

iis quoque actionibus quibus in rem agitur, æque necessariae sunt exceptiones: veluti, si, petitor deferente, possessor juraverit eam rem suam esse, et nihilominus petitor eandem rem vindicet. Licet enim verum sit quod intendit, id est, rem ejus esse, iniquum tamen est possessorem condemnari.

2265. *Per exceptionem jurisjurandi.* Le serment que les parties se défèrent l'une à l'autre, pour vider une contestation, contient, nous dit Paul, une sorte de transaction qui a plus d'autorité encore que la chose jugée: « Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata (1). » C'est, nous dit de son côté Gaius, le moyen le plus expéditif de terminer les procès (2). Le prêteur avait inséré dans l'édit, à cet égard, une disposition spéciale, par laquelle il déclarait que, lorsque, le serment ayant été déféré au défendeur, celui-ci aurait juré qu'il ne doit rien, il ne donnerait pas d'action: « Si is cum quo agitur, conditione delata, juraverit: ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo. » Tels étaient, au rapport d'Ulpien, les termes de l'édit (3). Ils énoncent un refus d'action. Cependant il faut distinguer: le serment tantôt empêchait même que l'action ne fût donnée; tantôt il procurait seulement une exception. En effet, si le fait même du serment n'était pas contesté, si les parties en convenaient, ou si, par exemple, il avait été déféré et prêté devant le prêteur lui-même, alors ce magistrat refusait l'action. Mais si le fait était contesté entre les parties, le prêteur ne prenait pas sur lui la charge de le vérifier; il le mettait en exception, et c'était au juge à éclaircir si le fait était vrai ou non, et à prononcer en conséquence: « Nam postquam juratum est, denegatur actio: aut si controversia erit, id est si ambigitur an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est (4). » C'est une application de la règle que nous avons exposée ci-dessus (n° 2258) relativement aux cas où la nécessité de recourir à une exception peut avoir lieu.

On voit que l'exception du serment est une exception conçue en fait (*in factum composita*). On aurait pu aussi donner à la place l'exception de pacte, puisque la convention du serment n'est qu'une sorte particulière, une spécialité de pacte (5); ou même, par conséquent, l'exception générale de dol.

Nous avons déjà vu (ci-dessus, n° 2109, Inst. 4. 6. § 11) comment le serment pourrait donner lieu, non pas à une exception,

(1) Dig. 12. 2. 2. — (2) *Ibid.* 1. — (3) *Ibid.* 3. pr. et 7. f. Ulp. — (4) Dig. 12. 2. 9. pr. f. Ulp. — (5) *Ibid.* 25. f. Ulp.

mais à une action, si le résultat du serment avait été favorable au créancier, et que le débiteur en contestât l'existence même.

2266. *Quibus in rem agitur.* Les exemples donnés par le texte, dans ce paragraphe et dans les précédents, sur la nécessité des exceptions de dol ou autres qui n'en sont que des spécialités, sont tous pris dans le cas de stipulation, c'est-à-dire dans le cas d'action de droit strict. Mais la même nécessité existerait dans le cas des actions arbitraires, au nombre desquelles se trouvent les actions réelles, par exemple, l'action en vindication, l'action *ad exhibendum* (1). Il en serait de même pour les actions *in factum*, pour les actions pénales (2). Mais nous avons déjà expliqué (ci-dessus, nos 1988 et 2256) comment ces exceptions seraient superflues dans les actions de bonne foi, parce qu'elles s'y trouvent comprises de droit, par les seuls termes de la formule *ex fide bona*.

V. Item, si iudicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

5. De même, si, sur une action réelle ou personnelle contre toi, il y a eu jugement, l'obligation n'en continue pas moins d'exister, et l'on peut, en droit strict, poursuivre encore pour le même objet; mais tu dois être garanti par l'exception de la chose jugée.

2267. Les jurisconsultes romains ont consacré cette maxime: « *Res judicata pro veritate accipitur*, » la chose jugée est tenue pour la vérité (3). Mais comment était-elle mise en application? Lorsqu'il y avait eu jugement, toute action sur la même chose était-elle refusée; ou bien pouvait-on encore recommencer l'action, sauf au défendeur à se défendre par l'exception de la chose jugée? En un mot, la chose jugée produisait-elle un refus complet d'action, ou seulement une exception? On ne peut répondre à ces questions qu'à l'aide de diverses distinctions qui nous paraissent aujourd'hui bien subtiles.

2268. Au temps des actions de la loi, l'action, une fois intentée était épuisée: on ne pouvait plus agir de nouveau pour la même chose; il n'était donc nullement besoin d'exceptions, qui, d'ailleurs, à cette époque, n'étaient pas encore en usage (3).

Sous l'empire des formules, la chose devint différente. Les exceptions furent introduites alors, et celle *rei judicatæ* devint nécessaire dans plusieurs cas. Pour apprécier cette nécessité, il faut se reporter à ce que nous avons dit (ci-dessus, n° 2046) des effets de la *litis contestatio*.

Il résulte de ce que nous avons exposé à ce sujet qu'il faut faire d'abord une première distinction fondamentale; celle entre: 1° les actions légitimes (*judicia legitima*, *judicia quæ legitimo jure consistunt*), et 2° les actions renfermées dans la durée du pouvoir,

(1) Dig. 12. 2. 11. f. Ulp. — (2) *Ibid.* 3. § 1. f. Ulp. et ci-dessus, nos 2000 et 2002. — (3) Dig. 50. 17. *De regulis juris*. 207. f. Ulp. — (4) Gal. 4. 108.

ou, selon l'expression consacrée, *quæ imperio continentur*; ainsi nommées, parce qu'elles ne conservent de valeur qu'autant que dure le pouvoir (*imperium*) de celui qui les a données. « Tamdiu valent, quamdiu is qui ea præcepit imperium habebit (1); » et qu'en conséquence elles doivent être jugées avant l'expiration de ce pouvoir; autrement elles expireraient avec lui. — Gaius nous expose cette première distinction dans les Instituts (4. §§ 104 et 105). Il nous apprend que dans les actions *quæ imperio continentur*, soit réelles, soit personnelles, *in factum*, ou toute autre, il ne s'opérait jamais de novation qui éteignit l'obligation de la partie poursuivie et qui la remplacât par une autre obligation résultant de la *litis contestatio* ou de la sentence (2); cet effet n'étant jamais produit, et l'obligation primitive existant toujours en droit strict, malgré la poursuite ou le résultat de la sentence, le créancier pouvait encore recommencer à agir de nouveau pour la même chose, et, par conséquent, l'exception *rei judicatæ*: « SI EA RES JUDICATA NON SIT (3), » devenait nécessaire pour le repousser. « Si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam... postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest. Et ideo necessaria est exceptio rei judicatæ, vel in iudicium deductæ (4). »

2269. S'il s'agit au contraire d'une action légitime, il faut faire une nouvelle distinction entre : 1° le cas des actions *in personam*, lorsque la formule est conçue *in jus*, et 2° celui des actions ou réelles (*in rem*), ou conçues en fait (*in factum*). — Dans le premier cas, nous avons déjà dit (ci-dessus, n° 2046) que dès la *litis contestatio* il s'opère une novation qui éteint l'obligation personnelle du débiteur actionné, et qui la remplace par une obligation nouvelle, laquelle, à son tour, est éteinte par novation et remplacée par celle qui résulte de la condamnation, de telle sorte qu'on dit du débiteur actionné qu'il est tenu d'abord par son obligation principale, ensuite par la *litis contestatio*, et enfin par la condamnation (5). Les choses étant ainsi, l'obligation principale se trouvant dissoute par le procès, et l'action qu'elle donnait consommée, cette action ne peut plus être intentée de nouveau, et, par conséquent, il n'est aucun besoin de l'exception *rei judicatæ* (6).

Mais il n'en était pas de même dans les actions réelles (*in rem*), ni dans celles conçues en fait (*in factum*), parce que leur nature même, ainsi que nous l'avons expliqué, n° 2046, ne comportait pas la possibilité qu'elles fussent novées par la *litis contestatio*, et remplacées par une obligation purement personnelle. En conséquence, le même droit de propriété, le même fait, aurait pu être plus tard remis en question par une nouvelle action; aussi,

(1) Gai. 4. 105. — (2) *Ibid.* 3. 181. — (3) Dig. 44. 2. 9. § 2. f. Ulp. — (4) Gai. 4. 106 : « Tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei judicatæ vel in iudicium deductæ summo veri (Gai. 3. 181). » — (5) Gai. 3. 180. — (6) Gai. 4. 107.

dans ce cas, l'exception *rei judicatæ* était-elle nécessaire. Autrement le juge du second procès, renfermé dans sa formule, et chargé seulement de vérifier l'*intentio*, n'aurait pas eu le pouvoir de s'occuper des jugements antérieurs (1).

2270. Du reste, il y a des raisons de penser qu'à la différence des exceptions dont nous avons parlé jusqu'ici, celle *rei judicatæ* n'était pas sous-entendue de plein droit dans les actions de bonne foi, mais qu'elle devait y être formellement insérée : parce que l'autorité de la chose jugée n'est pas un principe d'équité et de bonne foi compris dans l'expression *ex fide bona*; c'est un principe d'ordre social qui protège les bons comme les mauvais jugements, et qui consacre même les iniquités du juge, lorsqu'il n'y a plus moyen de les faire réformer par le juge supérieur (2).

2271. Sous Justinien, nous voyons par notre texte que c'est le système appliqué jadis aux *judicia quæ imperio continentur*, qui paraît adopté. En effet, notre paragraphe nous dit que, soit qu'il s'agisse d'une action réelle, soit d'une action personnelle (*sive in rem, sive in personam*), l'obligation principale n'en subsiste pas moins (*nihilominus obligatio durat*); il ne s'opère aucune novation par le procès, ni par la sentence; et par conséquent l'action peut être de nouveau intentée, sauf le secours de l'exception. — Mais en réalité il est vrai de dire, pour cette exception comme pour toutes les autres, que les actions ne se demandant plus au magistrat supérieur et n'étant pas renfermées dans les limites d'une formule, mais s'intendant directement devant le juge, qui a, par lui-même, le pouvoir d'apprécier tant la demande que la défense ou les exceptions, toutes les questions que nous venons d'examiner, nées du système des formules, ont perdu, quant à la forme, leur plus grande importance dans la procédure *extra ordinem*.

2272. Ulpien nous donne ainsi, d'après Julien, les conditions dans lesquelles l'exception de la chose jugée peut être opposée : « Exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter eadem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere iudicii (3). » Cette définition est la seule applicable, dans le dernier état de la doctrine romaine : identité de litige, identité de plaideurs. C'est mal à propos, ainsi que l'ont établi de récents travaux (4), qu'en s'attachant à certains textes (5), on a exigé l'identité de la chose demandée : *idem corpus, quantitas eadem*. Ces textes n'ont trait qu'à la *fonction négative* de la chose jugée, où l'on examinait seulement ce qui avait été déduit *in iudicium*. Mais lorsqu'on est arrivé à une notion plus élevée de la chose jugée, on lui a

(1) Gai. 4. 107. — (2) On cite à l'appui une constitution de Sévère et d'Antonin. Cod. 3. 1. 2. — (3) Dig. 44. 2. 7. § 4. f. Ulp. — (4) Doctrine de M. de Savigny, mise en lumière et développée par M. Griotet dans son beau travail sur l'autorité de la chose jugée. — (5) Dig. 44. 2. 12, 13 et 14. f. Paul et Ulp.

reconnu une *fonction positive*, relative au droit sur lequel a porté le jugement, et non plus à l'objet matériel. D'où la conséquence qu'on est non recevable à vendre un autre objet, s'il est compris virtuellement dans un premier litige : les fruits après la chose frugifère, et réciproquement (1). Il en serait de même chez nous, bien que notre Code (art. 1351) reproduise la condition d'identité de la *chose demandée*; condition à laquelle il faut substituer celle de l'identité de l'objet du litige — Ulpie ajoute : fût-ce par une action différente (*vel alio genere judicii*) : ceci demande explication. En effet, si la nouvelle action concourt au même but que la première, quoique sous une forme différente, il y aura lieu à l'exception *rei judicatæ*. Par exemple, si, après avoir succombé dans l'action en pétition d'hérédité, on se met à vendre, en la même qualité, les choses héréditaires en particulier, ou réciproquement; de même si, après avoir succombé dans l'action *familiæ eriscundæ*, on agit au même titre par l'action *communi dividundo*. Mais, si la nouvelle action est fondée sur un autre droit, l'exception ne pourra pas être appliquée; par exemple, si, après avoir succombé dans la vendication d'une chose, on la poursuit par condiction (2); car dans le premier procès on s'en prétendait propriétaire, dans le second on s'en prétend seulement créancier.

2273. Le défendeur, dans une action réelle, doit être absous s'il satisfait au demandeur, bien que le droit de ce dernier ait été reconnu. Dès lors, si plus tard il possède de nouveau l'objet du litige, il invoquera l'exception *rei judicatæ*, comme éteignant l'action primitive. Mais il serait inique, dit Julien (3), que l'exception de la chose jugée profitât à celui dont le droit a été nié par le juge. Aussi le demandeur répliquera-t-il à l'exception en invoquant l'autorité positive de la chose jugée : *Si exceptio objicietur a possessore rei judicatæ, replicet, si secundum me judicatum non est* (4).

2274. De même que le dol, la violence, le serment produisent une action ou une exception, selon que celui qui les invoque a besoin d'agir ou de se défendre : de même pour la chose jugée. Lorsque c'est la partie condamnée qui nie qu'il y ait chose jugée, alors l'autre partie a besoin d'agir pour faire reconnaître l'existence du jugement qui lui a donné gain de cause (*si quærat judicatum sit, necne*) (5). On lui donne pour cela (n° 2033) l'action *judicati*, l'une de celles dans lesquelles la condamnation se double contre celui qui a contesté à tort (6).

VI. Hæc exempli causa retulisse sufficit. Alioquin, quam ex multis variis que causis exceptiones necessariae sunt, En voilà assez de citées pour servir d'exemple. On peut, du reste, voir dans les livres du Digeste ou des

(1) Dig. 7. f. Ulp. — (2) *Ibid.*, 31. f. Paul. — (3) *Ibid.* 6. f. Jul. — (4) D. 20. 1. *De pign. et hyp.*, 4. §. 5 f. Marc. — (5) *Ibid.* 49. 8. 1. pr. f. Marc. — (6) Gal. §§ 9 et 171. — PAUL Sent. 1. 19. 1.

ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.

Pandectes combien sont nombreuses et variées les causes qui rendent les exceptions nécessaires.

VII. Quarum quædam ex legibus vel ex iis quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

7. Parmi elles, les unes naissent des lois, ou des autres actes législatifs, ou de la juridiction prétorienne elle-même.

2275. C'est le droit prétorien, créateur du système formulaire, qui a introduit le premier l'usage des exceptions, parties accessoires de ce système, et il les a introduites principalement comme correctif aux rigueurs du droit civil. Ensuite, des lois, des sénatus-consultes, des constitutions ou de nouvelles applications de cet usage déjà établi, ont donné lieu elles-mêmes à de certaines exceptions qui n'ont plus été fondées sur le droit prétorien. Il en est arrivé ainsi lorsque ces lois, ces sénatus-consultes, ces constitutions, ont procédé non pas en abrogeant le droit civil, mais au contraire en le laissant subsister en principe et n'y apportant qu'une modification exceptionnelle. De telle sorte que fort souvent, à propos de pareils actes législatifs, il est important de se poser et de résoudre la question de savoir s'ils produisent leur effet *ipso jure*, ou seulement *exceptionis ope*.

Nous donnerons les exemples suivants d'exceptions créées par ces diverses autorités (*ex legibus, vel ex iis quæ legis vicem obtinent*) :

Par des lois : comme les exceptions de la loi CINCIA (tom. II, n° 567) (1); de la loi JULIA, sur la cession des biens : NISI BONIS CESSERIT (2) (ci-dessus, n° 2030, et p. 745, § 4; et quelquefois de la loi FALCIDIE, par exemple dans le cas particulier cité ci-dessus, n° 2185, quoique cette loi opère ordinairement *ipso jure*, de telle sorte qu'il y a *plus-petitio* dans le fait du légataire qui demande au delà de ce qu'elle permet (ci-dess., p. 647, § 33).

Par des sénatus-consultes : comme les exceptions des sénatus-consultes VELLÉIEN, MACÉDONIEN (ci-dessus, n° 1411 et 2217), et TRÉBELLIEN (3) (ci-dess., tom. II, n° 960).

Par des constitutions : comme celles de division : SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT, accordée aux fidéjusseurs en vertu du rescrit d'Adrien (ci-dess., n° 1395 et 2258, avec la note 1); ou comme celle de dol lorsqu'on l'applique en vertu du rescrit de Marc-Aurèle, pour contraindre le demandeur à introduire la compensation dans une action de droit strict (ci-dess., n° 2179).

Dans plusieurs cas, il peut arriver que ce soit le droit civil qui produise une exception contre quelque action prétorienne; comme par exemple l'exception *justi domini* contre l'action Publicienne

(1) VATIC. J. R. FRAGM. § 310; et DIG. 44. 4. *De doli mali except.* 5. § 2. f. Paul. — (2) Ci-dessus, tit. 14. § 4. — (3) DIG. 15. 2. *Quando de peculio.* 1. § 8. f. Ulp.

(ci-dess., n° 2076), ou celle du sénatus-consulte Velléien contre les actions prétorienne de constitut ou d'hypothèque (ci-dess., n° 1411 et 1413).

Exceptions perpétuelles et péremptoires; exceptions temporaires et dilatoires.

VIII. Appellantur autem exceptiones, alia perpetua et peremptoria, et péremptoires, les autres temporales et dilatoria. **S.** Les unes sont dites *perpétuelles* et *péremptoires*, les autres *temporelles* et *dilatoires*.

2276. *Perpetua et peremptoria.* La première de ces qualifications est relative à la durée, la seconde aux effets de l'exception. Du reste, l'une est la conséquence forcée de l'autre : du moment que l'exception est perpétuelle, elle est forcément péremptoire.

Temporales et dilatoria. Il en est de même pour les exceptions temporaires et dilatoires; la première de ces qualifications est relative à la durée, la seconde aux effets de l'exception. Du reste, l'une est encore la conséquence forcée de l'autre : du moment que l'exception est temporaire, elle est forcément dilatoire.

Mais ici il faut bien se garder d'une erreur commune, qui vient de nos idées modernes sur les exceptions. En droit romain, dans les qualifications que nous venons d'énoncer, il ne s'agit en aucune façon des effets que l'exception peut produire une fois proposée en justice et appliquée par le juge; il s'agit seulement de la durée et des effets de l'exception dans les mains du défendeur, lorsque le procès n'a pas encore été engagé, et qu'elle existe comme moyen de défense ouvert en cas d'action.

Grand nombre d'erreurs qui ont été faites par les interprètes sur cette matière sont provenues de la confusion de ces deux époques.

2277. En effet, si on les considère sous le rapport de leur résultat en justice, lorsqu'elles y sont appliquées par le juge, toutes les exceptions, quelles qu'elles soient, ont un résultat définitif commun, en ce sens qu'elles seront admises ou rejetées par le préteur donnant la formule, selon qu'elles seront proposées en temps opportun ou inopportun; qu'elles modifieront, empêcheront ou n'empêcheront pas la condamnation, selon leur nature et selon qu'elles seront ou ne seront pas justifiées devant le juge : mais, dans tous les cas, le procès, quelle qu'en soit l'issue, ayant été déduit en justice, se trouvera consommé, et il ne sera plus possible de le recommencer plus tard. A celui qui voudrait agir de nouveau, on refuserait l'action, ou bien on lui opposerait l'exception *rei judicatae*, ou *rei in iudicium deductae*, selon le cas. (Voir le § 10 qui suit.)

2278. Au contraire, si on considère les exceptions dans les mains du défendeur, avant que le procès soit engagé, comme moyen de défense ouvert en cas d'action, alors il s'agit de déterminer premièrement leur durée, c'est-à-dire le temps pendant

lequel elles restent ainsi à la disposition du défendeur; pendant lequel, s'il est attaqué, il aura le droit de les faire insérer, par le préteur, dans la formule; en un mot, pour faire comprendre l'idée par une figure, le temps pendant lequel on laisse dans ses mains cette arme défensive pour lui servir en cas d'attaque. Secondement, il faut déterminer leurs effets, c'est-à-dire l'utilité que le défendeur en retire; si, les ayant perpétuellement entre ses mains, pour se défendre, elles paralysent l'action; ou si, ne les ayant que pour un temps, elles ne font que la suspendre, et laissent le défendeur désarmé à l'expiration de ce temps. C'est ce que nous expliquent les deux paragraphes suivants.

IX. Perpetua et peremptoria sunt quae semper agentibus obstant, et semper rem de qua agitur perimunt: qualis est *exceptio doli mali*, et *quod metus causa* factum est, et pacti conventi cum ita convenerit ne omnino pecunia peteretur. **S.** Les exceptions perpétuelles et péremptoires sont celles qui peuvent toujours être opposées à l'action, et qui périssent toujours l'affaire dont il s'agit. Telles sont les *exceptions de dol*, de *crainte*; et celle de pacte, lorsqu'il a été convenu qu'on renonçait absolument à toute demande.

2279. Un fragment de Gaius, inséré au Digeste, définit les exceptions perpétuelles et péremptoires : *quae semper locum habent, nec evitari possunt* (1). Cette définition revient à celle de notre texte. Elles sont perpétuelles, parce qu'elles ne sont pas mises à la disposition du défendeur pour un temps seulement, mais pour toujours : à quelque époque qu'il soit attaqué, il pourra se défendre en les opposant; *semper agentibus obstant*, dit notre texte. Et de ce qu'elles sont perpétuelles, il résulte forcément qu'elles sont péremptoires, c'est-à-dire qu'elles paralysent, qu'elles détruisent en quelque sorte l'action, puisqu'elles la rendent inutile dans les mains du demandeur, qui, à quelque époque qu'il veuille agir, sera repoussé par l'exception. De sorte qu'il ne dépend pas de lui de l'éviter en différant son action (*nec evitari possunt*).

Exceptio doli mali; quod metus causa. Cependant nous avons vu que les actions de dol ou de violence ne sont que temporaires; comment les exceptions, tirées du même fait, sont-elles perpétuelles? C'est que l'action étant un moyen d'attaque, il dépend de celui qui a été trompé ou violenté de l'intenter dans tel ou tel délai, à partir de la découverte du dol ou de la cessation de la violence; tandis que l'exception n'étant qu'un moyen de défense, il ne dépend pas de celui qui a droit de s'en servir contre une action, que cette action soit intentée contre lui dans tel ou tel délai. Mais, dès l'instant qu'on l'attaquera, à quelque époque que ce soit, il opposera l'exception (2). C'est de là que vient cet adage : *Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*.

X. Temporales atque dilatoria sunt quae ad tempus nocent, et temporis dilatoires sont celles qui nuisent jus-

(1) Dig. 44. 1. 3. — (2) Dig. 44. 4. 5. § 6. f. Paul.

dilationem tribuunt : qualis est pacti conventi, cum ita convenerit ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium; nam finito eo tempore, non impeditur actor rem exsequi. Ergo ii quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi aut alia similis, differre debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioquin, si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo iudicio quidquam consequerentur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in iudicium deducebant et consumebant: qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus; sed eum qui ante tempus pactionis vel obligationis, litem inferre ausus est, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis qui tempore plus petierint protulit: ut et inducias quas ipse actor sponte indulserit vel natura actionis continet, contempserit, in duplum habeant ii qui talem injuriam passi sunt, et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali poena perterriti tempora litium doceantur observare.

2280. *Quæ ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt.* Gaius les définit aussi dans le fragment que nous avons déjà cité: « *Quæ non semper locum habent, sed evitari possunt.* » Elles sont temporaires, parce qu'elles ne sont mises que pour un temps à la disposition du défendeur. Passé ce temps, il ne les a plus, il se trouve désarmé; et si l'action est alors intentée, il ne peut plus s'en défendre par l'exception. De ce qu'elles sont temporaires, il résulte forcément qu'elles ne sont que dilatoires. En effet, quelle est l'utilité que le défendeur en retire? C'est uniquement de ne pouvoir être attaqué durant un certain temps: elles lui procurent un délai (*temporis dilationem tribuunt*), puisqu'elles suspendent en quelque sorte l'efficacité de l'action

qu'à un certain temps, et procurent un délai. Telle est l'exception de pacte, lorsque la convention a été qu'on ne pourrait agir pendant un certain temps, par exemple pendant cinq ans; car, une fois ce temps écoulé, rien n'empêche le demandeur d'intenter l'action. Par conséquent, ceux dont l'action, s'ils voulaient l'intenter avant le terme, serait repoussée par l'exception de pacte ou par toute autre semblable, doivent la différer et n'agir qu'après le délai. Voilà pourquoi ces exceptions se nomment dilatoires. Si, au contraire, ils ont agi avant le délai, et qu'on leur ait opposé l'exception, ils n'obtiendront rien dans cette instance à cause de l'exception; et même jadis il ne leur eût plus été permis d'agir à l'expiration du délai, parce qu'ayant témérairement déduit leur affaire en instance, et l'ayant consommée, elle était perdue pour eux. Mais aujourd'hui nous ne voulons pas procéder avec autant de rigueur: quiconque aura osé intenter une poursuite avant le temps fixé par le pacte ou par l'obligation, nous le soumettons aux dispositions portées dans la constitution de Zénon contre ceux qui demanderaient plus qu'il ne leur est dû, à raison du temps. En conséquence, si le demandeur a méprisé les délais qu'il avait concédés lui-même ou que la nature de l'action comportait, ces délais seront doublés au profit de ceux contre lesquels une telle iniquité aura eu lieu; et même, à leur expiration, ces derniers ne seront forcés de défendre à l'action qu'autant qu'on leur aura préalablement remboursé tous les frais, afin qu'une semblable peine apprenne aux demandeurs à observer les délais des actions.

pendant ce temps. Mais, le délai expiré, l'action peut être intentée sans plus avoir rien à craindre de l'exception. Ainsi il dépend du demandeur de les éviter en différant son action (*sed evitari possunt*). L'exemple donné par le texte fait concevoir clairement l'application de ces principes.

Aut alia similis. Telles étaient les exceptions nommées *litis dividuæ* et *rei residuæ*, qui sont encore citées comme exemples d'exceptions temporaires et dilatoires dans les Instituts de Gaius (1).

2281. *Neque post tempus olim agere poterant.* Il s'agit ici des effets de l'exception une fois proposée et appliquée en justice. Nous voyons que, sous ce rapport, toutes, soit perpétuelles et péremptoires, soit temporaires et dilatoires, toutes périmaient l'action, ainsi que nous l'avons déjà annoncé, en ce sens que, l'affaire ayant été une fois déduite en justice, elle était consommée (*rem in iudicium deducebant et consumebant*). A celui qui aurait voulu la recommencer, le prêteur aurait refusé l'action si l'on s'était trouvé dans un cas où le refus d'action dût avoir lieu, ou bien on lui aurait opposé l'exception *rei judicatae* s'il y avait eu jugement sur le procès (*sententia*), ou celle *rei in iudicium deductæ* s'il n'y avait eu que déduction en instance, sans jugement prononcé. Il paraît, d'après les expressions de Gaius, que, dans le cas des exceptions temporaires et dilatoires, c'était l'exception *rei in iudicium deductæ* qui aurait eu lieu contre le demandeur (2), pour avoir mal à propos et avant le temps déduit son affaire en instance. Remarquons, du reste, les changements importants introduits par la constitution de Zénon (tit. 6, § 33, n° 2153 et suiv.). Quant au défendeur, Gaius (3) nous apprend qu'il était difficilement restitué contre l'omission d'une exception dilatoire.

XI. Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones; quales sunt procuratoriæ: veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur: suis vero negotiis superesse sine offensa militaris disciplinæ possunt. Eas vero exceptiones quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris opponerentur, cum in iudiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sanximus: ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

II. Il existe aussi des exceptions dilatoires à raison de la personne: telles sont les exceptions procuratoires; par exemple si quelqu'un voulait agir par le ministère d'un militaire ou d'une femme; car les militaires ne peuvent agir comme procureurs ni pour leur père, ni pour leur mère, ni pour leur épouse, ni même en vertu d'un rescript impérial; mais ils peuvent agir dans leurs propres affaires sans blesser la discipline. Quant aux exceptions qu'on opposait autrefois aux procureurs à raison de l'infamie, soit de celui qui avait donné, soit de celui qui avait reçu la procuracion, comme nous les avons reconnues hors d'usage dans la pratique judiciaire, nous avons décrété qu'elles resteraient éteintes, de peur qu'en disputant sur elles on ne trainât en longueur la discussion du procès lui-même.

(1) Gai. 4. 122. — (2) Gai. 4. 123. — (3) *Ib.* 125.

2282. Ce paragraphe est relatif aux exceptions nommées *procuratoriae* et *cognitoriae*, qui ont lieu contre celui qui a pris pour *procurator* ou pour *cognitor* une personne n'ayant pas le pouvoir d'agir en cette qualité. Ces exceptions sont dilatoires, en ce sens que le demandeur peut les éviter en agissant, non pas dans tel temps plutôt que dans tel autre, mais par telle personne plutôt que par telle autre. En effet, nous dit Gaius, les exceptions sont considérées comme dilatoires, non-seulement à raison du temps, mais encore à raison de la personne : « Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona, dilatoriae exceptiones intelliguntur (1). » Du reste, si elles étaient proposées et appliquées en justice, elles avaient, comme les autres, pour effet de consommer le procès.

Propter infamiam. C'est l'infamie qui résulte de certaines condamnations, même civiles, pour celui qui en est frappé, ainsi que nous en avons vu divers exemples dans les actions de tutelle, de dépôt, de société et autres encore. Une telle infamie produisait, entre autres incapacités, celle d'être procureur ou de constituer un procureur (ci-dess., n° 1671), incapacité tombée en désuétude au temps de Justinien, au dire même de notre texte.

TITULUS XIV.

DE REPLICATIONIBUS.

Interdum evenit ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia : quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat : si creditor agat, et excipiat debitor ut ita demum condemnetur si non convenerit ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio. Convenit enim ita ; namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

2283. Tout ce que nous avons dit sur l'usage et sur la nature des exceptions est applicable aux répliques, qui ne sont en quelque sorte qu'une exception contre l'exception : « Replicatio est contraria exceptio : quasi exceptionis exceptio (2). »

(1) Gai. 4. 124. — (2) Dig. 44. 1. 22. f. Paul.

Faisons remarquer cependant cette circonstance particulière, que, selon les avis de Labéon, de Marcellus, d'Ulpien, il était reçu que contre l'exception de dol on ne devait jamais donner la réplique de dol, afin que le demandeur qui avait agi frauduleusement ne pût pas néanmoins, à l'aide de cette réplique, triompher dans son action et obtenir le prix de sa fraude. Ainsi, placé entre le dol de chaque adversaire, c'était celui du demandeur qu'on punissait (1).

I. Rursus interdum evenit ut replicatio, quæ prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia : quæ duplicatio vocatur.

II. Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur : que dicitur triplicatio.

III. Quorum omnium exceptionum usum, interdum ulterius quam diximus, varietas negotiorum introduxit : quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.

IV. Exceptiones autem quibus debitor defenditur *plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus* ejus, et recte : quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia *mandati judicio redditurus est* eis quod ii pro eo solverint. Qua ratione, etsi *de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit*, placuit perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati sunt, ac si cum ipsis pactus esset ne ab eis ea pecunia peteretur. Sane *quædam exceptiones non solent his accommodari*. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experietur, defenditur per exceptionem *NISI BONIS CESSERIT* ; sed hæc exceptio fidejussoribus non datur : ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut, cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis quos pro eo obligavit suum consequi.

I. La réplique, à son tour, peut, au premier aspect, paraître juste et n'être qu'un obstacle inique. Dans ce cas, il est besoin, pour venir en aide au défendeur, d'une nouvelle allégation qu'on nomme duplique.

II. Et si, de son côté, la duplique, juste en apparence, n'est, par quelque motif, qu'un obstacle inique contre l'action, il est de nouveau besoin, pour venir en aide au demandeur, d'une nouvelle allégation qu'on nomme triplicque.

III. Enfin, cet usage des exceptions peut encore être porté plus loin, selon la diversité des affaires ; du reste, pour les connaître plus clairement, il suffit de recourir au Digeste.

IV. Les exceptions en faveur du débiteur se donnent aussi pour la plupart, à ses fidejusseurs, et c'est avec raison : car la demande formée contre ce dernier est comme formée contre le débiteur ; puisque, par l'action de mandat, il sera obligé de leur rendre ce qu'ils auront payé pour lui. Voilà pourquoi, si l'on est convenu avec son débiteur de ne pas demander le paiement, l'exception du pacte pourra être opposée par ceux qui se sont obligés pour lui, comme si l'on était convenu personnellement avec eux de ne pas le leur demander. Il y a cependant quelques exceptions qu'on ne leur donne pas ; par exemple si le débiteur a fait cession de ses biens, et que le créancier le poursuive, il opposera à l'exception *NISI BONIS CESSERIT* ; mais cette exception ne peut être donnée aux fidejusseurs. En effet, celui qui exige une caution a surtout pour but de pourvoir à ce qu'en cas d'insolvabilité du débiteur, sa créance lui soit payée par ceux qui l'ont garantie.

(1) Dig. 44. 4. 4. § 13. f. Ulp.