

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. Comparatae autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Saepe 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 quaedam exclusio.... ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est. » (Dig. 44. 1. 2. pr. f. Ulp.)

2252. Nous avons déjà expliqué (n^o 1645 et 1946) comment elle portait tantôt sur l'une et tantôt sur l'autre de ces parties de la formule; et comment ces dernières, dont la rédaction était alors bien différente, pouvaient être conçues de manière à faire restreindre seulement le montant de la condamnation: « Exceptio, nous dit le jurisconsulte Paul, est conditio quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem (1). » Il importe de ne pas confondre l'une avec l'autre.

2253. Toutes les exceptions, nous dit Gaius, sont conçues en forme négative, parce que le défendeur affirme le fait qui sert de fondement à l'exception, et que la condamnation ne doit avoir lieu que si ce fait *n'est pas vrai*. « Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quia affirmat is cum quo agitur (2). » Par la raison inverse, l'*intentio* est toujours conçue en forme affirmative, parce que le demandeur affirme le fait qui y sert de fondement, et que la condamnation ne doit avoir lieu que si ce fait *est vrai*. Ainsi, le demandeur, Aulus Agerius, affirmant que le défendeur, Numerius Negidius, lui doit par stipulation dix mille sesterces, et celui-ci opposant qu'il y a eu dol dans l'affaire, l'*intentio* sera ainsi conçue affirmativement: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE: et ensuite l'exception négativement conçue: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT (s'il n'y a eu et s'il n'y a aucun fait de dol de la part d'Aulus Agerius), CONDEMNA, etc.

On voit par là, comme nous le dit encore Gaius, que toute exception est insérée dans la formule sur l'allégation du défendeur, pour rendre la condamnation conditionnelle: « Omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulæ inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem (3) », en ce sens que la condamnation ne doit avoir lieu que si le fait sur lequel repose l'exception n'est pas justifié.

Cependant, malgré ces expressions absolues, *omnes exceptiones*, ou autres semblables qui se rencontrent quelquefois, tout cela n'est vrai que pour les exceptions de la première classe, et non pour celles dont l'effet est de faire restreindre seulement le montant de la condamnation. C'est parce que les premières sont de beaucoup les plus générales, celles qu'on peut appeler les exceptions proprement dites, que souvent les jurisconsultes font abstraction des autres.

2254. La formule étant ainsi posée, nous voyons quel est l'office du juge. Il ne doit condamner que si, avant tout, les faits sur lesquels repose l'*intentio* sont prouvés. C'est le demandeur qui affirme ces faits, c'est à lui à en fournir d'abord la preuve; car la circonstance que le défendeur a fait insérer dans la formule une exception n'est pas un acquiescement à l'*intentio*. « Non

(1) Dig. 44. 1. 22. pr. f. Paul. — (2) Gai. 4. 119. — (3) Ibid.

utique existimatur confiteri de intentione adversarius cum quo agitur, quia exceptione utitur (1). » — Si le demandeur ne prouve pas son *intentio*, le défendeur n'a besoin d'aucune autre défense: la condamnation n'aura pas lieu (2). — Mais si l'*intentio* est prouvée, alors on arrive aux débats de l'exception (3). Le juge ne doit condamner que si les faits sur lesquels repose l'exception ne sont pas justifiés; c'est le défendeur qui affirme ces faits, c'est à lui à les prouver: « Qui excipit probare debet quod excipitur, » dit Celse (4). Et Ulpien énonce le même principe sous une autre forme plus élégante: « Reus in exceptione actor est (5), » le défendeur, dans son exception, devient demandeur.

2255. En résumé, nous voyons que, de même que le magistrat disant le droit (*jurisdictionem habens*) accommode l'action au demandeur, de même il accommode l'exception au défendeur;

Que, de même que le juge est chargé par la formule de vérifier si l'action du demandeur est fondée ou non, de même il est chargé de vérifier si l'exception du défendeur l'est ou ne l'est pas.

Ainsi, le magistrat décide s'il y a lieu, en droit, de donner ou de refuser l'action ou l'exception, sans rien préjuger sur leur mérite. Le juge vérifie si elles sont justifiées ou non. Le premier règle l'affaire en droit, le second la juge.

2256. Nous voyons encore que la nécessité d'insérer dans la formule, sous forme d'exception à la prétention énoncée dans l'*intentio*, certains faits allégués par le défendeur, vient de ce que sans cela le juge n'aurait pas le droit de s'en occuper et d'y avoir égard. Par conséquent, si la nature de l'action est telle que, par elle-même, elle donne au juge pouvoir suffisant de prendre certains faits en considération, il est inutile d'insérer ces faits en exception dans la formule. C'est ce qui a lieu dans le cas des actions de bonne foi, comme nous l'avons expliqué ci-dessus. Le juge étant spécialement chargé par la formule de ces actions d'examiner si l'*intentio* est fondée EX BONA FIDE, c'est-à-dire non pas selon le droit strict, mais selon la bonne foi, il a, par cela même, mission de prendre en considération les faits qui rendraient la prétention du demandeur contraire à l'équité. Aussi les exceptions de dol, de violence et autres, fondées sur la bonne foi, sont-elles superflues ici, et toujours sous-entendues dans les actions de bonne foi. « Doli exceptio inest de dote actioni, ut in cæteris bonæ fidei judiciis, » nous dit Ulpien (6). De même Julien, en parlant de l'action de vente, nous dit encore: « Quia hoc iudicium fidei bonæ est, continet in se doli mali exceptionem (7). »

(1) Dig. 44. 1. 9. f. Marcell. — (2) Cod. 8. 36. 9. const. Diocl. et Maxim. — (3) Ibid. — (4) Dig. 22. 3. 9. — (5) Ibid. 44. 1. 1. — C'est de là que nous vient l'adage vulgaire: *Reus excipiendo fit actor*. — (6) Dig. 24. 3. 21. in fin. — (7) 30. 1. 84. § 5. Voir ci-dessus, n^o 1988.

2257. Enfin, dans quels cas tel fait allégué par le défendeur devait-il faire refuser l'action totalement? dans quels cas faire insérer seulement une exception dans la formule? Cela tenait aux principes du droit romain sur la manière dont les droits réels et les obligations prenaient naissance ou s'éteignaient : principes que nous avons déjà exposés ci-dessus. Cela venait surtout de ce qu'en droit strict certains faits étaient considérés comme n'ayant pas le pouvoir d'éteindre l'obligation, et par suite l'action; tandis que le prêteur, afin de corriger cette rigueur civile, voulait, tout en donnant l'action, qu'on ne condamnât pas, si ces faits étaient justifiés; ou bien de ce que quelque loi, quelque sénatus-consulte, quelque constitution impériale, tout en laissant subsister en principe le droit civil, y avait apporté une dérogation sous forme d'exception. — Ainsi, que le demandeur sollicite l'action pour un cas de stipulation inutile, le prêteur, si le fait de nullité est constant et reconnu, refusera totalement l'action, parce que, dans ce cas, il n'y a, selon le droit, ni obligation, ni, par conséquent, action; et, au besoin, le juge absoudra. Qu'il la sollicite, au contraire, pour une stipulation entachée de dol, elle n'existe pas moins selon le droit; le prêteur donnera l'action, mais en mettant l'exception de dol. De même, que le demandeur sollicite l'action pour une stipulation au sujet de laquelle il y a eu acceptation, le prêteur, si le fait de l'acceptation est constant, refusera l'action, parce que, selon le droit civil, l'acceptation l'a éteinte complètement; et, au besoin, le juge absoudra. Au contraire, qu'il y ait eu simplement un pacte par lequel le créancier a fait, sans solennité, remise de la dette, comme en droit l'action de stipulation n'est pas éteinte pour cela, le prêteur la donnera, mais il y mettra l'exception du pacte.

2258. Une autre circonstance pouvait rendre nécessaire d'employer la voie d'une exception, même dans certains cas où le fait allégué par le défendeur aurait été de nature à pouvoir faire refuser l'action : c'était lorsqu'il y avait doute et contestation sur ce fait. Mais toujours il faut, en ces sortes de situations, qu'il s'agisse d'un fait qui n'est pas compris dans les règles mêmes du droit civil, et qui n'y apporte qu'une dérogation exceptionnelle. Le prêteur, investi du pouvoir de refuser d'autorité l'action quand ce fait était constant, avait le soin, au contraire, en cas de doute, pour ne pas prendre sur lui la charge d'en examiner les preuves, d'en entendre les débats et d'en juger l'existence ou la non-existence, de donner l'action, mais en mettant sous forme d'exception le fait contesté, dont la vérification était ainsi renvoyée au juge. Nous allons en voir un exemple, à l'occasion du serment, dans le § 4 de ce titre. Nous en voyons un autre à l'occasion du bénéfice de division entre plusieurs fidéjusseurs dont l'un ou quelques-uns sont insolubles, circonstance qui fait dénier l'action, ou simplement accorder une exception, selon que l'insolvabilité est reconnue

ou contestée (1), et pareillement dans le cas des sénatus-consultes Macédonien ou Velléien (2) (ci-dess., n° 1411 et 2217).

Il nous reste à parcourir les divers exemples d'exceptions qui sont donnés par le texte.

I. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palam est jure civili te obligatum esse : et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi *exceptio metus causa, aut doli mali, aut in factum composita*, ad impugnandam actionem.

I. Par exemple, si, forcé par crainte, entraîné par dol, ou tombé en erreur, tu as, sur la stipulation de Titius, promis ce que tu ne devais pas promettre, il est évident que, d'après le droit civil, tu es obligé, et l'action par laquelle on soutient que tu dois donner existe valablement; mais la condamnation serait inique; aussi, pour repousser l'action, on te donne l'exception de crainte, de dol, ou une exception conçue en fait.

2259. *Aut errore lapsus*. Il ne s'agit pas d'une erreur sur l'objet même de la stipulation, lorsque l'un a cru stipuler telle chose, et l'autre promettre telle autre; car cette erreur, comme nous l'avons vu (ci-dess., n° 1370, liv. 3, tit. 19, § 23), entraînerait la nullité de la stipulation elle-même, et par conséquent il n'y aurait pas d'action. Il s'agit de toute erreur grave qui aurait déterminé mon consentement, et qui, sans rendre mon obligation nulle en droit civil, la rendrait contraire à l'équité. Les jurisconsultes romains font rentrer ce cas dans celui de dol, parce qu'il y a dol de la part de l'adversaire à avoir induit le promettant en erreur, ou à vouloir profiter de son erreur (3).

2260. *Exceptio metus causa, aut doli mali*. L'*exceptio metus causa* était ainsi conçue : *SI IN EA RE NIHIL METUS CAUSA FACTUM EST* (4). Nous venons de voir (ci-dess., n° 2253) comment était conçue celle de dol : *SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT*. La différence entre ces deux rédactions nous signale déjà une grande différence entre les deux exceptions. L'exception *metus causa* est générale; elle comprend tous les cas de violence, quel que soit l'auteur de la violence. C'est ce qu'exprime Ulpien en disant qu'elle est *in rem scripta*, écrite généralement contre la chose, c'est-à-dire contre la violence même, quel qu'en soit l'auteur (5). L'exception *doli mali*, au contraire, selon les expressions d'Ulpien, n'embrasse que la personne qui a commis le dol, « *personam complectitur ejus qui dolo fecit* »,

(1) Voir ci-dessus, n° 1395, Inst. 3. 20. § 4. — Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 28. f. Paul., au sujet de l'exception : « *SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT.* » Il peut être élevé un doute très-sérieux sur la question de savoir si cette exception était une de celles qui restreignaient seulement le montant de la condamnation, par exemple : *in solidum condemna* « *SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT;* » ou bien si elle était placée de manière à rendre la condamnation conditionnelle. V. *Ibid.* 26. f. Gai. 27. § 4. f. Ulp. — Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 10. const. Alex. — (2) Dig. 14. 6. 1. § 1. f. Ulp. — 7. § 4 jusqu'à 8. f. Ulp. — (3) Dig. 44. 4. *De doli mali et met. except.* 4. § 3. f. Ulp. — 17. pr. f. Scævola. — (4) *Ibid.* 4. f. Ulp. § 33. — (5) *Ibid.*

c'est-à-dire qu'on ne peut l'opposer qu'à l'auteur même du dol. Dans sa personne, bien entendu, sont compris ses héritiers; car, s'agissant non pas de pénalité, mais de persécution de la chose, ils prennent sa place sur ce point, et peuvent avoir à subir l'exception de dol de son chef. Les jurisconsultes romains étendaient même cette règle à tous les successeurs ou ayants cause à titre gratuit : « Proinde ex quacunque alia causa, quæ prope lucrativam habet acquisitionem, quæsisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona ejus in cujus locum successit. » Si le dol ne vient pas de lui ou de quelqu'un dont il soit le successeur ou l'ayant cause à titre gratuit, le demandeur n'a rien à craindre de l'exception (1). La gravité du vice résultant de la violence, acte commis par la force brutale, le plus souvent par des personnes inconnues ou déguisées, a fait admettre cette différence.

Du reste, l'exception de violence n'est qu'une spécialité de l'exception de dol. Celle de dol est générale, tant pour le dol proprement dit que pour la violence, et même pour le cas d'erreur, comme nous l'avons dit ci-dessus; car le mot *dol* s'étend à tout ce qui est contraire à la bonne foi. On pourrait donc, dans le cas de violence, opposer l'exception de dol; Cassius même, au dire d'Ulpien, ne proposait que cette dernière exception. Mais l'exception spéciale de violence prend toute son utilité lorsque la violence n'a pas été commise par l'adversaire même, car, dans ce cas, celle de dol serait inapplicable (2).

Enfin, nous voyons par les termes mêmes de l'exception de dol, *si nihil dolo malo factum sit, neque fiat*, qu'elle ne s'applique pas seulement au dol qui aurait été commis par l'adversaire au moment du contrat ou de l'aliénation; mais qu'elle embrasse toute espèce de dol, passé ou présent, qui aurait été commis ou qui serait commis par l'adversaire. C'est ainsi que, si le fait même de demander l'objet en litige était un acte de mauvaise foi, contraire à l'équité, l'exception de dol serait applicable. « Nam et si initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose (3). » Nous en avons vu divers exemples (ci-dess., n° 2185 et 2188).

2260 bis. Il est des interprètes qui ont pensé, et cette opinion a été ravivée dans ces derniers temps, que l'exception *doli mali* insérée dans une formule de droit strict avait pour effet de transformer cette action en action de bonne foi. Cette opinion se fonde sur une constitution d'Antonin, qui semble le dire textuellement de la réplique de dol : « *Replicatio doli opposita bonæ fidei judicium facit* », et sur un fragment de Papinien, d'où on croit pouvoir le déduire aussi pour l'exception de dol : « *Doli non inutiliter opponetur exceptio; bonæ fidei autem judicio constituto... etc.* (4). » Nous ne saurions admettre cette proposition ni

(1) Dig. 44. 4. 4. f. Ulp. §§ 27 à 31, et 33. — (2) *Ibid.* § 33. — (3) *Ibid.* 2. § 5. f. Ulp. — (4) Con. 8. 36. De except. 3. c. Anton. — D. 39. 6. De mort. caus. donat. 42. pr. f. Papin.

quant à l'exception ni quant à la réplique de dol. Notez qu'il ne serait plus question ici du cas seulement où l'exception de dol a pour but de faire opérer une compensation; point sur lequel nous nous sommes déjà expliqué ci-dessus, n° 2180 et suivants; il s'agirait d'une règle générale, pour tous les cas d'exception ou de réplique de dol. S'il faut en passer par cette opinion, je déclare ne plus rien comprendre ni à la formule de l'action dans le système formulaire des Romains, ni à la mission du juge, ni à ses attributions, qui lui sont tracées dans cette formule. Il faut effacer tout ce que nous avons appris là-dessus dans les fragments des jurisconsultes romains, presque tous les textes où il est parlé d'exception de dol; toutes les rédactions des diverses parties de la formule et notamment celle de l'exception de dol, qui nous ont été transmises techniquement par Gaius, et effacer aussi cette phrase où Gaius indique d'une manière si précise les effets de l'exception de dol : « Ita formulæ inseritur ut conditionalem faciat condemnationem, id est ne aliter judex eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re qua de agitur, dolo actoris factum sit (1) »; effacer également ce qu'il a dit de la réplique : « per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis (2) »; et la manière dont nous savons que ces répliques étaient conçues, et ce qu'en dit Ulpien de son côté : « Quæ quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant (3). » Rien de tout cela n'est conciliable avec le prétendu effet de transformer l'action de droit strict en action de bonne foi. Comment, si un effet aussi prodigieux avait été produit par l'exception ou par la réplique de dol, ni Gaius en traitant spécialement de ces parties de la formule, ni Ulpien, ni les autres jurisconsultes cités au titre spécial du Digeste de *exceptionibus*, n'en auraient-ils dit un seul mot, et auraient-ils au contraire signalé des effets diamétralement opposés, que la seule rédaction de la formule amenait forcément? Comment faire prévaloir sur tout cet ensemble si logique, si bien décrit aujourd'hui, une phrase incidente, en quelque fragment isolé, phrase dont la portée est mal connue ou mal appréciée? Ne serait-ce pas faire prévaloir une incertaine casuistique de détail, sur les parties les plus vigoureusement enchaînées du système romain? Sans doute nous savons que la *clausula doli* pouvait faire rédiger une action provenant d'un contrat de droit strict en action de bonne foi, et nous en avons cité ci-dessus (n° 2149) un exemple tiré de la loi de la Gaule cisalpine : « QUIDQUID EUM Q. LICINIUM EX EA STIPULATIONE L. SEIO DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. » Nous sommes même porté à croire que dans certaines circonstances, les parties, dans les débats *in jure*, pouvaient s'entendre de telle façon qu'une action, dont ce n'eût pas été la nature ordinaire, leur fût

(1) Gai. 4. § 119. — (2) *Ibid.* § 126. — (3) D. 44. 1. De except. 2. § 1. f. Ulp.

accommodée avec cette transformation ; car notre opinion est qu'il était laissé à leur bon accord pour la rédaction de la formule devant le magistrat, plus de latitude qu'on ne se l'imagine ordinairement (ci-dess., n^{os} 2189 et suiv.). Mais alors il n'est plus et il ne peut plus être question dans cette formule ni d'exception ni de réplique de dol ; c'est l'*intentio* elle-même qui est changée : le QUIDQUID DARE FACERE OPORTET et le EX FIDE BONA, caractéristiques de l'action de bonne foi, y apparaissent. Laissez au contraire une tout autre *intentio*, avec le SI NIHIL DOLO MALO... , etc., caractéristiques de l'exception ou de la réplique de dol, et sans lesquels ni cette exception ni cette réplique ne peuvent exister, l'enchaînement de la formule vous mène seul et forcément à toute autre conséquence. Contre ces raisons d'ensemble, qui nous paraissent irréfutables, que pourraient les phrases incidentes des deux textes invoqués ? Mais ces phrases n'ont pas, suivant nous, la signification qu'on leur donne ; nous avons déjà expliqué (ci-dess., n^o 2194) celle tirée de Papinien, relative à l'exception de dol. Quant à la constitution d'Antonin, relative à la réplique de dol, qu'on veuille bien la lire en entier, avec le narré des faits auxquels elle se rapporte, on verra que l'empereur n'y veut pas dire autre chose, si ce n'est que la réplique de dol produit ce résultat, que le juge devra, de même que dans les actions de bonne foi, tenir compte, en l'appréciation qu'il doit faire, de ce que réclame l'équité et n'y rien épargner de l'esprit de fraude ; la manière dont se termine la phrase l'exprime très-clairement : « Nam replicatio doli mali opposita bonæ fidei iudicium facit, et commentum fraudis repellit. » Ce qui existe de droit dans les actions de bonne foi, à savoir que les exceptions de dol y sont sous-entendues (*iudicium fidei bonæ continet in se doli mali exceptionem*, ci-dess., n^o 1988), l'insertion de ces exceptions ou de ces répliques dans une action de droit strict le produit. L'empereur ne veut pas dire autre chose, et s'il le dit de la réplique, c'est que dans l'affaire dont il s'occupe, cette réplique est la première partie de la formule où il soit question de dol. En outre, par l'effet des exceptions ou répliques de dol, l'appréciation du juge ayant à se porter sur la bonne foi tant du demandeur que du défendeur, il se produit encore en cela quelque chose de semblable à l'examen bilatéral (*ultro citroque*) qui est de droit dans les actions *bonæ fidei*. Mais, bien entendu, cette assimilation, quant à ce qui concerne l'appréciation du dol, a lieu en gardant d'ailleurs les différences qui résultent forcément de la manière dont l'*intentio* de la formule et les autres parties accessoires et finalement la *condemnatio* y sont rédigées ; car le juge est nécessairement renfermé dans ce libellé de sa commission.

2261. *Aut in factum composita*. Il ne faut pas croire que ce soit ici un genre spécial d'exception ; c'est une forme sous laquelle les exceptions peuvent être conçues. En effet, de même que les

actions peuvent, comme nous l'avons vu ci-dessus (n^{os} 1972 et 1982), être conçues en fait, de même les exceptions. Cela arrive lorsque le prêteur formule l'exception en spécifiant un fait précis que le juge n'a plus qu'à vérifier. Ainsi, lorsque le prêteur donne l'exception en ces termes : S'il n'y a eu et s'il n'y a aucun fait de dol dans l'affaire, de la part d'Aulus Agerius, cette exception est généralement conçue : le juge n'a pas simplement un fait à vérifier, il a à examiner les diverses circonstances qui pourront être alléguées par le défendeur, et à les apprécier tant en fait qu'en droit, pour juger si elles constituent véritablement un dol. Mais si l'exception est formulée en ces termes : Si Aulus Agerius n'a pas fait croire que le corps pour lequel il a stipulé les dix mille sesterces était en or, tandis qu'il était en airain (1), alors elle est conçue en fait (*in factum composita*). Le juge n'a qu'un fait précis à examiner quant à son existence seulement, sans avoir à l'apprécier dans son caractère de droit, parce que le prêteur l'a déjà fait dans la formule ; ni à s'occuper d'aucune autre circonstance en dehors de ce fait, parce que la formule ne lui en laisse pas la latitude. — On voit par là que les exceptions de dol ou de violence auraient toujours pu se rédiger en fait. Et réciproquement, Ulpien nous dit que de toutes les exceptions *in factum* aurait pu naître une exception de dol. C'est au défendeur à voir, devant le prêteur, quelle exception il lui convenait le mieux de faire insérer dans la formule (2) ; cependant contre un patron ou contre un ascendant, l'exception de dol ou de violence, ou toute autre portant atteinte à la considération, ne pouvait être employée. Elle devait être conçue simplement en fait (*in factum*), parce qu'alors il n'y avait que l'énonciation du fait, sans qu'il fût caractérisé comme acte de dol ou de violence (3). Il paraît aussi que, dans le cas d'erreur, la formule était le plus généralement conçue en fait, parce que, dit Théophile, l'erreur alléguée y était précisée en forme de narration. Toutefois elle aurait pu être comprise également dans l'exception générale de dol.

2262. Enfin, remarquons le choix de l'exemple dans le texte de notre paragraphe ; c'est celui d'une stipulation, c'est-à-dire d'un contrat de droit strict. En effet, dans ce cas, bien qu'il y ait eu violence, dol ou erreur, l'obligation résultant de la stipulation n'en existe pas moins ; il y a par conséquent action, et à cause de la nature de cette action, il est de toute nécessité d'y faire insérer l'exception de dol ou de violence, car sans cela le juge n'aurait pas le droit de s'en occuper. S'il s'agissait, au contraire, d'un contrat de bonne foi, il pourrait se faire ou qu'il n'y eût pas même d'action, selon l'étendue du dol, de la violence ou de l'erreur, et selon les objets sur lesquels ces vices du consentement

(1) Dig. 45. 1. 22. f. Paul. — (2) Dig. 44. 4. 2. §§ 4 et 5. —

(3) *Ibid.* § 16.

auraient porté (1). Ou du moins, s'il y avait action, les exceptions de dol, de violence, ou en fait, ne seraient nullement nécessaires, parce que la nature de ces actions et les termes mêmes de la formule qui leur est propre emporteraient par eux-mêmes mission au juge de prendre en considération tous les faits, selon l'équité et la bonne foi (2).

II. Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est : dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet per exceptionem pecuniæ non numeratæ te defendi debere. Cujus tempora nos, secundum quod jam superioribus libris scriptum est, constitutione nostra coarctavimus.

2. Il en est de même si quelqu'un a stipulé de vous, comme devant vous la prêter, une somme, et qu'il ne vous l'ait point comptée. En effet, il est certain qu'il peut vous actionner en paiement de cette somme, car la stipulation vous tient obligé à donner; mais comme il serait inique de vous condamner à ce titre, on a cru devoir vous donner pour défense l'exception non numeratæ pecuniæ, dont la durée, comme nous l'avons dit aux livres précédents, a été restreinte par notre constitution.

2263. Quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit. Il arrivait fréquemment que, pour plus de solennité et de sûreté dans l'obligation, on faisait intervenir une stipulation dans des contrats qui, par eux-mêmes, auraient pu s'en passer. Ainsi, il pouvait arriver que celui qui consentait à prêter de l'argent eût exigé de l'emprunteur, pour plus de garantie, qu'il s'engageât par stipulation au paiement de pareille somme. Notre texte suppose que, la stipulation ayant eu lieu d'abord, le prêt n'a pas été réalisé ensuite, le stipulant n'ayant pas compté à l'emprunteur les espèces qu'il lui avait promises. Dans ce cas, la stipulation n'en existe pas moins, et, par conséquent, l'action qu'elle produit. Il faut donc une exception pour défendre le promettant contre une demande conforme au droit strict, mais inique.

Per exceptionem pecuniæ non numeratæ. Le défendeur pouvait avoir, dans le cas dont nous venons de parler, l'exception générale de dol; car il y a bien certainement dol de la part du demandeur (3). Mais on pouvait aussi préciser le fait particulier dont il s'agissait, et formuler l'exception *in factum*. On avait alors l'exception nommée *pecuniæ non numeratæ* (4), qui était, comme on le voit, une exception en fait (*in factum composita*). Mais soit qu'on l'eût conçue en fait, soit qu'on l'eût formulée en l'expression générale de dol, la jurisprudence en était arrivée à donner à cette exception ce privilège tout particulier, que la preuve n'en tombait pas à la charge du défendeur, mais bien à

(1) Comme dans le cas de société, s'il y a eu dol dans le fait même d'association. Dig. 17. 2. 3. § 3. f. Paul. — Dig. 4. 4. 16. § 1. f. Ulp. — Ou, dans le cas de vente, pour un semblable dol. Dig. 4. 3. 7. pr. f. Ulp. — (2) Dig. 5. 3. 38. f. Paul. — 58. f. Scaevol. — Voir ce que nous en avons dit ci-dessus, n° 2256. — (3) Dig. 44. 4. 2. § 3. f. Ulp. — (4) Ibid. 4. § 16.

celle du demandeur (1). Il faut se reporter, pour l'explication de cette anomalie, à ce que nous en avons dit en traitant cette matière (ci-dessus, n° 1435 et suiv.).

Ce que le texte dit ici du cas particulier d'une stipulation faite en vue d'un prêt qui n'a pas été réalisé, Ulpien l'applique généralement à toute stipulation semblable qui se trouverait sans cause. Rigoureusement, l'obligation et l'action existent; mais le promettant peut se défendre par l'exception de dol (2).

III. Præterea debitor, si pactus fuerit cum creditore ne a se peteretur nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. Qua de causa, efficax est adversus eum actio qua actor intendit, si paret eum dare oportere; sed quia iniquum est contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

3. En outre, le débiteur qui est convenu par un pacte avec son créancier qu'on ne lui demandera pas de paiement n'en reste pas moins obligé, parce que le pacte n'est pas une manière d'éteindre de toute façon les obligations. L'action dans laquelle l'intention du demandeur est : S'IL PARAÎT QU'IL DOIVE DONNER, existe donc valablement contre lui; mais, comme il serait inique qu'il fût condamné au mépris du pacte, il a pour se défendre l'exception du pacte.

2264. C'est encore ici une exception conçue en fait (*in factum composita*), parce qu'elle est formulée en signalant au juge un fait précis : « SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT, NE EA PECUNIA PETERETUR », selon les termes que nous rapporte Gaius (3). Nous avons vu que les obligations qui se sont formées par paroles ou par la chose ne peuvent se dissoudre par un simple pacte, et que les actions n'en subsistent pas moins. Par conséquent, l'exception du pacte (*pacti conventi*) y devient nécessaire. Mais elle ne le serait pas s'il s'agissait de dissoudre, *re integra*, un contrat formé par le simple consentement, parce que la convention contraire suffirait pour produire ce résultat. (Ci-dessus, n° 1705.)

Cette exception serait également inutile dans les actions *furti* et *injuriarum*, parce qu'en vertu d'une disposition spéciale des Douze Tables, la transaction éteignait de droit ces actions elles-mêmes (4).

Au lieu de l'exception *pacti conventi*, conçue en fait, on aurait pu également opposer, dans le cas dont nous parlons, l'exception générale de dol (5).

IV. Æque si debitor, creditore defereute, juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet : sed quia iniquum est de perjurio queri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In

4. Pareillement, si le débiteur, le serment lui étant déféré par son créancier, a juré qu'il ne doit rien, il reste toujours obligé; mais comme il serait inique de se plaindre du parjure, il a

(1) Cod. 4. 30. 3. const. Anton. — 10. const. Diocl. et Maxim. — (2) Dig. 44. 4. 2. § 3. — (3) Gai. 4. 119. — (4) Dig. 2. 14. 17. § 1. f. Paul. — (5) Ibid. 44. 4. 2. § 4. f. Ulp.