La cause dans l’exception

non numeratae pecuniae

par Hervé Trofimoff

INTRODUCTION

L’absence de cause dans le droit romain de la querela non numeratae pecuniae a déjà fait l’objet de nombreuses monographies (1). Alors que les juristes allemands qui n’ont pas de

Maxime Lemosse: Querela non numeratae pecuniae et contradictio, Studi Solazzi, 1948, p. 470 sq.
Fr. Schultz: Classical roman law, Oxford 1954.

M. T. Cimena, 1984 !
théorie de la cause finale n'écartent que les actes sans base juridique (1), la tradition française pour arriver au même résultat approfondit cette notion de fondement juridique en y distinguant cause et objet et suppose l'inexistence de l'un de ces éléments (2). Les Romains n'avaient pas atteint ce degré de raffinement ou peut-être comme les Allemands l'avaient-ils jugé inutile, les conséquences injustes d'un acte abstrait non causé pouvant être écartées par des remèdes d'équité comme l'exceptio et la querela non numeratae pecuniae.

Chapitre préliminaire

LA CAUSE DANS LE PRÊT

Nous allons démontrer l'absence de cause finale dans le prêts par stipulatio et mutuum et la présence de cause efficiente dans le mutuum uniquement.

Section 1. - L'indifférence de la cause dans la stipulation

Le prêts, contrat unilatéral à titre onéreux, passé sous forme de stipulation, devient en plus verbal, abstrait et solennel. La somme d'argent étant déterminée par hypothèse, la stipulation est certaine.

l'étudiant à Nice, et que nous avons revu à Göttingen à l'Institut de droit romain du Pr. WIECKE NOUS a fortément aidé dans la rédaction de cet article malgré son retour à Bucarest. Il en corrigea la première épreuve et nous envoya de longues lettres pleines de conseils pertinents.


G. ARCHI: Studi sulla stipulatio, Tome I, La « querella non numeratae pecuniae », Fondazione Guglielmo Castelli, 16 (1938).

(2) M. KASER, par ex., Das römische Privatrecht, tome I, p. 452 à propos de la g.m.n.p. parle de « rechtslicher Grund », de « Rechtsgrundverhältnis » (base, fondement de l'obligation).

(3) H. CAPITAN, La cause des obligations, Paris, 1927, pp. 99-102. A.E. GIFFARD dans son Précis de droit romain, t. 2, p. 172 différence cause effi-
§ 1. LE PRINCIPÉ EN DROIT COMMUN

Si les formes de la stipulation sont respectées, il est indifférent que la promesse soit causée mensongèrement, véridiquement ou non causée, quand bien même le prêteur subséquent aurait effectivement lieu. Le débiteur s’est lié par sa promesse de rembourser (4).

Ce contrat verbis peut être constaté par écrit (cautio, instrumentum) dès Cicéron (5).

Sous l’influence grecque du chirographum et de la syngrapha, la stipulation orale put être présumée dans l’écrit muet (6) et remplacée par une stipulation écrite (7).

Le créancier utilise pour se faire rembourser à l’époque des actions de la loi la judiciais postulatio (8) et à l’époque formulaire la condicius certiæ creditæ pecuniae qui devint condicius certi sous la procédure extraordinaire (9). Ces modes de recouvrement sont abstraits, ils n’indiquent que la cause efficiente, la stipulation passée (10), et non pas la demonstratio ou cause finale de l’obligation.

§ 2. LE REMÈDE PRÉTORIEN

Ce système abstrait, injuste, fut corrigé par le prêteur. La clausula doli introduite sous Cicéron dans la stipulation la ren-
dit conditionnelle (11). Le débiteur opposera l’exceptio doli à la demande en remboursement injustifiée (12). Après que la clausula doli fut présumée (13), on arriva à l’exception, remède du jus aequum (14). Il faut que la stipulation indique sa cause efficiente, le prêt d’argent (15), ce qui permet au débiteur d’opposer aussi la condicio sine causa (16). Si la stipulation est abstraite, sans credendi causa, promissio ob ou propter causam, ni l’exceptio doli, ni la condicio sine causa ne s’appliquent en cas de non remise des fonds par le créancier (17). Le débiteur s’est obligé par ses


(12) D. 15,1,21 pr.; D. 4,3,7 §3; lex Rubria de Gallia Cisalpina c. 20. Le dol du créancier est praeceans, generalis in aegdo, réclamer ce qu’il n’a pas versé, et non ne pas avoir versé, car il peut avoir un motif légitime à ne pas exécuter son obligation conditionnelle: D. 44,4,2 §3.


(14) Gaius 4,116. C. 4,7,5. Sa fonction est d’éviter une injustice (sed iniquum sit... sed quia iniquum est...). C’est comme l’enrichissement injuste en droit allemand non causaliste. Pour Perriss l’exceptio doli continua d’appartenir au droit formulaire, 2,8,8. 18, 283, cité par Collinet, p. 284.

(15) Gaius 4,116: si stipulatus... pecuniam... credendi causa numeraturs. D. 44,4,2 §3: justam causam si crediturus pecuniam stipulatus... non est secuta aut finita. Dans cette loi l’expression du début sine causa stipulator ne désigne pas une stipulation non causée mais une stipulation à la cause efficiente non exécutée.

(16) D. 12,7,1;3;4 et 5. Ce moyen jurisprudentiel et non prétorien peut être soulevé en action avant poursuite du créancier: D. 37,6,3 §3. Le terme sine causa ne doit pas nous tromper. Seule importe en équité la cause efficiente, l’objet.

(17) Le prêteur ne peut pas aller jusqu’à présumer une cause efficiente. Inversement si la cause efficiente, la remise des fonds est déclarée non comme devant être effectuée, mais comme l’ayant déjà été, le débiteur ne peut pas invoquer d’exception: D. 22,3,25 §4 que nous estimons non interpolé (contra Girard, Manuel, p. 508, n. 3); C. 4,30,5 et 13. La réalité de
paroles, spondeo, et non en considération de l'exécution de son obligation par le créancier. Même en cas d'inexécution dolosive du créancier, il ne bénéficie pas d'un quelconque palliatif causaliste non adimpleti contractus (18).

En cas de cause efficiente immorale exprimée dans la stipulation, l'exception est soulevable propter aequitatem et non en vertu d'une conception causaliste (19). La stipulation contra bonos mores non causée n'est pas inanis, nulle jure civili (20). A plus forte raison la cause finale est indifférente (21). Même exprimée, elle n'annule l'obligation en équité que si les deux parties sont immorales (22), non si une seule l'est (23).

la cause est donc indifférente. Contra MACQUERON, Cours d'obligations, p. 242 ; de ZULIEN, Institutes of Gaius, l'art 2, p. 288 ; GIEFFARD, Obligations, p. 44 ; GIRARD, op. cit., p. 501 : « le débiteur peut invoquer le défaut de cause de son engagement en opposant l'exception de dolo ».

(18) Cette exception réservée aux contrats synallagmatiques s'applique dans le droit causaliste français au prêt défini parfois comme un contrat synallagmatique imparfait (art. 1184 et 1874 C.c.).

(19) D. 12,5,8 ; D. 45,1,134pr. Si cette stipulation peut être annulée c'est pour objet illicite, propter aequitatem, et non pour cause finale immorale. C'est la solution du droit allemand qui connaît aussi l'engagement abstrait (formeller Schuldvertrag indépendant de toutes causes (unabhängig vom Rechgrunde). ORTMANN, par ex. (Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse, p. 1296) constate qu'en cas de contestation de la part du débiteur ainsi lié, le créancier n'a qu'à prouver le consentement du débiteur (der Vertragsklausel) sans s'occuper de prouver la cause de l'engagement de ce débiteur (ohne den Schuldgrund zu beweisen), car l'absence de cause n'influence pas la validité des engagements abstraits (die Mangel des unterliegenden Kausalverhältnisses freilich nicht in dem Bestand der abstrakten Verbindlichkeit zunächst einflüsse bleiben). Le seul recours de ce débiteur est l'enrichissement injuste du créancier d'après l'art. 812 du BGB. (vorbehaltlich einer Entkraftbarkeit mittels der Bereicherungsansprüche nach § 812 ff.).

(20) D. 2,14,7 § 3.


(22) D. 12,5,8. Annulation de la stipulation non en raison de l'immoralité de sa cause finale mais pour préserver les bonnes mœurs.

(23) D. 12,5,2. C'est l'exemple d'une personne en payant une autre pour qu'elle ne commette pas un crime. Elle peut récupérer son argent par la condicio ob turpem causam. L'obligation n'est pas entièrement nulle car sa cause finale ne joue aucun rôle.
Les constitutions impériales tardives conservèrent cette pratique (24).

Section 2. - La nécessité de la cause efficiente dans le mutuum

Le prêt fait sous forme de mutuum est un contrat non formel, unilatéral et réel. Sa cause efficiente est la res, la remise des fonds. Sans celle-ci pas de contrat, donc libération du débiteur ayant prouvé ce fait négatif.

Jusqu’à Justinien (25) il fallait joindre une stipulation à ce prêt pour qu’il soit avec intérêts. En ce cas l’obligation devenait verbis et les règles de la stipulation s’appliquaient (26). Pour pallier ceci on enjolait le montant du capital de la reconnaissance de dettes (27). Nous pensons que ceci était légitime si les intérêts ainsi inclus n’étaient pas usuraires mais légaux.

Pour se faire rembourser le créancier utilise la condicio certae creditae pecuniae (28) comme pour la stipulation.

Dans sa demande le créancier affirme « dare oportere » sans mentionner la cause. Le débiteur peut être condamné à rembourser la somme augmentée de l’amende de la sponsio qui peut correspondre à son tiers. Le demandeur de mauvaise foi n’obtient rien et verse au débiteur l’amende de la restipulatio qui peut égaler aussi le tiers de la somme litigieuse. Dans cette procédure abstraite la charge de la preuve est pour le débiteur. Il doit prouver non une cause finale, mais une res, cause efficiente, le fait négatif de la non remise. Le débiteur ne bénéficie pas de l’exceptio doli réservée à la stipulation.

Le débiteur peut prendre les devants par la condicio sine causa qui est liberationis (29).

(24) C. 4,7,1 de Caracalla, C. 4,7,5 et C. 8,87,9 de Dioclétien.
(26) Pauli sent. II,14,1. D. 19,5,24 ; D. 17,1,10 §4 ; D. 46,2,6 §1. Ce n’est pas l’écrit qui oblige mais la stipulation qu’il contient: D. 44,7,38.
(27) Gaius 3,90. D. 44,7,3,1 ; D. 12,1,13.
(28) Gaius 4,13 et 4,171.
(29) D. 44,4,5 §5. Cette condicio libératoire est dite sine causa car elle
LA CAUSE DANS L'EXCEPTION NON NUMERATAE PECUNIAE

A partir de Justinien, si le *mutuum* indique un motif (*causa impulsiva*) immoral, le débiteur pourra opposer en équité l'exception *turpitudinis* (*29*). Si celui-ci n'est pas énoncé, il n'est pas pris en considération, ce qui montre l'absence d'importance de cette cause impulsive et *a fortiori* de la cause finale.

Chapitre 1er

L'EXCEPTION NON NUMERATAE PECUNIAE

Section 1. - L'évolution de la procédure

§ 1. Procédure ordinaire en cas de stipulation originaire

Les exceptions apparurent avec le système formulaire (*31*) des *leges Aebutia et Juliae* (*32*). L'exception *non numeratae pecuniae* calquée sur l'exception *doli* dut apparaître après celle-ci, à la fin du 1er siècle de notre ère (*33*). D'abord *causa cognita* (*34*), sous forme de *exceptio conditionelle in factum* dépendant d'une *clausula numeratae pecuniae* qui fut ensuite présumée (*35*), elle devint formulaire, inscrite à l'édit (*36*). Par elle le défendeur ne nie pas ne tient pas compte de la cause, mais de l'équité. *Causa* signifie au plus cause efficiente.

(30) C. 3,43,2.
(31) Gaius 4,108.
(32) Gaius 4,30; Gellius, *Noctes Atticae* 16,10.
(33) Voir n. 39 et 40 sur leur assimilation par les juristes romains.
(34) Galus 4,118.
(35) On peut aussi imaginer l'économie de cette *clausula n.n.p.* la *doit* (inventée d'après Cicéron par son ami Atticus) ayant été jugée inutile dès Labien.
(36) *Contra Macquarion* qui croit comme Perrin, voir infra n. 60, que le défendeur à la formule a toujours la charge de la preuve (*Cours*, p. 267).
sa promesse mais prétend celle-ci sans objet, les fonds n'ayant pas été intégralement versés (37).

La constitution de 197 rappelle l'existence de cette exception à propos d'une rétention servie de gage (38). Ulpien (39) et la constitution de 215 (40) la comparent à l'exception formulaire doli (41).

Nous pensons que l'argument peut être retourné, la charge de la preuve dans l'e.n.n.p. formulaire étant bien pour le débiteur, voir infra pp. 219-220. Idem Levy, op. cit., p. 224 pour qui l'e.n.n.p. ne figurait jamais à l'édit, même avant 215 dans les derniers temps de la procédure formulaire. Pour nous c'est après 215, avec le renversement de la charge de la preuve qu'elle cessa d'appartenir à l'édit.

(37) Il en va de même pour le doli: le défendeur ne nie pas sa promesse, mais prétend dolosive la réclamation du créancier, dans les deux cas la cause est indifférente: Gaius 4,115-125.

(38) C. 4,30,1 d'Alexandre-Sève et Caracalla, jugée interpolée par Collinet (La nature des querelles, p. 302), Kreller (Zur Geschichte der e.n.n.p., p. 293) et Girard (Manuel, p. 502). Ce dernier la compare au C. 8,33,1, autre version de la même constitution qui remplace le terme numeratae par redditae. Pour nous ce n'est qu'une erreur de copiste puisque les deux constitutions s'accordent sur la formule de l'exception: si pecuniarum non esse numeratam.

(39) D. 17,1,29pr. et D. 44,4,4 §16. Levy, op. cit., croit ces textes interpolés. Pour lui comme pour Collinet, p. 302, l'e.n.n.p. n'existait pas du temps de ce jurisconsulte.

(40) C. 4,30,3 de Caracalla estimée interpolée par Lemosse (Q.n.n.p., p. 482, n. 60 et édition de La nature des querelles de Collinet, p. 300, n. 160). Collinet, pp. 300-302 pense que le texte désigne la q.n.n.p. et non l'e.n.n.p. encore inexistante et prévoit pour elle et l'exceptio doli un renversement de la charge de la preuve au bénéfice du débiteur. Pour Kreller l'interpolation est ailleurs, la constitution vise bien l'e.n.n.p. mais pas l'exceptio doli (p. 304-305). Il se base sur D. 22,3,18,1 et D. 44,4,2,1 d'Ulpien laissant la charge de la preuve au débiteur dans l'exceptio doli. Nous estimons ces deux lois du Digeste antérieures à cette constitution (années 210-213). Nous ne pensons pas que ce renversement de la charge de la preuve s'appliquait uniquement à l'exceptio doli quand elle concernait un prêt ou une valeur non ou partiellement payée, mais qu'il gouverne dans son ensemble. Sinon Ulpien n'aurait pas manqué de relever une telle particularité. Pour Levy, p. 225 c'est de cette constitution non interpolée que date l'apparition de l'e.n.n.p. Pour Collinet, p. 284, la première mention de l'e.n.n.p. est de 222 dans le C. 4,30,5, les textes antérieurs traitant de la quærela.

(41) D. 44,4; D. 12,1,30; Gaius 4,115.
Si les sources sur cette exception formulaire sont si modestes, c'est qu'elle fut rapidement incorporée à la procédure extraordinaire (42). Le Digeste et Gaius (43) sont muets aussi sur l'interdit de clandestina possessione au bref destin.

Nous pouvons en recréer la formule à partir de celle de l'exceptio doli (44). A la postulatio du demandeur (45) le défendeur oppose une initiatio (46). L'intentio du magistrat reproduit ces deux prétentions (47).

§ 2. Procédure extraordinaire en cas de mutuum

En cas de mutuum le débiteur n'oppose pas une exception formulaire, mais une défense non formelle. Le créancier ne lui demande pas de reconnaître une promesse, mais un versement. En le niant et en prouvant ne rien avoir reçu, le défendeur se libèrera du mutuum considéré comme n'ayant jamais eu lieu. Même si l'expression e.n.n.q. est employée (48), elle désigne ici une déf-

(42) Elle ne fit donc partie de la formule qu'une cinquantaine d'années. Contra Pernice, Z.S.S. 13, p. 286 sq. pour qui l'exceptio de doli est formulaire et l'e.n.n.q. extraordinaire dès l'origine. Sans partager les doutes de COLLINET (p. 290) sur cette liaison pernicieuse entre procédure extraordinaire et renversement de la charge de la preuve, nous pensons que l'e.n.n.q. est passée d'une procédure à l'autre, sa charge de la preuve ayant évolué.

(43) Pour COLLINET (p. 304 et n. 181), l'e.n.n.q. a toujours fait partie de la procédure extraordinaire car elle apparut tardivement, après la querela, à une époque où la formule avait disparu (voir aussi Études Hist., 5, pp. 501-504).

(44) On peut aussi objecter que le manuscrit de Gaius 4,115 jusqu'à 125 est incomplet et qu'il mentionnait peut-être l'e.n.n.q.

(45) Gaius 4,117: Ao te mihito sestercio milia dare oportere; id postulato aies aut necas.

(46) Si in ca re mihi ab Ao Ao numerata pecunia sit. Le débiteur pourrait aussi protester par une initiatio doli.

(47) Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestercio milia dare oportere, si in ca re No No numerata pecunia ab Ao Ao sit, judece, Num Num Ao Ao milia condemnatur; si non paret pecuniam numeratam esse, absolve. Cette reconstruction s'inspire de Gaius 4,41; 43 et 50.

(48) Certains auteurs veulent appliquer l'e.n.n.q. qu'au cas de stipulation: KRÜGER, pp. 1 et 2; KRELLER, pp. 296-298 est amené à considérer
fense in factum (9) non absoluire comme dans la stipulation, mais minutoire (10).

§ 3. Généralisation de la procédure extraordinaire

La formule disparaît en même temps que les magistrats et les jurés dans le courant du 3e siècle (31). L'ancienne exception formelle de la stipulation revêt l'aspect de celle in factum du mutum pour former une défense unique opposée à la contradictio (32). L'écrit du créancier ne vaudra plus présomption juris
de nombreuses sources comme interpolées et nie les avantages de l'e.n.p. en cas de mutum après 215 avec le renversement de la charge de la preuve. Suman, p. 235 au contraire réserve l'e.n.p. au mutum et l'exception doli à la stipulation. Nous rejetons aussi la thèse de Fernicke, p. 280 ss. qui estime que la procédure extraordinaire implique obligatoirement un renversement de la charge de la preuve. L'e.n.p. extraordinaire du mutum impose à cette époque au débiteur de prouver sa négation. C'est plus tard, par des constitutions et indépendamment de la généralisation de la procédure extraordinaire que la charge de la preuve fut renversée. La règle affirmanti non neganti incumbit probatio n'est pas du 3e siècle mais du Bas Empire.

(40) Des sources parlent de cautio et non de stipulatio, ce qui inclut la cautio stipulatoria et la simplex, le mutum: C. 4,30,3 (215) ex cautione tua; 4 (217) fidem cautionis; 8 (223) qui cautionem exposit; 13 (Justin) scriptis cautum; 1 (197) cautionem emissam; 2 (213) cautionem. D'autres emploient des termes autant génériques: propriam scripturam, Nov. 18, cap. 8, de 556; quasi credita pecunia, C. 4,30,5 de 223, expression utilisée aussi par Gaius au 3,126; qui erat obligatus, C. 4,30,6 de 223; au 10 de 203 debitum solutum. Le mutum est aussi nommément désigné au C. 4,30,7 de 203, mutum pecuniam; dans les Epitomes de Gaius au 2,9,11, de cautio et non numerata; au Codex Hermogenianus Vist., I, de cautio et non numerata; au Codex Theodosianus, 2,27,1, de cautio et non consignata pecunia. On note que ces textes accordent l'e.n.p. au mutum aussi avant la généralisation de la procédure extraordinaire.

(50) La stipulation qui a porté sur une somme plus importante que celle remise effectivement est jugée insais par l'e.d. ou l'e.n.p. Le mutum dont la res a été gonflée est annulé et présumé remplacé par un autre mutum in factum du montant prouvé par le débiteur. Cette solution ne vaut en équité qu'en cas d'intérêts non usuraires.

(51) C. 3,3,2; 2,57,1; Codex Grego. 5,7.

(52) Inst. 4,13 et 14.
tantum, mais il devra faire la preuve de sa demande. A cette nouvelle exception qui pourra être minatoire, le créancier opposera des preuves par témoins, écrits, serments ou aveu du débiteur. La nouvelle procédure n’innove pas, elle se déforme et renverse la charge de la preuve.

Section 2. - La charge de la preuve

Nous faisons figurer l’évolution de la charge de la preuve dans une section différente de celle de la procédure, car nous estimons que ce n’est pas la procédure extraordinaire qui a renversé les solutions classiques en cette matière.

§ 1. Période de la charge de la preuve pour le débiteur

C’est au débiteur de prouver qu’il n’a rien reçu: ?reus in excipiendo fit actor?. Le débiteur en effet doit faire preuve contre un écrit qui le condamne en apparence. Il lui faut pour emporter l’intime conviction du judea invoquer d’autres écrits ou témoignages. Le créancier a un rôle passif. Cette solution ap-


(54) Le serment a la même valeur probatoire qu’à l’époque classique, toutefois le justurandum in jure pourra être demandé d’office par le juge en cas d’insuffisance de preuve.

(55) Même effet que l’aveu classique: confessus pro judicato est.

(56) D. 44,4,2 §1; D. 22,3,18 §1 et 19 pr.; C. 2,1,1 de 155.

(57) C. 8,33,1 et 4,30,1 de 197: si pecuniam tibi non esse numeratum...

PROBATUS ES. Gellius, N.A. 14,2,4 à 25: neque tabulis neque testibus id factum docebas et argumentis admodum exilibus nitebatur.

(58) Quintilien, Inst. Orat. 4,2,6: sat is est diisse certam creditum pecuniam peto ex stipulatione. Diversae partis expositio est cur ea non deletur.
pliquée à l'\textit{exceptio doli} (59) l'a été à l'e.n.n.p. dès son apparition (59) aussi bien en cas de stipulation (61) que de \textit{mutuum} (62).

(59) C. 8,32,1 de 197; D. 12,1,30; D. 23,3,18; D. 44,4,2 §3 et §7; Galus 4, 115-125. D. 23,3,18 §1 et D. 44,4,2 §7. Les D. 17,1,29 pr. et D. 44,4,4 §16 déclarent la charge de la preuve identique en cas d'e.n.n.p.

(60) D. 44,4,4 §16 d'Ulpian (environ 210) \textit{ut si forte pecunia non numerata dicatur}. Le débiteur qui invoque l'exception de dol ou n.n.p. placée sur le même plan doit apporter ses preuves. Le seul avantage de l'e.n.n.p. ne tient pas à la charge de la preuve mais en ce qu'elle n'accuse pas de mauvaise foi à un patron comme l'e. dol. C. 4,30,1 d'Alexandre-Sévère et Caracalla de 197, jugée interposée par certains, \textit{supra} n. 38, avec son \textit{probaturus est} adressé au débiteur. D. 17,1,29 qui met sur le même plan l'e.d. et l'e.n.n.p. (\textit{exceptionem vel dolis vel n.n.p.}) et qui use d'expressions comme \textit{praetermissit exceptionem} et \textit{exceptio debitori competebat} signifiant que c'est au débiteur d'opposer une exception qu'il prouvera fondée. Ce texte est estimé interposé par \textit{Levy}, p. 224 qui consi
dère en outre, p. 220, le règlement de la charge de la preuve comme très informel, le créancier devant lui aussi opposer ses propres preuves à celles fournies par le débiteur. Nous estimons au contraire cette procédure formelle, le créancier pouvant rester inactif si le débiteur ne convainquit pas le \textit{judea} si l'on en croit Quintilien. Rappelons que \textit{Collinet}, pp. 300 et 302, voir \textit{supra} n. 40, estime que les textes incriminés font référence non à l'e.n.n.p. mais à la q.n.p. Pour lui sinon, la charge de la preuve dans l'e.d. et la q.n.p. est pour le débiteur. Interpolations aussi pour \textit{Pernice}, l'e.d. étant formulaire avec charge de la preuve pour le débiteur et l'e.n.n.p. extraordinaire avec charge de la preuve pour le créancier, voir \textit{supra} n. 42.

(61) D. 44,4,2,3; D. 12,1,30 qui permettent de lutter contre une stipulation par l'e.d. ou l'e.n.n.p. sans préférence quant à la preuve. \textit{Levy} au contraire, p. 220 prétend que le dol est plus facile à prouver. Nous pensons que dans les deux cas on prouve un non versement, une chose négative et que cela fera présumer le dol pour l'e.d. En cas de transmission de l'écrit de la stipulation à un tiers de bonne foi ignorant le non versement des fonds par celui qui lui a remis la créance, l'e.d. n'était pas applicable au contraire de l'e.n.n.p. De même si le réclamant est un patron ou ascendant, on ne peut pas opposer l'e.d. jugée irrespectueuse, mais seulement l'e.n.n.p.: D. 44,4,4 §16 et D. 37,15,7 §2.

(62) C. 4,10,1 de 196: \textit{creditor qui pecuniam petit, numeratam impere cogitatur}. Cette formule rappelle celle du C. 8,31,1 de 197 pour l'\textit{exceptio doli}; du D. 44,4,2 §3 et D. 12,1,30 pour l'e.d. avec l'e.n.n.p. en cas de stipulations. Cette similitude de conditions, d'effets et de formulations en cas de \textit{mutuum} ou de stipulation s'explique par la déformalisation croissante de la stipulation se rapprochant ainsi du \textit{mutuum}. \textit{Contra Kreller}, pp. 296-298, pour qui l'e.n.n.p. ne s'applique pas au \textit{mutuum}. 
§ 2. Réformes attribuant la charge de la preuve au créancier

Ce n'est pas la généralisation de la procédure extraordinaire qui ôta au défendeur le soin de prouver son exception, c'est une constitution précise de 215 de Caracalla (63). Ce retournement vaut pour les deux exceptions connexes, la doli et la n.p. (64). Ce texte atteste de l'ancienneté de l'e.n.p. présentée comme aussi vieille que la doli (65). Le même empereur dans une autre constitution, traitant de l'e.d. mais impliquant l'e.n.p., explique ce renversement par les difficultés à prouver un fait négatif (66).

(63) C. 4,30,8, voir supra n. 40. COLLINET pp. 284 et 300 considère ce texte interprété comme désignant la q.n.n.p., l'e.n.p. n'étant apparue qu'en 222-223 avec le C. 4,30,5, texte aussi remanié puisque le débiteur devait encore à cette époque prouver son exception : « bien que la reconnaissance de l'exception ne soit mentionnée d'une façon sèche qu'en 222-223, aucune mention du renversement de la preuve ne se retrouve avant Dioclétien ». Il s'appuie sur les C. 4,30,10 et C. 4,19,23 dont nous reparlerons infra p. 240. Notons déjà que pour nous le C. 4,30,10 oppose la querela, dont la charge de la preuve reste pour le débiteur, à l'exception en l'en libérant au contraire, et surtout présente cette solution comme ancienne. A la page 301 COLLINET semble gêné d'avoir dû conclure ainsi. Il reconnaît que « d'ordinaire Dioclétien reflète la tradition du droit classique et n'innove pas », ce qui pourrait ne pas exclure une légère antériorité de ce renversement à la constitution qui le constate. COLLINET se départage un peu de MONNIER (NRH 24, 1900, pp. 171-176) dont il reprend l'idée majeure du renversement de la preuve pour l'exception par Dioclétien aux pp. 299-302. Voir infra n. 140.

(64) Contra KRELLER, pp. 304-305, pour qui le passage concernant l'e.d. serait interprété. Voir supra n. 40.

(65) Contra Lévy qui attribue à cette constitution la création de l'e.n.p., p. 225. Pour lui, p. 226, le renversement des preuves n'est pas radical car en pratique il y avait déjà lute des moyens de preuve entre créanciers et débiteurs pour convaincre le juge. Voir supra n. 60.

(66) C. 2,1,8 de 225 : « Cum juris et aequitas rationibus congruent... quod utique ipsa rei aequitas suadet an vero ab eo a quo aliquid petitur actor desideret rationes exhiberit... ». Pour COLLINET, p. 300, ce n'est que Dioclétien qui aurait imaginé cet avantage dans les deux constitutions précitées : « il en donne un motif, l'impossibilité de faire une preuve négative, selon la naturalis ratio ou la rerum natura ». Notons en tout cas que ni Caracalla, ni Dioclétien ne décrivent cette mesure comme prise en faveur des miseri debitores, ce qui affaiblit l'argument de PERNICE repris d'ailleurs par notre professeur, Mr MAQUERON, à la p. 267 de son cours.
Section 3. - L'introduction de délais

Primitivement aucun délai n'était prévu. Paul considère les exceptions comme perpétuelles (67). Elles attendent les demandes des créanciers (68). De 215 jusqu'à 228 les constitutions n'évoquent aucun délai (69). Alexandre-Sévère en impose un, sans précision, en 228 (70). Nous en connaissons la durée

« la cognito extraordinaria... crée cette anomalie imposée par des considérations d'ordre social... »

(67) D. 44,4,5,6 à propos de l'e.d. mais valable aussi pour l'e.n.m.p.: quando conveniat.

(68) COLLINET, p. 293 nous signale ce délai inconnu de Valerius Eudemon. P. 287, la traduction de l'édit supposé ne concerner que la q.m.p. (voir supra n. 33) commence ainsi: « si quelqu'un poursuivi pour une dette n'a pas immédiatement dit qu'il ne doit pas... ». Cette hypothèse est celle de l'exception a.m.p. passive. Pour la rattacher à la quaerela, COLLINET pense que la poursuite pour dette mentionnée n'est pas déjà effectuée juridiquement par le créancier, mais est une potentialité et qu'« immédiatement » signifie en prenant les devants par une plainte-q.m.p. Plus littéralement, l'adverbe immédiatement nous indique que c'est sans délai que le débiteur doit contester les prétentions juridiquement exprimées du créancier.

(69) C. 4,30,1 à 7 et Nov. 18,8, soit 8 constitutions. Contra Krüger p. 5, qui interprète différemment le C. 4,30,4 de 215, de Caracalla. L'expression minimum tarde ne nous paraît pas expliquer le refus de l'e.n.m.p. par une prescription extinctive mais parce que la reconnaissance de dette était indubitablement causée; voir infra p. 87.

(70) C. 4,30,8: intra legibus definitum tempus... residiuum tempus... sin vero legitimum tempus excessit... Pour Krüger, p. 6, ce texte interpolé désigne autant l'e.n.m.p. limitée à un an que la quaerela. Nous pensons que dans ce texte le terme de querimonia désigne la contestation judiciaire, le procès en général, et non pas la quaerela, plainte active du débiteur qui à cette époque n'était limitée par aucun délai. Contra COLLINET, pp. 292 à 296 et nn. 129, 138, 140, pour qui querimonia signifie quaerela, ce qui lui permet d'opposer les 2 moyens. Nous croyons à leur distinction (au contraire de Macquérin, Cours, pp. 266-267), mais nous invoquons d'autres arguments, voir infra p. 237. Le texte sert aussi à COLLINET pour démontrer que l'intérêt majeur de la quaerela c'est de perpétuer l'exception, notamment pour l'héritier du débiteur. Nous croyons que c'est la mise en œuvre de l'exception par le débiteur de cuius qui a rendu celle-ci perpétuelle pour ses héritiers, voir infra p. 241. Finalement notre auteur utilise ce texte pour attribuer un délai à la q.m.p. dès cette époque, alors que nous
par une constitution du 7 avril 294 de Dioclétien (71). Ce délai d'un an fut introduit dans les années précédant de peu 228, après la constitution de 223 qui n'en fait aucune mention (72), aux alentours de 225 par une constitution qui ne nous a pas été conservée (73).

C'est une mesure de procédure destinée à ne pas faire traîner les procès en longueur (74). D'un côté le débiteur bénéficiera d'un délai de grâce, mais strict, interdisant toute mainœuvre dilatoire au-delà de sa durée.

L'année est à compter à partir de la plainte en justice du créancier (75), exactement à compter de la mise en demeure faite croyons que cette loi ne concerne que l'exception et que c'est plus tardivement que la querela fut nantie de délais, voir infra, p. 238.


(72) C. 4,30,7, dont COLLINET, p. 295 n. 137 tire des conclusions originales. Bien que ce texte ne mentionne que la condicte et l'en.p., il prouverait pourtant que la querela n'était pas limitée à cette époque par un délai, sinon cela aurait été mentionné. Nous estimons pour cette période la querela imprescriptible tout en refusant cet argument à contrario.

(73) C'est aussi l'estimation temporelle de COLLINET, p. 295, mais lui pense que le C. 4,30,8 s'applique à la querela et non à l'en.p. Une autre constitution, la C. 2,6,3 de 240 de Gordien, invoque un délai, nec temporis spatio, appliqué nominativement à l'exceptio, sans mention de querela. Pour COLLINET, p. 363, évidemment le texte par le terme exceptio vise en fait la querela.

(74) Contra COLLINET, p. 293 qui y voit un délai de prescription s'appliquant à la querela active et destiné à compenser l'anomalité de son renversement de la preuve depuis 215, ce qui avantageait trop les débiteurs; voir supra, n. 63. Nous pensons que ce n'est que beaucoup plus tard que la querela a connu conjointement un délai et un changement de charge de preuve, et que ces textes ne concernent que l'exceptio.

(75) C. 4,30,8: nulla querimonia usus... in querimonia creditor minime
au débiteur (76). C'est une année utile, celle que l'on retrouve dans les remèdes honoraires comme l'in integrum restitutio (77). Le débiteur saisi en justice différera le procès durant ce laps de temps en opposant son exception. Il pourra ainsi réunir les preuves contraires qu'il opposera à celles présentées par le créancier avec sa demande, et peut-être les fonds à rembourser si il les doit vraiment. On dit que l'exception a été introduite pour lutter contre les prêts fictifs et usuraires. Or ceci ne peut être constaté par le juge qu'à posteriori. Il faut donc prévoir des délais pour le rassemblement par le débiteur de ses arguments réputés plus difficiles car négatifs (78). Sinon l'exception ne pourrait pas remplir sa mission.

Si le débiteur avant de décéder a opposé dans l'année de la réclamation du créancier l'e.n.n.p. son héritier aura tout le temps pour poursuivre la procédure et rassembler les contre-preuves (79). Si le défunt n'avait pas réagi à la mise en demeure, le délai courra contre l'héritier qui ne pourra soulever l'e.n.n.p. que dans l'an-

ducto. Nous avons déjà dit que pour Collinet et Krüger, supra n. 70, querimonia ne signifiait pas réclamation du créancier mais q.n.n.p.

(76) C. 4,39,8: legitiimum tempus. Contra Captant, p. 101: délai limité... à dater de la rédaction de l'acte; Krüger, pp. 2 et 3. À l'objection que le créancier n'aurait qu'à attendre un an après l'échéance pour rendre prescrire l'exception de son débiteur, Krüger réplique que le défendeur bénéficiaire aussi d'une querela active, une Feststellungsklage. L'auteur prétend ensuite que cela n'aurait pas du sens de faire partir ce délai de la mise en demeure, critique que l'on pourrait lui retourner.


(78) Voir supra p. 221 n. 66. Même si le créancier doit d'abord présenter ses propres preuves, il bénéficie de l'avantage d'un écrit ce qui oblige le débiteur en pratique à ne pas rester entièrement passif quoiqu'il en ait le droit. Voir supra n. 60 et n. 65.

(79) C. 4,39,8: adversus heredem ejus perpetuo competit. Pour Collinet, voir infra p. 241, le texte vise la mise en œuvre d'une querela par le débiteur, ce qui perpétue le droit à l'exception pour l'héritier.
née suivant la réclamation (80) sous peine de forclusion (81). Si l'héritier n'a pu connaître la procédure entamée contre son ayant droit décédé avant la fin de l'année utile, une nouvelle mise en demeure impliquant un nouveau sursis devra être faite contre lui (82).

Le sursis fut ensuite porté à cinq ans par Dioclétien dans le cadre de sa lutte contre l'inflation et l'usure, destinée à protéger les faibles revenus (83). Les constitutions diocliétiennes ne précisent pas de durée (84); celle-ci nous est connue par le Code Herm-

(80) C. h. l.: residuum tempus ejus heres habebit.
(81) C. h. l.: sin vero legitimum tempus excessit... heres ejus... debitum solvere competitur.
(82) C. Herm. Vist., 1,1: anni spatio decicere.
(83) Levy, op. cit. pp. 231, 236; Weström. Valgarrecht. Das Obligationenrecht, p. 49, entime le délai à partir de l'échéance du billet sous Dioclétien et à partir de la demande en justice sous Justinien. Les textes ne l'indiquent pas, surtout Justinien qui n'aurait pas manqué de rappeler son innovation. Pour Levy, sous Dioclétien, pour que l'exception puisse être opposée en défense, il faut d'abord qu'elle ait été soulevée activement sous forme de quœrēla, ce qui implique son absorption par une quœrēla soulevable 5 ans après l'échéance du billet par le débiteur se plaignant d'avoir encore rien reçu ou pas assez. Ces 5 ans de silence présumerait de la mauvaise foi du créancier qui devrait apporter ses preuves. Kaser, Römisches Privatrecht, p. 278 pense que sous Dioclétien, puis Justinien, le délai part de la rédaction du billet (seit der Ausstellung).
(84) C. 4,2,5 pr. (293). Collinet, p. 289 n. 108, p. 293 et p. 296 n. 141 et 142, considère que le texte désigne la quœrēla alors qu'il vise l'exceptio. C. 4,9,4. Pour Collinet cela traite de condicio (p. 296 n. 139) et de quœrēla (p. 296 n. 139) alors que le texte mentionne bien la condicio cautiosus, mais pas l'e.n.n.p.
C. 4,30,9 et 10 (293-294). Dans la 9 le mot quœrēla est employé, mais juste avant lui la constitution parlait d'exception. L'expression est quœrēla rel et non q.n.n.p., ce qui signifie contestation, opposition de prétentions et se rapporte à l'exceptio. La 10 traite de l'e.n.n.p., limitée dans le temps, et de la q.n.n.p., elle sans délai, voir infra p. 238-239. Collinet, p. 296 et n. 140 lit différemment ces textes: la prescription extinctive n'a de sens que pour la quœrēla qui sinon avantageait trop le débiteur et dont on a dû restreindre la portée; «l'exception est perpétuelle car il ne dépend pas de celui qu'elle protège qu'elle puisse servir en temps utile... le créancier malhonnête se garderait d'agir dans le délai pour ne pas donner à son adversaire la possibilité d'opposer l'exception ». Collinet est amené à cette
mogénien et Justinien (86).

Conclusion car il fait partir les délais de la date d'échéance, comme Krieger, voir n. 76. Les textes incriminés ne désignent donc pour lui que la *querela*. Or il se contredit, car à la page 300 il estime que ces mêmes textes concernent l'exceptio et ont renversé la charge de la preuve pour celle-ci. Au gré de sa convenance, les mêmes textes désignent exclusivement la *querela* quant aux délais et l'exceptio quand à la preuve. Collinet reconnaît à la page 295 que sa lecture des constitutions diocétiennes n'est pas celle de la doctrine en général, mais elle lui semble à la page 296 la plus logique. Même si on fait partir les délais de l'échéance du billet, les textes diocétiens ne sont pas obligés logiquement de désigner la *querela* mais peuvent s'appliquer à l'exceptio. Le délai joue aussi contre le créancier qui devra apporter la preuve de la remise des fonds puisque l'exception renverse cette charge. Or plus il attend, plus cette preuve sera difficile pour lui aussi. Nous signalons ce point de vue sans le partager car comme les délais partent de la mise en demeure, une fois l'exception prescrite, s'il ne veut pas rembourser, le débiteur devra faire lui-même la preuve de la non numération par une défense in factum. Collinet, p. 296 n. 145 critique la conception d'Accarias, Pandectes 2, 1679, n. 2, que nous n'approvons pas mais qui nous semble préférable à la sienne car ne supposant pas d'interpolations. Les deux auteurs s'accordent sur le point de départ des délais, l'échéance, mais Accarias pense que les textes de Diocletien concernent l'exceptio. Devant l'inaction prolongée du créancier attendant la prescription de l'exception opposable, le débiteur peut se dégager en réécrivant son écrit par la *condictio cautioris* du C. 430,7 (pour Krieger en opposant une *querela*, voir supra n. 76). Pour Accarias les constitutions n'ayant pas encore décidé à cette époque du renversement de la charge de la preuve pour l'exception, le créancier fait prescrire cette défense de son débiteur « sauf à prouver la numération », c'est-à-dire qu'il supporterait la charge de la preuve qui relevait avant de son débiteur. Nous refusons ce deuxième argument qui suppose interpolées toutes les constitutions précédentes ayant renversé la charge de la preuve dans l'exception.

(86) C. Herm. Vistor., 1,1: *exceptionem non numeratiae pecuniae non annis quinquenni spatio deficiere super consimius. Voir supra n. 71. Collinet, p. 280 n. 111, p. 296 n. 142 qui ne lit pas au début *exceptionem* mais *ex cautione*, pense que le texte concerne la *querela*. L'emploi du mot *contestatio* dans l'interpretatio de la constitution renforce son opinion. Ce terme d'ailleurs générique indiquant plutôt la protestation contre une manœuvre abusive désigne surtout l'exception. Voir infra n. 112. C. 430,14 pr. de 528: *non intra quinquennium non numeratiae pecuniae exceptionem objicere possit, « Objicere » comme « deficiere » veut dire opposer en justice. Il s'agit donc bien d'années comptées après mise en de-
Justinien ensuite ramena ce délai de l'exception à 2 ans (86).

Section 4. - Le refus de l'exception en cas d'aveu du débiteur

L'aveu comprend le paiement de la dette et la causation du billet.

meure judiciaire. LEVY, voir supra n. 83, en tire les conséquences qui s'imposent pour la période de Justinien uniquement. Or le texte dit quod antea constitutum erat. Il se réfère donc aux lois antérieures. Le délai est donc toujours parti de la date de mise en demeure. COLLINET, p. 297 et Études Historiques, 3, 298 prétendant que les constitutions antérieures (celles de Dioclétien) ne désignaient que la querela et non l'exceptio (voir note précédente) croit en une erreur de vocabulaire de Justinien. Cette erreur serait répétée au I 3,21,1 qui reprend la même idée, de textes précédents limitant l'exception par des délais: hoc enim saepissime constitutum est; il s'agirait en fait de la querela.

(86) COLLINET, p. 297 note avec raison que le délai Justinien s'applique autant à la querela qu'à l'exception, ce qui expliquerait la solis-disant confusion de Justinien au C. 4,30,14 pr. qui aurait présenté les textes antérieurs comme ayant imposé eux aussi des délais à l'e. alors qu'il s'agirait de querela; voir supra n. 85. Ce nouveau délai Justinien généralisé est rappelé en outre au C. 4,30,14 §3; §4; aux Institutes 3,21,1 et 4,13,2. Pour COLLINET, Justinien aurait rendu connexes querela et exceptio; voir infra p. 249. Si après 2 ans (et non plus 5 ans comme sous Théodose, voir infra p. 244) à compter de la date d'échéance du billet — (au contraire du cas d'e. où le délai non de prescription mais de grâce part de la mise en demeure du créancier. Cette solution est la seule logique pour la querela, COLLINET a raison de la lui appliquer mais tort de croire que les textes qu'il cite ne concernent pas plutôt l'exception. Voir infra n. 169). —, le débiteur n'a pas réclamé le versement des fonds par une querela active, il ne bénéficierait plus d'une exceptio passive contre un créancier qui lui réclamerait le remboursement de ces fonds litigieux. Le débiteur non payé aurait deux ans pour réclamer son argent. S'il ne le faisait pas, c'est qu'il serait négligent ou qu'il l'aurait reçu. Cette lecture est inadmissible. Cela reviendrait à prêmer la mauvaise foi chez le débiteur. Dans ce cas pourquoi Justinien aurait-il voulu reversion à son profit la charge de la preuve? (pour COLLINET cette mesure date de cet Empereur en ce qui concerne l'e. voir ibid., p. 201). En outre, en droit romain, même byzantin, la mauvaise foi ne se prémise pas. Enfin la lecture collinienne est étrangère aux sources. Voir infra p. 249.
§ 1. LE PAIEMENT DE LA DETTE

En versant des acomptes à valoir sur le tout, ou en remboursant la dette reconnue, le débiteur perd son droit à l’exception (87). En droit romain aussi tout paiement suppose une dette (88).

§ 2. LE BILLET CAUSÉ

Si l’écrit de la stipulation ou du mutuum indique le versement de fonds au débiteur (89), le billet ainsi causé est inattaquable par l’e.n.n.p. (90).

(87) Ainsi qu’à la quærela: C. 4.30.4 de 215 de Caracalla: cum fidem cautionis agnosceris. Sauf en cas de paiement par erreur, ou partiel, non acompté, les sommes versées ne sont pas répétables. Constitution lue différemment par Krömer, p. 5 (voir supra n. 69). Pour lui le texte vise non l’e.n.n.p. mais la quærela refusée car présentée hors délai et non parce que le débiteur aurait reconnu sa dette en la payant. Le texte nous semble concerner l’e. et la q. L’expression numerata pecunia... quærelam deferre fait allusion aussi à l’e. Quærelam deferre signifie protester juridiquement et numerata pecunia se rapporte à deferre et non à quærelam, sinon ce serait numeratae pecuniae. Nous traduirons par « protester de ce que l’argent n’a pas été versé » et non par « soulever la q.n.n.p. ».

(88) C’est un raisonnement en équité, à l’allemande, et non en vertu de la cause finale. La preuve en est que l’indu n’est pas répétable, même si la cause du remboursement est inexistante.

(89) Quant à la stipulation écrite, c’est pour des motifs d’équité que le versement constaté la rend inattaquable; quant au mutuum, c’est pour des raisons de cause équitable.

(90) C. 4.30.5 d’Alexandre-Sévère de 223. Pour Levy, p. 234, c’est l’hypothèse d’un débiteur de service rendu qui, non solvable, signa une reconnaissances de dette. Ce débiteur ne pourrait pas soulever l’exception car sa dette a une juste cause, est la contrepartie d’un service équivalent. Le texte ne décrit pas avec précision cette novation et le refus de l’e. n’est pas basé sur une théorie de la cause de l’obligation novée, mais en équité comme le prouve l’expression justa causa. Une autre constitution, C. 2.6.3 de 240 de Gordien, contient la même règle. Un débiteur ayant souscrit une simple promesse non causée et ayant effectivement reçu un service mais pas d’argent peut opposer l’e.n.n.p. Par contre au C. 4.30.11 de 293 de Dioclétien, l’e.n.n.p. est refusée car la promesse de payer indique sa cause équitable, service rendu ou chose échangée (transactionis causa)
Justin, en décidant que toute cause efficace mentionnée, versement des fonds ou service rendu \( (3) \), empêche l’application de l’e.n.p. \( (2) \), ne fait que rappeler une règle antérieure \( (3) \).

Justinien décida que le billet causé pourrait être contesté dans les 30 jours après mise en demeure par une e.n.p., alors que le délai reste de 2 ans pour le billet non causé \( (3) \). Le principe classique de la non contestation du billet causé restant exposé aux Institutes \( (3) \), cette solution choque la logique juridique malgré la limitation de sa portée par un bref délai. Ce délai ne peut partir que de la mise en demeure; s’il partait de l’échéance, le créancier n’aurait qu’à rester silencieux un mois après cette date pour empêcher le débiteur d’opposer l’e. à sa demande. Il serait inutile d’introduire des recours pour les débiteurs par des lois,

et sûrement pas parce que l’e. ne vaudrait que pour les prêts d’argent 

\( (91) \) C. 430,13: pecunii ex antecedente causa descendentibus. Ce terme causa ne doit pas nous confondre. L’e. est refusée en équité et non d’après la cause finale: nimis enim indigum esse... quod sua quisque vocat lucidate protestantis est... Il serait indigne... de contester ce qu’on a reconnu avoir clairement reçu. C’est donc la causa efficacius.

\( (92) \) Le débiteur récalcitrant ne peut que prouver le faux: C. h.l.

\( (93) \) Puisque nous interprétons le C. 430,11 et le C. 2,6,3 comme proposant la même solution. Voir supra n. 90. On peut citer d’autres textes refusant actio ou e. contre les écrits explicites: C. 8,42,6 de 230; C. 13,21,23; C. 8,35,7 et les lois classiques D. 46,4,19,1 et D. 22,3,25,4. Ce dernier fragment de Paul sur la valeur probatoire du billet causé n’est pas interprété (voir supra n. 17). Contra Girard, Manuel, p. 506 et Captant, p. 102, qui font partir la distinction billet causé et billet non causé du texte de Justin. Pour R. Villiers, Rome et le droit privé, p. 353, il s’agit non de cause efficace, mais de cause finale: "la distinction faite par le texte de Justin entre billet causé et billet non causé est un des exemples que montrent que les Romains ont fait appel à la notion de cause finale, mais uniquement envisagée comme remède au caractère abstrait de certains engagements". La restriction finale n’a qu’à rappeler beaucoup l’affirmation précédente. C’est en équité qu’on aurait pris en considération la cause finale, qui est ce que l’on peut dire qu’elle n’est pas nécessaire au raisonnement juridique sur l’obligation. Dans ce cas, autant en faire l’économie.

\( (94) \) C. 430,14,2

\( (95) \) Inst. III, 21.
puisque les créanciers pourraient eux-mêmes en régler l'application.

Section 5. - Caractère personnel de cette défense

§ 1. Le transport de l'exception

L'c.n.n.p. est intransmissible, hormis le cas de succession (96). En cas de novation par changement de débiteur (delegatio debiti) (97), le nouvel obligé ne peut pas invoquer cette e. personnelle pour se libérer (98), même si la novation indiquait une subrogation des droits (99). Le mandataire ou le fidéjusseur bénéficient eux de l'exception en vertu de la règle de la représentation (100).

§ 2. Son opposabilité par voie oblique

L'e. est invocable par voie d'action oblique (101). Les tiers créanciers concourant avec le porteur du billet non causé peuvent l'écarter en lui opposant l'e.n.n.p. à la place de leur débiteur négligent. Ils doivent soulever l'e. dans les deux ans de la demande du créancier porteur du billet (102).

Étrangement, si les créanciers concurrents ont échoué à l'exception, ne pouvant combattre les preuves du créancier porteur du billet, le débiteur originel ou son fidéjusseur peuvent à leur tour opposer cette e. une seconde fois contre le même porteur (103).

(96) C. 4,30,8 et 14 pr.: vel successor ejus.
(97) La cession de dettes inconnue en droit français et romain est autorisée en Allemagne: BGB §414.
(98) C. 4,30,6 d'Alexandre-Sévère de 223.
(99) Gains, Epit. 2,9,11.
(100) C. 4,30,12 de 293 de Dioclétien qui constate une règle antérieure.
(101) C. 4,30,15.
(102) Cette règle vaut aussi pour la quercola bien que non assimilée à l'e. par Justinien, voir infra p. 248. Les tiers créanciers peuvent prendre l'initiative et contester l'écrit de leur concurrent avant que celui-ci n'ait réclamé les fonds à leur débiteur.
(103) « Ut neque principali debitori, neque fidejussori ejus aliquod praecjudicium generetur ». Pour cette obligation, le raisonnement en équité l'emporte sur le causal.
Section 6. - Caractère d'ordre public

Toute renonciation avant le litige écarterait le recours à l'exception nulle et inexistante (104). La constitution de Justinien qui justifie ceci en équité par l'ordre public (105) n'innove pas. Quand l'exception était dans la formule, le préteur l'imposait aux parties ; le droit formel était corrigé en équité. Sous la procédure extraordinaire, surtout après Dioclétien, les palliatifs d'équité furent théorisés en ordre public, protection sociale décidée par l'État, aux fonctions multipliées en faveur des parties dans leurs rapports juridiques à la liberté consensuelle paraadoxalement accrue. L'e.n.a.p. marque non l'arrivée de la cause sur la scène juridique romaine comme le pensent MM. Giffard, Macquereon et Capitain (106), mais le passage de l'équité à l'ordre public.

Section 7. - Les prêts simulés

Une constitution de Gordien déjà mentionnée (107) décide que l'exception vaut aussi pour des débiteurs non de prêts mais de services (108). Dioclétien n'en décida pas autrement (109).

(104) C. 4,30,15 de 531 de Justinien. L'accord par avance du débiteur d'être directement défréré au serment décisoire et d'être considéré comme indenensus sans pouvoir opposer d'autres moyens s'il ne jure pas est nul.
(105) C. h.i. : « in foeneratiis cautioibus » en considération de ces titres usuraires.
(106) Voir supra p. 210 n. 3 et p. 212 n. 17.
(107) Voir supra nn. 73 et 90 ; C. 2,6,3 de 240.
(108) Un avocat maquille les honoraires qui lui sont dus sous forme de prêts d'argent que le débiteur promet de rembourser. Le billet n'est qu'une promesse de payer comportant sans doute renonciation à l'exception (voir Section précédente) et non pas une reconnaissance causée et non équivoque, comme quoi l'avocat rusé manquait de finesse juridique. L'e.n.a.p. est applicable dans l'année de mise en demeure par l'avocat si le débiteur n'a pas consenti entre-temps à sa dette en la payant (voir supra p. 228, Sect. 4, §1). Le texte signale aussi la possibilité de récupérer le billet par une conductio, voir infra p. 259.
(109) Au C. 4,30,11 si l'exception est refusée, c'est transactionis causa, parce que le billet était causé en indiquant une transaction équivalente à
Le débiteur civil, même emprunteur fictif, dispose de l'e.n.n.p. bien que celle-ci soit personnelle (110). 

Un autre mode de simulation peut affecter la res empruntée. La promesse porte que de l'huile sera rendue alors que de l'argent a été versé. C'est une précaution anti-inflationniste. Par équité l'e.n.n.p. reste opposable (111). Le reçu semblant non équivoque, causé ex oleo accepto, l'exception (112) devrait être refu-

la somme déclarée due. Ce texte ne restreint pas l'application de l'e.n.n.p. aux prêts d'argent, au contraire. Voir supra n. 90.

(110) Voir supra p. 230, Sect. 5, § 1. C. 4,2,5 de Dioclétien de 293. Une personne promet de payer une somme versée à une autre. Le promettant n'est pas codébiteur in solidum du bénéficiaire réel du prêt, ni son fidéjusseur, ni sa caution (sponsor) garantissant le remboursement. Il peut quand même opposer l'e.n.n.p. dans les 5 ans de la demande du créancier. Pour Kretzer, p. 7, pour bénéficier de cette exception passive, le débiteur devrait dans les 5 ans de l'échéance du billet porter plainte par la quærela, Feststellungsklage nécessaire à la mise en œuvre de l'exception.

Une autre constitution de Dioclétien, le C. 8,39,3 de 294, montre que si les autres débiteurs s'étaient engagés solidairement par une stipulation, si l'un d'eux avait reçu des fonds, les autres ne pourraient pas se protéger par l'exception contre une demande en remboursement dirigée contre eux. C'est une conséquence de la théorie de la représentation des débiteurs in solidum. S'il n'y a pas de négligence délictuelle ou contractuelle de la part du créancier qui ne leur a rien versé, ils ne peuvent rien lui réclamer ni lui opposer à une demande de remboursement (sauf un enrichissement sans cause) et doivent se retourner contre le débiteur qui a réellement reçu les fonds. C'est aussi vrai actuellement (art. 1208 C.C.).

(111) C. 4,2,5 de 293 de Dioclétien. La conclusion résume les conditions: le signataire ne doit pas être codébiteur solidaire du bénéficiaire, la reconnaissance de dette ne doit pas être causée, l'exception doit être présentée en temps voulu.

(112) Ce texte est lu différemment par Collinet, pp. 289 et 296. II viserait non l'e. mais la q. Le terme contestatio d'après le contexte désigne l'e., car il n'y a pas de plainte, mais au contraire un moyen de défense. Au C. 4,9,4, il est vrai, contestatio signifie quærela. Ce terme, pas plus que celui de denuntiatio n'a un sens juridique précis. Denuntiatio désignerait plutôt la quærela, sauf au C. 4,30,14 §4 dans un texte de Justinien comparant quærela et exceptio. Pour Pernice ces expressions désignent la protestation générique d'un débiteur contre un porteur de billet (Z.S.S., 13, 280 sq.). Voir infra, n. 185.
sée (113). Les Romains n’ayant pas de théorie de la cause s’écartent de la logique pour le billet causé. C’est une question de faits appréciés librement en équité par le juge. Il en va de même pour l’apparence dans le prêt. L’apparence a prévalu pour les honoraires de l’avocat assimilés à un prêt d’argent; maintenant c’est la réalité qui l’emporte, les règles du prêt d’huile sont appliquées à un prêt d’argent simulé. C’est par souci de protection des obligés (114), pour l’ordre public qu’on en arrive à ces contradictions.

Sous Justinien, il n’y eut plus besoin de simuler la res car l’e.n.n.p. est aussi accordée au prêt, dépôt ou commodat rerum certarum datorum (115).

Section 8. - Moyen informel et droit naturel

Si une des conditions nécessaires à la mise en œuvre de l’e.n.n.p. n’est pas remplie (116), le débiteur n’est pas sans recours. Il bénéficiera d’une défense informelle, extra ordinem, en équité, dont il devra prouver le bien fondé (117). Cet ultime moyen de

(113) Ceci conforte la position d’auteurs ne faisant apparaître le refus de l’e.n.n.p. au billet causé que de Justin (voir supra n. 93). Ceci est un cas d’espèce car de nombreux fragments authentiques antérieurs à celui-ci et à Justin différencient billet causé et billet non causé pour ne protéger que ces derniers par l’e.n.n.p.

(114) Rappelant celle des impubières et incapables protégés quelque forme qu’ait revêtu leur obligation.

(115) C. 4,30,14,1 et 2: ...depositarum rerum...; datio certarum specierum. Dioclétien au C. 4,2,5 cité autorisait déjà l’application de l’e.n.n.p. à ce cas.

(116) Billet causé, délai dépassé, signataire codébiteur solidaire du bénéficiaire.

(117) Le C. 4,30,10 de Dioclétien sur la distinction quercia et exceptio mentionne aussi cette défense in factum opposable une fois les délais de l’écoulés. Voir supra n. 84 et infra n. 120. Le C. 4,30,9, même date, même auteur, parle d’exception in factum opposable hors délai à condition de satisfaire aux exigences de la loi: « in factum esse dandum exceptionem convenit... si intra hoc in testando juri paritum sit », c’est-à-dire en apportant la preuve de la non numération.
droit, reconnu comme d'ancienne pratique par Dioclétien, semble avoir été supprimé par Justinien (118).

Ce moyen informel avantageant le débiteur est la contre-partie de la subsistance désavantageuse pour lui de l'obligation du créancier en tant qu'obligation naturelle, quand elle est inexigible. L'obligation civile contestée par le débiteur et dont le créancier n'a pas pu fournir la preuve de la réalité subsiste comme naturelle. Le débiteur imprudent qui aurait remboursé une obligation non prouvée par le créancier ne pourrait pas répéter la somme par la condictio indebiti. N'ayant pu apporter la preuve réclamée, le créancier a une cause d'action fondée sur le droit naturel, mais pas de droit, de voie d'action (119). L'obligation naturelle pourrait se retransformer en civile par novation ou si le débiteur acceptait un constitut.

Section 9. - Refus de l'exception si la somme promise n'excède pas usurairement la somme versée

L'é. s'applique en cas de somme entièrement non versée et en cas de somme versée, moindre que celle promise, surtout au cas

(118) C. 4,30,14,3 de 528 de Justinien. Ce fragment refuse au débiteur le bénéfice du serment décisoire une fois les délais de l'é. écoulés. Cela doit être étendu à tout autre moyen de preuve que le débiteur apporterait hors délai, in factum. Si cette loi dénonce cette pratique, c'est qu'elle existait auparavant. Contra Kaser, Das Römische Privatrecht, 2, p. 278 qui traduit subjectivement la dernière phrase du C. 4,30,8 de Sévère Alexandre de 228 : « sin vero legitimum tempus excessit, ...debitum solvere compellitur » — s'il a laissé écouler le délai légal il sera poussé à payer sa dette. Compellitur ne veut pas dire être obligé sans alternative possible, mais subir une influence certaine mais non décisive, contre laquelle on peut réagir, dans notre cas par une défense in factum. Pour Kaser, passé le délai, le billet ne peut plus être contesté : « Nach Fristenlauf macht die unangefochtene Urkunde über die Auszahlung unwiderleglichen Beweis ». Le Bas Empire aurait confondu le droit avec la procédure de la preuve le concernant : « So sieht die vulgäre Auffassung die das Recht mit seiner Beweisbarkeit auf eine Stufe stellt ». Cette conception est byzantine et non romaine.

(119) Sur l'obligation naturelle dans l'e.n.n.p.: C. 4,30,10 naturalis ratio; C. 4,19,23 rerum natura; en général: D. 46,1,16,4; D. 15,1,41;
de _mutuum_, à condition que la différence corresponde à des intérêts usuraires. Il faut que cette différence entre somme versée et promise dépasse les intérêts légaux, qui de 12 % sous Dioclétien furent ramenés à 6 % par Justinien, qui interdit l’anatocisme.

Le texte de Dioclétien mentionne une _querela rei_ qui s’entend dans le sens de contestation judiciaire, demande en justice du créancier à laquelle s’oppose une exception du débiteur.

---

D. 35,1,40,3. Comme l’e.n.m.p., le droit naturel est fondé en équité, _vinculum aequitatis._

(120) C. 4,30,9 de 293 de Dioclétien qui nous rappelle le délai de présentation de l’exception et emploie l’expression _in factum_ pour désigner stricto sensu l’é. hors délai (voir supra n. 117) et lato sensu la normale dans les délais pour somme modeste comptée (si... vel si...). Sous Dioclétien le temps de la formule est passé et toutes les exceptions et défenses sont informelles, _in facie._

(121) Sauf en cas de _mutuum venus_ pour lequel il n’y aurait pas dans ce cas d’e. Paul, _Sent._ II,14,3.

(122) Les intérêts futurs dus sont assimilés au capital et produisent eux aussi des intérêts: C. 4,32,28 de 529. Caracalla au C. 4,32,10 avait limité cette pratique en décidant que les intérêts ne seraient plus dus quand par leur accumulation ils forment une somme égale au capital; si les intérêts ont été payés régulièrement et si leur montant correspond au capital, celui-ci n’est plus dû. Cette loi qui limitait le prêt maritime fut reprise par Justinien, _Nov._ 121, c. 2.

(123) Le terme a souvent ce sens dans le Digeste et le _Codex Justiniani_:

— _Querela de non jure facto nec signato testamento_: D. 5,3,47.

— _Querela falsi testamenti_: C. 9,22; C. Th. 9,19.

— _Querela au sens d'appel à une instance de réformation:_ D. 5,1,75; D. 49,4,1,15; D. 2,8,10 pr.; D. 2,8,9; D. 49,2,2; C. 7,43,3.

— _Querela au sens de plainte en justice:_ C. 5,4,7; C. 2,4,8; C. 7,43,3; C. 9,35,10; C. 3,39,3 et 4; C. 3,28,14; C. 9,2,8; C. 9,2,4; D. 48,2,21; D. 48,5,12,5 et 6; D. 48,2,13; C. Th. 10,4,1 (= C. 3,26,9); C. Th. 9,17,4 (= C. 9,19,4,1); C. Th. 11,6,7; C. Th. 16,2,12...

_Contra Kaulas, pp. 7-8 pour qui querela rei désigne q.m.p._. Le débiteur qui voudraituser de son exception dans les temps impartis devrait commencer par porter plainte par la _querela, Feststellungsklage_. L’auteur, p. 8, lit ainsi aussi le C. 4,30,10. Voir _supra_ n. 84 sur la lecture de _ColliNet_. Voir _infra_ n. 140.
de *mutuum*, à condition que la différence corresponde à des intérêts usuraires (120). Il faut que cette différence entre somme versée et promise dépasse les intérêts légaux, qui de 12% sous Dioclétien (121) furent ramenés à 6% par Justinien, qui interdit l’anatocisme (122).

Le texte de Dioclétien mentionne une querela rei qui s’entend dans le sens de contestation judiciaire, demande en justice du créancier à laquelle s’oppose une exception du débiteur (123).

D. 35,1,40,3. Comme l’e.n.a.m.p., le droit naturel est fondé en équité, vinculum aequilatis.

(120) C. 4,30,9 de 293 de Dioclétien qui nous rappelle le délai de présentation de l’exception et emploie l’expression in factum pour désigner stricto sensu l’ex. hors délai (voir supra n. 117) et lato sensu la normale dans les délais pour somme moindre comptée (si... vel si...). Sous Dioclétien le temps de la formule est passé et toutes les exceptions et défenses sont informelles, in facta.

(121) Sauf en cas de *nautium fenus* pour lequel il n’y aurait pas dans ce cas d’ex. Paul, Sent. II,14,3.

(122) Les intérêts futurs dus sont assimilés au capital et produisent eux aussi des intérêts: C. 4,32,28 de 529. Caracalla au C. 4,32,10 avait limité cette pratique en décidant que les intérêts ne seraient plus dus quand par leur accumulation ils forment une somme égale au capital; si les intérêts ont été payés régulièrement et si leur montant correspond au capital, celui-ci n’est plus dû. Cette loi qui limitait le prêt maritime fut reprise par Justinien, Nov. 121, c. 2.

(123) Le terme a souvent ce sens dans le Digeste et le Codex Justinianii:  
— *Querela de non jure facto nec signato testamento*: D. 5,3,37.  
— *Querela falsi testamenti*: C. 9,22; C. Th. 9,19.  
— *Querela* au sens d’appel à une instance de réformation: D. 5,1,75; D. 49,4,11,15; D. 2,8,10 pr.; D. 2,8,9; D. 49,2,2; C. 7,43,3.  
— *Querela* au sens de plainte en justice: C. 5,47; C. 2,4,8; C. 7,43,3; C. 9,35,10; C. 3,39,3 et 4; C. 3,26,14; C. 9,2,8; C. 9,2,4; D. 48,2,21; D. 48,5,12,5 et 6; D. 48,2,13; C. Th. 10,4,1 (= C. 3,26,9); C. Th. 9,17,4 (= C. 9,19,4,1); C. Th. 11,6,7; C. Th. 16,2,12...

Contra Krüger, pp. 7-8 pour qui querela rei désigne q.e.n.a.m.p. Le débiteur qui voudrait user de son exception dans les temps impartis devrait commencer par porter plainte par la querela, Feststellungsakte. L’auteur, p. 8, lit ainsi aussi le C. 4,30,10. Voir supra n. 84 sur la lecture de ColliNet. Voir infra n. 140.
Section 10. - Réformes de Justinien concernant l’exception (124)

Le délai de 2 ans ne s’applique plus en cas de mineurs (125). Le contestataire abusif et de mauvaise foi est condamné à rembourser le double de ce qu’il prétend ne pas avoir reçu. Si au lieu de s’enfermer dans sa négation, le débiteur une fois dééré au serment avoue sa dette avant que le créancier ne la prouve, il n’y a plus mauvaise foi et simple condamnation au remboursement (126).

L’exception peut être opposée à des prêts autres que d’argent (127).

Chapitre II

LA QUERELA NON NUMERATAE PECUNIAE

Section 1. - Forme classique

§ 1. Généralités

L’exception est passive (128), s’oppose à une réclamation à l’initiative du créancier et est restreinte à une année utile après mise en demeure. En cas d’inaction du créancier, le débiteur ignorant

(124) Nous ne verrons là que des réformes de détail, réservant à plus tard la sol-disant confusion exception-querela. Nous ne parlerons pas des réformes de procédure (C. 4,30,14 §§3 et 4), de la contestation des dettes publiques (C. 4,30,14 §1), de la contestation de l’action en récupération de sa dot par la femme (C. 4,30,14 §5 de 528 ; Nov. 100 c. 1 de 539 ; C. 5,15,8 de 528 de dote cauta et non numerata. Sur cette querela non numeratae dotis, voir COLLINET, pp. 261 et 264). Ce sont des sujets dignes d’études séparées.

(125) C. 2,41,5 alors qu’Alexandre-Sévère au C. 4,30,8 ne faisait pas de cas particulier pour le papillus.

(126) Nov. 18 c. 8.

(127) C. 4,30,14 pr., §1 et §2. Voir supra pp. 232-233 et n. 115.

(128) CONTRA GIRARD, p. 502 et MACQUERON, p. 266, pour qui querela et exception sont synonymes, désignant un moyen de défense passif ou actif au choix du débiteur.
ses intentions est dans l'insécurité et peut négliger de conserver les moyens de preuve à opposer à celles de la demande en remboursement (129). L'Empereur Caracalla (130), sensible à ces inconvénients, ajouta à l'e.n.n.p. un nouveau moyen d'action, la querela non numeratae pecuniae (131). Avant toute réclamation préliminaire du créancier, le débiteur peut lui présenter la q.n.n.p. afin de se libérer de sa promesse (132).

Le texte de Caracalla a déjà été évoqué (133). Il assimile les conditions d'application de la q. et de l'e., sauf celles relatives aux délais et à la charge de la preuve.

(129) COLLINET, p. 294 résume les arguments de Goldschmidt (Jherings Jahrbücher für die Dogmatik, 24, 81) sur les inconvénients de l'exception: « Si de son côté le créancier n'engage pas son action, par là il ne permet pas au débiteur d'opposer l'exception. C'est pour de tels cas qu'un moyen fut donné à celui-ci de perpétuer le droit à l'annulation, la querela... ». La seule utilité de la querela n'est pas de perpétuer l'exception, ce n'est pas une Feststellungsklage comme le croit aussi Krüger. Le reste de l'argumentation de Goldschmidt est défendable malgré le scepticisme de Collinet pour qui la querela est antérieure à l'exception.

(130) C. 4,30,4 de 215. Pro Livi, p. 227 qui pense que la querelle inconnue de la procédure formulaire a été introduite par cet Empereur. Pernice, Parerga, Z.S.S. 13, 1897, pp. 277, 280 n. 3 et 283, voit dans le C. 4,30,2 de 213 une autre allusion à la q., plainte active de la procédure extra ordinem qui aurait pu exister dès l'époque classique, sous le Haut Empire. Pour Collinet, pp. 256, 261, 282-284, 291, 295, si la mention la plus ancienne de la q. est cette constitution de 215, le rescrit ne la présente pas comme une nouveauté et l'institution serait née de la pratique et non de la législation impériale. L'édit d'Eudemon de 138 serait plutôt à l'origine de la q. qui en tout cas a précédé l'e. Nous pensons que l'édit égyptien concerne l'e. antérieure à la q. Krüger, p. 4 croit comme Collinet à l'antériorité de la q.


(132) Pour la querela moyen d'attaque, voir Lemosse, p. 478 n. 59; Collinet, p. 289 sq.

(133) Voir supra n. 87. Le C. 4,30,4 désigne q. et e., refusant les deux en cas d'aveu du débiteur. « Niumim tarde querelam deserre » dans le contexte signifie que vous ne pouvez plus soulever la querelle ou opposer
§ 2. ABSENCE DE DÉLAIS POUR PRÉSENTER LA QUERELA

Caracalla ne mentionne aucun délai pour déferer la querelle (134), ni les constitutions suivantes, celle de 223 (135) et celle de 228 (136) qui n'impose l'année utile qu'à l'exception (137). Alors l'exception car vous avez déjà avoué la dette, et non pas car vous êtes hors délai. A cette époque l'exception était aussi perpétuelle. Contra Kutgen, p. 5. Collinet, pp. 292-293, croyant aussi la querelle perpétuelle, note que l'édit d'Euodemon qui la désignerait ne connaît aucun délai. Pour nous l'édit mentionne l'e.

(134) Voir note précédente.
(135) C. 4,30,7. Collinet, p. 295 pense que ce texte d'Alexandre-Sévère traînant de la condicio et de l'exceptio n'évoque pas de délai pour la querela, ce qu'il aurait mentionné s'il y en avait eu un. Cet argument négatif est faible, mais nous y souscrivons. Pour l'époque postérieure, la mention d'un délai par le Code Hermogénien, 1, 1 et par les constitutions sévériennes et diocétiennes (C. 4,30,8;9;10) concerne uniquement l'exception.

(136) Pour Collinet, ce C. 4,30,8 introduit un délai pour la querela (pp. 292-295), d'une année comme pour les remèdes honoraires, «en faveur des créanciers que la perpétuité des moyens de défense sacrifiait trop». Ce serait une restriction au secours anormal dont a bénéficié le débiteur qui peut désormais attaquer la promesse (p. 293). L'auteur soutient p. 296, n. 140 que les textes que nous avons mentionnés supra p. 222 concerneraient la querela et non l'exception. Les interpolations qu'il invoque sont peu probables, l'argument négatif du C. 4,20,7 est faible, la querela en 223 ne connaît pas de délai, pas plus que la condicio et l'exceptio; 5 ans après, le délai du C. 4,30,8, intra legibus definitum tempus s'applique à l'exceptio dûment mentionnée. Le terme usé de querimonia la désigne aussi, et non la querela. Si l'empereur avait voulu désigner la querela, il l'aurait fait explicitement sans utiliser le mot querimonia trop général. Collinet, p. 294, traduit Goldschmidt, op. cit., dont nous partageons les idées, pour mieux le critiquer: «on soumit l'exception à la prescription anormale, dès avant 223».

(137) Contra Levy, p. 230 pour qui le C. 4,30,8 de 228 s'applique à l'exceptio comme à la querela. Pour Collinet il ne s'applique qu'à la querela car l'exceptio n'existe pas encore, les constitutions la mentionnant étant interpolées (celle-ci, le C. 4,30,8 et les C. 4,30,3;4 et 6). L'argument de l'interpolation, trop facile pour le Digeste, est inacceptable pour le Codex. Les passages suspectés sont d'ailleurs d'un latin très classique. Nous pensons que dans ce texte les termes querimonia usus... in querimonia creditore ne concernent que l'exception, d'ailleurs mentionnée à la
que le délai de l’exception est porté à 5 années utiles par les 2 constitutions de Dioclétien, C. 4,30,9 (138) et C. 4,30,10 (139), la _quærela_ peut être portée à n’importe quel moment par le débiteur.

suite « _sin autem questus est exceptio non numeratae pecuniae..._ » alors que la _quærela_ ne l’est pas.

(138) Ce texte parle d’exception ( _dandum exceptionem convenit_ ) et de _rei quærela_. Cette expression diffère de _q.n.p_. Elle signifie procès, contestation judiciaire. La mention d’un délai ( _si necudum tempus intra quad..._ ) concerne donc le procès de l’exception et non de la _q.n.p_. On pourrait aussi user de l’argument facile de l’interpolation par Justinien. Nous verrons que cet Empereur a repris de Théodose la limitation de temps après la reconnaissance de dette et le non versement des deniers pour agir par voie d’action. Les transcriptions ont pu vouloir faire croire que ceci était la jurisprudence classique. _Contra Krüger_, pp. 7-8 pour qui _quærela et exceptio_ sont toutes deux soumises à cette époque à un délai. Si Dioclétien avait voulu restreindre le délai à l’exceptio, il n’aurait pas employé le terme ambigu de _quærela_, mais aurait dit _hæc exceptio_. Si les inexactitudes terminologiques sont rares dans la procédure formulaire à l’édit précoce, elles sont fréquentes dans la procédure extraordinaire. De plus l’expression _quærela rei_ n’est pas ambiguë et si Dioclétien avait pensé à la _q.n.p._, il l’aurait énoncé en toutes lettres.

(139) Ce texte explicite oppose _quærela_ et _exceptio_ ( _magna sit differentia_), parlant contre les auteurs qui les assimilent, et exclut tout délai pour la _quærela_ ( _temporis diuturnitate non excludit_ ), au contraire de l’exception que nous savons par le Code Hermogénien limitée à cette époque à 5 ans. Le terme _quærela_ est encore employé ( _quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata quærela prius evanesco_ ) mais signifie contestation judiciaire car se référant à _e.n.p._ citée juste avant. Ce terme malheureux a peut-être été rajouté par des commentateurs de Justinien, car le contexte oppose clairement les deux concepts. _Contra Krüger_, p. 8. L’exception dont le délai partait de l’échéance du billet serait refusée quand, dans les 5 ans de cette échéance, le débiteur n’aurait pas déjà agi par _quærela_ ( _Feststellungsklage_). Cette interprétation est trop étrangère à la lettre du texte. Pour lui _quærela_ ici signifie _n.p._. _Collinet_, p. 286 pense comme lui, ce recrist de 293 subordonnerait l’exercice de l’exception à la déloration de la _quærela_. L’auteur de ce texte pour démontrer la distinction à faire entre _quærela et exceptio_, et considère l’_e.n.p._ introduite par ces textes de Dioclétien. Au contraire, _Suman_, p. 275 et _Kreller_, pp. 311 et 319 pensent que _quærela_ veut dire ici procès.
§ 3. LA CHARGE DE LA PREUVE POUR LE DÉBITEUR

Dans la querela, la preuve appartient au demandeur, le débiteur plaignant: *Actori incumbit probatio*. Il attaque en outre un écrit l'accusant au lieu de se défendre contre lui. La constitution de Dioclétien déjà citée (40) oppose sur ce point l'exception qui a déplacé la charge de la preuve sur le créancier (14) et la querela n'opérant pas encore ce renversement. Les motifs qu'elle invoque laissent perplexes: d'après la *naturalis ratio*, il est difficile dans l'exception d'apporter la preuve d'un fait né-

(140) C. 430,10 et C. 419,23 de 294. Collinet, p. 300 n. 159 et 161 pense que le texte ne concerne que l'exception: « cet effet, qui appartient à l'exception, ne saurait être attribué à la querela » (p. 302). Le C. 430,3 de 215 étant interpolé, ce texte serait le premier à mentionner pour l'e. un renversement de la preuve. Voir supra, p. 221. Collinet (pp. 299-302) reprend les vues de Mommier (YfH, 24, 1906, pp. 171-176) à la légère différence que, si le renversement de la preuve est constaté en premier par Dioclétien, la solution lui est peut-être légèrement antérieure et pourrait remonter à 223. Date d'apparition pour lui de l'e. (p. 302: « le rescris de Dioclétien affirme la règle qui doit lui être antérieure, et il y a lieu de penser que l'e.n.n.p. a toujours eu cet effet sur la charge de la preuve »). Collinet se contredit. A la page 296 il affirmait que cette même constitution quant au délai concernait la querela et non l'exception: « tous les rescrits mettent les délais en rapport avec la querela. Aucun ne vise expressément la durée de l'exception. La constitution de 294 qu'on invoque toujours en ce sens est relative à la querela ». Maintenant, quant à la preuve, le texte désignerait l'exception. De plus, p. 298, ce rescris prouverait l'effet krägerien: « une constitution de Dioclétien dit en termes concis que l'exception s'évanouit si la querela n'a pas été déêrée dans le délai prévu ». Trois de conclusions sont tirées de ce texte de 4 lignes. Il concerne à la fois e. et q., ce que Collinet tantôt nie, tantôt accepte comme à la p. 298. Quant à la preuve, il traite non pas uniquement de l'e., mais aussi de la querela, ce que Collinet, p. 294 reconnaît comme habituellement par la doctrine, idem p. 282: « certains auteurs n'attribuent le renversement de la preuve qu'à l'exception... enlèvent à la querela la conséquence du renversement de la preuve qu'ils transportent à l'e.n.n.p. ». Le motif invoqué par Dioclétien interdit la confusion collinienne de la p. 300: la preuve négative concerne plus l'exception qui nie que la querela active qui affirme. La *naturalis ratio* commande moins le renversement de la preuve pour la querela que pour l'exception. Si le texte n'innove pas et constate le droit antérieur, c'est sur ce point.

(141) Depuis 215, C. 430,3: voir supra p. 221.
LA CAUSE DANS L'EXCEPTION NON NUMERATAE PECUNIAE 241

gatif (142), alors que dans la querela la preuve doit incomber au débiteur sur de lui pour porter plainte (143). Dans les deux cas le fait étant négatif et les écrits accusateurs, la différence de traitement ne s'explique que par la procédure obligeant les demandeurs à assumer leurs preuves afin de ne pas présenter de procès douteux (144).

§ 4. LE SOI-DISANT EFFET DE PERPÉTUATION DE L'EXCEPTION PAR LA MISE EN ŒUVRE DE LA QUERELA

Collinet avoue (145) que « les auteurs méconnaissent ce rôle capital » et il nous évoque cet effet à de nombreuses reprises (146). La mise en œuvre de la querela perpétuerait autant cette dernière que l'exceptio et la condicio.

Le premier texte invoqué, « tout à fait explicite », est de 228 (147). Le terme de querimonia utilisé désigne l'exceptio mentionnée à la suite en toutes lettres dans le texte. Le débiteur qui a protesté par l'exception perpétue celle-ci au bénéfice de son héritier. Si le souscripteur de la caution a protesté contre une réclamation en remboursement du créancier (148), « l'exception

(142) C. 4,30,10: « negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est et ob hoc ad petitorum ejus vel necessitatem transferentem ».
(143) C. 4,30,10: « Inter eum qui factum adsecverat, unus subit probationis ». Notons que dans ce texte très concis, l'expression petitorum ejus peut s'appliquer à la fois au petitor créancier dans l'exception et au petitor débiteur actif dans la querela. Dans les deux cas la preuve est pour lui.
(144) Pour Pensées (ibid.) le problème de la charge de la preuve dans la querela est lié à celui de son attribution à la procédure formulaire ou extraordinaire. D'après Collinet, la querela appartient à la procédure extraordinaire (p. 301 in fine et n. 170). Nous le pensons aussi, d'autant plus que Collinet n'en tire pas la conclusion pernicieuse que dans la q., voie de droit extraordinaire, la charge de la preuve doit relever obligatoirement du créancier. Ceci n'advint pour nous que sous Théodose, et que sous Justinien pour Collinet (p. 303).
(146) Pages 261, 285, 272, 282, 285 n. 98, 286 et in fine 297 ss.
(147) C. 4,30,8 de 228, p. 297 n. 149. Voir supra nos 70, 73, 75 et 76, 131, 136 et 137.
(148) Et non pas « s'est plaint par une querela » comme le lit Collinet.
s'applique à perpétuité à son héritier et contre les héritiers du créancier» (149). Au contraire, si le temps légal s’est écoulé, c’est-à-dire le temps légal de l’exception, car la _querela_ ne connaît encore aucun délai, l’héritier du débiteur doit payer intégralement s’il est poursuivi en remboursement. Cette solution n’est pas choquante. Pour éviter ceci, l’héritier diligent peut prendre les devants et opposer le premier une _querela_, à cette époque non temporellement limitée, ou une _condictio_, elle limitée (150). Sinon il supporte la négligence de son ayant droit qui aurait pu, en son temps, soulever une querelle. La lecture de Collinet est contraire au principe procédural du parallélisme des formes et sa solution inutile. L’héritier peut continuer la procédure de la _querela_ ou de l’exception commencée par le débiteur défunt. Krüger distingue aussi _querimonia_ et _querela_ (151).

Le deuxième texte évoqué par Collinet est le C. 4,30,10, déjà analysé (152). Ce texte distingue certes _querela_ et _exceptio_ (153). C’est la _querela_ et non l’exception qu’il définit comme perpétuelle (154). On ne peut pas rétorquer au débiteur que les délais de son exception sont écoulés puisqu’il agit par querelle et que cette plainte n’est pas limitée dans le temps. Le texte ne dit pas qu’en portant plainte le débiteur perpétrerait une exception qui sans cela risquerait d’être prescrite. Collinet est amené à cette traduction fantaisiste, car il semble avoir opté pour les délais de l’exception à partir de l’échéance du billet. Si on les fait partir

---

(150) Voir _infra_ p. 256 ss. Il est normal que la _condictio_ soit limitée et non la _querela_. La _condictio_ étant la réclamation d’un écrit, il convient de s’y prendre plus tôt.
(152) Voir _supra_ n. 84, p. 239 et n. 139, n. 140.
(153) C. 3,1: _magna sit differentia_. On a vu qu’au gré des besoins de _Collinet_, le texte traitait exclusivement de l’«, de la _q._ en des deux.
(154) Nous traduisons: _Celui qui prétend ne rien devoir peut toujours porter plainte préalablement contre le créancier_.

plus logiquement de la mise en demeure, cet effet de perpétuation devient inutile (155).

Les textes finalement cités sont de Justinien (156). Nous ne pouvons pas admettre cet effet sous cet Empereur, car il n'a pas conçu la querela et l'exceptio, même en leur donnant les mêmes délais (157).

Collinet prétend ensuite que la mise en œuvre de la querela perpétue aussi la condictio. C'est inacceptable. S'il y a un délai à la condictio, pourquoi ne pas joindre une demande connexe de reddition du billet mensonger à une querela? Un plaignant diligent devrait le faire. Surtout est-il utile de perpétuer une condictio cautionis? Les deux actions, q. et c.c. aboutissent au même résultat. Le débiteur qui a soulevé un moyen n'a ensuite aucun besoin d'évoquer l'autre. La procédure de la querela, par exemple, a autorité de la chose jugée pour la condictio. Collinet reconnaît qu'« aucun texte ne déclare formellement que la condictio est perpétuée par la querela, mais qu'une constitution de 294 conduit à l'admettre » (158). Le texte traite certes d'un délai pour la condictio active, délai interrompu par la mise en œuvre d'une querela non mentionnée, mais par un acte de procédure concernant cette condictio. Si il y avait à la rigueur une procédure qui pouvait interrompre le délai de la condictio (159), ce serait l'exceptio, car le texte parle de contestatio et nous avons vu que ce terme générique désignerait plutôt l'excep-

(155) Rappelons aussi que la charge de la preuve dans cette querela perpétuelle est pour le plaignant, le débiteur: « Celui qui assure une plainte se soumet à en faire la preuve, celui qui nie à une demande en remboursement avoir reçu la somme n'a pas à la prouver » (traduction littérale). La contrepartie de l'avantage pour le débiteur à bénéficier d'une querelle perpétuelle est qu'il doit apporter ses preuves dans sa plainte.

(156) C. 4,30,14 §4 de 528. Voir infra pp. 249-250.

(157) Voir supra n. 86 et p. 238; infra pp. 231-252.

(158) C. 4,9,4 analysé infra p. 258, n. 225; op. cit. p. 298.

(159) Le droit judiciaire romain serait assez étrange, car l'acte d'une procédure donnée pourrait interrompre la prescription d'une autre procédure.
tion (160). Mais il n’en est rien, ici « contestatio » se rapporte à un acte quelconque de procédure de la condiciotion (161).

Section 2. - Les réformes d’Honorianus

Honorianus modifia les conditions de fonctionnement de la querela.

§ 1. Les nouveaux délais

En 421 (162) l’Empereur décide que le débiteur bénéficie d’un délai de cinq ans après l’échéance du billet (163) pour soulever la querelle, solution inspirée du délai de 5 ans de l’exception remontant à Dioclétien (164).

Ce même rescrit impose un délai de 12 ans à l’action en remboursement du créancier (165). Il convenait de compenser cet avantage pour le débiteur en ne lui permettant pas à n’importe quel moment durant ces 12 ans d’apporter sa contestatio (166).

(160) Voir supra p. 232 et n. 112.
(161) Contestatio signifie itius contestatio, acte de procédure préparatoire et non probatoire de la procédure extraordinaire, l’ancienne itius denuntiatio de la procédure formulaire qui deviendra le libellus conventiones sous Justinien.
(162) C. Th. 2,27,4 et Interp. Contra Collinet, p. 293, pour qui les constitutions diocétiennes, y compris le Codex Herm. avaient déjà imposé ce délai, non à l’e., mais à la querelle. Voir supra n. 84. Nous sommes d’accord avec Collinet, p. 296, n. 140 pour qui ce rescrit théodosien « met le délai en rapport avec la querela ».
(163) C. h.i. 4: aetatem chirographi; Interp.: tempus cautionis; intra quinquennium cautio conscripta. Girard, p. 503, traduit ceci comme la date véritable du billet. C’est difficile à admettre car au cas où une partie des fonds dus aurait été versée, le débiteur confiant qui attendrait perdrait son droit à la querela. Il est plus logique que la querela parte de l’échéance et l’exception de la mise en demeure. Voir Krukker, p. 3.
(164) Voir supra p. 225.
(165) Délai ramené à 2 ou 5 ans en cas de mort du débiteur dans la même ville ou non que le créancier: C. Th. 2,27 pr.; 5 et Interp.
(166) Ce terme est utilisé au C. Th. 2,27,4 pour désigner la querela. On ne doit pas en conclure comme Collinet que c’est spécifique. Classique-
Après la 5e année et jusqu'à la 12e année de l'échéance, le débiteur ne peut plus jouer de rôle actif.

Quant au rôle passif de l'exception, le débiteur a toujours droit aux 5 ans dioclétians de grâce, après mise en demeure. Si cette exception repousse au loin le procès, la faute en incombe au créancier qui n'avait qu'à réclamer plus tôt son paiement. S'il ne l'a pas fait, c'est que peut-être il n'a rien versé (167).

§ 2. LA SOI-DISANT CONNEXITÉ QUERELA - EXCEPTION

Si ce rescrit d'Honorius est cité à deux reprises par Collinet (168), lorsqu'il traite de l'effet « capital » de la querela, à savoir perpétuer l'exception du débiteur, il omet de le faire pour s'appuyer exclusivement sur une source de Dioclétien et une autre de Justinien (169). Seuls Suman (170) et Krüger (171) volent

ment ce terme signifie plutôt exception: voir supra pp. 243-244 et n. 161 ; p. 232, n. 112. Au Bas Empire il deviendra générique, désignant aussi bien e. que a.

(167) Par ex. 8 ans après l'eligibilité d'une dette non contestée activement dans les 5 ans par un débiteur croyant son créancier écouté, si ce créancier tardif exige le remboursement, le débiteur peut encore le faire patienter 5 ans en lui opposant l'exception. Cette réforme des 12 ans est d'esprit volontariste. Le créancier fatigué, manquant de conviction, doutant de pouvoir faire la preuve de la numération, est un personnage équivoque. Cette solution évoque la protection interdictique, l'interdit unde vi refusé après un certain temps au possesseur nonchalant, la possession perdue sans bénéfice d'interdit par le possesseur émotif quittant son champ à l'approche d'une faute qui n'ien veut pas à sa terre, la possession par contre accordée aux possesseurs actifs qui pourront même la conserver animo solo.

(168) P. 289, n. 110 à propos du terme contestatio, et p. 296, n. 140 à propos du délai soi-disant ne concernant que la querela, conclusion que nous acceptons pour la source théodosienne et refusons pour les sources dioclétianennes.

(169) Pages 297-298: « En outre, une constitution de Dioclétien et Maximi-nien dit la même chose en termes concis: l'exception s'évanouit si la querela n'a pas été déferée dans le délai prévu. Enfin, dans la constitution de 528, Justinien formule la même règle deux fois, à la fin du §1 et à la fin du §6, cette dernière fois un peu moins correctement ». Sur les fins des §4 et §6, voir infra p. 249 sq.
ce rôle perpétuateur de la querela dans ce texte d'Honorius (172). Le texte dit que si le débiteur reconnaît son écrit mais prétend ne pas avoir été payé, il faut déterminer la date d'échéance du billet, de manière que si ce débiteur est resté silencieux durant le laps de temps qui lui est reconnu pour la contestatio, il perde la protection de cette « plaisanterie » (173). Le texte ne dit pas que le débiteur reconnaît son écrit à l'occasion d'une exception en luttant contre une demande en remboursement. On ne saurait le conclure, car « chirographi actatem » est la date d'exigibilité et ne peut concerner que la querela; pour l'ce serait la date de mise en demeure (174). Le terme contestatio à la suite désigne pour une fois la querela. La leçon du texte est, qu'hors délai, elle n'est plus soulevable. L'interpretatio renforce encore notre lecture. Les termes tempus cautionis et intra quinquennium cautio conscripta ne peuvent désigner que les délais de la

(170) P. 278.
(171) P. 10, au IV : « Ist die Frist abgelaufen, ohne daß der Schuldner kontestierte hatte, so erlosch die exceptio n.n.p.; ferner ist zu erwähnen Honorius Cod. Theod. 2,27,1,4; 'wenn der Schuldner die vom Recht für die Anzeichen angegebenen Fristen untätigkeit verstreichen ließ, so vertieft er das Hindernis dieser Ausflucht', nämlich das gegen die Klage bestehende Hindernis der n.n.p. Deutlicher reden die Schlußworte der Interpretatio zu diesem Bräu des Honorius ». La traduction de Krüger est bonne, il reconnait lui-même qu'elle n'est pas très concluante et nous réfère à l'Interpretatio, or celle-ci est encore moins explicite. On remarque que Krüger n'ose pas parler de l'Hindernis (obstaculum) der exceptio n.n.p. mais uniquement de l'Hindernis n.n.p., ce qui montre sa gêne à tirer cette conclusion hardie du texte.

(172) Ernst Levy et Hans Kreilker ignorent cette constitution très ambiguë. Collinet, qui a déjà utilisé le texte à propos du délai de la querelle, ne peut pas l'utiliser pour prouver l'effet de perpétuation, car il devrait se contredire et admettre que le texte parle d'ce dont le délai pourrait être perpétué par une querelle.

(173) Obstaculum cavitationis, très bien traduit comme Hindernis der Ausflucht par Krüger.

(174) Contra évidemment Krüger, p. 3, pour qui le délai de l'ne part pas de la mise en demeure, mais de la date d'échéance: « (der Frist) innerhalb dessen die exceptio n.n.p. geltend gemacht werden mußte, mit dem Augenblick zu laufen begann, in dem der Gläubiger die Klage aus der Stipulation anstellen konnte ». 
LA CAUSE DANS L'EXCEPTION NON NUMERATAE PECUNIAR

querela. Si Honorius avait rappelé ou inventé une règle si importante qu'elle revint pratiquement à faire partir le délai pour l'e. de l'échéance du billet en rendant l'e. insouvable si une querelle n'a pas déjà été présentée, il l'aurait fait en termes non ambigs, dans un chapitre particulier. Les commentateurs de l'Interpretatio auraient analysé cette nouveauté au lieu d'être muets à son égard.

§ 3. L'OBSTACULUM IN FACTUM

Admettons qu'un débiteur ait laissé s'écouler le temps de la querela sans agir (175). Ce débiteur inactif, même après 5 ans, n'est pas obligé d'attendre la réclamation en remboursement du créancier pour lui opposer une exception qu'il n'aura pas à prouver. Il pourra clarifier préalablement sa situation juridique en présentant une querelle in factum avec charge de la preuve pour lui, si il est sûr de son fait (176). Cet obstaculum ne présente pas pour lui beaucoup d'avantage, et en attendant la réclamation du créancier auquel il opposera l'exception, il fait l'économie de la charge de la preuve.

Par contre, le débiteur qui aurait sans succès tenté une querela dans les 5 ans, pourrait-il opposer une exception à l'action du créancier? Aucun texte ne l'y autorise. Le jugement sur la querela condamnant le débiteur a autorité de la chose jugée sur l'exception, même si ces voies de droit ne sont pas connexes. Ce débiteur ne pourrait opposer qu'une défense informelle qu'il devrait prouver contre le billet présenté par le créancier et l'accusant.

§ 4. LE RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Si la querela a été soulevée dans les 5 ans par le débiteur impayé ou insuffisamment réglé, Honorius le libère du fardeau de la

(175) Pour le temps de l'e. Il n'y a pas de problème, car, le procès engagé, le débiteur opposera les moyens de preuve à sa charge contre le billet présenté par le créancier.

(176) On peut imaginer cette solution à partir du C. Th. 2,217,4 et Interp. Contra Krüger, p. 10 et Suman, p. 278, pour qui le débiteur est sans défense même informelle. Il est vrai que la source est peu explicite.
preuve de la non numération. Le créancier devra prouver qu’il a bien remis la somme contestée \((177)\), définie comme la cause de la créance. Il s’agit en équité de la cause efficiente \((178)\).

Section 3 - Les réformes de Justinien

§ 1. Les délais de prescription

Un nouveau délai de 2 ans, partant de la demande en justice du créancier pour l’exception \((179)\) et de la date d’échéance du billet pour la querela \((180)\), limite ces deux voies de droit distinguées en théorie \((181)\). La brièveté de ce délai contrebalance l’avantage

\((177)\) C. Th. 2,27,1: « Hoc enim toto iure cantatum est, ut scripturam protator adfirmet ». C’est la règle du Bas Empire, affirmant, non neganti incumbit probatio. Voir Ferri, Z.S.S., 13, 1892, p. 286 ss. Collinet, pp. 293 et 298 pense que le renversement de la charge de la preuve a été introduit uniquement sous Justinien, qui a voulu limiter cet avantage offert au débiteur en introduisant un nouveau délai de prescription extinctorive de la querela de 2 ans au lieu de 5. P. 301 l’auteur pense que l’interpretatio du Code Théodosien comme les C. 4,30,1 et 3 ne concernent que l’e.m.n.p. et à la rigueur l’e. doli qui lui est liée (note 163). La charge de la preuve pour la q. ne fut renversée que sous Justinien, qui aurait contesté la distinction dioclétienne entre preuve d’un fait positif et négatif pour considérer aussi comme négative la preuve exigée par la querela et l’attribuer en conséquence au créancier. Cette réforme serait une conséquence de la confusion justinienne querela-exception (p. 302).

\((178)\) C. Th. 2,27,2: « causas oporteat fenoris adprobari »; e.t., interp.: « et causas ipsius debiti unde pecuniam contraxit exponat ». A rapprocher du C. Th. 2,28,1 où cette cause est l’efficiente de l’équité: « oportet enim debitorem primo convinci et sic solutionem succumbere. Quam rem cum juris ratio tum ipsa aequitas persuadet ». E.t., interp.: « Ille qui repetit debitorem una certa prius probatone concincat », reprenant la règle affirmanti, non neganti...

\((179)\) Sinon les créanciers ne porteraient pas plainte avant 5 ans sous Théodose et 2 ans sous Justinien, pour désarmer le débiteur de l’e. Il leur resterait alors 7 ans ou 10 ans de marge pour agir avant la prescription extinctive de 12 ans.

\((180)\) C. 4,30,14 pr. et § 4.

\((181)\) Collinet utilise le principium h. l., p. 293 pour prouver la distinction entre q.m.n.p. et e.m.n.p. et pp. 285-286 pour renforcer sa thèse de l’effet de perpétuation de l’e. par une plainte en q. Justinien rappellerait ici
qu'a le débiteur à obliger le créancier à prouver le versement des deniers (182) et évite les atermoiements du procès.

§ 2. LE SOI-DISANT EFFET DE PERPÉTUATION DE L’EXCEPTION PAR UNE QUERELA

Cet effet serait exprimé formellement au C. 4,30,14 §4 et sous-entendu au §6 (183). Pour Collinet la notification d’une querela interrompt la prescription de l’exception qui lui est juridiquement connexe (184).

Le contexte du §4 ne favorise pas l’interprétation collinienne. Il y est dit que la querela peut être notifiée personnelle par dénonciation au créancier présent, ou signifiée au juge, recteur ou maire s’il est absent. Ces procédés préparatoires interrompent la prescription de la querela. De la même manière, coque modo, la pérénisation de l’exception peut être évitée, c’est-à-dire en usant de tels procédés de signification au créancier. Tout repose

l’effet déjà décrit au C. 4,30,8: le débiteur perpétuerait pour lui-même et pour ses héritiers son exception en portant plainte par la querela. Cela paraît superfétatoire. Si il a commencé par une querela dans les temps, pourquoi vouloir terminer par une exception, d’autant plus que maintenant la charge de la preuve est la même. Collinet, pp. 282 et 286 reconnaît que le §6 du recrit cité ne favorise pas son interprétation: «malgré le langage ambigu du §6, ces procédés représentent les formes de la querela et non de l’exception... ».

(182) Voir Collinet, p. 293.
(183) C. h.t. 14 §4: candidem querelam manifestare, coque modo perpetuum sibi exceptionem efficiere. §6: suam exceptionem creditoris manifestare et ita tempus statutum interrupere.
(184) P. 286 ss.; 303 in fine et n. 172; p. 285: « Aux §§ 4 et 6, Justinien indique les procédés que devra employer le titulaire de l’exception pour se réserver à perpétuité son droit à la défense: ces procédés représentent les formes de la querela ». Il rejoint Krüger qui affirme p. 4 que l’ancienne querela surnommée maintenant contestatio n’a plus de rôle probatoire actif et ne servirait qu’à perpétuer l’exception. Seule la condictio resterait comme plainte active. C’est aussi l’opinion de Kreißen, pp. 296, 300, 320 et 322. Le terme querela aurait été conservé par les traditionnalistes, mais désignerait l’ensemble des moyens de droit au service des débiteurs, y compris la condictio.
sur le sens de « eoque modo ». Pour Collinet cet adverbe ne fait pas une comparaison entre des moyens extints de prescription ayant chacun leur domaine respectif, mais marque une dépendance, une connexité : par le fait même de dénoncer la querelle, l'exception est perpétuée. La connexité serait obligatoire d'après Collinet, car les exceptions ne seraient pas signifiées, le texte ne pouvant donc pas mettre en parallèle les actes de procédure de la q. et de l'e. qui ne sont pas les mêmes (185). Rien n'est moins sûr ; les répliques de l'exceptio faites par le débiteur au créancier plaignant lui sont aussi signifiées par dénonciation.

Quant au §6, il confirme textuellement notre interprétation du §4. C'est l'hypothèse du créancier homme puissant. En cas d'absence d'administrateur civil ou militaire, le débiteur signifie son exception à l'évêque, ce qui en interrompt la prescription. Pour Collinet, quoiqu'en dise le texte, ce n'est pas l'e. qui est signifiée, mais la querela (186). Sa lecture est inadmissible. L'ex-

(185) Op. cit., p. 286: « le mot querela désigne un moyen autre que l'exception, car cette dernière ne se fait pas par denuntiatio, acte extraordinaire, mais par postulatio judiciaire ou contradictio de l'avocat défendeur ». Parmi, lui, considère que c'est un terme générique de protestation d'un débiteur envers un porteur de billet (Z.S.S., 13. 1892, p. 280 s.), et Colliner lui-même est obligé de revenir p. 290 sur cette spécificité de denuntiatio : « le terme denuntiatio n'est qu'un synonyme de contestatio, car les deux mots ont une tendance à se confondre ». Or nous avons vu déjà l'imprécision de la terminologie de basse époque, supra pp. 243, 246 ; et même au Haut Empire la contestation désignant surtout l'e., Justinien n'aurait pas fait de confusion en admettant la dénonciation d'une c. D'ailleurs, au C. h.t. 14 §5, Justinien parle de denuntiatio d'exception, ce qui montre bien que ce n'est pas un procédé propre à la querela. Voir infra n. 187.

(186) P. 287: « malgré le langage ambigu du §6 » ; p. 286: « Au §6, il est vrai, la notification au créancier porte sur l'exception... Que penser des termes employés suam exceptionem creditoris manifestare ? Que penser de la confusion faite ici entre l'exception et la querela ? Cette confusion n'a aucune portée ; le mot exceptio ne possède pas ici son sens ordinaire... La notification au créancier de la prétendue exception (d'après lui une querela car l'exception au contraire serait notifiée par le créancier au débiteur, parenthèse de nous) a pour effet d'interrompre le temporal statutum, c'est-à-dire le délai de prescription de l'exception. Or à quoi bon donner un moyen d'interrompre le délai si c'est vraiment l'exception qui
expression *exceptionem manifestare* se retrouve au §5 qui est parfaitement univoque.(17)

Si Justinien avait voulu reprendre cet effet complexe remontant à Dioclétien ou Honorius, il l’aurait détaillé dans un paragraphe particulier et non simplement évoqué à propos de fragments traitant de procédure de signification. Le *principium* qui traite de péréption n’évoque pas cet effet.(188) Collinet est amené à jongler avec les textes. Dans certains passages, Justinien aurait confondu *e.* et *q.* et dans d’autres non. Cette confusion s’expliquerait par l’effet de connectivité et par le renversement de la charge de la preuve opéré uniquement par Justinien

*est opposée? Une fois opposée, elle ne risque plus la péréption*. C’est justement ce que veut dire le texte, et il n’est pas absurde de le rappeler. Le délai de péréption de l’*e.* est interrompu par l’acte procédural de signification à l’évêque, ce qui a le même effet qu’une notification personnelle au créancier. Sur cette « confusion », COLLINET, pp. 286, 297, 303-305.

(187) Le débiteur peut notifier son exception (*manifestare exceptionem*) au juge et non au créancier lui-même s’il est un fonctionnaire puissant. Le texte n’évoque pas l’effet de perpétuation d’une exception par une *querela*. Néanmoins COLLINET, p. 286, doit y contester l’expression *manifestare exceptionem* retrouvée au §6 : *Le défendeur a le droit de notifier sa querela* (et non l’exception comme le dit le texte, parenthèse de nous) en venant trouver, adire, les juges qui communiqueront le fait au créancier. La querela est encore ici distincte de l’exception. La forme de la querela, déclaration orale devant les juges, ne saurait être assimilée à celle de l’exception, qui émane de l’avocat; alors que la querela est antérieure au procès, l’exception apparaît seulement au cours du procès*. L’argument procédural est faible. La querela n’est pas uniquement préparatoire ni l’exception exclusivement probatoire. Déjà sous Honorius la *q.* eut un rôle probatoire. Les deux procédures sont semblables (quoique non connexes). Aucun recrit ne les différencie par l’obligation d’avocat ou de conclusions écrites. Bien plus le §5 parle de *denuntiatio* à propos de l’exception. La fin du paragraphe 5 démontre que cette *manifestatio* par *denuntiatio* n’est pas réservée à la *q.* Après avoir traité de l’*e.*, le fragment dit que de la même manière (*hujusmodi*) on peut agir pour la querela, c’est-à-dire la notifier au créancier craint par juge interposé.

(188) Le *principium* impose un délai de prescription de 2 ans, d’abord pour l’*e.* et ensuite pour la *querela*. Les deux voies de droit sont décrites indépendantes et non connexes. Il n’est pas dit que l’opposition de l’une interrompt la prescription de l’autre. COLLINET, p. 285 reconnaît que le
pour la _querela_ (189). Si depuis Honorius, la terminologie juridique est quelquefois imprécise, elle n'est jamais erronée (190). Cet effet de perpétuation d'un moyen de droit donné par l'acte de procédure d'un autre serait contraire au principe de l'individuation de ces moyens (191).

§ 3. LA STRICTE TERMINOLOGIE JUSTINienne DE LA _QUERELA_ ET DE L' _EXCEPTIO_

Les rescris de Justinien ne confondent jamais les termes juridiques de _querela_ et d' _exceptio_. C'est pour prouver leur thèse de l'effet de perpétuation que certains auteurs ont supposé des confusions terminologiques.

_principium_ distingue bien l'e. de la _q_.; par contre les § 5 et 6 les confondaient.

(189) Collinet, p. 255: « malgré le langage ambigu du § 6 ces procédés représentent les formes de la _querela_ et non de l' _exceptio_ »; p. 256: « En réalité, l'effet exprimé à la fin du § 6 rappelle celui exprimé au § 4 ; seulement au § 4, il était correctement rattaché à la _querela_, tandis qu'au § 6, il est incorrectement rattaché à l' _exceptio_, à la suite d'une confusion qui vient du rapprochement, sous Justinien, des deux voies de droit antérieurement distinctes ». L'auteur prend ici l'effet pour la cause et vice-versa. Les rescris byzantins et notamment le _principium_ du fragment 14 distinguent bien au contraire les deux moyens. D'ailleurs l'auteur en toute logique aurait dû dénoncer une autre confusion, au début du § 4: « _In omni tempore quod exceptioni taxatum est iecabit ei, cui talis exceptio competit, denuntiationibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare ci qui numerasse cam..._. Il faudrait lire _cui talis querela competit_, sinon là encore on aurait la notification d'une _e._ par _denuntiatio_. Cette interprétation est impossible car le texte oppose bien le moyen de l'e. à celui de la _q_. Comme on ne peut pas parler d'interpolation de textes byzantins, on évoque des confusions. La confusion ne peut pas s'expliquer par le renversement de la charge de la preuve car il date en fait d'Honorius. Voir supra p. 247.

(190) Voir supra p. 246 et n. 166.

(191) P. 303, Collinet reconnaît que cet effet passerait outre l'absence d'identité des formes de la _q._ et de l'e: « _Pour l'expliquer, il n'y a pas à songer à une identité des formes, car les formes spéciales de la _querela_ ne rappellent en rien la forme de l' _exceptio_._. » Ni les textes, ni la logique ne justifient cet effet mythique.
LA CAUSE DANS L’EXCEPTION NON NUMERATAE PECUNIAE 253

Le C. 4,30,14 §4 distingue strictement l’e. de la q. à propos de leurs actes de signification respectifs interrompant la péremption (192).

Le C. 4,30,14 §5 ne désigne pas exclusivement la querela (193) mais traite de la difficulté de signification (denuntiatio) d’une e. (exceptionem manifestare) à un créancier puissant, situation pouvant aussi se présenter à propos d’une querela (194).

Le C. 4,30,14 §6 sépare les deux moyens, querelam opponere et exceptionem manifestare (195).

D’après Collinet (196), l’emploi abusif du mot e. pour désigner une q. provient de ce que Justinien aurait reconnu que dans les deux moyens du débiteur, il s’agit toujours de prouver un fait négatif (197) et de l’approximation du vocabulaire juridique grec qui ne connaîtrait qu’un mot pour désigner ces deux réalités, ἀναγγεῖον (198). L’auteur doit immédiatement revenir sur cette affirmation car le vocabulaire grec est précis: ε. σε διὶ καὶ ἀφαγγεῖον (Bailly, p. 653) et q. μέμψεις (Bailly, p. 599) (199).

---

(192) Voir supra p. 249.
(193) Qui aurait été nommée erronément e. d’après Collinet, pp. 291-292 et 286.
(194) Voir supra n. 187.
(195) Contra Collinet, p. 286 pour qui « le mot exception ne possède pas ici son sens ordinaire » mais signifie querela. Voir supra n. 187. L’e. ne se ferait pas par manifestatio mais par avocat une fois le procès engagé par le créancier, la q. elle étant une plainte libre devant les juges. En fait la distinction préparatoire-probatoire est inconnue de ces remèdes d’équité dispensant tous deux d’avocats.
(196) Pages 303 et 304, nn. 173-177.
(197) Honorius l’a en vérité fait avant lui au C. Th. 2,27,1 supprimant la distinction abusive de Dioclétien du C. 4,30,10. Voir supra p. 244 et n. 177.
(198) Collinet, ibid.: « Mais peut-être aussi la confusion tient-elle seulement à une raison plus superficielle, à la façon habituelle de désigner les sanctions du droit du souscripteur par la simple expression « anargyria ». Le mot n’est pas traduit au Bailly.
(199) Collinet, ibid.: « Sans doute, on utilise plutôt les expressions traduites directement, ‘anargyrias paragraphe’ pour l’exception, ‘mempsis’ pour la querela ». En fait dans les textes grecs cités par Collinet: Νοβ. 100 πρ.; Νοβ. 136,6; Sch. 1 ad C. 4,30,4; Βασ. 23,1,64; Inst. Paraph. 4,13,2;
La Novelle 100, cap. 1 parlant de *querela non numeratae dotis* ne contredit pas la dernière ligne du C. 4,30,14 §6 parlant, elle, d'*exceptio non numeratae dotis*. On voit bien dans le contexte de la Novelle qu'il s'agit d'une plainte active et dans celui de l'autre constitution d'une défense passive.

Les deux dernières constitutions de Justinien, les C. 4,30,15 et 16, ne traitent que de l'exception sans erreur de vocabulaire.

§ 4. LE MYTHE DE LA CONTESTATIO JUSTINIENNE

La *contestatio* serait une voie de droit distincte de la *q.* et de l'ec., une protestation gracieuse (200) et non encore judiciaire contre le billet, déposée par le débiteur auprès du créancier lui-même ou de notables (203). Elle existerait au moins depuis Alexandre-Sévère et aurait été réorganisée par Justinien sous le nom de *denuntiatio* (202). Elle suffirait à renverser la charge de la preuve. Les sources ne sont pas aussi explicites que le vou- draient les partisans de cette thèse.

Le 1er texte serait le C. 4,30,8 d'Alexandre-Sévère de 228 et le terme *querimonia* désignerait cette contestation (203). Kreller (204)


(200) Private *contestatio* en allemand, voir définition de Krüger, pp. 8 et 11.


(203) Girard, p. 592 n. 7. Krüger préfère ne pas mentionner ce texte.

et Suman (205) refusent cette interprétation et nous les approuvons entièrement (206).

Le C. 4,2,5 de Dioclétien de 293 utilise le terme de contestatio dans le sens de litis contestatio querelae n.n.p., procès de la q.n.n.p. (207).

Le C. 4,30,9 du même empereur traiterait de la contestatio gracieuse par la formule in testando juri partium sit (208). Le contexte rattache cette forme de testatio à la querela rei, c'est-à-dire à l'e.n.n.p. (209).

Le C. 4,9,4 du même présenterait cette contestatio extrajudiciaire (210). Pour Kreller il s'agit en fait de litis contestatio conditionis, le texte traitant de condicito cautionis, réclamation du billet par le débiteur non payé auprès des autorités judiciaires compétentes (211). Pour Krüger il s'agit plutôt de litis contestatio q.n.n.p. (212).

Le C. Th. 2,27,1,4 utilise toujours le terme de contestatio dans le sens de litis contestatio (213).

Le C. 4,30,14 §4 à §6 de Justinien traiterait de la nouvelle contestatio justinienne, la denuntiatio (214). Nous avons déjà énoncé notre opinion à ce sujet (215). Le terme de denuntiatio n'évoque pas dans ce rescrit une voie de droit gracieuse, protestation extrajudiciaire adressée au porteur du billet par l'intermédiaire

(206) Pour notre lecture voir supra notes 70 ; 75 ; 131 ; 136-137 ; p. 241.
(207) Girard préfère ne pas utiliser le texte. Suman, p. 298 et Kreller, p. 319 le jugent entièrement interpolé, le débiteur n'aurait même pas droit à la q. Krüger, p. 9 est plus nuancé et pense que le texte concerne la litis contestatio. Voir supra pp. 243-244 et n. 161 ; nn. 111-112.
(209) Pour notre analyse, voir supra p. 225 n. 84 et p. 239 n. 138.
(211) P. 319 ss. ; 299 ss.
(212) Krüger, p. 12.
(214) Girard, ibid. ; Krüger, p. 8 ; Colliquet, pp. 290-291.
de notables, mais la signification d'une procédure judiciaire, _querela_ ou _exceptio_. Même s'il fallait admettre la synonymie _denuntiatio-contestatio_, elle n'aurait aucune portée car _contestatio_ devrait être pris au sens de _itis contestatio_ et non de protestation libre.(216)

Chapitre III

**LA CONDUCTIO CAUTIONIS**

Indépendamment de l'exception passive ou de la _querela_ active, le débiteur a un autre moyen qui complète les deux précédents, la _conductio cautionis_ (217).

Section 1. - La _conductio_ active

Elle fut créée en 223 par Alexandre-Sévère (218) dans un rescrir opposant _e. passive, adversus agentem_, à _conductio_ active, _etsi ac-

(216) COLLINET croit en cette synonymie, p. 290 et n. 115. Nous la refusons. L'auteur se base sur la _Nov. 100,1_ où l'on parle de _σκοπητρία_ en grec. BAILLY, p. 263 traduit ce mot par « _opposition préjudicielle du défendeur soutenant que la cause n'est pas recevable_ », ce qui correspond à _querela, denuntiatio_ de querelle selon SCHÖELL et KROLL, éditeurs des _Novelles_, et que COLLINET traduit par _contestatio_ libre. Cet auteur confond préjudiciel et non judiciable. SUMAN, p. 315, WENGER, _Inst. des röm. Zivilprozeßrechts_, p. 252 ss. et KRELLER, p. 319: «...das Amtsverfahren... auch einen Begriff der Litiskontestation kennt, wenn er auch mit dem 'ordo judiciornis' nicht identisch ist ». La procédure formulaire a inclus le préjudiciel dans le judiciable, assimilé le sol-disant préparatoire au probation. En outre, _denuntiatio_ en grec se dit _παραγγελία_. BAILLY, p. 652, le traduit comme « transmission d’un ordre, d’une signification ». Ce n’est pas confondable avec la _conductio_ quoique le soutienn COLLINET.

(217) _Contra Macqueron_, p. 268 pour qui la _c.c. est une forme de querela_ et non un moyen à part entière. Pro COLLINET, p. 283 qui démontre à partir du C. 4,30,7 l’indépendance de ces deux moyens.

(218) Elle n’existait pas avant, car Gaius au 4,116a ou 119 ne mentionne pas ce remède et tous les textes la citant sont postérieurs à 223. SCHULZ, _Classical Roman Law_, p. 613 et LEVY, _Die querela n.n.p._, p. 222 pensent de même.
tor non potest (219). Nous sommes encore à l'époque de la procédure formulée, les délais sont inconnus et la charge de la preuve à la querela n.n.p. incombe au débiteur. C'est la solution retenue pour cette condicio (220).

Un rescrit de Dioclétien de 294 (221) mentionne, sans autre précision, l'existence d'un délai pour la condicio active: postulare praesidiali notione (222). La charge de la preuve incombe au débiteur plaignant, monstrando (223). On peut prêsumer que ce délai

(219) C. 4,30,7.

(220) Pro Collinet, p. 296 et n. 141. Contra Levy, p. 233 pour qui la condicio est déjà limitée par un délai, ce qui a contrario impliquerait un renversement connexe de la charge de la preuve au détriment du créancier, les désavantages étant contrebalancés par des avantages. Levy croit la charge de la preuve déjà renversée à cette époque pour l'e, ce qui l'implique pour la c.c., les circonstances économiques ayant motivé ce renversement étant les mêmes. Rien ne prouve ceci, et la condicio active est à comparer plutôt à la querela pour qui le changement de la preuve fut opéré sous Honorius. Rajoutons que s'il y avait eu un délai et un changement de charge de la preuve ce rescrit l'aurait mentionné. Kreller, pp. 300, 321-322, considère que la c.c. non limitée temporairement peut être déposée même après les délais de l'e. (Il accorde déjà des délais à celle-ci), mais refuse de se prononcer sur la charge de la preuve, la condicio étant un remède d'équité (cfr D. 12,6,14) ayant pu la renverser.

(221) C. 4,9,4.

(222) Goldschmidt, Jherings Jahrbücher 24, pp. 91-93, cité par Collinet, p. 294, estimant le renversement de la preuve déjà effectué pour la c.c. active, considère comme Levy qu'on soumit corrélativement cette condicio à un délai, introduit en 228 par le C. 4,30,8. Ce rescrit en vérité ne concerne pas la condicio mais uniquement l'exceptio, voir supra n. 136. Collinet, pp. 295 et 296 pense au contraire qu'avant les rescrits diocétiens du 3e siècle la condicio était perpétuelle, le délai ayant été introduit par ce C. 4,9,4. Nous approuvons ce grand romaniste.

(223) Kréller, pp. 300, 319-322 croit que c'est parce que le billet est causé: quod velut accepturum. Le rescrit ne traite pas clairement d'un cas de billet causé; la preuve est renversée pour la c.c. par une réforme générale de sa procédure. Levy, pp. 233 et 238 considère que le texte ne crée pas un délai mais en rappelle un déjà existant. P. 238 l'auteur distingue la condicio stipulations, du C. 4,30,7 et C. 2,6,3, de la condicio mutui du C. 4,9,4 en cas d'écrit sans stipulation. La condicio cautio, remède d'équité de la fin de la procédure formulaire ignore cette distinction difficilement concluante des sources. Le C. 4,9,4 contient en outre le terme de contestatio. Pour Levy, p. 238, ce n'est pas une référence à la litis con-
est de 5 ans (224).

D'après Collinet ce rescrir subordonnerait l'usage de la c.c. à la mise en œuvre d'une querela dans les temps impartis au débiteur (225).

testatio en général, mais à la c.c. Pour Collinet, pp. 233 et 233 n. 30, contestatio désigne ici querela: «la contestatio est la forme ordinaire de la querela». Pour nous cette expression concerne là le procès probatoire de la litis contestatio, plaante en remboursement du créancier et opposition préjudiciable de c.c. par le débiteur, car à cette époque la c.c. est soumise à un délai mais pas la querela. Pour Krüger, p. 9, contestatio désigne la c.c. L'important c'est qu'aucun de ces auteurs ne considère la contestatio comme une voie de droit indépendante de l', la c.c. ou la q. Voir supra p. 254.


(225) P. 238. La conductio aurait été limitée d'un délai par Dioclétien au C. 4,9,4 sous l'influence de celui de la querela. Nous pensons que c'est sous celle de l'exceptio, la q. n'étant pas encore limitée à cette époque. Son argument est que c.c. et q.n.n.p. sont toutes deux des procédures actives sur plaintes du débiteur. Or les Romains n'ont jamais raisonné par analogie, surtout en procédure. Collinet peut alors étendre l'effet de persistance par la querela de l'exception à la c.c. En portant plainte par une querela, désignée comme contestatio dans le rescrir, le plaçant débiteur perpétue sa conductio. Pour nous contestatio signifie procès en général, ici celui de la c.c. En agissant dans les temps par conductio le plaçant interrompt la prescription de celle-ci. C'est une évidence, mais utile à rappeler pour les ayants-droit du débiteur. Ils bénéficieront de l'interruption de prescription de la conductio grâce à l'acte de procédure engagé sur celle-ci par le de cujus débiteur. Bien qu'à cette époque l'e. soit soumise à un délai, comme la c.c., le terme contestatio ne peut pas désigner le procès probatoire de la litis contestatio, plaante en remboursement du créancier et opposition d'en.n.p. par le débiteur, bien que le mot contestatio s'applique généralement à l'en.n.p. Ce serait contraire au principe procédural de l'indépendance des moyens. En mettant en œuvre une e. on ne perpétue pas non plus une c.c.; il est plus simple en opposant l'en.n.p. à la demande en
E. Levy (26) considère que le C. 8,39,3 du même empereur concerne aussi la c.c. Rien n'est moins sûr, le rescri pouvant aussi bien traiter d'e., voire de g.n.n.p. (27).

Section 2. - La condicio passive

Elle est définie dans un rescri de Gordien traitant aussi de l'e.n.n.p. (28). Le texte mentionne un délai, mais on ne peut déterminer si celui-ci concerne l'e. uniquement ou inclut aussi la c.c. (29). La charge de la preuve est laissée au débiteur, usitato more (30).

Une autre source (31) présente deux hypothèses. Celle du billet non causé où seule l'e.n.n.p. opère un renversement de charge de preuve au profit du débiteur, au contraire des condiciones sine causa, liberationis et cautionis laissant au débiteur le soin

remboursement du créancier de joindre une demande connexe en récupération de l'écrit mensonger, en prouvant cependant le bien-fondé de cette condicio jusqu'à Honorius: reus in excipiendo fit actor. Notons l'homélie intellectuelle de COLLINET avançant sa lecture: «Quant à la condicio, aucun texte ne déclare formellement qu'elle est perpétuée par la querela, mais une constitution de 294 (C. 4,9,4) conduit à l'admettre ».

(226) Pages 233 et 240.

(227) Voir supra n. 110, où nous l'attribuons à l'e.n.n.p. Tout dépend du sens donné à obligatio, instrumentum ou pactum, dans « obligationem remittit desiderio postulantium ». Il pourrait s'agir aussi de c.c. passive. La source ne contient aucune indication quant à la charge de la preuve.

(228) C. 2,6,3. Voir supra n. 73. Contra COLLINET, p. 303: pour lui dans le rescript le mot exceptio désigne la querela.

(229) LEVY, pp. 233 et 236 en doute; SUMAN, p. 231 et KRELLE, p. 319 pensent que le délai concerne aussi la condicio passive.

(230) Pro KRELLE, p. 322 et n. 182. Pour lui il s'agit de l'usage des autres condiciones liberationis comme la condicio incerti. Pour LEVY usitato more désigne la c.c. du C. 4,30,7 de 223. En tout cas le résultat est le même, ce rescri laissant aussi la preuve à l'utilisateur de la condicio. Un autre argument est l'emploi de l'expression ex hae causa qui fait référence comme le note bien KRELLE aux faits ayant conduit à accorder l'e.n.n.p. où ce n'est qu'anormalement que la charge de la preuve est renversée. Il serait inadmissible de conclure de ce « hae » que la procédure de la c.c. a été influencée par celle de l'e.n.n.p., ce qu'affirment GIRARD, p. 503 et notre maitre MR MAGUERSON, p. 268.

(231) C. 4,30,5. Voir supra n. 90.
de prouver sa défense (232). Et celle du billet causé sous forme de reçu, ce qui peut recouvrir comme dans la constitution gordienne le cas de service rendu dont le prix est dû (233). L’œ. qui n’opère pas alors ce renversement n’offre plus d’avantages par rapport aux condictiones.

CONCLUSION

Cette étude a montré que nulle part la cause finale ne joue un rôle en droit romain. En droit français, cette cause, si elle est inexistante ou immorale, permet de déclarer nulle une obligation et permet à l’équité de rentrer dans les rapports juridiques par la petite porte. Les Romains n’avaient pas besoin de cette fiction. Pour eux l’équité est source du droit et des obligations. Une obligation sera rapportée parce qu’inéquitable, ce qui est plus simple et moins pédant que d’invoquer une théorie de la cause pour obtenir le même résultat. Même quand au Bas Empire l’équité se fera appeler ordre public, la cause ne sera pas considérée. C’est l’obligation tout entière qui sera contraire à l’ordre public et non uniquement sa cause ou son objet, que les Romains d’ailleurs n’ont jamais différenciés.

L’histoire se répète ou on veut la répéter. A Rome cette exception est une création originale du 3e siècle, époque où l’écrit a pris force probable comme présumant la stipulation. C’est paradoxal. L’écrit devrait faire preuve contre ceux qui le contestent, comme dans l’article 1132 du C. Civ. L’histoire sociale a méconnu cette logique. Les Empereurs durent protéger les humiliores, pour s’assurer leur soutien politique, contre les prêts de patronage fictifs et les prêts usuraires.

La situation n’était pas la même en France en 1808. Une institution romaine juste devient odieuse quand elle est dirigée contre une race d’individus seulement et que les conditions sociales ne

(232) Conformément au droit commun du D. 22,3,19 pr.
la rendent pas nécessaire. Il n’y avait aucune comparaison à faire entre les quelques banquiers juifs alsaciens et les potentiores romains, ni entre « la classe du peuple alsacienne » et les humiliores. Pourtant cette institution romaine a été récupérée pour détruire au détriment des Juifs le bénéfice de l’article 1132 C. Civ. par le décret du 17 mars 1808. Si le créancier est juif, il lui appartiendra de prouver la validité de sa créance. Le débiteur pourra user contre lui d’une exception passive et d’une querelle active et sans limitation de temps. La méfiance à l’égard du Juif est plus grande en France qu’elle ne l’était à Rome à l’égard du potens, car elle est raciste alors que la romaine était humaniste.

Rappelons que les antithèses ne sont rien sans les thèses qui les font naître. Nos critiques d’écrits de grands romanistes comme Mr. Collinet ont toujours été admiratives et redébrouillées à ceux-ci.