petit nombre de cas exceptionnels. Ainsi, sous Justinien, il n'y a véritablement plus d'action perpétuelle; mais cette épithète est conservée pour désigner les actions trentenaires (qui jadis étaient perpétuelles), par opposition à celles dont la durée se trouve limitée à un moindre temps.

NEUVIÈME DIVISION : Actions transmissibles ou non transmissibles pour ou contre les héritiers.

L'héritier, continuant la personne juridique du défunt, recueille, en général, toutes ses actions, tant celles qu'avait le défunt que celles qu'on avait contre lui.

Cependant il y a exception pour certains cas dans lesquels le droit du défunt ou son obligation avaient un caractère tout individuel, et étaient comme attachés à sa personne physique elle-même.

Ainsi, pour les actions qu'avait le défunt, celles qui avaient pour but de protéger des droits tout personnels, comme l'usufruit, l'usage, l'habitation, ne passent pas aux héritiers; non plus que l'action d'injures, l'action de testament inofficieux, et en général celles qui sont l'exercice d'un ressentiment personnel.

Quant aux actions qu'on avait contre le défunt, la criminalité étant exclusivement personnelle à l'auteur du délit, les actions pénales résultant des faits du défunt ne se donnent pas, quant à la poursuite de la peine même privée, contre les héritiers : elle ne se donne contre eux que jusqu'à concurrence de ce dont le délit du défunt les aurait enrichis.

Mais si la *litis contestatio* a eu lieu du vivant du défunt, toute action, soit pour, soit contre lui, est devenue par là un droit acquis, transmissible pour ou contre les héritiers.

Sentence. — Condamnation.

La sentence contient ou condamnation, ou absolution du défendeur. — Dans certains cas, ceux des trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, elle contient ou peut contenir, en outre, adjudication; et la condamnation a cela de particulier qu'elle peut y être prononcée tant contre l'une que contre l'autre des parties. — Enfin, dans les actions préjudicielles, la sentence ne contient ni condamnation, ni absolution, mais seulement constatation de l'existence ou de la non-existence d'un droit ou d'un fait.

La condamnation, sous le système des actions de la loi, pouvait atteindre directement la chose même objet du litige. — Sous le système formulaire, elle était toujours pécuniaire. — Dans la procédure extraordinaire, et notamment sous Justinien, on revient à ce qui se pratiquait dans les actions de la loi : la condamnation peut porter directement sur la chose même litigieuse; ainsi elle peut être, soit d'une somme d'argent déterminée (*certæ pecuniæ*), soit d'une chose (*rei*). — A cette époque le juge peut prononcer des condamnations même contre le demandeur.

Plus-pétition et autres erreurs dans la demande.

C'était une conséquence forcée des principes de la procédure formulaire que l'exagération dans la demande, en d'autres termes, la plus-pétition (*pluris petitio*), devait entraîner absolution du défendeur, et par suite déchéance pour le demandeur, soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*, de tout exercice ultérieur de la même action : *causa cadebat*, selon l'expression employée alors.

Il n'en est plus de même sous Justinien. Les effets de la plus-pétition sont moins dangereux pour le demandeur.

On peut demander plus qu'il n'est dû sous quatre rapports : sous

celui de la chose demandée, du temps, du lieu, ou enfin du mode de l'obligation, par exemple, quand elle est alternative et qu'on demande un seul des objets qu'elle embrasse, quand elle est de genre (*generis*) et qu'on demande un objet déterminé (*speciem*). Les Romains expriment ces quatre sortes de plus-pétition par ces quatre mots : *re, tempore, loco, causa*.

D'après une constitution de l'empereur Zénon, le demandeur qui actionne avant le temps (*qui tempore plus petit*) doit subir 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.

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

Les autres erreurs dans la demande, comme la demande en moins, ou la demande d'une chose pour une autre, ne font encourir aucun péril au demandeur, en ce sens qu'elles peuvent être réparées dans l'instance même.

Causes qui peuvent diminuer le montant de la condamnation. — Compensation.

La condamnation peut ne pas être de la totalité de la chose due, par divers motifs :

D'abord, par suite de la compensation, qui est définie par Modestinus : « *Debiti et crediti inter se contributio*, » et dont Pomponius indique en ces termes l'utilité et le fondement raisonnable : « *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.* »

Il faut bien distinguer, sous le système formulaire, trois nuances diverses de compensation :

1° La compensation dans les actions de bonne foi, qui a lieu sans intervention du magistrat ni concession spéciale, pour les obligations procédant de la même cause (*ex eadem causa*), même d'objets différents (*ex dispari specie*), et dont l'effet est de donner au juge le pouvoir de ne condamner le défendeur qu'au paiement du reliquat;

2° La compensation dans les actions de l'*argentarius*, ou banquier faisant le commerce de l'argent, qui doit être opérée par l'*argentarius* lui-même, qui a lieu pour des obligations procédant de causes diverses (*ex dispari causa*), mais pour des objets de même nature et fongibles (*ex pari specie*), et dont l'effet est de faire déchoir pour cause de plus-pétition l'*argentarius* qui a négligé de la faire lui-même dans sa demande;

3° La compensation dans les actions de droit strict intentées par toutes les personnes, qui n'est introduite dans la formule que sur l'opposition de l'exception de dol. Si le demandeur persévère jusqu'à la *litis contestatio* dans son refus de modifier la formule en conséquence, et que l'exception de dol y soit insérée, il court les risques de cette exception, qui emporte contre lui, ici comme partout ailleurs, déchéance lors-

qu'elle est vérifiée. — Cette compensation a lieu *ex dispari causa*. — La question de savoir s'il faut ou non que ce soit *ex pari specie* est douteuse. Nous croyons à l'affirmative.

Dans les actions arbitraires, il résulte de la nature même de ces actions que le demandeur est encore admis jusqu'à la sentence du juge à faire les paiements ou remboursements dont il est tenu envers le défendeur, et à éviter ainsi les effets de l'exception de dol.

Les unes et les autres de ces compensations, une fois admises, ont un effet rétroactif reporté, pour le calcul du reliquat, à l'instant même de la coexistence des deux créances réciproques; mais jamais on ne peut conclure de là qu'elles soient un mode d'extinction des créances, ni qu'elles forment ce que nous appelons aujourd'hui des *compensations légales*.

Le système de la procédure extraordinaire apporte de grands changements aux règles de la compensation, par deux motifs : 1° que le juge a une compétence générale; 2° que les exceptions ou autres modifications jadis usitées n'ont plus besoin d'être insérées dans une formule pour que le juge ait à exercer les pouvoirs qui en résultaient jadis pour lui. — Justinien donne à ce système son dernier développement. Il admet la compensation dans toutes les actions *ex pari* ou *ex dispari causa*, sans le secours d'aucune exception ni modification de la formule; mais il exige que la créance opposée en compensation soit liquide (*liquida*), c'est-à-dire d'un droit certain (*jure aperto*) ou du moins facile à vérifier par le juge. Sa constitution ni les textes de son époque ne disent si la condition *ex pari specie* est nécessaire : pour son époque nous ne le croyons pas. Il veut aussi, par respect pour la fidélité due au dépôt, que la compensation ne puisse avoir lieu dans l'action *depositi*. D'ailleurs, par suite de l'abrogation des formules et des règles sur la déchéance, c'est le juge qui, à défaut du demandeur, opère la compensation et diminue d'autant la condamnation; et il peut, à cette époque, condamner le demandeur, s'il y a lieu.

Condamnation in id quod facere potest, ou, selon l'expression des commentateurs, Bénéfice de compétence.

Il est accordé, dans certains cas, au débiteur l'avantage de ne pouvoir être condamné que jusqu'à concurrence de ce que ses facultés lui permettent (*in id quod facere potest*); ce qui, par interprétation de la jurisprudence, emporte l'idée qu'on lui laissera de quoi l'empêcher d'être réduit à un entier dénûment (*ne egeat*).

Dans le système de la procédure formulaire, c'était sous la forme d'une restriction mise à la condamnation, *duntaxat in id quod facere potest* CONDEMNATA, que le débiteur faisait valoir cet avantage. Les Romains lui donnaient, en conséquence, le titre d'*exceptio quod facere potest*. Les commentateurs le désignent sous le nom assez barbare de *Bénéfice de compétence*.

Ce bénéfice appartient aux ascendants poursuivis par leur descendant; — aux frères, entre eux; — au patron, à la patronne, à leurs enfants et descendants 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 : il y a cela de tout particulier, dans ce cas, que le patrimoine s'y estime en

faisant déduction des dettes du donateur envers d'autres créanciers, afin que le donataire ne profite de la libéralité que dettes payées (*et quidem is solus deducto aere alieno*); à celui qui fait cession des biens, et à quelques autres encore.

TITULUS XIII.

DE EXCEPTIONIBUS.

Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Sæpe enim accidit ut, licet ipsa persecutio qua actor experitur justa sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur.

2248. Nous avons déjà indiqué (n^o 1940 et suiv.) quelle a été chez les Romains l'origine, et quelle était la nature des exceptions. Elles ont été une conséquence naturelle de la procédure par formules, et de la division des fonctions judiciaires entre le magistrat disant le droit et le juge jugeant l'affaire. Leur véritable caractère n'existe dans toute son intégrité et ne se comprend bien que dans ce système. Déjà au temps de Justinien ce caractère est dénaturé, parce que la procédure par formules n'est plus en usage. Nous serons donc obligés de nous reporter sans cesse au système des formules, pour bien expliquer les exceptions.

2249. Le magistrat chargé de dire le droit, ou selon l'expression consacrée, chargé de la juridiction, communément le préteur, lorsqu'on lui demande l'action, et, par suite, la formule qui doit la régler avec renvoi devant le juge, peut avoir soit à refuser, soit à accorder cette action. Il doit la refuser si, selon les règles du droit, il n'existe pas d'action, c'est-à-dire si, d'après les règles du droit, les faits allégués, même en les tenant pour vrais, ne constituent pas une obligation, n'engendrent pas une action, ou bien si l'action a cessé d'exister et est éteinte en droit. Cette question de savoir s'il y a action ou non, quoique liée aux faits, est essentiellement une question de droit; c'est le magistrat qui la résout seul. S'il ne donne pas d'action, tout est fini: il n'y a lieu ni à aucune défense, ni à aucune exception; on ne va pas devant le juge.

2250. Au contraire, s'il donne l'action, alors il dresse, il accommode la formule aux parties, et il les renvoie devant le juge: c'est dans ce cas que les exceptions peuvent être nécessaires. En effet, nous savons que le juge est obligé de se renfermer dans le cercle plus ou moins étroit que lui a tracé la formule. Nous savons que la prétention du demandeur, qui est le fondement de l'action, se trouve résumée dans cette partie de la formule qu'on nomme *intentio*; et que le juge est chargé de vérifier si cette *intentio* est fondée, et de condamner ou d'absoudre, selon qu'elle l'est ou ne l'est pas. Si le défendeur ne prétend se défendre que

TITRE XIII.

DES EXCEPTIONS.

Après les actions, vient à examiner les exceptions. Elle sont données comme moyen de défense à ceux contre lesquels l'action est dirigée. Souvent, en effet, il arrive que l'action du demandeur, quoique fondée en droit, est inique à l'égard de la personne attaquée.

par la contradiction de l'*intentio*, en déniaut qu'elle soit fondée; par exemple, dans l'action personnelle: *SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE*, en déniaut qu'il doive dix mille sesterces à Aulus Agerius; ou, dans l'action réelle: *SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE*, en déniaut que l'esclave appartienne à Aulus Agerius; il n'y a rien à ajouter de particulier à la formule; cette contestation aura lieu de droit devant le juge, puisqu'il est chargé de vérifier si l'*intentio* est fondée ou non, et de prononcer en conséquence.

Mais il peut se faire que le préteur ait dû donner l'action, parce qu'elle existait selon le droit civil; que l'*intentio* soit fondée en droit strict; que la condamnation dût en être la conséquence; et que cependant, à cause de quelque circonstance particulière alléguée par le défendeur, cette condamnation, si elle avait lieu, dût être inique, contraire à l'équité: par exemple, si le défendeur prétend que sa promesse ou que l'acte d'aliénation lui a été surpris par dol ou arraché par violence; ou contraire à quelque règle établie soit par quelque loi, par quelque sénatus-consulte, par quelque constitution impériale, qui auront procédé, non pas en abrogeant le droit civil antérieur, mais en y faisant exception; soit par le préteur, ou par la jurisprudence: par exemple, quand il y a déjà chose jugée en un cas où le droit primitif n'est pas éteint *ipso jure* par la sentence.

2251. S'il fût entré dans l'office du juge de recevoir l'allégation de pareils faits, de les apprécier et de les prendre en considération, il n'y eût eu pour le préteur aucune nécessité de rien ajouter de particulier à cet égard dans la formule; mais il n'en était pas ainsi. Dans la plupart des actions, la formule, si rien n'y avait été ajouté, n'aurait laissé au juge d'autre mission que de vérifier l'*intentio*; et, si elle était fondée en droit, de condamner, sans pouvoir s'occuper d'aucune autre allégation d'équité. En conséquence, le défendeur, pour faire attribuer au juge des pouvoirs suffisants, lors du débat devant le préteur relativement à l'action et à la formule, présentait son allégation à ce magistrat lui-même, afin qu'il l'insérât dans la formule de manière à donner au juge ordre de l'examiner et d'y avoir égard. C'était au préteur à décider s'il y avait lieu ou non d'accorder au défendeur ce moyen de défense; et s'il trouvait qu'il y eût lieu, il le faisait dans la formule sous la forme d'exception, c'est-à-dire en exceptant soit de la prétention énoncée dans l'*intentio*, soit de la condamnation à prononcer, le cas où il y aurait eu, par exemple, dol, violence ou tout autre fait allégué par le défendeur. Ainsi, l'exception était véritablement, et dans toute la propriété étymologique du terme, une exception, une restriction mise par le préteur soit à l'*intentio*, soit à la *condemnatio* (1).

(1) « Exceptio dicta est quasi quædam exclusio.... ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est. » (Dig. 44. 1. 2. pr. f. Ulp.)