

OEUVRES
DE POTHIER.

NOUVELLE EDITION,
ORNÉE DU PORTRAIT DE L'AUTEUR,

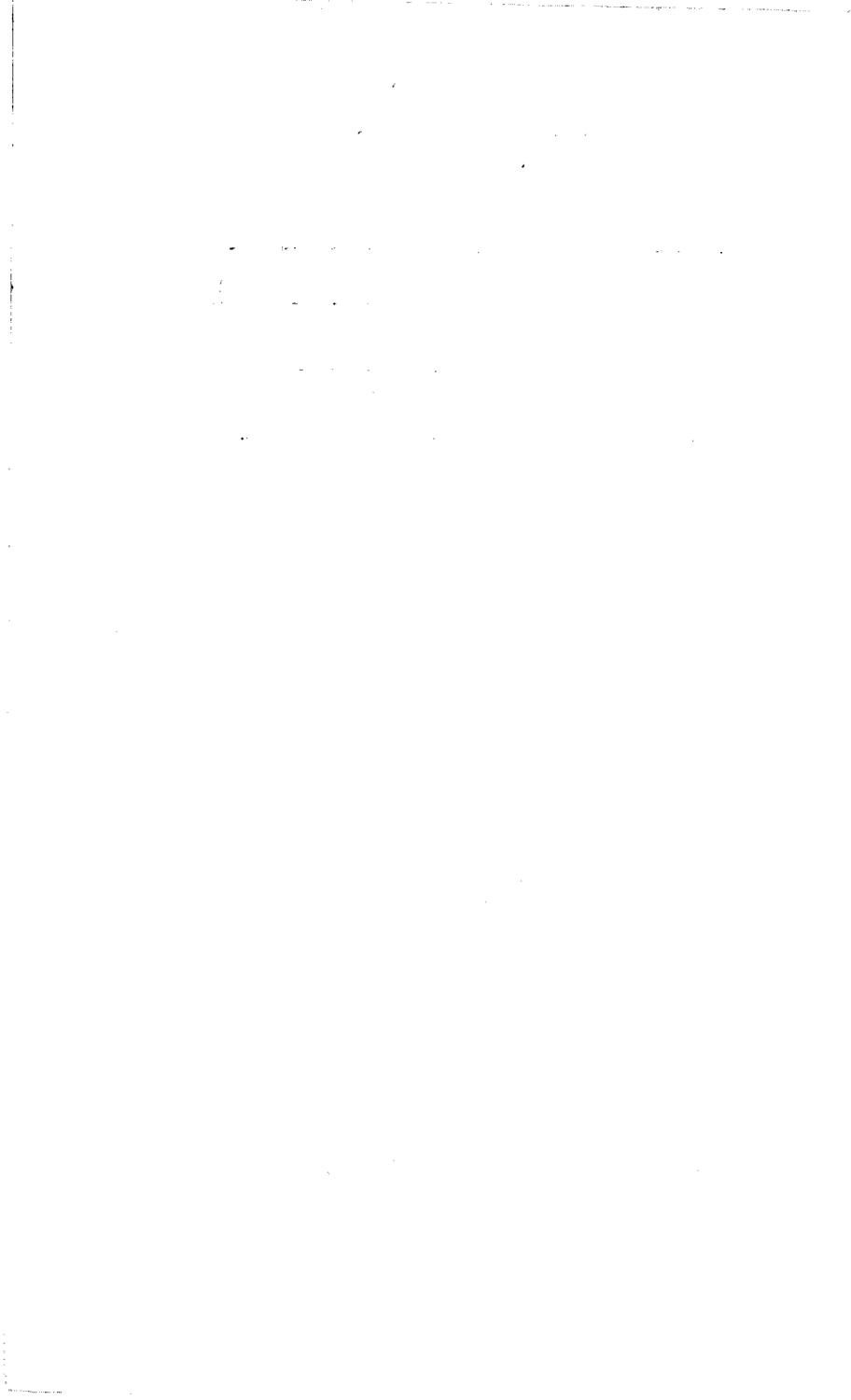
PUBLIÉE

PAR M. SIFFREIN.

TOME CINQUIÈME.



A PARIS,
CHEZ L'ÉDITEUR,
RUE SAINT-JEAN-DE-BEAUVAIS, N° 17
ET CHEZ CHANSON, IMPRIMEUR-LIBRAIRE,
RUE DES GRANDS-AUGUSTINS, N° 10.
M. DCCCXXI.



OEUVRES
DE POTHIER.

TRAITÉS DES CONTRATS DE BAIL A RENTE, DE
SOCIÉTÉ, DES CHEPTELS, DE BIENFAISANCE, DU
PRÊT A USAGE ET DU PRÊT DE CONSOMPTION.

TOME CINQUIÈME.

SE TROUVE

**Chez MM. les Secrétaires caissiers des facultés de droit;
Chez MM. les Greffiers des tribunaux de première instance;
Et chez les principaux Libraires de la France et de l'étranger.**

**DE L'IMPRIMERIE DE J.-L. CHANSON,
RUE DES GRANDS-AUGUSTINS, N° 10.**

TABLE

DES CHAPITRES, ARTICLES, SECTIONS ET PARAGRAPHERS
CONTENUS DANS LES TRAITÉS DES CONTRATS DE BAIL A
RENTE, DE SOCIÉTÉ, DES CHEPTELS, DE BIENFAISANCE.
DU PRÊT A USAGE ET DU PRÊT DE CONSOMPTION.

CONTRAT DE BAIL A RENTE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, pag. 1	§. II. Différences de la rente foncière, et des fermes et loyers, 9
CHAPITRE PREMIER.	§. III. Différence de la rente foncière et des autres espèces de charges réelles, 11
Ce que c'est que le contrat de bail à rente; en quoi il ressemble aux contrats de vente et de louage; et en quoi il en diffère, ibid.	§. IV. En quoi convient la rente foncière avec les rentes constituées à prix d'argent; et en quoi elle en diffère, 12
CHAPITRE II.	§. V. Différence des rentes foncières et des rentes constituées à prix d'argent, à l'égard de la faculté de rachat, 14
Des trois choses qui constituent la substance du bail à rente, 5	ART. III. Du consentement, 18
ART. I. De la chose qui peut être baillée à rente, ibid.	CHAPITRE III.
§. I. Quelles choses peuvent être baillées à rente, ibid.	Des obligations qui naissent du contrat de bail à rente, 19
§. II. Si on peut bailler à rente l'héritage d'autrui, ou celui qui appartient au preneur, 6	ART. I. Des obligations du bailleur, ibid.
ART. II. De la rente, 7	ART. II. Des obligations du preneur, 20
§. I. En quoi la rente que le bailleur retient par le bail à rente convient avec le prix, qui est de la substance du contrat de vente; et en quoi elle en diffère, 8	§. I. De l'obligation de payer la rente, ibid.

- §. II. De l'obligation d'entretenir l'héritage en bon état, 25
- §. III. De l'obligation de rendre à la fin du bail l'héritage en bon état, lorsque le bail n'est pas fait à perpétuité, 25
- §. IV. Des obligations du preneur, qui naissent de la bonne foi, ou des clauses du bail, *ibid.*
- CHAPITRE IV.
- Des différentes clauses qui sont apposées quelquefois dans les contrats de bail à rente; et des obligations qui en naissent, 26
- SECT. I. Des clauses qui sont en faveur du bailleur, *ibid.*
- §. I. De la clause par laquelle on stipule des deniers d'entrée, *ibid.*
- §. II. De la clause de fournir et de faire valoir la rente, 27
- §. III. Des clauses de payer la rente à toujours et à perpétuité, 28
- §. IV. De la clause d'améliorer l'héritage, de manière qu'il vaille toujours la rente, et plus, 29
- §. V. De la clause par laquelle le preneur s'oblige de faire certaines améliorations à l'héritage. *ibid.*
- §. VI. De la clause de payer les arrérages de la rente, sans aucune diminution, 32
- SECT. II. Des clauses apposées dans les baux à rente en faveur du preneur, 33
- §. I. Si l'expression de la somme dont la rente sera rachetable, est nécessaire pour la validité de la clause qui accorde la faculté de rachat, 34
- §. II. Si l'obligation de souffrir le rachat de la rente, résultante d'une clause du bail, passe au tiers acquéreur de la rente, *ibid.*
- §. III. Si le droit de racheter la rente passe à tous les héritiers du preneur à qui il a été accordé par le bail, *ibid.*
- §. IV. Si le droit de racheter la rente, qui résulte de la clause du bail, peut passer aux tiers acquéreurs de l'héritage, 35
- §. V. De la prescription de la faculté de rachat, 36
- §. VI. En quoi conviennent sur le rachat les rentes foncières rachetables, avec les rentes constituées, 39
- §. VII. Différence des rentes foncières et des constituées sur le rachat, *ibid.*
- ART. II. De la clause par laquelle, dans le bail à rente d'un héritage féodal, le bailleur se charge de la foi, 41
- CHAPITRE V.
- Des droits tant des créanciers de rentes foncières, que des possesseurs d'héritages chargés de rentes foncières; et des charges auxquelles les uns et les autres sont sujets, 42
- ART. I. Des différentes actions qu'ont les créanciers de rentes foncières contre les

possesseurs des héritages sujets à leurs rentes, <i>ibid.</i>	qui a acquis à la charge de la rente, ou qui en a eu connoissance, est reçu au déguerpissement, 77
§. I. De l'action personnelle, 42	ART. VI. A quoi est obligé le tiers détenteur qui déguer- pit, lorsqu'il n'a pas eu con- noissance de la rente, 81
§. II. De l'action hypothé- caire, 46	§. I. Premier cas, <i>ibid.</i>
§. III. De l'action mixte. 48	§. II. Second cas, 85
ART. II. Des autres droits des créanciers de rentes fon- cières, 51	ART. VII. De l'effet du déguer- pissement, 86
ART. III. Des charges de l'hé- ritage auxquelles est tenu de contribuer le créancier de rente foncière. 53	§. I. De l'effet du déguerpis- sément à l'égard de celui qui déguerpit, <i>ibid.</i>
ART. IV. Du droit des proprié- taires, ou possesseurs d'un héritage chargé de rente foncière, 56	§. II. De l'effet du déguerpis- sément à l'égard de celui à qui il est fait, 90
CHAPITRE VI.	
De la rescision et de la réso- lution du contrat de bail à rente; et de l'extinction des rentes foncières, 58	§. III. Si le déguerpissement a l'effet d'opérer la résolu- tion des droits de servitudes ou d'hypothèques que le preneur ou ses successeurs ont, depuis le bail à rente, accordés à des tiers sur l'hé- ritage déguerpi, 95
SECT. I. De la rescision et de la résolution du bail à rente, <i>ibid.</i>	ART. VIII. Des clauses qui empêchent le déguerpisse- ment, 97
§. I. De la rescision du bail à rente, <i>ibid.</i>	SECT. III. Des différentes ma- nières dont les rentes fon- cières s'éteignent, 99
§. II. De la résolution du con- trat de bail à rente, 60	§. I. De la destruction de l'hé- ritage chargé de la rente, <i>ibid.</i>
SECT. II. Du déguerpissement, 61	§. II. De plusieurs autres ma- nières dont s'éteignent les rentes foncières, 101
ART. I. Qui sont ceux qui peu- vent déguerpir, <i>ibid.</i>	SECT. IV. De la prescription des rentes foncières, 102
ART. II. Qu'est-ce qui doit être déguerpi, 64	§. I. De la première espèce de prescription, qui résulte de la possession, <i>ibid.</i>
ART. III. Comment et à qui doit se faire le déguerpisse- ment, 68	§. II. De la seconde espèce de prescription, qui résulte du non usage du créancier, 103
ART. IV. Des conditions sous lesquelles le preneur ou ses héritiers sont admis au dé- guerpissement, 69	
ART. V. Des conditions sous lesquelles le tiers détenteur	

CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE,	111	les Romains appeloient <i>universorum quæ ex quæstu veniunt</i> ,	135
CHAPITRE PREMIER.			
De la nature du contrat de société,	ibid.	SECT. II. Des sociétés particulières,	138
§. I. En quoi la société diffère de la communauté,	112	§. I. De la société de certaines choses,	ibid.
§. II. A quelle classe de contrat doit-on rapporter le contrat de société,	113	§. II. Des sociétés pour l'exercice d'une profession,	140
§. III. De ce qui est de l'essence du contrat de société,	114	§. III. Des sociétés pour un commerce,	ibid.
§. IV. De ce que l'équité requiert dans le contrat de société,	117	CHAPITRE III.	
Première règle,	ibid.	Des différentes clauses de contrats de société,	143
§. V. Des contrats de société simulés,	122	§. I. Des clauses concernant le temps auquel la société doit commencer, et celui qu'elle doit durer,	144
CHAPITRE II.			
Des différentes espèces de sociétés,	127	§. II. Des clauses qui concernent l'administration de la société,	ibid.
SECT. I. Des sociétés universelles,	ibid.	§. III. Des clauses qui concernent les parts que chacun des associés devra avoir dans les gains et les pertes,	148
ART. I. De la société <i>universorum bonorum</i> ,	128	§. IV. Des clauses qui concernent les manières de récompenser celui des associés qui, quoiqu'ils soient associés pour portions égales, a apporté plus que les autres à la société,	149
§. I. Ce que c'est; quand est-elle censée contractée, et entre quelles personnes peut-elle se contracter,	ibid.	CHAPITRE IV.	
§. II. Comment se communiquent les biens des associés,	129	Des personnes qui peuvent contracter société; et des formes que notre droit requiert pour le contrat de société,	152
§. III. De ce qui entre ou n'entre pas dans la société <i>universorum bonorum</i> ,	130		
§. IV. Des charges de la société <i>universorum bonorum</i> ,	132		
ART. II. De la seconde espèce de société universelle, que			

- ART. I. Des personnes qui peuvent contracter société, 152
- ART. II. Des formes requises pour le contrat de société, 153
- §. I. De la forme requise pour les sociétés universelles, ibid.
- §. II. De la forme requise pour les sociétés de commerce, 155
- §. III. Des sociétés particulières, qui ne sont pas sociétés de commerce, 156

CHAPITRE V.

- Du droit qu'à chacun des associés dans les choses dépendantes de la société, ibid.
- §. I. Principes généraux, ibid.
- Première maxime, 157
- Seconde maxime, 158
- Troisième maxime, 158
- Quatrième maxime, 159
- §. II. Si un associé peut associer un tiers à la société, ou seulement à la part qu'il y a; et de l'effet de cette association, ibid.

CHAPITRE VI.

- Des dettes des sociétés; et comment chacun des associés en est tenu, 162
- §. I. Des dettes des sociétés en nom collectif, 163
- Première condition, ibid.
- Deuxième condition, 166
- §. II. Des dettes des sociétés en commandite, et des sociétés anonymes, 167
- §. III. Des dettes des sociétés qui ne sont pas sociétés de commerce, ibid.

CHAPITRE VII.

- Des obligations respectives des associés; et de l'action *pro socio*, 170
- ART. I. Des différentes choses que chacun des associés peut devoir à la société, et dont il est obligé de faire raison à ses associés, ibid.
- §. I. De ce qu'un associé a promis d'apporter à la société, ibid.
- §. II. De ce que chacun des associés a perçu du fonds commun, 175
- §. III. Du dommage qu'un associé a causé à la société, 178
- ART. II. Des choses dont un associé peut être créancier de la société, et dont les autres associés sont obligés de lui faire raison, chacun pour la part qu'il a dans la société, 179
- ART. III. De quelques autres espèces d'obligations qui naissent du contrat de société, 183
- ART. IV. De l'action *pro socio*, 184

CHAPITRE VIII.

- Des différentes manières dont finit la société, 185
- §. I. De l'expiration du temps, ibid.
- §. II. De l'extinction de la chose qui fait l'objet de la société; et de la consommation de la négociation, 186

- §. III. De la mort de l'un des associés, et de sa faillite, 187
- §. IV. De la volonté de n'être plus en société, 190

CHAPITRE IX.

- De l'effet de la dissolution des sociétés; et de leur partage, 194
- ART. I. De l'effet de la dissolution des sociétés, *ibid.*
- ART. II. Du partage de la société, 199
- §. I. Par qui, contre qui, et quand la demande en partage peut-elle être donnée, *ibid.*
- §. II. Comment on doit procéder au partage, 201
- §. III. Des obligations qui naissent du partage, 206
- §. IV. De l'effet du partage, 207
- ART. IV. Comment la communauté prend fin; et de son partage, 216
- ART. V. De la communauté de murs mitoyens, et autres choses qui sont communes entre voisins, 218
- §. I. Quels murs sont mitoyens et communs; et quand ils sont présumés tels, *ibid.*
- §. II. Du droit que la communauté du mur mitoyen donne à chacun des voisins, 222
- §. III. Des obligations que forme la communauté du mur mitoyen, 233
- §. IV. De la communauté des fossés et des haies, 237
- §. V. De la communauté des privés et cloaques, 238

PREMIER APPENDICE.

- Du quasi-contrat de communauté, 210
- ART. I. En quoi diffère cette communauté de la société, et en quoi conviennent-elles l'une et l'autre, *ibid.*
- ART. II. Du droit des quasi-associés dans les choses communes; et comment ils sont tenus des dettes, 211
- ART. III. Des obligations res-

SECOND APPENDICE.

- Du voisinage, 240
- ART. I. Du bornage des héritages voisins, *ibid.*
- ART. II. Des autres obligations que forme le voisinage, 245
- §. I. Première espèce d'obligation, *ibid.*
- §. II. Seconde espèce d'obligation, 249
- §. III. Troisième espèce d'obligation, 250

TRAITÉ DES CHEPTÉLS.

- ARTICLE PRÉLIMINAIRE, 255
- SECT. I. Du cheptel simple et ordinaire, *ibid.*
- ART. I. De la nature de ce contrat, et de sa forme, 256

§. I. De la nature du contrat de cheptel considéré sous un premier point de vue, 256	ART. III. Des conventions qui sont réprochées dans les contrats de cheptel, 274
§. II. Du second point de vue sous lequel peut être considéré le cheptel simple, 258	ART. IV. Des obligations qui naissent du contrat de cheptel simple; et du droit de suite, 278
§. III. De la forme du cheptel ordinaire, 259	§. I. De l'obligation du bailleur de faire jouir le preneur, <i>ibid.</i>
ART. II. Si le contrat de cheptel simple est permis, 261	§. II. Des obligations du preneur, 281
§. I. Le contrat de cheptel simple et ordinaire n'a rien de contraire à l'équité naturelle dans les provinces où il est admis, <i>ibid.</i>	Première espèce d'obligation du preneur, <i>ibid.</i>
§. II. Le cheptel simple est autorisé par les coutumes, 264	Seconde espèce d'obligation, <i>ibid.</i>
§. III. Si le contrat de cheptel simple à moitié de perte et de profit est licite dans tous les pays, 271	§. III. Du droit de suite, 284
.IV. Si notre contrat de cheptel est licite à l'égard de toutes sortes d'animaux, 273	ART. V. Du partage du cheptel, 296
	SECT. II. Des autres espèces de cheptel, 303
	ART. I. Du cheptel à moitié, <i>ibid.</i>
	ART. II. Du cheptel de fer, 307
	ART. III. D'une autre espèce de cheptel, 313

CONTRATS DE BIENFAISANCE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, 318	tuent l'essence du prêt à usage, 320
DU PRÊT À USAGE ET DU PRÉCAIRE, 319	ART. II. A quelles classes de contrats appartient le prêt à usage, 321
CHAPITRE PREMIER.	ART. III. Du rapport qu'a le contrat de prêt à usage avec d'autres contrats; et en quoi il en diffère, 323
De la nature du prêt à usage; entre quelles personnes il peut intervenir; et des choses qui en peuvent être la matière, <i>ibid.</i>	SECT. II. Des personnes entre lesquelles peut intervenir le contrat de prêt; et des choses qui en peuvent être la matière, 324
SECT. I. De la nature du prêt à usage, <i>ibid.</i>	
ART. I. Quelles choses consti-	

ART. I. Des personnes entre lesquelles peut intervenir le contrat de prêt, 324	a été prêtée est tenu d'indemniser le prêteur de la perte ou détérioration de la chose prêtée, lorsqu'elle est arrivée par un cas fortuit, ou force majeure, 346	
ART. II. Des choses qui peuvent être la matière du contrat de prêt, 325		
CHAPITRE II.		
Du droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur; et de ses obligations, 328		
SECT. I. Du droit de l'emprunteur, ibid.	ART. IV. De l'action <i>commodati</i> DIRECTA, qui naît des obligations de l'emprunteur, 358	
SECT. II. Des obligations de l'emprunteur, 330	§. I. Contre qui procède cette action, 359	
ART. I. De l'obligation de rendre la chose prêtée, ibid.	§. II. Quels sont les objets de cette action, 360	
§. I. Quand l'emprunteur doit-il rendre la chose, ibid.	CHAPITRE III.	
§. II. A qui la chose prêtée doit-elle être rendue, 334	Des obligations du prêteur, 364	
§. III. Où, et en quel état la chose prêtée doit-elle être rendue, 337	Première espèce, ibid.	
§. IV. Des exceptions que peut opposer celui à qui la chose a été prêtée, pour se défendre de la rendre, 339	Seconde espèce, 367	
ART. II. De l'obligation de conserver la chose, 342	Troisième espèce, 369	
ART. III. Si celui à qui la chose	Quatrième espèce, 370	
	CHAPITRE IV.	
	Du PRÉCAIRE; et de quelques autres prêts différents du prêt à usage, ibid.	
	ART. I. Du précaire, ibid.	
	ART. II. De quelques espèces de prêts différents du prêt à usage, 373	

CONTRAT DU PRÊT DE CONSOMPTION,

ET DES MATIÈRES QUI Y ONT RAPPORT.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, 377	prêt de consommation; et des choses qui en sont susceptibles, 378
PREMIÈRE PARTIE.	
Du contrat de prêt de consommation, ibid.	ART. I. De ce qui constitue l'essence du contrat de prêt de consommation, ibid.
CHAPITRE PREMIER.	§. I. Il faut qu'il y ait une chose qui soit la matière de ce contrat, et qui soit prêtée
De la nature du contrat de	

tée pour être consommé ,	ibid.	ART. III. A qui, et où la somme ou la quantité qui a été prêtée doit-elle être rendue ,	408
§. II. De la délivrance de la chose prêtée ,	379	ART. IV. Quelles exceptions l'emprunteur peut-il opposer contre l'action <i>ex mutuo</i> ,	410
§. III. De la translation de propriété ,	380	ART. V. Si le prêteur contracte quelque obligation ,	412
§. IV. De l'obligation de rendre autant ,	386	SECONDE PARTIE.	
§. V. Du consentement ,	388	DE L'USURE qui se commet dans le contrat de prêt de consommation ,	
ART. II. A quelle classe de contrats doit-on assigner le prêt de consommation ,	392	413	
ART. III. Des personnes entre lesquelles ce contrat peut intervenir; et des choses qui en sont susceptibles ,	393	SECT. I. De l'injustice que renferme l'usure; de la défense qui en est faite par l'écriture sainte, par la tradition et par les lois du royaume ,	
§. I. Des personnes entre lesquelles ce contrat peut intervenir ,	ibid.	414	
§. II. Des choses qui sont susceptibles du contrat de prêt de consommation ,	394	ART. I. De l'injustice que renferme l'usure ,	
CHAPITRE II.		ibid.	
De l'obligation que produit le contrat de prêt de consommation; et de l'action qui en naît ,		ART. II. De la défense qui est faite de l'usure par l'écriture sainte et la tradition ,	
396		416	
ART. I. Par qui l'obligation que produit le contrat de prêt de consommation est-elle contractée; et qui sont ceux qui sont tenus de l'action qui en naît ,	397	ART. III. De la défense de l'usure par les lois du royaume ,	
ART. II. Envers qui l'obligation que l'emprunteur subit par ce contrat est-elle contractée; et qui sont ceux par qui l'action qui en naît peut être intentée ,	398	425	
§. I. Quel est l'objet de l'obligation de l'emprunteur; et de l'action qui en naît ,	403	SECT. II. Si la défense du prêt à intérêt souffre exception à l'égard du prêt de commerce, et dans quelques autres cas ,	
Premier cas ,	ibid.	417	
Second cas ,	406	ART. I. Si elle souffre exception à l'égard du prêt de commerce ,	
		ibid.	
		§. I. Moyens allégués pour la légitimité des prêts à intérêts, appelés <i>prêts de commerce</i> ,	
		ibid.	
		§. II. Réponses aux moyens en faveur des prêts à intérêts ,	
		432	

ART. II. Si la défense du prêt à intérêt souffre exception à l'égard des deniers pupillaires, 440	quasi-contrat <i>promutuum</i> quels sont ses rapports avec le contrat <i>mutuum</i> ; et en quoi il en diffère, 478
SECT. III. Que comprend la défense de l'usure, 442	ART. II. De l'obligation qui naît du <i>promutuum</i> , 480
ART. I. Ce qu'il faut pour qu'il y ait usure, <i>ibid.</i>	SECT. II. De l'action appelée <i>condictio indebiti</i> , 481
§. I. Il faut qu'il soit intervenu un contrat de prêt, <i>ibid.</i>	ART. I. Il faut que ce qui est payé ne soit pas dû, 482
§. II. Il faut, pour qu'il y ait usure, que ce que le prêteur exige au-delà de la somme prêtée soit un lucre et un profit qu'il retire du prêt, <i>lucrum ex mutuo exactum</i> , 448	Premier et second cas, <i>ibid.</i>
§. III. Pour qu'il y ait usure, il faut que l'intérêt ou autre profit que le prêteur a retiré du prêt, ait été exigé, 449	Troisième cas, 485
§. IV. Différents exemples de profits usuraires, 453	Quatrième cas, 485
§. V. De l'effet des lois qui défendent l'usure; et des peines qu'elles prononcent contre les usuriers, 462	Cinquième cas, <i>ibid.</i>
SECT. IV. Des intérêts compensatoires, 465	Sixième cas, 486
SECT. V. De l'escompte, 473	Septième et huitième cas, 487
	Neuvième cas, 488
	Dixième cas, <i>ibid.</i>
	ART. II. Il faut qu'il n'y ait eu aucun sujet réel de payer la chose non due qui a été payée, 489
	ART. III. Il faut que la chose non due qui a été payée, l'ait été par erreur, 492
	ART. IV. Qui sont ceux qui ont l'action <i>condictio indebiti</i> , 495
	ART. V. Contre qui se donne l'action <i>condictio indebiti</i> , 496
	ART. VI. Quel est l'objet de l'action <i>condictio indebiti</i> , 497
	ART. VII. Si le paiement par erreur peut donner une action contre les tiers détenteurs de la chose payée par erreur, 504
TROISIÈME PARTIE.	
DU QUASI-CONTRAT appelé <i>promutuum</i> ; et de l'action <i>condictio indebiti</i> , 478	
SECT. I. Du <i>promutuum</i> , <i>ibid.</i>	
ART. I. Ce que c'est que le	

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE BAIL A RENTE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

APRÈS avoir traité du Contrat de vente et du Contrat de louage, nous devons traiter du Contrat de bail à rente, qui tient quelque chose de l'un et de l'autre.

Il y a deux espèces de baux à rente; le bail à rente seigneuriale, et le bail à rente simple.

C'est du bail à rente simple que nous nous proposons de traiter.

Nous verrons, dans un premier chapitre, ce que c'est que le contrat de bail à rente; en quoi il ressemble aux contrats de vente et de louage, et en quoi il en diffère. Nous traiterons, dans le second chapitre, des trois choses qui constituent le contrat de bail à rente; dans le troisième, des obligations et actions qui en résultent; dans le quatrième, des différentes clauses qui se trouvent quelquefois dans les baux à rente, et des obligations qui en naissent; dans le cinquième, des différents droits du bailleur et de ses successeurs, créanciers de la rente, et de ceux du premier. Enfin, dans le sixième chapitre, nous traiterons de la résolution des baux à rente, et de l'extinction des rentes foncières.

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le contrat de bail à rente; en quoi il ressemble aux contrats de vente et de louage, et en quoi il en diffère.

1. Le bail à rente simple a est un contrat par lequel « l'une des parties baille et cède à l'autre un héritage, ou

« quelque droit immobilier, et s'oblige de le lui faire avoir
 « à titre de propriétaire, sous la réserve qu'il fait d'un
 « droit de rente annuelle d'une certaine somme d'argent,
 « ou d'une certaine quantité de fruits qu'il retient sur ledit
 « héritage, et que l'autre partie s'oblige réciproquement
 « envers elle de lui payer, tant qu'elle possédera ledit hé-
 « ritage. »

Celle des parties qui baille l'héritage à l'autre à la charge de la rente, s'appelle *le bailleur*. L'autre partie, qui prend l'héritage à la charge de cette rente, s'appelle *le preneur*.

2. Ce contrat ressemble en bien des choses aux contrats de vente et de louage. En effet, trois choses constituent l'essence du contrat de vente : une chose qui est vendue, un prix que l'acheteur s'oblige de payer au vendeur, et le consentement des parties sur la chose et le prix. Trois choses aussi constituent le contrat de louage : une chose qui est louée, un loyer que le conducteur s'oblige de payer au locateur, et le consentement des parties sur la chose et sur le loyer. De même trois choses constituent l'essence du contrat de bail à rente : un héritage qui est baillé à rente ; une rente que le bailleur se retient sur l'héritage, et que le preneur s'oblige de lui payer tant qu'il le possédera ; enfin le consentement des parties sur l'héritage et sur la rente que le bailleur se retient.

Le contrat de bail à rente est du droit des gens, de même que les contrats de vente et de louage. Il est comme eux synallagmatique, c'est-à-dire qu'il produit des obligations respectives que chacune des parties contracte l'une envers l'autre : enfin il est comme eux de la classe des contrats commutatifs.

3. Il ressemble particulièrement au bail à ferme et à loyer, en ce que la rente annuelle que le preneur s'oblige de payer par ce contrat, ressemble à la ferme ou au loyer que le fermier ou locataire s'oblige de payer par le bail à ferme ou à loyer, et que le bailleur a pour se faire payer de sa rente par le preneur, les mêmes droits à peu près que ceux qu'a le bailleur dans le bail à loyer ou à ferme, pour se faire payer de ses loyers ou de ses fermes.

Il y a néanmoins une grande différence entre la rente qui est due par le bail à rente, et celle due par la ferme ou loyer; et entre le bail à rente, et le bail à ferme ou loyer.

Le bail à rente transfère au preneur tout le droit qu'a-voit le bailleur dans l'héritage baillé à rente, sous la réserve seulement du droit de rente que le bailleur s'y retient, et dont il charge l'héritage. Au contraire, par le bail à loyer ou à ferme, le locataire ou le fermier n'acquiert aucun droit dans l'héritage. Le droit qu'ils acquièrent ne consiste que dans une créance personnelle qui naît de l'obligation que contracte le bailleur de les en laisser jouir.

De là naît la différence entre la rente et les fermes ou loyers : ceux-ci ne sont qu'une dette de la personne du fermier ou locataire; la rente est une charge du fonds, imposée sur le fonds par le bail : c'est pourquoi elle est appelée *rente foncière*, quoiqu'elle soit aussi une dette de la personne du preneur, qui naît de l'obligation qu'il a contractée par le bail, de la payer pendant tout le temps qu'il posséderoit l'héritage.

4. Le contrat de bail à rente tient aussi beaucoup du contrat de vente. Le bailleur, par ce contrat, contracte envers le preneur les mêmes obligations de garantie que le vendeur contracte envers l'acheteur par le contrat de vente.

Il en diffère néanmoins en ce que, par le contrat de vente, le vendeur s'oblige à transporter à l'acheteur tout le droit qu'il a dans la chose vendue; au lieu que par le contrat de bail à rente, le bailleur se retient un droit de rente sur l'héritage.

Il est vrai que quelquefois le vendeur retient aussi quelque droit dans l'héritage qu'il vend, tels que sont des droits de servitude; mais la rétention de ces droits est quelque chose d'étranger à la nature du contrat de vente, qui peut se faire et se fait le plus souvent sans la rétention d'aucun droit dans la chose vendue; au lieu que la rétention d'un droit de rente est non seulement de la nature, mais de l'essence du contrat de bail à rente.

Une autre différence entre ces deux contrats, se tire des différences qu'il y a entre le prix qui est de la substance du contrat de vente, et la rente qui est de la substance du bail à rente. Nous rapporterons ces différences *infra*, chap. 2, art. 2.

5. Le contrat de bail à rente diffère encore des contrats de vente et de louage, en ce que ceux-ci sont des contrats consensuels, qui sont parfaits par le seul consentement des parties, avant qu'ils aient été exécutés ni de part ni d'autre, aussitôt que les parties sont convenues entre elles, soit du prix, soit du loyer; au contraire, je pense que le contrat de bail à rente est un contrat réel, qui ne reçoit sa perfection que lorsque le preneur est mis en possession de l'héritage par une tradition, ou réelle, ou au moins fictive. En effet, suivant la définition que nous avons donnée de ce contrat, il est de son essence que d'un côté le bailleur se retienne une rente dont il charge l'héritage, et que d'un autre côté le preneur s'oblige de la payer tant qu'il possédera l'héritage. Or, d'un côté, ce n'est que par la tradition que le bailleur peut se retenir une rente sur l'héritage, et que l'héritage peut en être chargé envers lui; car le bailleur ne cessant que par la tradition d'être le propriétaire de l'héritage, l'héritage ne peut être chargé plus tôt de la rente envers lui, ne pouvant pas l'être tant qu'il en demeure encore le propriétaire, *quum res sua nemini servire possit*. D'un autre côté, le preneur ne peut contracter l'obligation de payer la rente que lorsqu'il entre en possession de l'héritage par la tradition qui lui en est faite; 1° parce que la rente n'existe pas plus tôt; 2° parce qu'étant de la nature de ces rentes que le preneur ne doit la rente que pour le temps qu'il possédera l'héritage, il est, avant la tradition, au pouvoir du preneur de ne point contracter l'obligation de payer la rente, en refusant d'entrer en possession de l'héritage. Ce n'est donc que par la tradition, ou réelle, ou au moins feinte de l'héritage, que le contrat de bail à rente peut recevoir sa perfection, et que les obligations qui en naissent sont contractées.

Il est vrai que je puis valablement convenir avec vous

de vous bailler mon héritage pour tant de rente, et qu'il peut naitre de cette convention une obligation, même avant que je vous aie mis en possession de l'héritage. Mais cette convention n'est pas le contrat de bail à rente; ce n'est qu'une promesse de bailler à rente, qui est différente du contrat de bail à rente, de même que nous avons vu en notre *Traité du Contrat de Vente*, qu'une promesse de vendre, quoique obligatoire, étoit différente du contrat de vente.

CHAPITRE II.

Des trois choses qui constituent la substance du bail à rente.

Nous avons dit *suprà*, que trois choses constituent la substance du bail à rente; une chose qui soit baillée à rente, une rente que le bailleur se retienne, et le consentement des parties.

ARTICLE PREMIER.

De la chose qui peut être baillée à rente.

§. I. Quelles choses peuvent être baillées à rente.

6. Les choses qui peuvent être baillées à rente, sont les héritages, c'est-à-dire, les fonds de terre et les maisons. On peut aussi bailler à rente des droits incorporels, tels que des droits de champart, des dîmes, des droits de fief, des censives, des justices, des droits de pêche, de péage, et autres droits domaniaux, tels que les greffes : les privilégiés des perruquiers peuvent aussi être baillés à rente.

7. Il n'y a que les immeubles qui soient proprement susceptibles du contrat de bail à rente; les meubles ne le sont pas. La raison est, qu'il est de l'essence du bail à rente que le bailleur se réserve et retienne dans la chose qu'il donne à rente, un droit de rente qui soit un droit réel, c'est-à-dire, un droit dans la chose dont elle demeure chargée, en quelques mains que la propriété de la chose passe : or il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles de ces charges réelles; notre jurisprudence ne permet pas que les

meubles en soient susceptibles. De là cette maxime du droit françois, que les meubles n'ont point de suite par hypothèque; ce qui a été établi pour ne pas troubler le commerce des meubles. Il y a même raison de le décider pour toutes les autres espèces de charges réelles.

Suivant ce principe, si je vous ai fait un bail pour tant de rente, d'un moulin assis sur bateaux, qui, suivant l'article 352 de notre coutume d'Orléans, est une chose mobilière, laquelle rente vous vous soyez obligé de me payer tant que vous serez possesseur du moulin; ce contrat est un contrat d'une espèce particulière, qui a bien quelque rapport avec le contrat de bail à rente, mais qui n'est pas le véritable contrat de bail à rente. Il me donne bien, pendant que le moulin appartiendra au preneur ou à ses héritiers, ou autres successeurs universels, les mêmes droits, actions et prérogatives pour me faire servir de ma rente, qu'à un seigneur de rente foncière. Mais si le moulin passe à un successeur à titre singulier, le droit de rente créée par ce bail n'étant point, comme le sont les rentes foncières, qui sont créées par bail d'héritage, une vraie charge réelle, je ne pourrai prétendre ma rente contre le successeur à titre singulier, s'il n'en a pas été chargé par son acquisition; ce sera le preneur qui, faute de l'en avoir chargé, sera tenu de la continuer.

8. De même que les immeubles des mineurs, des interdits, de l'Eglise et des communautés, ne peuvent être vendus que pour une juste cause, par le décret du juge, et en observant certaines formalités, ils ne peuvent pareillement être baillés à rente que pour une juste cause, en vertu du décret du juge, et en observant les mêmes formalités que dans le contrat de vente. Ce que nous avons dit à cet égard dans notre *Traité du Contrat de Vente*, n. 14, peut s'appliquer au bail à rente.

§. II. Si on peut bailler à rente l'héritage d'autrui, ou celui qui appartient au preneur.

9. Il est évident qu'un bailleur, en donnant à rente un héritage qui ne lui appartient pas, ne peut y retenir un

droit de rente; et l'on peut dire en ce sens, que le bail à rente de l'héritage d'autrui n'est pas valable : mais il est valable en un autre sens, savoir, que ce bail oblige le bailleur envers le preneur à la même garantie, en cas d'éviction, que celle à laquelle le contrat de vente de la chose d'autrui oblige le vendeur en cas d'éviction.

Le bail à rente de l'héritage d'autrui a encore cet effet, que tant que l'héritage n'est pas revendiqué par le véritable propriétaire, et que le preneur n'en est pas évincé, celui qui l'a baillé à rente est réputé en avoir été le propriétaire; et le preneur n'est pas recevable à lui contester qu'il le fût, et à lui refuser, sous ce prétexte, la prestation de la rente.

10. Il est évident que le bail à rente par lequel quelqu'un auroit pris à rente son propre héritage, ne peut pas plus être valable que le contrat de vente par lequel quelqu'un auroit acheté sa propre chose. C'est pourquoi si j'ai pris à rente un héritage que j'ignorois m'appartenir; ayant depuis recouvré mes titres, je puis, en justifiant que l'héritage m'appartient, et non au bailleur, faire déclarer nul le bail, et répéter tous les arrérages que j'ai payés, et tout ce qu'il m'en a coûté pour le contrat.

11. Si j'étois propriétaire d'un héritage qui vous fût re-versible au bout d'un certain temps, le bail que vous m'en feriez avant l'expiration de ce temps seroit valable, si de part et d'autre nous avions connoissance de nos droits respectifs. Ce ne seroit point *sua rei emptio*; mais par cet acte je serois censé, *fictione brevis manûs*, vous avoir fait la restitution anticipée de cet héritage qui vous étoit re-versible; et vous, devenu propriétaire de l'héritage par cette restitution anticipée, seriez censé me l'avoir incontinent rétrocédé, et baillé à la charge de la rente portée par le bail.

ARTICLE II.

De la rente.

Il est de l'essence du bail à rente, que par le bail le bailleur se retienne dans l'héritage un droit de rente annuelle et perpétuelle, si le bail est fait à perpétuité; ou pour

le temps que le bail doit durer, s'il n'est fait que pour un certain temps. Nous verrons sur cette rente, qui est une des choses qui constituent la substance du contrat de bail à rente, en quoi elle convient avec le prix, qui, dans le contrat de vente, est une des choses qui en constituent la substance, et en quoi elle en diffère. Nous verrons pareillement en quoi elle diffère des fermes et loyers; en quoi elle diffère des autres espèces de charges réelles; en quoi elle convient avec les rentes constituées à prix d'argent, et en quoi elle en diffère, et spécialement en quoi elle en diffère par rapport à la faculté de rachat.

§. I. En quoi la rente que le bailleur retient par le bail à rente, convient avec le prix, qui est de la substance du contrat de vente; et en quoi elle en diffère.

12. De même que, dans le contrat de vente, le prix doit être certain et déterminé; de même, dans le contrat de bail à rente, la rente que le bailleur se retient dans l'héritage, doit être quelque chose de certain et de déterminé. C'est pourquoi, s'il étoit dit par le bail qu'on a baillé à rente un tel héritage, sans dire de combien est la rente; ou s'il étoit dit que l'héritage est baillé à rente pour la même rente qu'il a été baillé autrefois, et qu'il ne se trouvât aucun bail à rente qui eût été fait autrefois de cet héritage, il est évident que dans l'un et dans l'autre de ces cas, le bail seroit nul, et ne produiroit ni l'aliénation de l'héritage, ni aucune obligation des parties.

13. Les différences sont, 1° en ce que dans le contrat de vente le prix ne peut consister que dans une certaine somme d'argent; autrement ce ne seroit pas un contrat de vente, mais une autre espèce de contrat, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Vente*, n. 50.

Au contraire, il n'importe que la rente consiste en une somme d'argent, ou en une certaine quantité de fruits ou de denrées: par exemple, on peut donner un héritage pour étant de muids de blé de rente, tant de poinçons de vin, tant de livres de beurre, tant de chapons, etc.

On peut aussi faire consister la rente en une quotité de

fruits; comme à la charge de donner au bailleur la sixième gerbe de blé qui sera recueillie dans l'héritage, tant de pintes de vin par poinçon de vin qui sera recueilli. Cette espèce de rente s'appelle *champart*; c'est une espèce particulière de rente dont nous ne traitons pas ici.

Une seconde différence est, que dans le contrat de vente le prix consiste dans une unique somme d'argent, qui est due en entier dès l'instant du contrat, quand même, par la convention des parties, le paiement en auroit été différé, et partagé en plusieurs termes. Au contraire, dans le bail à rente, la rente ne naît et n'est due que par parties, à mesure du temps qui s'écoule de la possession du preneur et de ses successeurs.

Enfin, la troisième différence, qui est la principale, est que dans le contrat de vente le prix est une dette de la personne, et non de l'héritage qui est vendu. Au contraire, dans le bail à rente, la rente que le bailleur se retient est une charge réelle qui est imposée sur l'héritage baillé à rente, et qui est due principalement par l'héritage, quoique le preneur et ses successeurs soient aussi, à cause de l'héritage qu'ils possèdent, débiteurs personnels des arrérages.

§. II. Différences de la rente foncière et des fermes et loyers.

14. La rente foncière est quelque chose de très différent des fermes ou loyers; et la différence résulte de celle qu'il y a entre un bail à rente et un bail à loyer ou à ferme. Celui-ci ne fait passer au locataire ou fermier aucun droit dans l'héritage qui lui est donné à loyer ou à ferme: la propriété en demeure en entier au bailleur: il ne produit que des obligations personnelles, que les parties contractent réciproquement l'une envers l'autre. Les fermes ou loyers ne sont donc qu'une pure dette personnelle du locataire ou fermier, qui s'est obligé envers le bailleur de les lui payer pour le prix des fruits de chaque année du bail, fruits que le bailleur s'est obligé de laisser recueillir au fermier ou locataire sur l'héritage. Au contraire, par le bail à rente, la propriété de l'héritage baillé à rente est transférée au pre-

neur, sous la charge de la rente que le bailleur se retient dans cet héritage; et cette rente est due principalement par l'héritage et par chaque partie de l'héritage sur lequel elle est imposée, quoique le preneur et ses successeurs en soient aussi personnellement débiteurs, tant qu'ils possèdent l'héritage.

15. De là naissent d'autres différences. Si l'héritage sujet à la rente foncière avoit été, depuis le bail, considérablement diminué par une force majeure; *putà*, si la rivière, dont il est voisin, en avoit emporté la moitié, ou même une plus grande partie; tant que le preneur ou ses successeurs demeureront en possession de ce qui reste de cet héritage, la rente continuera d'être due en entier: car elle est due en entier par l'héritage et par chaque partie de l'héritage; et le preneur ou ses successeurs étant propriétaires de l'héritage, c'est sur eux que doit tomber la perte qui survient dans l'héritage. Au contraire, lorsqu'un héritage donné à ferme ou à loyer, est diminué par une force majeure survenue depuis le bail, comme dans l'espèce précédente, ou même si l'héritage demeurant dans son intégrité, a été considérablement dégradé, comme si par une inondation les terres ont été ensablées, la ferme doit diminuer à proportion de ce que l'héritage donné à ferme est diminué, soit en quantité, soit en qualité; car l'héritage baillé à ferme n'appartient point au fermier. Le bailleur en est demeuré le propriétaire; il doit donc être à ses risques, et non à ceux du fermier, à qui l'héritage n'appartient pas. Les fermes de chaque année sont le prix des fruits et de la jouissance de chaque année de l'héritage baillé à ferme, considéré en l'état qu'il étoit au temps du bail, laquelle jouissance le bailleur s'étoit obligé de faire avoir au fermier: le preneur ne pouvant avoir toute cette jouissance qui lui a été promise, doit avoir une diminution sur sa ferme.

16. Une autre différence entre la rente foncière et les fermes ou loyers, résulte des mêmes principes. Lorsque par quelque force majeure le fermier n'a pu, pendant une année du bail, recueillir aucuns fruits sur l'héritage qui lui a été donné à ferme, on n'en a pu recueillir presque aucuns, il

est fondé à demander la remise de la ferme de cette année, ou une diminution sur cette ferme, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Louage, part. 3, ch. 1, art. 2, §. 3*. Il en est autrement dans le bail à rente. La rente foncière que le bailleur s'est retenue dans l'héritage n'est pas le prix des fruits; c'est une charge réelle de l'héritage : c'est pourquoi le preneur ou ses successeurs, quoiqu'ils n'aient pu pendant quelques années, par quelque force majeure, percevoir aucuns fruits de l'héritage baillé à rente, ne laissent pas de devoir en entier les arrérages de la rente pour ces années, et pour toutes les autres pendant lesquelles ils seront possesseurs de l'héritage, ou de quelque partie de l'héritage.

17. Mais si le preneur ou autre possesseur de l'héritage sujet à la rente foncière en a été, en temps de guerre, réellement dépossédé pendant quelques années, il ne devra pas les arrérages desdites années, n'étant obligé de payer la rente que tant qu'il sera possesseur; *Loyseau, Traité du Déguerpissement, liv. 4, ch. 17*.

§. III. Différence de la rente foncière et des autres espèces de charges réelles.

18. La rente foncière est une charge réelle de l'héritage baillé à rente, qui est très différente des autres charges réelles des héritages; *putà*, des servitudes, soit réelles, soit personnelles. Celui qui a un droit de servitude sur un héritage, tel qu'un droit de passage ou de pâturage, jouit par lui-même de son droit sur l'héritage qui en est chargé, sans que le possesseur de cet héritage soit obligé à rien qu'à le souffrir; l. 15, §. 1, ff. *de servitut.* Au lieu que celui qui a un droit de rente foncière sur un héritage, ne peut jouir de son droit que par le fait et par les mains du possesseur de l'héritage sujet à la rente, qui doit lui en payer les arrérages. C'est pour cela que le preneur s'oblige, par le contrat de bail à rente, à la prestation des arrérages de la rente pendant le temps qu'il possédera l'héritage, et que ceux qui succèdent à cet héritage, quoiqu'à titre singulier, avec la charge, ou même seulement avec la connoissance de la rente, contractent la même obligation : cette obliga-

tion les rend débiteurs personnels des arrérages de la rente, à mesure qu'ils naissent, pendant le temps de leur possession.

19. La rente foncière est aussi une charge réelle très différente de l'hypothèque dont on charge un héritage sur lequel on assigne une rente constituée à prix d'argent, ou par don ou legs. Cette hypothèque n'est qu'une obligation accessoire de l'héritage, pour assurer d'autant mieux l'obligation personnelle de celui qui a constitué la rente, ou qui en a été chargé par testament. Au contraire, la charge d'une rente foncière dont est chargé l'héritage baillé à rente est une obligation principale de l'héritage; c'est l'héritage qui en est le principal débiteur, plutôt que la personne du preneur, qui n'est tenu de la rente qu'autant qu'il possède l'héritage, et parceque cette charge de l'héritage est de telle nature, que l'héritage ne peut s'en acquitter que par le fait et le ministère de son possesseur, qui en doit payer les arrérages pour l'héritage.

§. IV. En quoi convient la rente foncière avec les rentes constituées à prix d'argent, et en quoi elle en diffère.

20. La rente foncière convient avec les rentes constituées à prix d'argent, en ce que, comme celles-ci, elle produit des arrérages annuels, qui se divisent en autant de parties qu'il y a de jours dans l'année, c'est-à-dire en trois cent soixante-cinq parties. Lorsque l'année est bissextile, le jour intercalaire n'est point compté.

Le possesseur de l'héritage sujet à la rente foncière, de même que le débiteur d'une rente constituée, devient chaque jour débiteur de la trois cent soixante-cinquième partie de la rente. Par exemple, si la rente est de 365 liv. par chacun an, il devient chaque jour débiteur de vingt sous : mais ces dettes ne peuvent être exigées ni offertes que lorsque l'année entière étant révolue, elles ont composé la somme entière qui est due par chacun an; à moins qu'il n'y eût clause par le contrat, que la rente seroit payable tous les six mois, ou tous les trois mois; auquel cas il suffiroit que par la révolution des six mois ou des trois mois, la moitié ou le quart de la rente fût dû.

C'est ce qu'on a coutume de dire, que les rentes se comptent de jour à jour, que les arrérages naissent et sont dus chaque jour. Ce principe est commun à toutes les rentes, aux foncières comme à celles constituées à prix d'argent, et à toutes les autres.

21. Mais d'ailleurs la rente foncière est très différente des rentes constituées à prix d'argent. La première et la principale différence est, que la rente foncière est, comme nous l'avons déjà dit, principalement due par l'héritage qui en est chargé; au lieu que les rentes constituées, quand même elles seroient spécialement assignées sur quelque héritage, sont, et pour le capital et pour les arrérages, une dette personnelle de ceux qui les ont constituées, et de leurs héritiers, dont ils ne peuvent se décharger en abandonnant et en cessant de posséder l'héritage sur lequel elles sont assignées.

De là naît encore cette différence, que la dette de la rente foncière ne passe pas aux héritiers du preneur en leur qualité d'héritiers, mais seulement à celui qui succède à l'héritage chargé de cette rente; sauf les arrérages qui ont couru jusqu'à la mort du défunt, lesquels étant une dette de la personne du défunt, sont, de même que toutes les autres dettes mobilières, dues par les héritiers du défunt. Au contraire, les rentes constituées à prix d'argent, quoiqu'assignées sur un héritage, étant des dettes de la personne qui les a constituées, sont, et pour le capital et pour les arrérages, dues par tous les héritiers du défunt, à raison de la part pour laquelle chacun d'eux est héritier, et non pas seulement par celui qui succède à l'héritage sur lequel elles sont assignées.

22. Une autre différence est, que le contrat de constitution à prix d'argent, quoique permis, et différent du prêt à intérêt qui est rejeté dans les Etats catholiques, ayant néanmoins quelque analogie avec le contrat de prêt, comme nous l'avons observé en notre *Traité du Contrat de Constitution*, n. 5, l'ordonnance de Louis XI a regardé comme défavorables les arrérages des rentes constituées à prix d'argent, et les a assujettis à la prescription de cinq ans; voyez

Au contraire, les arrérages des rentes foncières n'ayant rien de défavorable, ne sont pas sujets à cette prescription.

Une troisième différence, c'est que les arrérages des rentes constituées étant réputés *ad instar usurarum*, le débiteur, quoique mis en demeure de les payer par une interpellation judiciaire, ne doit point d'intérêt de ces arrérages, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Constitution*. Au contraire, les arrérages de rente foncière sont, de même que les fermes et les loyers, une dette principale, dont les intérêts sont dus du jour de la demeure.

§. V. Différence des rentes foncières et des rentes constituées à prix d'argent, à l'égard de la faculté de rachat.

23. C'est encore une des principales différences entre les rentes foncières et les rentes constituées à prix d'argent, que celles-ci sont, par la nature du contrat de constitution, rachetables à perpétuité, toutes les fois que le débiteur voudra s'en libérer, en rendant le prix pour lequel elles ont été constituées.

La raison est que le contrat de constitution de rente à prix d'argent, de la légitimité duquel on avoit d'abord eu quelque doute, n'a été permis dans le commerce qu'à cette condition, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Constitution*.

Au contraire, la rente créée par un bail d'héritage n'est point par sa nature rachetable : le bailleur s'étant réservé le droit de cette rente dans son héritage, lors de l'aliénation qu'il en a faite, et n'ayant consenti de l'aliéner qu'à cette charge, il ne peut pas être obligé malgré lui à souffrir le rachat de cette rente, suivant le principe général, que personne ne peut être obligé à vendre son bien : *Nemo res suas vendere cogitur*.

24. On a néanmoins, pour cause d'utilité publique, donné atteinte à ce principe, à l'égard des rentes foncières dont les maisons de ville sont chargées.

La première loi qui y a donné atteinte, est l'ordonnance

de Charles VII, de 1441, pour les rentes dues sur les maisons de la ville et des faubourgs de Paris. Elle ordonne, article 18, que toutes rentes constituées par acensement, après le premier acensement, ou après autres rentes, seront rachetables au prix dessus dit, c'est-à-dire, au denier douze.

Le motif de cette loi fut, suivant qu'il paroît par le préambule, qu'un grand nombre de propriétaires de maisons qui étoient chargées de plusieurs rentes qui en absorboient le revenu, les laissoient tomber en ruine.

Henri II a étendu ce privilège, et l'a accordé à toutes les villes du royaume. Après avoir, par son édit du mois de mai 1553, art. 1, permis pendant le temps de trois ans le rachat, sur le pied du denier vingt, de toutes rentes foncières et de toutes rentes seigneuriales créées sur les maisons de toutes les villes du royaume et faubourgs d'icelles; par une déclaration du dernier février suivant, il permet à perpétuité le rachat desdites rentes pour le prix porté dans son édit.

25. Il paroît que ces lois n'ont pas été entièrement observées; car la coutume réformée de Paris, art. 12, permet bien le rachat des rentes créées par le bail des maisons de la ville et des faubourgs de Paris; mais elle ne le permet pas de toutes indistinctement; car elle ajoute, *si elles ne sont les premières après le cens et fonds de terre.*

Notre coutume d'Orléans, en l'article 270, a la même disposition.

Ces dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans ayant été formées sur la jurisprudence qui avoit lieu lors de la réformation de ces coutumes, laquelle avoit apporté cette modification et exception à l'édit de Henri II, en faveur des rentes créées les premières après le cens, il y a lieu de penser que dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur le rachat des rentes foncières dont les maisons de ville sont chargées, il n'y a que celles qui ne sont pas les premières après le cens, qui soient rachetables.

26. La coutume de Paris n'ayant parlé que des rentes foncières sur les maisons de la ville et des faubourgs de

Paris, et celle d'Orléans n'ayant parlé que de celles sur les maisons de la ville et des faubourgs d'Orléans, on a douté si les propriétaires des maisons des autres villes régies par les coutumes de Paris et d'Orléans avoient aussi le droit de racheter les rentes foncières dont étoient chargées leurs maisons. On a jugé qu'ils avoient ce droit, le roi Henri II l'ayant accordé pour toutes les villes du royaume, comme nous l'avons vu ci-dessus. Brodeau sur Louet, *l. R, chap. 12*, en rapporte un arrêt du 23 juillet 1739, pour une maison de Poissy; et un du 6 mai 1648, pour une maison de Pithiviers.

27. Pour qu'une rente soit réputée la première après le cens, et en conséquence comprise dans l'exception, et non sujette au rachat, il faut que lorsqu'elle a été créée, l'héritage ne fût chargé d'aucune autre redevance que du cens. Mais s'il étoit déjà chargé d'une autre rente dont le créancier a reçu depuis volontairement le rachat, cette rente, qui étoit la seconde, et par conséquent sujette au rachat, doit continuer de l'être, quoiqu'elle soit devenue la première par le rachat de celle qui la précédoit. Le débiteur de la seconde rente ayant eu, lors de sa création, le droit de la racheter, ne doit pas être dépouillé de ce droit par le rachat de la première, qui est un fait étranger au créancier de la seconde rente. Nous l'avons ainsi jugé au bailliage d'Orléans, en 1724, contre l'abbé de la Cour-Dieu.

28. Ce droit qu'ont les propriétaires des maisons de ville de racheter les rentes foncières dont elles sont chargées, lorsqu'elles ne sont pas les premières après le cens, étant fondé sur une raison d'intérêt public, est imprescriptible.

Par la même raison, il n'y peut être dérogé par la convention des particuliers, suivant cette règle de droit : *Privatorum pactio juri publico non derogat*. C'est pourquoi, quand même il seroit expressément porté par le bail qu'une telle rente ne pourra se racheter, elle ne laisseroit pas d'être rachetable.

29. Après avoir établi que les rentes foncières sur les maisons de ville sont rachetables, si elles ne sont les premières après le cens, il reste à savoir sur quel pied elles

sont rachetables. Henri II avoit ordonné que ce seroit sur le pied du denier vingt, comme nous l'avons vu ci-dessus. Les coutumes de Paris et d'Orléans ayant déclaré que le rachat des rentes créées par legs sur les maisons de Paris et d'Orléans seroient rachetables sur le pied du denier vingt, sont censées pareillement avoir réglé sur ce pied le rachat des rentes créées par le bail.

Aujourd'hui que le prix des rentes, comme de tous les autres biens, est considérablement augmenté, suffit-il encore de faire le rachat sur ce pied? Ne doit-il pas être fait sur un pied plus fort? La raison de douter est, que lorsque quelqu'un, pour cause d'utilité publique, est contraint de vendre une chose qui lui appartient, il doit en recevoir le juste prix, *tenetur vendere æquo pretio*. Il ne doit pas suffire de lui payer le plus bas prix que vaut la chose; on doit lui payer un prix avantageux. Henri II et les coutumes réformées ont suivi ce principe d'équité, en réglant le rachat des rentes foncières au prix du denier vingt, qui étoit alors plus fort de deux cinquièmes que le plus bas prix des rentes qu'on constituoit au denier douze. Mais aujourd'hui que le plus bas prix des rentes constituées à prix d'argent est le prix du denier vingt, il est évident que le prix du denier vingt n'est plus aujourd'hui le juste prix d'une rente foncière, qui est plus précieuse qu'une rente constituée, et qui étant à prendre sur une bonne maison de ville, se vendroit pour le moins sur le pied du denier trente, si elle n'étoit pas rachetable. Nonobstant ces raisons, la jurisprudence a continué jusqu'à présent à permettre le rachat de ces rentes sur le pied du denier vingt: le bailleur, en les créant, a dû compter là-dessus.

Pourroit-on valablement convenir par le bail, qu'elle seroit rachetable d'une plus grosse somme portée sur le pied du denier vingt-cinq ou trente? Pour la négative, on dira que la faculté de racheter ces rentes étant accordée par la loi pour une raison d'intérêt public; de même que pour cette raison on n'y peut déroger directement, on ne doit pas, par la même raison, y pouvoir donner indirectement atteinte par une clause qui rend le rachat plus difficile et

plus onéreux. Néanmoins, j'inclinerois à penser que la clause est valable, pourvu que la somme ne fût pas une somme exorbitante, qui surpassât la valeur de la rente, l'esprit de la loi n'ayant été que d'empêcher que ces rentes ne pussent absolument être rachetées.

30. Par une déclaration du roi Charles IX, du dernier août 1566, vérifiée en la cour le 17 septembre suivant; et par l'édit de 1606, art. 20, les rentes foncières dues à l'église, quoique sur des maisons de ville, ne sont pas sujettes au rachat. Mais il a été jugé que ce privilège accordé aux ecclésiastiques ne devoit pas s'étendre aux rentes foncières sur les maisons des villes dont les coutumes accordent expressément le rachat, telles que celles de Paris et d'Orléans. La raison est que les gens d'église ayant comparu à la réformation de ces coutumes, et ne s'étant pas opposés à la disposition qui permet ce rachat, c'est un droit par eux consenti. Il a été même jugé par arrêts de 1605 et de 1622, rapportés par Brodeau sur Louet, que cette faculté de rachat avoit lieu pour les rentes foncières dues aux ecclésiastiques, et créées avant les réformations de ces coutumes, aussi bien que pour celles créées depuis, quoique le procès-verbal de la coutume de Paris porte que l'article a été accordé *sans préjudice du passé, et pour avoir lieu à l'avenir.*

ARTICLE III.

Du consentement.

31. Il est de l'essence du contrat de bail à rente, de même que de tous les autres contrats, que le consentement des parties intervienne sur les choses qui en font l'objet. c'est-à-dire, sur l'héritage qui est baillé à rente, et sur la rente que le bailleur veut s'y retenir, et à la prestation de laquelle le preneur consent de s'obliger.

Il doit aussi intervenir sur le contrat même que les parties entendent faire; c'est-à-dire qu'il faut que le bailleur et le preneur entendent l'un et l'autre faire un contrat de bail à rente. Si le bailleur n'entendoit faire qu'un bail à loyer ou à ferme, et que le preneur entendit prendre l'hé-

ritage à titre de bail à rente, *aut vice versâ*, le contrat seroit nul, faute de consentement.

Ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat de Vente, part. 1, sect. 2, art. 3*, sur le consentement qui y doit intervenir, peut recevoir ici application. Nous y renvoyons.

CHAPITRE III.

Des obligations qui naissent du contrat de bail à rente.

ARTICLE PREMIER.

Des obligations du bailleur.

32. Le bailleur s'oblige par le bail à rente envers le preneur, *prestare ei fundum habere licere*, de même que le vendeur d'un héritage s'y oblige par le contrat de vente envers l'acheteur.

Cette obligation renferme celles de la garantie des évictions, et de la garantie des charges réelles non déclarées par le bail.

Ces obligations de garantie sont entièrement semblables à celles dont un vendeur est tenu envers l'acheteur. Elles produisent les mêmes actions et les mêmes exceptions; et ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat de Vente, part. 2, chap. 1, sect. 2 et 3*, peut s'appliquer au bail à rente.

33. La bonne foi oblige aussi le bailleur dans le bail à rente, aux mêmes choses auxquelles elle oblige le vendeur dans le contrat de vente. Il doit, de même qu'un vendeur, non seulement n'user d'aucun mensonge, mais même n'user d'aucune réticence des choses qu'il sait, par rapport à l'héritage baillé à rente que le preneur avoit intérêt de savoir, et qui eussent pu détourner ce preneur, ou de prendre l'héritage, ou de le prendre pour une rente aussi forte.

Parcillemeut, de même que la bonne foi ne permet pas au vendeur de vendre au-delà du juste prix, elle ne permet

pas non plus au bailleur d'imposer par le bail la charge d'une rente trop forte, qui excède le juste prix de l'héritage.

Presque tout ce que nous avons dit dans notre *Traité du Contrat de Vente*, part. 2, chap. 2, sur les obligations du vendeur qui naissent de la bonne foi, peut s'appliquer au contrat de bail à rente.

34. Il y a aussi des obligations du bailleur qui naissent des différentes clauses qui s'insèrent quelquefois dans les contrats de bail à rente, dont nous parlerons au chapitre suivant.

ARTICLE II.

Des obligations du preneur.

35. Les obligations du preneur qui naissent de la nature du bail à rente, sont celles de payer les arrérages de la rente qui courent pendant le temps qu'il possédera l'héritage; de conserver et entretenir en bon état l'héritage pour la sûreté de la rente; et lorsque le bail n'est pas à perpétuité, de le rendre en bon état à la fin du bail à rente.

Il y a encore d'autres obligations du preneur, qui naissent de la bonne foi et des clauses particulières du bail.

§. I. De l'obligation de payer la rente.

36. La principale obligation que le preneur contracte par le bail à rente, est celle de payer la rente au bailleur, ou à ceux qui seront à ses droits, pendant tout le temps que le preneur possédera l'héritage.

Cette rente commence à courir du jour que le preneur est, par le bail, entré en possession et jouissance de l'héritage.

Le preneur doit aussi les intérêts des sommes dues pour les arrérages de la rente, du jour qu'il a été mis en demeure de les payer, comme nous l'avons déjà observé *suprà*, n. 22.

Le preneur, s'il n'y a par le bail clause au contraire, peut retenir au bailleur, sur les arrérages de la rente, les vingtièmes et autres semblables impositions : car ces im-

positions étant une charge de tous les revenus des sujets du roi, le bailleur, créancier de la rente, doit au roi les vingtièmes de cette rente, qui fait partie de ses revenus; et le preneur, en payant les sommes auxquelles il a été imposé pour le revenu de ses héritages, et à qui on n'a pas diminué les rentes qu'il doit, se trouve avoir payé pour le bailleur les vingtièmes de la rente qu'il lui doit.

Il n'a droit de retenir au bailleur la somme à laquelle montent les vingtièmes qu'il lui doit, que jusqu'à concurrence de la somme qu'il justifiera avoir lui-même payée au roi pour les vingtièmes de ses biens. Mais il n'est pas nécessaire qu'il ait payé cette somme précisément pour l'héritage qui en est chargé; car tant qu'il possède cet héritage, il est débiteur, sur tous ses biens, de la rente.

37. Le preneur ou ses successeurs, lorsqu'ils sont troublés en la possession de l'héritage sujet à la rente, par quelque action en revendication ou autre, peuvent, durant le procès, demander caution au créancier de la rente pour le paiement des arrérages de la rente; de même qu'en pareil cas, un acheteur peut demander caution au vendeur pour le paiement du prix; Voyez ce que nous en avons dit en notre *Traité du Contrat de Vente*, n. 281 et suiv.

38. Cette obligation de payer la rente, que le preneur contracte par le bail, ne dure ordinairement, s'il n'y a clause au contraire, que tant qu'il possède l'héritage. Il peut, de même que ses successeurs, s'en décharger pour l'avenir, de deux manières; ou en aliénant l'héritage, ou en le déguerpissant; mais il faut pour cela, en l'un et en l'autre cas, qu'il satisfasse, pour le passé, à tout ce à quoi il est obligé personnellement, soit par rapport au paiement des arrérages, soit par rapport à l'obligation de mettre l'héritage en bon état, ou même d'y faire les améliorations qu'il s'est obligé d'y faire. Jusqu'à ce qu'il ait satisfait, il peut, selon la doctrine de Loyseau, *liv. 4, ch. 12, n. 9*, dans le cas de l'aliénation, comme dans celui du déguerpissement, être poursuivi pour la continuation de la rente; et le créancier peut, jusqu'à ce qu'il ait satisfait, refuser le titre nouvel qui lui seroit offert par le successeur.

Mais si le créancier a accepté le titre nouvel du successeur, le preneur (s'il n'y a clause au contraire par le bail) est entièrement déchargé de la rente pour l'avenir, sauf l'action du créancier contre lui, pour ce qu'il n'a pas acquitté de ses obligations pour le passé.

39. De cette obligation que le preneur contracte de payer la rente, naît une action qu'a le bailleur contre le preneur, non seulement pour en exiger le paiement, mais même pour rentrer dans l'héritage, à défaut de paiement.

Il y a néanmoins de la différence entre les deux objets de cette action : il suffit qu'il y ait un terme de paiement de la rente échu, pour que le bailleur puisse, dès le lendemain de l'échéance, en exiger le paiement, sans que le preneur puisse obtenir pour cela aucun délai. Notre coutume d'Orléans, *art. 424*, en a une disposition : elle dit que le bénéfice de répit n'a pas lieu pour la dette d'arrérages de rentes foncières.

40. A l'égard de l'autre objet de l'action, qui est de rentrer dans l'héritage à défaut de paiement de la rente, le bailleur n'y est reçu que lorsqu'il lui est dû plusieurs termes : même en ce cas, le juge, avant de statuer définitivement, a coutume d'ordonner que le preneur sera tenu de payer dans un certain temps fixé par la sentence, faute de quoi il sera permis au bailleur de rentrer. Il y a plus ; même après que le bailleur a obtenu sentence qui lui permet de rentrer, et qui condamne le preneur, faute de paiement, à quitter l'héritage, le preneur peut encore sur l'appel, en payant tous les arrérages qu'il doit, et en offrant de payer tous les dépens, se faire renvoyer de la demande du bailleur, et demeurer dans l'héritage. Je pense même que quoiqu'il ait été condamné par arrêt à quitter l'héritage, *faute de paiement*, n'étant pas en ce cas condamné purement et simplement, mais *faute de paiement*, avant que l'arrêt soit exécuté, et que le bailleur soit rentré dans l'héritage, il peut encore, en payant tout ce qu'il doit, ou en consignat sur le refus du bailleur, se conserver en la possession de l'héritage. Mais après que l'arrêt

a été exécuté, et que le bailleur est rentré en possession de l'héritage, il ne seroit plus à temps d'offrir le paiement des arrérages.

41. Le jugement qui permet au bailleur de rentrer dans l'héritage, ordonne qu'il sera préalablement visité et estimé. S'il s'y trouvoit des améliorations, le bailleur qui rentre dans l'héritage seroit, suivant la règle d'équité qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, tenu de faire raison au preneur du prix auquel auroient été estimées les améliorations; et la compensation doit s'en faire jusqu'à due concurrence avec les arrérages de la rente courus et dus par le preneur, jusqu'au jour qu'il a quitté la possession de l'héritage : le surplus desdits arrérages peut être exigé par le bailleur, quoiqu'il soit rentré dans l'héritage.

§. II. De l'obligation d'entretenir l'héritage en bon état.

42. Le preneur contracte encore, par le bail à rente, l'obligation d'entretenir en bon état l'héritage baillé à rente. Cette obligation a coutume d'être exprimée par les baux. Mais quand même elle n'y seroit pas exprimée, elle y seroit sous-entendue, parce qu'elle est de la nature du bail à rente.

Il n'y a que celui qui a la propriété parfaite d'une chose, qui ait le droit d'en mesurer : or le preneur ne l'a pas, puisqu'il n'est propriétaire de l'héritage qu'à la charge de la rente que le bailleur s'y est retenue : il doit donc, pour la sûreté de cette rente, entretenir l'héritage en bon état, afin qu'il puisse produire de quoi la payer.

Cette obligation consiste à faire aux bâtiments toutes les réparations nécessaires; à ne point laisser en friche et sans culture les terres qui, au temps du bail, étoient cultivées; à provigner les vignes; à les renouveler lorsqu'elles deviennent trop vieilles; à planter des arbres à la place de ceux qui meurent, etc.

De cette obligation nait une action qu'a le bailleur contre le preneur, faute par lui de remplir cette obligation, pour faire ordonner la résolution du bail, et faire condamner le preneur à rendre l'héritage au bailleur, et aux dommages.

et intérêts résultants de ce que l'héritage vaut moins que la rente par les dégradations qu'il y a faites.

43. Il nous reste à observer deux différences entre le preneur et un usufruitier, par rapport à l'obligation d'entretenir l'héritage en bon état.

La première, est qu'un usufruitier n'est tenu que des réparations qu'on appelle *viagères*. Il n'est pas tenu de celles qu'on appelle *grosses réparations*, telle qu'est la réfection d'un gros mur qui, par vétusté, et non par défaut d'entretien, a besoin d'être reconstruit; Voyez *Paris, art. 262; et Orléans, art. 222.*

Au contraire, le preneur étant propriétaire, est tenu de faire les grosses réparations aussi bien que les viagères. Par exemple, si l'un des gros murs d'une maison baillée à rente devenoit caduc par vétusté, le preneur et ses successeurs seroient obligés de le reconstruire.

Néanmoins si la maison baillée à rente étoit dans sa totalité devenue caduque par vétusté, et non par défaut d'entretien, *Loyseau, liv. 5, chap. 8, n. 9*, enseigne que le preneur et ses successeurs ne sont pas en ce cas obligés à la reconstruire; car par le bail, le preneur s'oblige à *entretenir, à maintenir en bon état*; et ces termes ne renferment pas une réédification entière. Le bailleur ne peut donc pas exiger cela du preneur, si ce n'est dans le cas auquel il voudroit déguerpir, comme nous le verrons *infra*.

44. Une seconde différence est, qu'un usufruitier ne peut changer la forme de l'héritage dont il jouit par usufruit; au lieu que le preneur étant propriétaire, peut changer la forme de l'héritage baillé à rente, pourvu qu'il la convertisse en une forme aussi utile, et qui assure la rente que le bailleur s'est réservée, autant que s'il étoit resté dans la forme dans laquelle il étoit lors du bail.

Il y a plus: le bailleur n'ayant d'intérêt que pour la sûreté de sa rente, et l'exécution des obligations que le preneur contracte d'entretenir l'héritage, le preneur ne pourroit pas être empêché de supprimer une partie des bâtimens baillés à rente, sans rien suppléer à la place, en offrant au

baillieur de s'obliger à lui fournir à toujours sa rente sous de bonnes hypothèques; *Loyseau, v, ch. 5, n. 14.*

§. III. De l'obligation de rendre à la fin du bail l'héritage en bon état, lorsque le bail n'est pas fait à perpétuité.

45. Lorsque le bail à rente n'est pas fait à perpétuité, mais pour un long temps, le preneur ou ses successeurs sont obligés de rendre, lors de l'expiration du temps du bail, l'héritage en bon état. Cette obligation à l'égard des bâtimens, consiste à les rendre en bon état de toutes réparations. S'ils ne s'y trouvent pas, le preneur doit être condamné à les faire faire dans un certain temps, qui lui sera fixé par le juge; sinon, permis au bailleur de les faire faire aux dépens du preneur. Il doit aussi être condamné aux dommages et intérêts du bailleur, si, faute d'avoir fait les réparations au temps de l'expiration du bail, le bailleur avoit été privé de la jouissance de la maison ou d'une partie considérable de la maison.

Pareillement, si les terres, lorsque l'héritage doit être rendu, se trouvent dégradées, le preneur et ses successeurs doivent être condamnés aux dommages et intérêts.

§. IV. Des obligations du preneur qui naissent de la bonne foi, ou des clauses du bail.

46. De même que, dans le contrat de vente, la bonne foi oblige l'acheteur à n'user d'aucun mensonge ni d'aucune réticence affectée pour engager le vendeur à vendre, ou à vendre moins cher; de même, dans le contrat de bail à rente, la bonne foi oblige le preneur à n'user d'aucun mensonge ni d'aucune réticence pour porter le bailleur à bailleur son héritage à rente, ou à en faire meilleur marché. Ce que nous avons dit à cet égard, en notre *Traité du Contrat de Vente, part. 5, sect. 2, art. 1*, peut s'appliquer au contrat de bail à rente.

Le bail à rente étant un contrat commutatif, où chacune des parties entend recevoir autant qu'elle donne, la bonne foi oblige le preneur de se charger par le bail d'une rente qui ne soit pas au-dessous de la juste valeur de la propriété de l'héritage qui lui est transférée par le bail.

Il y auroit lieu à la restitution, de même que dans le contrat de vente, si la lésion étoit énorme; c'est-à-dire, si la rente que le preneur s'est obligé de payer, et ce qu'il donne pour deniers d'entrée, étoient au-dessous de la moitié du juste prix.

47. Enfin il y a des engagements du preneur qui naissent des clauses particulières qui sont apposées au bail à rente: nous en traiterons en parlant de ces différentes clauses.

CHAPITRE IV.

Des différentes clauses qui sont apposées quelquefois dans les contrats de bail à rente, et des obligations qui en naissent.

48. Le bail à rente est susceptible de la plupart des clauses qui se trouvent dans les contrats de vente, telles que celles qui concernent la contenance ou les qualités de l'héritage qui fait l'objet du contrat, ou de quelque partie de cet héritage: elles produisent les mêmes obligations et les mêmes actions que dans le contrat de vente. Par exemple, si la contenance de l'héritage baillé à rente ne se trouve pas telle qu'elle a été déclarée par le bail, si l'héritage baillé à rente n'a pas quelqu'une des qualités énoncées par le bail, le preneur a action pour demander une diminution de la rente, au dire d'experts, ou même quelquefois la résolution du bail. Tout ce que nous avons dit à cet égard pour le contrat de vente, en notre *Traité du Contrat de Vente, part. 2, chap. 5, art. 1 et 2*, peut s'appliquer au contrat de bail à rente: nous y renvoyons.

Outre ces clauses, il y en a qui sont particulières au contrat de bail à rente: nous allons rapporter les plus ordinaires. Nous commencerons par celles qui sont en faveur du bailleur; nous verrons ensuite celles qui se mettent en faveur du preneur.

SECTION PREMIÈRE.

Des clauses qui sont en faveur du bailleur.

§. 1. De la clause par laquelle on stipule des deniers d'entrée.

49. Souvent, par les baux à rente, le preneur s'oblige à donner au bailleur une somme d'argent, ou d'autres choses.

Lorsque c'est une somme d'argent ou d'autres choses mobilières que le preneur s'est obligé de donner, le contrat de bail à rente est en ce cas mêlé de vente : il donne ouverture aux profits de vente pour ces deniers d'entrée; *Introduction au Titre des Fiefs de la Coutume d'Orléans, n. 151.*

Cette clause a aussi l'effet de rendre le contrat de bail à rente sujet au retrait, comme étant en ce cas mêlé de vente. Plusieurs coutumes en ont des dispositions; c'est la disposition de l'*art. 589* de notre coutume d'Orléans. Nous avons observé dans une note sur cet article, qu'il falloit pour cela que les deniers d'entrée excédassent la moitié de la valeur de l'héritage.

Enfin, la somme due pour deniers d'entrée par un contrat de bail à rente, produit des intérêts *ex naturâ contractûs*, sans que le preneur ait été mis en demeure de payer; de même que le prix d'un héritage dû par un contrat de vente.

§. II. De la clause de fournir et faire valoir la rente.

50. La clause de fournir et faire valoir est aujourd'hui très commune dans les baux à rente. Par cette clause, le preneur s'oblige envers le bailleur à lui payer à perpétuité la rente créée par le bail, dans le cas auquel il ne pourroit en être payé sur l'héritage baillé à rente.

L'obligation qui résulte de cette clause est une obligation personnelle que le preneur contracte, laquelle est subsidiaire à l'obligation de l'héritage.

51. L'effet de cette clause est, 1^o que le preneur, qui, sans cette clause, pourroit se libérer de la rente foncière pour l'avenir, en aliénant l'héritage qui en est chargé, ou en le déguerpissant, n'est pas reçu à le déguerpir, et ne cesse pas, lorsqu'il l'a aliéné, d'être débiteur de la rente.

Mais il n'en est débiteur que subsidiairement. C'est pourquoi si le propriétaire de la rente demandoit au preneur le paiement des arrérages de la rente courus depuis qu'il l'a aliéné, le preneur pourroit lui opposer qu'il doit auparavant discuter les possesseurs de l'héritage qui en sont les principaux débiteurs; *Loyseau, liv. 4, ch. 13, n. 3.*

Tout ce que nous avons dit sur cette discussion en notre *Traité du Contrat de Vente*, n. 567 et suiv., reçoit ici son application.

52. 2° L'héritier du preneur, soit qu'il soit médiat ou immédiat, peut être obligé à passer reconnaissance, quoiqu'il ne soit pas possesseur de l'héritage chargé de la rente. Mais il ne doit pas, par l'acte de reconnaissance, s'obliger directement au paiement de la rente : il doit seulement reconnoître qu'en sa qualité d'héritier du preneur, il est tenu de l'obligation contractée par le preneur, de fournir et faire valoir la rente, et en conséquence s'obliger à la payer pour la part de laquelle il est héritier, et hypothécairement pour le total (s'il est bien-tenant), dans le cas auquel le créancier ne pourroit s'en faire payer sur l'héritage qui en est chargé.

53. 3° Le preneur, qui s'est obligé de fournir et faire valoir la rente, et ses héritiers, demeurent obligés à perpétuité à la prestation de la rente, *ores que*, dit Loyseau, *ibid.* n. 2, *l'héritage fût entièrement perdu*; c'est-à-dire, quand même l'héritage chargé de la rente ne subsisteroit plus, par une force majeure; *putà*, s'il étoit voisin d'une rivière qui l'eût emporté en entier.

§. III. Des clauses de payer la rente à toujours et à perpétuité.

54. Ces clauses sont équivalentes à celles de fournir et faire valoir la rente. Par ces clauses, le preneur contracte pareillement, comme par la précédente, une obligation personnelle de payer à perpétuité la rente, dont il ne peut se libérer par le déguerpissement. C'est l'avis de Loyseau, *liv. 4, ch. 11, n. 1.*

Cet auteur se fait cette objection : Ne pourroit-on pas dire que ces clauses doivent s'entendre *pro subjectâ materiâ*, et selon la nature du contrat de bail à rente, en ce sens, que le preneur s'oblige à payer à toujours et à perpétuité la rente, tant qu'il possédera l'héritage? Non, répond Loyseau; car le sens naturel et littéral de ces termes, à toujours, à perpétuité, n'admet pas cette restriction, tant qu'il sera possesseur; et on ne doit s'écarter du sens littéral des termes

que lorsque ce sens présenteroit quelque chose d'absurde, ou qui seroit manifestement contraire à l'intention qu'ont eue les contractants; ce qu'on ne peut dire du sens littéral de ces clauses, n'étant point une chose insolite dans les baux à rente, que le preneur s'oblige personnellement à la prestation de la rente, et renonce à la faculté du déguerpissement.

L'obligation personnelle contractée par ces clauses, n'est que subsidiaire à l'obligation réelle, qui est toujours la principale dans les baux à rente.

§. IV. De la clause d'améliorer l'héritage, de manière qu'il vaille toujours la rente, et plus.

55. Cette clause renferme une obligation personnelle subsidiaire de payer à toujours la rente.

Un effet de cette clause est que le preneur, après avoir aliéné l'héritage, demeure subsidiairement tenu de la rente, dans le cas auquel le créancier de la rente ne pourroit s'en faire payer sur l'héritage.

Un autre effet est, qu'il n'est pas reçu à le déguerpir. Senlis, *art.* 286; Sens, *art.* 257, en ont des dispositions, qui doivent être suivies dans les autres coutumes. Cela a été jugé par arrêt du 27 juillet 1599, cité par Loyseau, *liv.* 4, *chap.* 12, *n.* 11. Il en donne cette raison, que le preneur étant par cette clause obligé à toujours de suppléer ce que l'héritage produiroit de moins que la rente, le déguerpissement ne peut pas l'en libérer.

56. L'obligation qui résulte de cette clause s'éteint par la destruction totale de l'héritage; car le preneur ne peut pas être obligé à améliorer ce qui n'existe plus: en cela cette obligation diffère de celles qui résultent des clauses précédentes.

§. V. De la clause par laquelle le preneur s'oblige de faire certaines améliorations à l'héritage.

57. Dans les contrats de bail à rente, le bailleur, pour assurer davantage la rente dont il charge l'héritage qu'il baille à rente, stipule souvent que le preneur sera obligé de faire certaines améliorations; *putà*, de construire sur

l'héritage baillé à rente des bâtiments de valeur d'une certaine somme, de planter une certaine quantité de terres en vignes, etc.

Par cette clause, le preneur contracte envers le bailleur l'obligation de faire l'amélioration qu'il s'est obligé de faire.

58. De cette obligation naît une action personnelle qu'a le bailleur contre le preneur, pour l'obliger à faire cette amélioration; et au cas qu'il soit refusant ou en demeure de la faire, le bailleur est fondé à conclure à la résolution du bail, c'est-à-dire, à ce que, faute par le preneur de satisfaire aux clauses du bail, il lui soit permis de l'expulser et de rentrer dans l'héritage, et à ce qu'il soit condamné aux dommages et intérêts résultants de l'inexécution du bail.

59. Lorsque le temps dans lequel l'amélioration doit être faite a été fixé par la clause du bail, il est évident que le preneur doit jouir de tout ce temps, et qu'il ne peut être poursuivi qu'après qu'il est expiré. Si la clause n'a pas fixé le temps, le bailleur peut poursuivre aussitôt le preneur pour l'exécution de son obligation, pourvu que ce soit *tempore congruo*. Par exemple, lorsque le preneur s'est obligé à construire un bâtiment sur l'héritage qui lui a été baillé à rente, le bailleur ne peut le poursuivre pour l'exécution de son obligation, que dans un temps auquel on peut bâtir. L'assignation qu'il lui donneroit en hiver pour qu'il fit construire ce bâtiment, seroit une demande prématurée.

Lorsque le preneur est assigné pour faire l'amélioration qu'il s'est obligé de faire, et que le bail n'a pas réglé le temps dans lequel il la doit faire, le juge en doit fixer un; et ce n'est qu'après l'expiration de ce temps, qui aura été fixé par le juge, que le bailleur peut prendre contre le preneur qui n'a pas satisfait, les conclusions ci-dessus rapportées.

Quoique le temps dans lequel le preneur devoit faire l'amélioration, ait été fixé par le bail, et que le bailleur n'ait poursuivi l'exécution de la clause qu'après l'expiration de ce temps, le juge doit encore, avant que de prononcer la résolution du bail, lui impartir un temps pour la faire.

Même après que, faute par le preneur d'avoir fait l'amélioration dans le temps que le juge lui a imparti pour la faire, il a été rendu une sentence qui a permis au bailleur de rentrer dans l'héritage, faute par le preneur d'avoir satisfait à son obligation, le preneur peut encore sur l'appel, en faisant l'amélioration qu'il s'est obligé de faire, faire infirmer la sentence, sauf qu'il doit être condamné en tous les dépens.

60. Mais le preneur ne pourroit pas se dispenser de faire l'amélioration qu'il s'est obligé de faire, en offrant au bailleur de lui donner d'autres sûretés pour sa rente; *putà*, de lui donner des cautions qui s'obligent de fournir et faire valoir la rente sous l'hypothèque de biens considérables. Cela résulte de cette règle, que *Aliud pro alio solvi invito creditori non potest*.

61. L'action qui naît de l'obligation résultante de cette clause peut être donnée non seulement contre le preneur qui l'a contractée, et contre ses héritiers, mais même contre les tiers détenteurs de l'héritage baillé à rente : car n'ayant été aliéné qu'à la charge des clauses portées par le bail, cet héritage est affecté à l'exécution de l'obligation qui résulte de cette clause; et le tiers détenteur, quoiqu'il ne soit pas personnellement obligé à l'exécution de cette clause, ne peut retenir l'héritage qu'à la charge de l'exécuter.

62. L'obligation qui résulte de cette clause produit aussi une exception contre le preneur et ses héritiers, qui offrieroient de déguerpir l'héritage pour se libérer de la rente; exception par laquelle ils sont exclus du déguerpissement, jusqu'à ce qu'ils se soient acquittés de cette obligation.

63. Cette obligation s'éteint *solutione*, lorsque le preneur a fait l'amélioration qu'il s'est obligé de faire : et quand même elle seroit depuis détruite par quelque force majeure, le preneur ne pourroit pas être obligé à la faire une seconde fois, et ne pourroit plus être empêché de déguerpir l'héritage pour se libérer de la rente. En cela cette obligation diffère de celles qui résultent des clauses précédentes, lesquelles obligent subsidiairement le preneur à

payer la rente à toujours, et l'excluent pour toujours de la faculté de déguerpir.

64. Cette obligation s'éteint encore par la destruction entière de l'héritage; car on ne peut pas améliorer un héritage qui n'existe plus.

Mais elle ne s'éteint pas, quoique l'amélioration ne puisse pas se faire dans la forme portée par la clause; et l'obligation doit en ce cas s'acquitter par équivalent. Par exemple, si par le bail à rente qui m'a été fait d'une maison, je me suis obligé d'exhausser d'un étage un certain corps de logis de cette maison; quoiqu'avant que je me sois acquitté de cette obligation, ce corps de logis ait été incendié par le feu du ciel, et qu'en conséquence l'exhaussement que je m'étois obligé de faire ne puisse plus se faire, néanmoins je suis tenu d'acquitter mon obligation par un équivalent, en construisant un bâtiment de pareille valeur que l'exhaussement que je m'étois obligé de faire.

Observez que le preneur n'étant plus en ce cas tenu de faire la chose même qu'il s'étoit obligé de faire, laquelle est devenue impossible, et n'étant plus tenu qu'à un équivalent, il peut, en déguerpissant avant que de s'en être acquitté, offrir cet équivalent en argent, suivant l'estimation qui en sera faite; *Loyseau, liv. 4, chap. 12, n. 10.*

65. Il est évident que l'obligation de faire une certaine amélioration s'éteint aussi par le rachat de la rente, le créancier qui a reçu le rachat de sa rente n'ayant plus d'intérêt à cette amélioration, qui n'avoit été stipulée que pour assurer sa rente.

§. VI. De la clause de payer les arrérages de la rente sans aucune diminution.

66. Le bailleur, au moyen du droit de rente foncière qu'il retient dans l'héritage baillé à rente, étant contribuable à certaines impositions qui se lèvent sur l'héritage, comme nous le verrons *infra*, l'effet de cette clause est que le preneur et ses successeurs soient tenus de les acquitter en entier, et de décharger le bailleur ou ses successeurs créanciers de la rente, de la part dont ils pourroient en être tenus.

Cette clause s'étend-elle aussi à charger le preneur des impositions des vingtièmes et autres impositions de même nature, que le bailleur doit au roi pour la rente; et empêche-t-elle le preneur de pouvoir rien retenir sur les ar-rérages de la rente pour lesdites impositions? La question dépend de ce que les parties ont voulu; et c'est par les termes dans lesquels la clause est conçue, qu'on doit es-timer quelle a été à cet égard la volonté des parties.

Dans les anciens baux qui ont été faits avant la première création de l'impôt du dixième, quelque étendus et quelque généraux que soient les termes des clauses par lesquelles il est dit que la rente sera payée au bailleur franche de quelques impositions que ce soit, ces clauses me paroissent ne pou-voir se rapporter qu'aux impositions particulières qui se-roient faites sur les héritages, telles que sont les tailles d'église, les tailles pour les fortifications, etc.; et j'aurois de la peine à croire qu'elles dussent s'étendre aux im-po-sitions des dixièmes et autres semblables, qui ne sont pas particulières aux héritages, mais qui sont faites sur tous les revenus de tous les biens des sujets du roi, de quelque espèce qu'ils soient: car ces impositions générales n'étant point connues au temps de ces baux, n'ont pu être prévues, ni par conséquent comprises dans les clauses de ces baux; *Arg. l. 9, §. fin., ff. de trans. Voyez notre Traité des Obligations, n. 98.*

Voyez sur ces clauses, ce que nous en avons dit en notre Traité du Contrat de Constitution, chap. 4, art. 2, §. 2.

SECTION II.

Des clauses apposées dans les baux à rente en faveur du preneur.

67. C'est une clause assez commune dans les baux à rente, que la rente qui est créée par le bail, sera rachetable.

De cette clause naît une obligation par laquelle le bail-leur s'oblige envers le preneur à décharger l'héritage de la rente qu'il s'y est retenue, lorsque le preneur ou ses suc-cesseurs lui paieront la somme convenue entre eux pour le rachat.

Nous verrons sur cette clause, 1° si l'expression de la

54 TRAITÉ DU CONTRAT DE BAIL A RENTE,
somme dont la rente sera rachetable est nécessaire pour la validité de cette clause; 2° si l'obligation qui naît de cette clause passe au tiers acquéreur de la rente; 3° si la faculté de rachat passe à tous les héritiers du preneur; 4° si elle passe aux tiers acquéreurs de l'héritage. 5° Nous traiterons de la prescription de cette faculté de rachat. 6° Nous verrons en quoi les rentes foncières, créées avec faculté de rachat, conviennent sur le rachat avec les rentes constituées à prix d'argent; 7° en quoi elles en diffèrent sur la faculté de rachat.

§. I. Si l'expression de la somme dont la rente sera rachetable, est nécessaire pour la validité de la clause qui accorde la faculté de rachat.

68. Je ne crois pas cette expression absolument nécessaire, et je pense qu'à défaut de cette expression, on doit présumer que les parties ont voulu que la rente soit rachetable sur le pied du denier vingt, qui est le prix le plus ordinaire pour lequel se fait le rachat des rentes.

§. II. Si l'obligation de souffrir le rachat de la rente résultante d'une clause du bail, passe au tiers acquéreur de la rente.

69. Cette obligation étant contractée lors de la création de la rente, et la rente n'étant créée que sous la condition de cette obligation, il s'ensuit que la rente est affectée à cette obligation. C'est pourquoi le tiers acquéreur à qui le bailleur a vendu sa rente, quoiqu'il n'ait pas été chargé par son contrat d'acquisition d'en souffrir le rachat, ne laisse pas d'être obligé de le souffrir, lorsque le débiteur le voudra faire, sauf son recours en garantie contre son vendeur qui ne l'en a pas chargé.

§. III. Si le droit de racheter la rente passe à tous les héritiers du preneur à qui il a été accordé par le bail.

70. Ce droit passe sans difficulté aux héritiers du preneur qui succèdent à l'héritage, et qui en sont possesseurs en tout ou pour partie.

Mais si, par le partage que les héritiers feroient des biens du preneur, l'héritage tomboit au lot de l'un d'eux, les autres héritiers qui n'auroient aucune part à l'héritage chargé

de la rente, n'auroient pas le droit de racheter la rente; car l'héritage ne leur appartenant pour aucune partie, ils n'ont aucun intérêt qu'il soit déchargé de la rente, et ils n'ont par conséquent aucun intérêt au rachat de la rente.

71. Cette décision souffre exception, 1° si le bail avoit été fait avec clause de fournir et faire valoir la rente; car chacun de ces héritiers, quoiqu'il ne possède rien de l'héritage chargé de la rente, demeurant, au moyen de cette clause, débiteur de la rente, au moins subsidiairement, a intérêt au rachat de la rente.

Le créancier de la rente ne peut par conséquent refuser le rachat qui lui est offert par l'un de ces héritiers, à moins qu'il ne le décharge de son obligation de fournir et faire valoir la rente.

Il faut dire la même chose de toutes les autres clauses des baux à rente, qui produisent quelque obligation personnelle dont chacun des héritiers est tenu. Chacun desdits héritiers ayant en ce cas intérêt de racheter la rente pour être déchargé de son obligation, il peut en offrir le rachat, quoiqu'il ne possède pas l'héritage; et le créancier est obligé de le recevoir, si mieux il n'aime le décharger de son obligation.

72. La seconde exception est le cas auquel le titre de l'héritage ne s'étant pas trouvé, l'héritage auroit été donné en partage à l'un des héritiers, sans la charge de la rente. Les autres héritiers étant en ce cas tenus de garantir de la rente leur cohéritier, au lot duquel l'héritage qui en est chargé est tombé sans cette charge, ils ont intérêt au rachat de la rente pour faire cesser leur obligation de garantie.

Tous ceux même qui, n'ayant aucun intérêt au rachat de la rente, offrent ce rachat, non en leur nom et pour faire revivre la rente, mais au nom du débiteur et pour l'en décharger, doivent y être reçus; Voyez *Molin., Tract. de usur., qu. 45*; et notre *Traité du Contrat de Constitution, n. 180*.

§. IV. Si le droit de racheter la rente qui résulte de la clause du bail, peut passer aux tiers acquéreurs de l'héritage.

73. La clause du bail à rente par laquelle la rente a été stipulée rachetable, est une convention que le preneur a

faite avec le bailleur par rapport à son héritage, dont il est devenu propriétaire par le bail à rente, à l'effet de pouvoir le libérer de la charge de la rente qui lui est imposée, en la rachetant pour la somme convenue, lorsqu'il le jugera à propos. Or, suivant le principe que nous avons établi fort au long en notre *Traité des Obligations*, n. 67, 68 et suiv., et qui est fondé sur la loi 17, §. 5, ff. de *pact.*, ce que quelqu'un stipule par rapport à un héritage qui lui appartient, il peut le stipuler, et même il est censé le stipuler, quoique cela ne soit pas exprimé, non seulement pour ses héritiers, mais même pour tous ses ayants cause, c'est-à-dire, pour tous ceux qui lui succéderont médiatement ou immédiatement à cet héritage, quoiqu'à titre singulier, soit à titre onéreux, soit même à titre de donation: d'où il suit que le droit qui naît de la clause par laquelle la faculté de racheter la rente est stipulée, passe à tous les ayants cause du preneur, et par conséquent aux tiers acquéreurs de l'héritage.

§. V. De la prescription de la faculté de rachat.

74. La coutume de Paris, *art.* 120, décide que la faculté de racheter la rente, qui naît de la clause portée au bail, se prescrit par trente ans entre âgés et non privilégiés. Notre coutume d'Orléans, *art.* 209, a une semblable disposition. C'est un droit général qui a lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. La raison est, que cette faculté ne naît que de l'obligation personnelle qu'a contractée par le contrat le bailleur, de souffrir le rachat de la rente, et que c'est une règle commune à toutes les obligations personnelles, qu'elles se prescrivent par trente ans, lorsque celui envers qui elles sont contractées a laissé passer ce temps sans user de son droit.

75. Lorsqu'avant le temps de la prescription accompli, un héritier du preneur a passé reconnaissance de la rente au créancier qui l'a acceptée, dans laquelle on a exprimé que la rente étoit créée avec faculté de rachat, le temps de la prescription est-il interrompu; et le temps de trente ans, par lequel se prescrit le droit accordé par le bail de

racheter la rente, ne doit-il courir que du jour de cet acte de reconnaissance? La raison de douter est, que la reconnaissance de cette obligation semble en interrompre la prescription. Néanmoins il faut décider que, nonobstant cette reconnaissance, la faculté du rachat sera prescrite, s'il ne se fait pas dans les trente années, à compter du jour du bail.

La raison est, qu'on doit distinguer entre l'obligation qui consiste dans le fait de celui qui a contracté, et qui s'est obligé à faire quelque chose, ou à donner quelque chose à celui envers qui il l'a contractée; et celle qui, au contraire, consiste dans quelque fait de celui envers qui l'obligation a été contractée, et que celui qui l'a contractée s'est obligé de souffrir. Tout acte reconnaissant de la dette interrompt la prescription des obligations de la première espèce. Par exemple, si vous vous êtes obligé envers moi de me payer une certaine somme, tout acte par lequel votre héritier connoitra être tenu de cette dette, interrompra le temps de la prescription, qui ne recommencera à courir que du jour de cet acte. La raison est, que mon droit consistant dans le fait de mon débiteur, c'est par le fait de mon débiteur que j'use de mon droit, que je jouis de mon droit, que je possède mon droit. Je suis donc censé user de mon droit par le fait par lequel mon débiteur le reconnoît. Le temps de trente années d'une continuité de mon usage de mon droit, ne peut donc courir que depuis cet acte reconnaissant, puisque, par cet acte de mon débiteur, j'ai usé de mon droit. Il n'en est pas de même des obligations de la seconde espèce, qui ont pour objet un fait de celui envers qui elles ont été contractées, que celui qui les a contractées s'est obligé de souffrir. Telle est l'obligation par laquelle l'acheteur d'un héritage s'oblige envers le vendeur à souffrir le réméré que le vendeur pourra faire sans limiter aucun temps. Telle est, dans l'espèce présente, l'obligation par laquelle celui qui m'a baillé un héritage à rente, s'oblige envers moi à souffrir le rachat que j'en voudrai faire. Le droit qui résulte d'une telle obligation, consistant à faire ce que celui envers qui l'obligation a été contractée, a stipulé qu'il pourroit faire, il ne peut être censé user de

son droit qu'en le faisant. C'est pourquoi si le preneur à qui le bailleur avoit accordé le droit de racheter la rente, a laissé passer trente années depuis le bail sans faire le rachat, il est vrai de dire qu'il n'a pas usé de son droit pendant ledit temps, et qu'il l'a perdu, *non utendo*.

76. Observez que la coutume de Paris, en l'art. 120 ci-dessus cité, dit, *entre âgés et non privilégiés*. Par ces termes *entre âgés*, elle avertit que la prescription contre le droit qui a été accordé au preneur de racheter la rente, ne court point pendant sa minorité, ni pendant celle de ses successeurs, de même que la prescription ne court point contre tous les autres droits qui appartiennent aux mineurs. *Voyez notre Introduction sur le Titre des Prescriptions de la coutume d'Orléans, sect. 2, art. 5, n. 40 et suiv.*

Par les termes, *et non privilégiés*, elle avertit que lorsque le droit n'appartient pas à des particuliers, mais à des corps ou à l'église, le temps de la prescription n'est pas de trente ans, mais de quarante; *Voyez notre Introduction, ibid.*

Nous avons suffisamment établi que l'énonciation de rente rachetable dans une reconnoissance, n'avoit pas l'effet de proroger le temps de la prescription de la faculté de rachat accordée au débiteur par le bail. M. Vaslin, dans son Commentaire sur la coutume de la Rochelle, convient de ce principe, et que cette énonciation, en ce cas, n'a d'autre sens, sinon que la rente est rachetable pendant le temps qui reste à courir depuis le bail; mais il prétend que si la reconnoissance n'a été passée qu'après l'accomplissement du temps de la prescription de la faculté de rachat accordée par le bail, l'énonciation de rente *rachetable* contient une nouvelle faculté de rachat, que le créancier de la rente doit être censé, par cet acte, avoir accordée au débiteur; cette énonciation de *rachetable* ne pouvant, en ce cas, avoir d'autre sens. Je ne suis pas de son avis. L'énonciation de *rachetable*, copiée par le notaire sur les titres de la rente d'après lesquels il a dressé son acte de reconnoissance, ne me paroît pas suffisante pour établir la concession d'une nouvelle faculté de rachat. Un créancier ne doit pas être facilement

préssumé avoir voulu, sans aucune nouvelle cause, accorder un nouveau droit contre lui au débiteur de la rente; *Nemo facile donare præsumitur*; et d'ailleurs il est de la nature des actes de reconnaissance, de ne contenir autre chose que la reconnaissance du droit, tel qu'il a été créé par le titre constitutif, et non de contenir de nouvelles conventions. C'est pourquoi on ne doit donner à cette énonciation de *rachetable*, d'autre sens, sinon que la rente a été créée sous la faculté de rachat; et que dans le cas auquel le débiteur pourroit justifier qu'il y a eu un temps de minorité qui auroit suspendu et empêché l'accomplissement du temps de la prescription de la faculté de rachat (ce qui n'a pas été discuté lors de la reconnaissance), il pourroit la racheter pendant le temps qui en resteroit.

§. VI. En quoi conviennent sur le rachat les rentes foncières rachetables, avec les rentes constituées.

77. Presque tout ce que nous avons dit au chapitre 7 de notre Traité du Contrat de Constitution de rente, sur ceux à qui le rachat d'une rente pouvoit se faire, sur la question si le rachat peut se faire par parties, sur l'effet du rachat partiel, sur l'obligation de payer les arrérages avant que d'être reçu au rachat, sur les différentes manières de faire le rachat par un paiement réel, reçoit application au rachat des rentes foncières. Nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

§. VII. Différence des rentes foncières et des constituées sur le rachat.

78. La principale différence sur la faculté de rachat entre les rentes foncières et les rentes constituées à prix d'argent, est qu'à l'égard de celles-ci, la faculté de rachat étant de l'essence du contrat de constitution de rente, elle est imprescriptible. Au contraire, la faculté de racheter une rente foncière étant un droit qui résulte d'une convention qui n'est qu'accidentelle dans le bail à rente, et qui est étrangère à la nature de ce contrat, elle est sujette à la prescription ordinaire de trente ans, à laquelle sont sujets tous les droits qui résultent des conventions particulières, lorsque celui à qui le droit appartient, ne l'a pas exercé pendant le temps

40 TRAITÉ DU CONTRAT DE BAIL A RENTE,
prescrit par la loi, comme nous l'avons vu *suprà*, §. 5 de
cette seconde section.

Les prescriptions étant de droit public, il n'est pas au pouvoir des parties d'y déroger, en convenant que le preneur aura la faculté à toujours de racheter la rente, ou en convenant qu'il l'aura pendant un temps plus long que celui de la prescription légale : *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*; l. 58, ff. de pact. *Privatorum conventio juri publico non derogat*; l. 45, §. ff. de R. J.

La convention par laquelle on est convenu que le preneur auroit la faculté de racheter la rente pendant cinquante ans, ne peut à la vérité empêcher l'effet de la prescription légale de trente ans : mais cette convention, qui est nulle à cet égard, peut avoir effet dans le cas auquel la prescription légale de trente ans auroit été arrêtée par des minorités, et ne se trouveroit pas encore accomplie lors de l'expiration de cinquante ans ; car, en ce cas, la prescription conventionnelle qui résulte de l'expiration du temps, feroit déchoir le preneur et ses successeurs de la faculté de rachat, les prescriptions conventionnelles n'étant pas arrêtées par les minorités ; en quoi elles diffèrent des légales ; voyez notre *Traité du Contrat de Vente*, n. 454, 455 et 456.

Une autre différence entre le rachat des rentes constituées et le rachat des rentes foncières, concerne les différents pactes sur les conditions du rachat. Les principes sur celui des rentes foncières doivent être très-différents de ceux que nous avons établis sur celui des rentes constituées à prix d'argent. Le rachat étant de l'essence de celles-ci, qui ne peuvent être licitement constituées que sous la faculté du rachat, nous avons établi pour principe, que toutes conventions qui tendoient à diminuer ou à gêner la faculté que le débiteur doit avoir de les racheter pour le prix qu'elles ont été constituées, sont nulles. Au contraire, la faculté de racheter les rentes créées par le bail d'héritages, n'étant pas de la nature du contrat, cette faculté pouvant n'être pas accordée, le bailleur peut, lorsqu'il l'accorde, y apposer telles conditions que bon lui semble. Par exemple, quelque immense que soit la somme pour laquelle on est convenu que la rente

créée par un bail d'héritage pourroit se racheter, quoique cette somme surpasse du double ou du triple, et de plus encore, la valeur de la rente ou de l'héritage, la convention est valable : elle ne fait aucun tort au preneur, qui est le maître de ne pas user de la faculté qui lui est accordée à ces conditions, et qui ne peut pas se plaindre qu'elle lui est accordée sous des conditions trop dures, puisqu'on pouvoit sans injustice ne la lui point accorder du tout.

Suivant ce principe, les conventions par lesquelles on accorderoit la faculté de rachat à la charge qu'il ne pourroit se faire qu'en une certaine monnoie, à la charge que le débiteur seroit obligé d'en avertir le créancier de la rente avant que de le faire, et autres semblables, sont valables.

ARTICLE II.

De la clause par laquelle, dans le bail à rente d'un héritage féodal, le bailleur se charge de la foi.

79. La clause par laquelle le bailleur se charge de la foi et des devoirs seigneuriaux envers le seigneur de qui relève l'héritage baillé à rente, est aussi une clause apposée en faveur du preneur. Plusieurs coutumes, du nombre desquelles est notre coutume d'Orléans, permettent cette clause dans les baux à rente : on l'appelle *un jeu de fief*. Voyez ce que nous en avons dit en notre Introduction au titre des fiefs de la coutume d'Orléans, *chap. 8, art. 2*; et dans notre note sur l'*art. 7* du même titre de ladite coutume.

Observez que les baux qui sont faits avec cette clause, ne sont pas de simples baux à rente foncière : le bailleur qui se charge de porter la foi, est censé se retenir la seigneurie de l'héritage, ne pouvant être qu'en cette qualité reçu à porter la foi. En conséquence, la rente créée par le bail n'est pas une simple rente foncière, mais une rente seigneuriale et reconnitive de la seigneurie qu'il s'est retenue.

CHAPITRE V.

Des droits tant des créanciers de rentes foncières, que des possesseurs d'héritages chargés de rentes foncières; et des charges auxquelles les uns et les autres sont sujets.

80. Dans un simple bail à rente, le droit de rente foncière que le bailleur se retient par le bail dans l'héritage baillé à rente, n'est qu'un simple droit foncier qu'il se retient dans l'héritage, qui ne renferme pas la seigneurie de cet héritage; elle est, par le bail, transférée au preneur. C'est pourquoi c'est *abusivè* et improprement que, dans nos coutumes, les créanciers de rente foncière sont appelés *seigneurs de rente foncière*.

Les créanciers de rentes foncières ont différentes actions contre les possesseurs des héritages sujets à leurs rentes; ils ont des droits sur les fruits desdits héritages, et sur les meubles qui s'y trouvent, semblables à ceux qu'ont les locataires de maisons et de métairies pour les loyers et les fermes; enfin ils sont sujets à certaines charges: c'est ce que nous allons expliquer en trois articles.

Nous traiterons dans un quatrième, du droit des propriétaires ou possesseurs des héritages chargés de rentes foncières.

ARTICLE PREMIER.

Des différentes actions qu'ont les créanciers de rentes foncières contre les possesseurs des héritages sujets à leurs rentes.

81. Loyseau, en son *Traité du Déguerpissement*, liv. 2, chap. 10, n. 9, a fort bien observé que les créanciers de rentes foncières ont trois espèces d'action contre les possesseurs des héritages sujets à leurs rentes; savoir, l'action personnelle, l'action hypothécaire, et une troisième espèce d'action qu'il appelle *action mixte*.

§. I. De l'action personnelle.

82. Les créanciers de rentes foncières ont une action personnelle, non seulement contre le preneur et ses héri-

tiers, mais même contre les tiers détenteurs qui ont acquis à la charge de la rente, ou du moins qui en ont eu connoissance, et contre leurs héritiers, pour le paiement des arrérages de la rente courus pendant le temps de leur possession, ou de celle de ceux dont ils sont héritiers.

83. Il est évident que cette action contre le preneur et ses héritiers, naît de la clause portée dans le bail à rente, par laquelle le preneur s'est obligé à payer la rente tant qu'il posséderait l'héritage.

84. A l'égard du tiers détenteur, l'obligation de ce tiers détenteur, d'où naît cette action, vient d'un quasi-contrat par lequel ce tiers détenteur, en possédant l'héritage qu'il savoit être sujet à la rente, est censé s'être obligé envers celui à qui la rente étoit due, à la lui payer pendant qu'il posséderait l'héritage.

Ce quasi-contrat est censé intervenir, non seulement lorsque la charge de la rente a été expressément déclarée dans le contrat d'acquisition de ce tiers détenteur, mais même lorsqu'après avoir acquis l'héritage sans que la charge de la rente lui ait été déclarée, il apprend par la suite cette charge : car dès qu'il l'apprend, l'équité ne permet pas qu'il continue de le posséder sans se soumettre à la charge et à la prestation de la rente, et elle forme en conséquence le quasi-contrat qui l'oblige à la payer tant qu'il possédera l'héritage.

85. La coutume de Paris, *art.* 99, reconnoît cette obligation. Il y est dit : « Les détenteurs et propriétaires d'héritages chargés de cens et rentes, etc., sont tenus PERSONNELLEMENT de payer icelles charges à ceux à qui dues » sont, et les arrérages échus de leur temps, tant et si longuement que desdits héritages ou de partie ils seront possesseurs. »

86. Lorsque le tiers détenteur qui est déjà, *ex quasi contractu*, débiteur personnel de la rente, en passe titre nouvel, il ajoute à l'obligation qui naît *ex quasi contractu*, celle qui naît du contrat que le titre nouvel renferme : mais celle-ci n'ajoute rien à la première; le créancier acquiert

seulement par cet acte les droits d'hypothèque et autres qui résultent des actes passés devant notaires.

87. Cette obligation, soit du preneur, soit du tiers détenteur, de payer les arrérages de la rente pendant le temps qu'il posséderoit l'héritage, étant une obligation de la personne, elle passe à tous les héritiers; et l'action personnelle qui en naît pour les arrérages courus pendant le temps de la possession du défunt, a lieu contre chacun desdits héritiers, même contre ceux qui ne succèdent pas à l'héritage sujet à la rente, lesquels en sont tenus personnellement, chacun pour la part de laquelle ils sont héritiers; et si le défunt étoit obligé à la rente par un acte par-devant notaires, ou y avoit été condamné, et qu'ils possédassent des immeubles dépendants de sa succession, ils en seroient en outre tenus hypothécairement pour le total, comme bien-tenants.

88. A l'égard des arrérages courus depuis la mort du défunt, il n'y a que ceux de ses héritiers qui succèdent à l'héritage sujet à la rente, qui en soient tenus : ceux qui n'y ont pas succédé, et qui n'en possèdent aucune partie, n'en sont pas tenus; car le défunt n'en étoit lui-même tenu que pour le temps qu'il posséderoit l'héritage. Mais ceux des héritiers qui ont succédé à l'héritage en sont tenus, quelque petite que soit la partie pour laquelle ils ont succédé à l'héritage; et ils en sont même tenus pour le total; car ce n'est pas seulement *ex personâ defuncti*, et en qualité d'héritiers qu'ils en sont tenus, mais *ex propriâ personâ*, et comme possesseurs d'une partie de l'héritage sujet à la rente. Or l'héritage étant non seulement dans sa totalité, mais dans chacune de ses parties, sujet à la totalité de la rente, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 14 et 15, il s'ensuit que chacun d'eux est tenu personnellement du total de la rente.

89. Chacun de ceux qui sont tenus de cette action personnelle, en est tellement tenu pour le total des arrérages courus pendant sa détention, quelque petite que soit la part qu'il ait dans l'héritage baillé à rente, qu'étant pour-

suivi pour le total, il ne peut pas même opposer l'exception de division.

Il peut seulement exiger qu'en payant le total, le créancier le subroge en tous ses droits et actions contre tous les autres détenteurs. De là naît la question, si ayant acquis cette subrogation en payant le total, je puis exercer les actions du créancier pour le total contre chacun des autres détenteurs, déduction faite seulement de la part que je dois contribuer, eu égard à la part que j'ai dans l'héritage baillé à rente; ou si je ne puis les exercer contre chacun d'eux que pour la part qu'il possède dudit héritage. Cette question est semblable à celle que nous avons agitée en notre *Traité des Obligations*, n. 281, à l'égard des débiteurs solidaires. La même raison qui nous y a fait décider que l'un des débiteurs solidaires ne pouvoit pas exercer pour le total, sa portion seulement confuse, contre chacun de ses codébiteurs, les actions du créancier auxquelles il s'étoit fait subroger, doit nous faire pareillement décider ici, que je ne puis pas exercer solidairement les actions du créancier de rente foncière, ma portion seulement confuse, contre chacun des autres détenteurs, mais seulement pour la part qu'il a dans l'héritage. La raison est, qu'autrement il se feroit un cercle vicieux d'actions, comme nous l'avons fait voir au même endroit, où nous renvoyons, pour ne pas répéter.

Observez que s'il y avoit quelque partie de l'héritage sur qui je ne pusse recouvrer la part qu'elle eût dû contribuer à la rente, soit parcequ'elle n'existe plus, ou qu'elle a été abandonnée, ou que les détenteurs de cette part sont insolubles, j'ai droit de demander aux détenteurs des autres parties, que cette caducité se répartisse entre eux et moi, à proportion des parts que chacun a dans l'héritage baillé à rente; et qu'en conséquence chacun d'eux soit tenu de me rembourser, outre la part qu'il doit de son chef, celle qu'il doit porter de la caducité. Cela est conforme aux principes que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, au même endroit.

§. II. De l'action hypothécaire.

90. Le créancier de la rente foncière ne peut demander par l'action personnelle, au possesseur de l'héritage sujet à la rente foncière, que les arrérages courus pendant le temps de la possession, ou pendant le temps de la possession de ceux dont il est héritier. Il ne lui peut demander ceux courus pendant le temps de la possession des précédents possesseurs dont il n'est ni héritier, ni successeur à titre universel; car n'étant ni leur héritier, ni leur successeur à titre universel, ce possesseur ne leur a pas succédé à la dette de ses arrérages. Mais si le créancier n'a pas contre le possesseur l'action personnelle pour les arrérages qui ont précédé sa possession, il a contre lui, pour raison desdits arrérages, une autre action, qui est une espèce d'action hypothécaire.

Cette action naît de l'affectation de l'héritage au paiement de ces arrérages. L'héritage sujet à la rente foncière étant proprement le débiteur de la rente dont il est chargé, c'est une suite qu'il soit affecté au paiement de tous les arrérages qui en sont dus.

91. De cette affectation naît une action que Loyseau appelle *action hypothécaire*, parcequ'elle est semblable à l'action qui naît de l'hypothèque, et qu'elle est donnée aux fins que le possesseur soit tenu de payer les arrérages de la rente, au paiement desquels l'héritage est affecté, si mieux il n'aime le délaisser.

Cette action a quelque chose de plus que la simple action hypothécaire, en ce que le créancier de la rente foncière qui intente cette action, ne peut être renvoyé par le possesseur de l'héritage, à discuter les précédents possesseurs ou leurs héritiers, qui sont personnellement tenus de la dette desdits arrérages; au lieu que dans le cas d'une simple hypothèque, le possesseur de l'héritage hypothéqué peut renvoyer le créancier à discuter les débiteurs personnels. La raison de différence est, que le droit de simple hypothèque n'est qu'un droit accessoire à la créance personnelle. Ce n'est pas proprement par l'héritage hypothéqué que la dette

à laquelle il est hypothéqué, est due; au lieu que l'héritage chargé d'une rente foncière est proprement le débiteur des arrérages au paiement desquels il est affecté.

Le possesseur a seulement le droit de requérir la subrogation aux actions du créancier, contre les précédents possesseurs ou leurs héritiers; et s'il avoit omis de la requérir, il auroit de son chef contre eux l'action *negotiorum gestorum*, comme ayant payé pour eux leur dette personnelle.

92. Le créancier de rente foncière est quelquefois obligé d'avoir recours à cette action hypothécaire, même pour les arrérages courus pendant le temps de la possession du tiers détenteur; c'est lorsque ce tiers détenteur est un possesseur de bonne foi, qui a ignoré la charge de la rente foncière: car ce possesseur n'est point tenu des arrérages de cette rente qu'il ignoroit, quoique courus durant le temps de sa possession: il ne peut être censé s'être soumis à la prestation d'une rente qu'il ignoroit, ni par conséquent avoir contracté l'obligation de la payer. C'est la connoissance qu'a de la rente le tiers détenteur, qui forme le quasi-contrat, d'où naît l'obligation de la payer. On ne peut plus induire de cette obligation, qu'il a perçu les fruits de l'héritage, dont il n'avoit le droit de jouir que sous la déduction de la rente dont l'héritage étoit chargé: car ayant possédé l'héritage comme quelque chose qu'il croyoit de bonne foi lui appartenir franchement et sans aucunes charges, il a eu le droit qu'ont les possesseurs de bonne foi, de percevoir tous les fruits de la chose, quoiqu'elle ne leur appartienne pas.

Mais si le créancier de la rente foncière n'a pas en ce cas l'action personnelle contre ce possesseur, il a contre lui l'action hypothécaire pour tous les arrérages qui ont couru pendant le temps que le possesseur ignoroit de bonne foi la rente: car si son ignorance et sa bonne foi l'empêchoient d'être personnellement débiteur de la rente, elle n'en est pas moins due: c'est l'héritage qui la devoit et qui y est affecté; il doit donc ou payer, ou délaisser l'héritage.

§. III. De l'action mixte.

93. Outre l'action personnelle qu'a le créancier de la rente foncière contre le possesseur de l'héritage chargé de la rente pour le paiement des arrérages courus pendant le temps de sa possession, et l'action hypothécaire qu'il a contre lui pour le paiement de ceux courus avant sa possession, il a encore une troisième action contre le possesseur, aux fins qu'il soit condamné à passer titre nouvel de la rente, et à la continuer à l'avenir.

C'est cette troisième action que Loyscau appelle *action mixte*. Elle est principalement action réelle : car l'objet de cette action est de réclamer un droit réel, savoir, le droit de rente foncière que le demandeur a dans l'héritage; et cette action suit l'héritage, et s'intente contre celui qui se trouve en être le possesseur. Elle tient néanmoins quelque chose de l'action personnelle, en ce que les conclusions de cette action sont dirigées contre la personne. Le demandeur conclut contre le défendeur *eum dare oportere*, à ce qu'il soit tenu de continuer la rente : ces conclusions sont celles des actions personnelles.

94. Cette action se cumule ordinairement avec les précédentes, par un même exploit de demande : car le créancier de rente foncière qui assigne le possesseur de l'héritage sujet à la rente, aux fins qu'il soit tenu de lui passer titre nouvel de la rente, et de la lui continuer tant qu'il sera possesseur de l'héritage, conclut aussi ordinairement par le même exploit contre lui, à ce qu'il soit condamné de lui payer tous les arrérages qui en sont échus, ce qui renferme l'action personnelle à l'égard de ceux échus durant le temps de sa possession, et l'hypothécaire, s'il y en a de dus avant le temps de sa possession.

95. Cette action se donne contre tous les nouveaux propriétaires ou possesseurs de l'héritage sujet à la rente foncière, qui ont succédé au preneur, soit à titre universel, soit à titre singulier, médiatement ou immédiatement, et qui n'ont pas encore passé au créancier un nouveau titre de reconnaissance de la rente.

Comme le droit d'exécution que les actes passés devant notaires donnent aux créanciers sur les biens de leurs débiteurs, pour se faire payer de leurs créances, ne passe pas la personne qui a passé l'acte, suivant cette règle du droit françois, *Toutes exécutions cessent par la mort de l'obligé*; cette action est nécessaire au créancier de la rente foncière, contre tous les nouveaux propriétaires et possesseurs de l'héritage sujet à la rente, pour qu'il ait contre eux un titre qui lui donne le droit d'exécution sur leurs biens, et qui le mette par ce moyen en état de se faire servir et payer par eux de sa rente.

96. L'article 99 de la coutume de Paris comprend tous ceux qui sont tenus de cette action par ces termes, *les détenteurs et propriétaires*. Ces termes doivent se prendre conjointement : il ne suffit pas, pour être tenu de cette action, d'être *propriétaire* de l'héritage sujet à la rente, si on ne le possède. Le propriétaire de cet héritage qui en a laissé usurper la possession par un autre, n'est pas sujet à cette action, jusqu'à ce qu'il l'ait recouvrée.

Observez que la saisie réelle de l'héritage faite par les créanciers du propriétaire, et le bail judiciaire fait en conséquence par le commissaire, n'empêchent pas ce propriétaire d'être possesseur de l'héritage jusqu'à l'adjudication, et d'être en conséquence tenu de cette action. Le bail judiciaire empêche seulement ce propriétaire d'en jouir par ses mains : mais il n'en est pas moins possesseur de l'héritage; et même il en jouit par les mains du commissaire, qui en emploie les revenus au paiement de ses dettes.

Pareillement, la saisie féodale de l'héritage sujet à la rente foncière n'empêche pas le propriétaire d'être sujet à cette action. Cette saisie n'est censée le déposséder que vis-à-vis du seigneur. Il est, vis-à-vis de tous les autres, réputé le posséder, d'autant qu'il ne tient qu'à lui d'en jouir, en portant la foi quand il voudra.

97. *Vice versâ*, il ne suffit pas, pour être tenu de cette action, d'être *détenteur* de l'héritage sujet à la rente. Ceux qui en sont détenteurs pour un autre, tels que sont les fermiers et locataires, n'en sont pas tenus; et lorsque cette

action est intentée contre eux, ils doivent, en indiquant la personne de qui ils tiennent l'héritage à loyer ou à ferme, être mis sur la demande hors de cour. Il faut, pour être tenu de cette action, être détenteur de l'héritage pour soi-même. C'est ce que l'article de la coutume a voulu faire entendre en ne disant pas seulement *les détenteurs*, mais ajoutant *et propriétaires*.

98. Au reste, ce terme de *propriétaires*, que la coutume n'a ajouté que pour exclure les locataires et fermiers, ne doit pas être pris strictement. Le mari, quoiqu'il ne soit pas proprement propriétaire des propres de sa femme, est sujet à cette action.

Quand même une femme, avant son mariage, auroit reconnu la rente, le mari n'en seroit pas moins tenu de passer un nouveau titre de reconnaissance de la rente; et le créancier pourroit par cette action l'exiger de lui.

99. Il peut pareillement l'exiger d'un simple usufruitier.

En cela un usufruitier est différent d'un fermier, contre qui cette action ne peut être intentée, comme nous l'avons vu *suprà*: ce qui a lieu quand même par le bail à ferme qui lui a été fait, il auroit été chargé d'acquitter la rente. La raison de différence est, que l'usufruitier ayant véritablement le droit de jouir de l'héritage pour lui, *et proprio nomine*, il est aussi véritablement le débiteur de la rente dont l'héritage est chargé. Au contraire, ce n'est pas proprement au fermier qu'appartient la jouissance de l'héritage qu'il tient à ferme, c'est à son maître de qui il le tient. S'il jouit de l'héritage, ce n'est pas *proprio nomine*, c'est pour son maître, à qui en appartient véritablement la jouissance, et qui en jouit effectivement par les fermes qu'il reçoit. La dette de la rente foncière, qui est une charge de la jouissance de l'héritage, n'est donc pas la dette du fermier, à qui cette jouissance n'appartient pas; c'est la dette de celui de qui il tient l'héritage, et à qui la jouissance appartient; et lorsque le fermier est chargé par son bail d'acquitter la rente, ce n'est pas sa propre dette, mais celle de son maître qu'il est tenu d'acquitter.

100. Quoique l'usufruitier de l'héritage chargé de rente

foncière soit tenu de cette action, aux fins de passer titre nouvel de la rente, celui qui n'en a que la nue propriété ne laisse pas d'en être pareillement tenu; mais il doit être acquitté de la prestation des arrérages par l'usufruitier. La raison est, que la rente foncière n'est une charge de la jouissance de l'héritage que parce qu'elle est une charge de l'héritage même: c'est pourquoi il suffit que ce propriétaire soit possesseur de l'héritage, quoiqu'il ne le possède que détaché de l'usufruit, pour qu'il soit tenu de la rente dont l'héritage est chargé; sauf à lui à s'en faire acquitter par l'usufruitier.

101. Il n'est pas douteux que celui qui possède un héritage comme s'en portant pour le propriétaire, quoiqu'il ne lui appartienne pas, est tenu de cette action, et qu'il est obligé de passer titre nouvel de la rente foncière dont l'héritage est chargé; car il a la jouissance de l'héritage, et il est même réputé le propriétaire, jusqu'à ce qu'il ait été obligé de le délaisser au véritable propriétaire.

102. Le seigneur de fief qui tient en sa main par la saisie féodale le fief de son vassal, n'est point tenu des rentes foncières dont l'héritage est chargé, si elles n'ont été inféodées ou consenties par le seigneur, comme nous l'avons vu en notre Introduction au Titre des Fiefs de la coutume d'Orléans, n. 64. La raison est, que son droit dans l'héritage est plus ancien que celui de ceux qui y ont des rentes foncières, et que ne tenant pas de ses vassaux le droit qu'il a dans l'héritage, il n'est pas tenu des charges qu'ils y ont imposées.

ARTICLE II.

Des autres droits des créanciers de rentes foncières.

103. Outre les trois actions dont nous avons traité en l'article précédent, les créanciers de rentes foncières ont plusieurs autres droits semblables à ceux des locataires de maisons et de métairies. Il y a néanmoins une distinction à faire. Lorsque l'héritage sujet à la rente est affermé, le créancier de rente foncière ne peut exercer aucun droit sur les meubles du locataire ou fermier qui y sont, ni sur les

fruits : il peut seulement arrêter les fermes et loyers , sur lesquels il est préféré aux autres créanciers de son débiteur. En cela il a moins de droit que les locateurs. La raison de différence est , que celui qui prend un héritage à loyer ou à ferme , est plus à portée de savoir que celui de qui il le prend n'en est lui-même que locataire , qu'il n'est à portée de savoir que l'héritage est chargé de rente.

Lorsque c'est le débiteur de la rente foncière qui jouit par lui-même de l'héritage , le créancier a en ce cas , de même qu'un locateur , 1° une espèce de droit de gage sur les fruits nés de l'héritage chargé de la rente , et sur les meubles qui en occupent les logis , lequel droit se perd lorsque ces choses ont été transportées hors de l'héritage , si le créancier n'en a pas poursuivi le rétablissement dans le court délai qui lui est accordé , et dont nous parlerons *infra*.

Ce droit , de même que celui du locateur , s'étend à tous les meubles qui servent à l'exploitation de la maison ou métairie sujette à la rente foncière , quand même ils n'appartiendroient pas au débiteur de la rente. Les textes des coutumes sur lesquels est fondée cette extension , joignent aux seigneurs d'hôtel ou de métairie les seigneurs de rente foncière ; voyez , sur les meubles sujets à ce droit , ce que nous en avons dit en notre *Traité du Contrat de Louage*, part. 4, ch. 1, art. 1, §. 3 et suiv.

104. 2° Une suite de ce droit est que le créancier de rente foncière est , pour les arrérages qui lui sont dus de sa rente foncière , et pour toutes les obligations résultantes du bail , préféré , sur lesdits fruits et meubles , à tous les autres créanciers de son débiteur , de même que le locateur.

Ce principe reçoit néanmoins exception à l'égard de quelques créances qui passent avec celles des seigneurs d'hôtel , de métairie et de rente foncière ; voyez ce que nous en avons dit en notre *Traité du Contrat de Louage*, part. 1, ch. 1, art. 2.

105. 3° C'est aussi une suite de ce droit , que lorsque les fruits et les meubles qui étoient dans l'héritage sujet à la rente en ont été déplacés , le seigneur de rente foncière

a, comme les locateurs de maisons et métairies, le droit de les suivre et de les faire rétablir pour sa sûreté. Ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat de Louage*, part. 4, ch. 1, art. 3, de ce droit de suite, peut s'appliquer aux seigneurs de rente foncière; sauf que ce qui est dit à la fin de cet article, du droit qu'ont les locateurs de s'opposer à la saisie des effets du locataire ou fermier, et d'en obtenir main-levée, si le saisissant ne veut se charger de l'entière exécution du bail, ne me paroît pas devoir s'étendre aux créanciers de rente foncière.

106. 4° Enfin, le créancier de rente foncière, quoiqu'il n'ait pas de titre exécutoire contre le possesseur de l'héritage chargé de la rente foncière, qui ne lui a pas encore passé de reconnaissance, peut, dans notre coutume d'Orléans, de même que les locateurs de maisons et de métairies, procéder par voie d'exécution sur les fruits et meubles qui sont dans l'héritage, pour trois termes échus de sa rente foncière; art. 406. Dans la coutume de Paris, les créanciers de rente foncière qui n'ont pas de titre exécutoire, n'ont, de même que les locateurs, que la voie d'arrêt; voyez, sur ce droit, ce que nous en avons dit en notre *Traité du Contrat de Louage*, part. 4, ch. 1, art. 4.

ARTICLE III.

Des charges de l'héritage auxquelles est tenu de contribuer le créancier de rente foncière.

107. Le droit de rente foncière étant une espèce de démembrement de l'héritage, que le bailleur ne transfère par le bail au preneur que sous la déduction du droit de rente qu'il y relie, on peut dire que la propriété de l'héritage se trouve en quelque sorte partagée entre le preneur ou ses successeurs, qui ne l'ont que sous la déduction de la rente, et le bailleur ou ses successeurs créanciers de la rente, à qui elle appartient pour le surplus. De là il suit que le créancier de la rente doit contribuer avec le preneur ou ses successeurs propriétaires de l'héritage, aux charges et aux impositions extraordinaires qui sont faites sur l'héritage, et qu'il en doit supporter une partie proportionnée à sa rente.

à moins qu'il n'y eût par le bail une clause particulière qu'on a coutume d'y insérer, qui porte que la rente sera payée franchement de toutes charges et impositions.

Loyseau, *liv. 1, chap. 10, n. 11*, fait néanmoins à cet égard une distinction très judicieuse entre les impositions qui tournent en pure charge et pure perte, et celles qui tournent au profit et à l'augmentation de l'héritage.

À l'égard des premières, Loyseau convient que le créancier de rente foncière y doit contribuer. Telles sont les tailles d'église, qui s'imposent sur tous les héritages d'une paroisse, pour les réparations qui sont à faire à l'église paroissiale ou au presbytère.

Ces taxes sont portées pour un tiers par les paroissiens en leur qualité de paroissiens, soit qu'ils soient propriétaires, soit qu'ils tiennent à loyer les maisons où ils demeurent. À l'égard du surplus, il doit être porté, tant par le propriétaire ou possesseur de l'héritage, que par le créancier de rente foncière, qui doivent chacun y contribuer, l'un pour son droit de rente foncière, l'autre, pour ce que l'héritage vaut de plus que la rente. Cette taxe ne tournant point au profit du propriétaire de l'héritage, ne doit point, suivant notre principe, être portée par lui seul.

Il en seroit autrement d'une taxe qui seroit imposée sur les héritages voisins d'un grand chemin, pour les réparations du chemin. Elle tourne au profit du propriétaire de l'héritage, qui, par la facilité que la réparation du chemin procurera pour l'exportation des fruits de ses héritages, en retirera un plus grand revenu, au lieu que la rente foncière n'en augmentera pas. Cette taxe doit donc, suivant notre principe, être portée par le seul propriétaire de l'héritage.

108. À l'égard des droits seigneuriaux, lorsque l'héritage baillé à rente foncière est en fief, si le bailleur ne s'est pas retenu, par une clause expresse du bail, la directe de l'héritage, et la charge d'en porter la foi, le preneur devient, en sa qualité de propriétaire de l'héritage qui lui a été baillé à rente, le vassal et l'homme du seigneur de qui relève en fief l'héritage, et il doit lui payer le profit de rachat pour le bail; et ses successeurs sont à l'avenir tenus

des devoirs seigneuriaux, et des profits dus par les mutations, sans que le bailleur ni ses successeurs créanciers de la rente foncière, soient tenus de rien envers le seigneur pour raison de la rente qui a été retenue.

Lorsque l'héritage baillé à rente est en censive, c'est le preneur propriétaire ou possesseur de l'héritage et ses successeurs, qui sont seuls chargés de payer les cens annuels; le créancier de rente foncière n'est pas tenu d'y contribuer.

109. À l'égard des droits de vente dont l'héritage est chargé envers le seigneur de censive, en cas de vente, la charge de ces droits se partage de cette manière entre les successeurs du preneur, qui sont les propriétaires de l'héritage, et le créancier de la rente foncière. Toutes les fois que la rente est vendue à un tiers, la vente donne ouverture au profit de vente pour le prix que la rente a été vendue; et toutes les fois que l'héritage est vendu, il y a ouverture au profit de vente pour le prix seulement qu'il est vendu, outre et par-dessus la charge de la rente; *Paris, art. 87; Orléans, art. 109.*

110. Il en est autrement dans nos censives à droit de relevoison à plaisir dans la ville d'Orléans. Le profit censuel qu'on appelle *relevoison à plaisir*, pour lequel est dû au seigneur le revenu de l'année, et qui est dû à toutes mutations, même par succession en ligne directe, n'est dû que par les mutations qui arrivent du côté de celui au nom duquel se paie le cens. Mais le créancier de la rente foncière et le propriétaire de la maison chargée de cette rente contribuent à ce profit, chacun pour la part qu'il a dans le revenu.

Par exemple, si le bail à rente a été fait d'une maison à quelqu'un pour 50 livres de rente, sans autre clause, le preneur ou ses successeurs à l'héritage baillé à rente, étant en ce cas ceux au nom desquels doit se payer le cens, les profits de relevoison seront dus lorsqu'il arrivera mutation dans les propriétaires de l'héritage. Il n'en sera pas dû pour les mutations qui arriveront dans les propriétaires de la rente. Mais si lors de la mutation arrivée du côté des propriétaires de l'héritage, la maison étoit louée 200 livres, et qu'en conséquence celui qui a succédé à l'héritage eût été

obligé de payer au seigneur de censive la somme de 200 liv. pour la relevoison, il pourra faire contribuer à cette relevoison le créancier de la rente foncière, jusqu'à concurrence de la rente de 50 liv., en lui opposant en compensation d'une année de sa rente, la somme de 50 liv. qu'il a payée pour lui pour la relevoison. C'est ce qui résulte de l'art. 130 de notre coutume; *voyez-le, et nos notes sur cet article.*

Vice versâ, si par le bail à rente qui a été fait de l'héritage, il étoit porté que le cens continueroit d'être payé au nom du bailleur, les relevoisons ne seroient pas dues pour les mutations qui arriveroient dans la rente; et lorsqu'elles arriveroient, celui qui succéderoit à la rente ne seroit néanmoins tenu du profit que jusqu'à concurrence de la rente, et le propriétaire de l'héritage seroit tenu de payer ce dont le revenu de l'année excède.

Ces principes souffrent une exception dans le cas de l'article 138; *voyez-le, et nos notes.*

ARTICLE IV.

Du droit des propriétaires ou possesseurs d'un héritage chargé de rente foncière.

111. Le droit que la tradition de l'héritage donné à rente foncière transfère au preneur, et qui passe à ses successeurs, soit à titre universel, soit à titre particulier, est le droit de *dominium* et de propriété de cet héritage. Le droit de rente foncière que le bailleur s'y retient, n'est point proprement le *dominium* de l'héritage, mais un simple droit foncier.

C'est pourquoi le propriétaire ou possesseur d'un héritage noble chargé d'une simple rente foncière, a non seulement l'utile, mais tout ce qu'il y a d'honorifique attaché à cet héritage; le créancier de la rente foncière dont l'héritage est chargé, n'y participe en rien, et ne peut prétendre autre chose que le paiement de la rente qui lui est due.

En cela le simple bail à rente foncière diffère des baux à rente seigneuriale, par lesquels le bailleur retient le domaine, tels que sont les baux à cens.

112. Le droit du preneur et de ses successeurs à l'héritage chargé de rente foncière, étant un droit de propriété,

c'est une conséquence qu'ils peuvent disposer comme bon leur semble de l'héritage, et en changer la forme. Par exemple, ils peuvent d'une terre labourable en faire un pré; ils peuvent convertir des chambres en magasins ou en greniers. Et en cela le droit du propriétaire d'un héritage chargé de rente foncière, est plus fort que celui du simple usufruitier, qui ne peut changer la forme de l'héritage dont il a l'usufruit, quand même ce seroit en mieux; L. 7, §. *fn.*; L. 8, ff. *de usufr.*

113. Néanmoins, quoique le *dominium* renferme *jus utendi et abutendi*, un propriétaire d'héritage chargé de rente foncière ne peut le détériorer : car le preneur s'oblige, par le bail à rente, à conserver l'héritage en bon état, pour la sûreté de la rente foncière dont cet héritage est chargé, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 42. L'héritage n'étant aliéné qu'à cette condition, il est affecté à l'exécution de cette obligation; et les successeurs du preneur, quoiqu'ils n'y aient succédé qu'à titre singulier, ne sont propriétaires de l'héritage qu'à cette charge.

C'est sur ce principe que notre coutume d'Orléans, *art.* 490, décide que le propriétaire d'un héritage peut être empêché par le créancier de rente foncière d'y faire perrière, d'y fouiller et enlever des pierres, si ce n'est pour les employer sur ledit héritage, à moins que dès le temps du bail l'héritage ne fût un lieu destiné à faire perrière.

114. Le preneur ou ses successeurs ayant le droit de propriété de l'héritage chargé de rente foncière, c'est une conséquence qu'il est à leurs risques, selon la maxime, *Res perit domino*. C'est pourquoi si l'héritage, par une force majeure, a souffert une diminution, comme si la rivière, dont il est voisin, en a emporté une grande partie, c'est sur eux que tombe en entier cette perte, et ils demeurent chargés de la rente sans aucune diminution, tant qu'ils continuent de posséder ce qui reste de l'héritage, comme nous l'avons déjà vu *suprà*, n. 15. Mais si l'héritage étoit péri en entier, le droit de rente foncière périroit avec l'héritage, à moins qu'il n'y eût clause par le bail de la fournir et faire valoir, ou quelque autre clause semblable.

115. Par la même raison, lorsque l'héritage reçoit quelque accrue ou augmentation, quoique sans le fait du preneur ou de ses successeurs possesseurs de l'héritage, comme par une alluvion, cette augmentation est au profit du possesseur de l'héritage, sans que le créancier de la rente puisse y participer, et prétendre pour cela aucune augmentation de la rente.

CHAPITRE VI.

De la rescision et de la résolution du contrat de bail à rente ; et de l'extinction des rentes foncières.

Nous traiterons, dans une première section, en général de la rescision et de la résolution du contrat de bail à rente. Le déguerpissement, qui est une des manières de résoudre le bail à rente, étant une matière qui mérite d'être traitée avec quelque étendue, nous en traiterons en particulier dans une seconde section. Nous parcourrons dans une troisième section les différentes manières dont s'éteignent les rentes foncières ; et dans la quatrième section, nous traiterons en particulier de leur prescription.

SECTION PREMIÈRE.

De la rescision et de la résolution du bail à rente.

§. I. De la rescision du bail à rente.

116. Le contrat de bail à rente, de même que les autres contrats, peut être rescindé par la sentence du juge sur quelque action rescisoire, lorsqu'il s'y trouve quelque vice qui peut donner lieu à la rescision.

Sur les différents vices qui donnent lieu à la rescision des contrats, voyez ce que nous avons dit en notre *Traité des Obligations*, part. 1, chap. 1, sect. 1, art. 3.

La lésion énorme, c'est-à-dire, celle qui excède la moitié du juste prix, est dans le contrat de bail à rente, de même que dans les autres contrats commutatifs, un vice qui donne lieu à la rescision du contrat.

Ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat de Vente*, part. 5, chap. 2, sect. 2, art. 1, sur la nature de l'action rescisoire qu'a le vendeur en cas de lésion d'outre moitié du juste prix contre le contrat de vente, reçoit application à l'action rescisoire qu'a le bailleur en pareil cas contre le bail à rente. Nous y renvoyons.

117. Quoique nous y ayons observé après Dumoulin, que la faculté qu'avoit un acheteur contre qui l'action rescisoire étoit intentée, de se faire renvoyer de cette action en offrant de suppléer le juste prix, ne devoit pas s'étendre aux autres contrats commutatifs, néanmoins je crois qu'elle peut aussi avoir lieu à l'égard du bail à rente, et que le preneur peut être reçu à se faire absoudre de l'action rescisoire, en consentant que la rente foncière soit augmentée jusqu'à la somme à laquelle on estimera qu'elle eût dû être équitablement portée, lors du contrat de bail à rente. Il me paroît qu'il y a même raison : mais le preneur ne devoit pas être reçu à offrir de suppléer en une somme d'argent le juste prix de l'héritage; car le bailleur n'a pas voulu aliéner à prix d'argent son héritage, mais par bail à rente.

118. La question si l'augmentation de rente offerte par le preneur pour réparer l'iniquité du bail à rente, doit avoir lieu du jour du bail, ou seulement du jour de la demande en action rescisoire donnée contre lui, doit se décider par les mêmes règles, de la même manière que nous avons décidé en notre *Traité du Contrat de Vente*, au lieu cité, la question si l'acheteur devoit les intérêts du supplément du juste prix du jour du contrat, ou seulement du jour de la demande. Nous y renvoyons.

119. Pareillement, la plupart des choses que nous avons dites en notre *Traité du Contrat de Vente*, sur les cas auxquels le vendeur devoit être admis ou non à cette action rescisoire, reçoit application au bailleur. Néanmoins ce que nous avons dit, que le vendeur y étoit admis, quoiqu'il fût justifié qu'au temps du contrat il eût une parfaite connoissance de la valeur de son héritage, ne doit pas s'étendre au bail à rente; car la raison sur laquelle nous avons appuyé cette décision, qui est qu'il y a lieu de présumer

que c'est un besoin pressant d'argent qui a porté en ce cas le vendeur à vendre, ne peut recevoir d'application au bailleur, à moins que par le bail il n'eût reçu une grosse somme de deniers d'entrée.

120. Pareillement, presque tout ce que nous avons dit sur l'effet de cette action rescisoire, et sur les prestations auxquelles elle donne lieu, lorsqu'elle est donnée par un vendeur contre un contrat de vente, reçoit application à celle donnée par un bailleur contre un bail à rente; excepté qu'on ne peut appliquer au preneur ce que nous avons dit, que l'acheteur qui pourroit être réputé avoir acheté de bonne foi, n'étoit pas tenu des dégradations de l'héritage causées par sa négligence.

La raison de différence est sensible. L'acheteur qui croyoit avoir une pleine et entière propriété de la chose, se croyoit permis de la négliger; mais le preneur qui ne pouvoit s'en croire propriétaire qu'à la charge de la rente, ne pouvoit pas se croire permis de la négliger; puisque quand même le contrat eût été valable, et qu'il eût été vrai propriétaire de l'héritage, ne l'étant qu'à la charge de la rente foncière, il eût été obligé de ne pas détériorer l'héritage, et d'en avoir soin, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 42.

§. II. De la résolution du contrat de bail à rente.

121. Il y a une grande différence entre la simple résolution et entre la rescision du contrat de bail à rente. Lorsque, sur une action rescisoire, le juge prononce la rescision du contrat, le contrat est anéanti, et réputé comme s'il n'étoit jamais intervenu. Au contraire, la sentence qui, sur quelque action résolutoire, prononce la résolution du bail, ne résout et ne détruit le bail que pour l'avenir.

On peut apposer dans un contrat de bail à rente les mêmes clauses résolutoires qu'on appose dans les contrats de vente; et tout ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat de Vente*, part. 5, chap. 2, sect. 3 et 4, sur ces clauses, et sur les actions qui en naissent, peut s'appliquer au contrat de bail à rente.

Il se fait aussi une résolution du bail à rente pour l'ave-

nir, lorsqu'à défaut de paiement, le créancier de la rente foncière rentre dans l'héritage, suivant le droit qu'il en a, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 59 et suiv.

Cette résolution du bail à rente se fait aussi par le déguerpissement, dont nous allons traiter dans la section suivante.

Elle se fait encore lorsqu'il survient, par une force majeure, une destruction totale de l'héritage sujet à la rente. Nous parlerons de ce cas dans la section troisième.

SECTION II.

Du déguerpissement.

122. On peut définir le déguerpissement, un acte par lequel le possesseur d'un héritage chargé d'une rente foncière, pour se décharger de cette rente, abandonne en justice l'héritage au créancier de la rente.

Nous verrons sur le déguerpissement, 1° qui sont ceux qui peuvent déguerpir; 2° ce qui doit être déguerpi; 3° comment et à qui se fait le déguerpissement; 4° des conditions sous lesquelles le preneur ou ses héritiers sont admis au déguerpissement; 5° de celles sous lesquelles y est admis le tiers qui a acquis à la charge de la rente, ou qui en a eu connoissance; 6° de celles sous lesquelles y est admis l'acquéreur qui n'a pas eu connoissance de la rente; 7° de de l'effet du déguerpissement; 8° des clauses qui empêchent le déguerpissement.

ARTICLE PREMIER.

Qui sont ceux qui peuvent déguerpir?

123. On a douté autrefois si le preneur ou ses héritiers pouvoient se décharger pour l'avenir d'une rente foncière en déguerpissant l'héritage. Accurse et la plupart des anciens docteurs pensoient que le preneur contractoit par le bail une obligation personnelle de payer à toujours la rente, dont lui ni ses héritiers ne pouvoient se libérer par le déguerpissement de l'héritage.

Notre ancienne coutume d'Orléans avoit suivi cette opi-

nion. Par la réformation faite en 1585, notre nouvelle coutume a embrassé l'opinion contraire; et en conservant pour les baux à cens, et pour les baux à rente faits avant la réformation, l'ancien droit suivi en cette province, qui refusoit au preneur et à ses héritiers la faculté de se libérer par le déguerpissement, elle a accordé cette faculté au preneur et à ses héritiers, à l'égard des baux qui seroient faits depuis la réformation. C'est ce qui résulte des articles 134 et 412 de notre nouvelle coutume. La raison de cette seconde opinion est, que le droit de rente foncière étant un droit réel retenu dans l'héritage, et la rente une charge réelle due principalement par l'héritage, le preneur ne contracte par le bail l'obligation de la payer qu'à cause de l'héritage, et en qualité de possesseur de l'héritage. Cette obligation doit donc cesser lorsqu'il cessera d'en être le possesseur, par l'aliénation ou par le déguerpissement qu'il en fera.

La coutume de Paris, et plusieurs autres, ont aussi embrassé cette seconde opinion, et ont permis expressément le déguerpissement aux preneurs. Elle est autorisée par l'ordonnance de 1441, *art. 20 et 43*, qui porte expressément que tous propriétaires, et même les preneurs à rente, pourront renoncer aux maisons, en les laissant en aussi bon état qu'elles étoient au temps de la prise.

Elle doit être suivie dans les coutumes qui accordent indistinctement la faculté de déguerpir aux *détenteurs*, sans l'accorder nommément aux preneurs; car le terme *détenteur*, dans sa généralité, comprend les preneurs aussi bien que les tiers détenteurs. Elle doit pareillement l'être dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées du tout sur le déguerpissement. C'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts rapportés par Brodeau sur Louet, *let. D, chap. 41*.

Loyseau, *liv. 4, chap. 10, n. 6 et 7*, va plus loin; et il prétend que même dans les coutumes qui portent expressément que ceux qui sont obligés personnellement à la rente, ne peuvent déguerpir, la faculté du déguerpissement n'est pas interdite indistinctement à tous les preneurs, et que ces termes ne doivent être entendus que de ceux qui,

par quelque clause particulière du bail, telle que celle de fournir et faire valoir la rente, ou quelque autre semblable, ont contracté une obligation personnelle de payer à toujours la rente.

124. Le déguerpissement étant un abandon et une abdication de la propriété de l'héritage déguerpi, il s'ensuit qu'il ne peut être valablement fait que par le propriétaire de l'héritage.

C'est pourquoi un usufruitier ne peut pas déguerpir. Il peut bien se décharger de la rente pour l'avenir, en renonçant à son droit d'usufruit; mais l'héritier continuera d'être chargé de la rente, et elle doit être acquittée par le propriétaire de l'héritage, à qui l'usufruit se consolide par la renonciation que l'usufruitier a faite de son droit.

125. Un mari n'étant pas le vrai propriétaire de l'héritage propre de sa femme, il ne peut le déguerpir que conjointement avec sa femme, qui en est demeurée, pendant le mariage, la véritable propriétaire.

Quid, si la femme, par mauvaise humeur contre son mari, et par collusion avec le créancier de rente foncière, refuse à son mari de concourir avec lui au déguerpissement de son héritage chargé d'une rente onéreuse, et qui en excède de beaucoup le revenu? Loyseau, iv, 6, 13, pense que le mari n'a aucun moyen de se défendre de continuer la rente, quelque onéreuse qu'elle soit, pendant tout le temps que durera le mariage, et qu'il doit s'imputer sa pusillanimité et son peu d'autorité sur l'esprit de sa femme.

126. Le propriétaire, quoique grevé de substitution, étant le vrai propriétaire de l'héritage compris en la substitution, peut le déguerpir: mais l'héritage déguerpi demeure chargé de la substitution; et lors de son ouverture, les substitués pourront revendiquer l'héritage déguerpi, en se chargeant de la rente; voyez *infra*, art. 7.

Pareillement, l'héritier bénéficiaire peut déguerpir les héritages de la succession bénéficiaire.

127. Le propriétaire de l'héritage sujet à rente foncière n'en étant pas proprement dépossédé par la saisie réelle qu'en ont faite les créanciers, peut le déguerpir au créan-

64 TRAITÉ DU CONTRAT DE BAIL A RENTE,
cier de rente foncière; Loyseau, *ibidem*, n. 14. Mais les créanciers saisissants et opposants, en offrant de se charger de la rente, et de faire vendre l'héritage à la charge de la rente, peuvent empêcher l'effet de ce déguerpissement, et suivre leur saisie.

128. Non seulement il n'y a que le propriétaire qui puisse déguerpir; le propriétaire même ne le peut qu'autant qu'il a le pouvoir de disposer de ses héritages et de les aliéner. C'est pourquoi les héritages des mineurs et ceux de l'église et des communautés, ne pouvant s'aliéner sans le décret du juge, un mineur ne peut, par le ministère de son tuteur, déguerpir son héritage pour se décharger de la rente foncière dont il est chargé, qu'en vertu d'un décret du juge qui aura permis ce déguerpissement sur un avis de parents, et sur une estimation de l'héritage, qui auront constaté l'utilité du déguerpissement. Pareillement, l'église et les communautés ne peuvent déguerpir qu'en vertu d'un décret du juge, et en observant les formalités requises pour l'aliénation des biens d'église.

ARTICLE II.

Qu'est-ce qui doit être déguerpi?

129. Pour que le déguerpissement soit valable, et qu'il opère la résolution du bail pour l'avenir, et l'extinction de la rente, il faut que tout l'héritage chargé de la rente soit déguerpi; car la charge de la rente foncière est imposée par le bail sur l'héritage, non seulement dans sa totalité, mais dans chacune de ses parties. Le créancier de la rente peut donc, en n'acceptant pas le déguerpissement qui lui est fait de partie de l'héritage, conserver la totalité de sa rente dans la partie qui n'est pas déguerpie, puisque chaque partie de l'héritage est, comme nous l'avons dit, chargée de la totalité de la rente: mais en ce cas le créancier de la rente est obligé de subroger en ses droits les autres débiteurs de la rente qui n'ont pas déguerpi leurs portions, pour qu'ils puissent en sa place se mettre en possession de la portion déguerpie, comme nous le verrons *infra*.

130. Quoique le déguerpissement fait par celui qui n'est

possesseur que d'une partie de l'héritage chargé de la rente, n'opère pour aucune partie l'extinction de la rente, qui subsiste contre les possesseurs des autres parties qui ne les ont pas pareillement déguerpiés, au moins il est valable quant à l'effet de décharger et libérer de la rente le possesseur de la partie de l'héritage qu'il a déguerpié.

Mais il faut pour cela qu'il déguerpisse tout ce qu'il possède de cet héritage, et qu'il n'en retienne rien; car le peu qu'il en retiendrait le ferait demeurer sujet à la rente, parce que cette petite portion resteroit toujours chargée du total de la rente.

151. Cela est sans difficulté, lorsque par le bail l'héritage a été donné *per aversionem* pour une seule rente de tant par chacun an. Il y a plus de difficulté lorsque par le bail la rente que le bailleur s'est retenue, a été distribuée et répartie sur chaque arpent de l'héritage baillé à rente; comme lorsque trente arpents ont été, par une même baille, donnés pour une pistole de rente chacun. Il sembleroit qu'en ce cas chaque arpent n'est chargé que d'une pistole, et non des trente pistoles de rente, et qu'en conséquence le possesseur qui posséderoit les trente arpents, et qui n'en déguerpiroit qu'une partie, *putà*, qui en déguerpiroit vingt arpents et en retiendrait dix, ne devrait plus être tenu que de dix pistoles de rente dont sont chargés les dix arpents par lui retenus, et qu'il devrait être déchargé des vingt pistoles de rente dont étoient chargés les vingt arpents par lui déguerpis. Néanmoins, même en ce cas, Loyseau, en son *Traité du Déguerpiement*, liv. 5, chap. 2, n. 25, décide que le possesseur ne doit pas être reçu au déguerpiement, s'il ne déguerpit tout ce qu'il possède, n'étant pas juste qu'il fasse porter au créancier de la rente foncière la perte survenue dans la partie qu'il lui déguerpit, pendant qu'il profite de l'augmentation qui peut être survenue dans la partie qu'il retient. Quand même il ne seroit arrivé aucune perte ni augmentation sur lesdites terres, le bail ayant assigné un prix commun à chaque arpent, quoiqu'ils ne soient pas d'égale bonté, il ne seroit pas juste qu'il

66 TRAITÉ DU CONTRAT DE BAIL A RENTE,
fût au pouvoir du possesseur de choisir et de retenir les
meilleurs arpents, et de déguerpir les moindres.

152. Doit-on déguerpir ce qui a été, depuis le bail, uni
à l'héritage baillé à rente? Il faut encore distinguer trois
espèces d'union : l'union purement naturelle, l'union in-
dustrielle, et l'union de simple destination. L'union pure-
ment naturelle est celle qui se fait à un héritage sans aucun
fait du possesseur, telle que celle qui se fait par alluvion à
un héritage voisin d'une rivière. L'union industrielle est
celle des bâtiments que l'on construit sur un héritage, ou
des arbres qu'on y plante, ou qu'on y sème. L'union de
simple destination est lorsque le propriétaire d'une métairie,
qui a acquis des terres contiguës à celles de sa métairie,
les unit à celles de sa métairie, en les faisant valoir ou en
les affermant conjointement, et comme ne composant dé-
sormais qu'un même tout avec celles de sa métairie.

Il est évident que les terres qui n'ont été unies que de
cette dernière manière à la métairie qui lui a été baillée à
rente, peuvent être par lui retenues, lorsqu'il la déguer-
pit; car ces terres n'ayant été unies à cette métairie
que par la destination de sa volonté, elles peuvent en être
désunies par une destination de volonté contraire: elles n'y
sont pas réellement unies, et elles en sont aussi réellement
distinguées qu'elles l'étoient avant que le propriétaire de la
métairie les eût acquises. Enfin cette union de simple des-
tination ne donne pas aux terres que le propriétaire d'une
métairie y a unies de cette manière, les qualités de cette
métairie. Par exemple, si la métairie étoit un propre, les
terres qui y ont été unies de cette manière ne sont pas
pour cela un propre, mais de simples acquêts dans sa suc-
cession; et par la même raison cette union ne les rend pas
sujettes à la rente foncière dont est chargée la métairie à
laquelle elles ont été unies de cette manière.

Il faut décider le contraire à l'égard de l'union naturelle,
telle que celle d'une alluvion. L'accrue qui se fait par allu-
vion est réellement une partie et un accessoire de l'héritage
auquel elle accroît; elle en prend toutes les qualités, sui-
vant la maxime, *Accessorium sequitur naturam rei prin-*

cipalis. Elle est par conséquent sujette à la rente à laquelle est sujet l'héritage auquel elle est accrue; et le propriétaire de l'héritage, pour se libérer de la rente, doit déguerpir cette accrue avec l'héritage dont elle fait partie.

Ajoutez que si l'héritage eût été diminué, et que la rivière en eût emporté une partie, il eût suffi au preneur de déguerpir ce qui en restoit, et le bailleur en eût supporté la perte. Il doit donc, dans le cas contraire, profiter de l'augmentation, suivant la maxime, *Ubi est periculum, ibi est lucrum*.

Il faut décider la même chose à l'égard de l'union industrielle. Les bâtiments construits sur l'héritage baillé à rente, les plantations qui y ont été faites, font réellement partie de cet héritage, et elles en sont un accessoire, suivant la maxime, *Ædificium solo cedit*. Ils en suivent par conséquent la nature, ne faisant qu'une seule et même chose avec l'héritage auquel ils sont unis : ils en ont toutes les qualités : ils sont sujets à la rente à laquelle l'héritage est sujet; et le propriétaire qui, pour s'en libérer, déguerpit l'héritage, ne peut les en détacher.

La question paroît néanmoins d'abord souffrir quelque difficulté. Ces bâtiments ayant été faits aux dépens de celui qui déguerpit, ou de ses auteurs, est-il juste que le créancier de la rente en profite? Cela n'est-il pas contraire à cette règle de l'équité, *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*? La réponse est, que la règle opposée ne reçoit ici aucune application : car, ou la rente vaut autant ou même plus que l'héritage qu'on déguerpit, avec les bâtiments qu'on y a construits, ou bien elle vaut moins. Dans le premier cas, le déguerpissement qui en est fait n'enrichit pas le créancier, puisqu'on suppose que sa rente qu'il perd par le déguerpissement, valoit autant que l'héritage qu'on lui déguerpit. Dans le second cas, le déguerpissant n'est pas recevable à se plaindre que le créancier s'enrichit à ses dépens par le déguerpissement qu'il lui fait, puisqu'il ne tenoit qu'à lui de ne le pas faire, et que *volenti non fit injuria*. D'ailleurs il ne doit pas être écouté à dire que l'héritage qu'il déguerpit avec les bâtiments, vaut

68 TRAITÉ DU CONTRAT DE BAIL A RENTE,
plus que la rente; car le déguerpissement qu'il en fait est
une preuve du contraire: s'il valoit plus, il ne le déguer-
piroit pas.

ARTICLE III.

Comment et à qui doit se faire le déguerpissement.

153. Le déguerpissement peut se faire de gré à gré et hors justice, lorsque le créancier de la rente foncière consent de rentrer dans l'héritage qu'on lui déguerpit. Mais lorsque le créancier ne consent pas au déguerpissement, il faut, pour qu'il soit valable, et qu'il opère la résolution du bail pour l'avenir, et l'extinction de la rente, qu'il soit fait en justice; c'est-à-dire, que le possesseur qui veut déguerpir assigne le créancier de la rente, pour lui voir donner acte de son déguerpissement, et de ses offres de payer ce qu'il doit. C'est ce que décident les coutumes. Paris, *art. 109*, dit: *Si aucun a prins un héritage, il y peut renoncer en JUGE-
MENT, partie présente ou appelée.* Notre coutume d'Orléans, *art. 412*, est dans les mêmes termes. La bonne foi, dont la prestation est requise dans le contrat de bail à rente, de même que dans tous les autres contrats, exige cela.

154. Lorsque la rente foncière est due à plusieurs, il ne suffit pas d'assigner l'un d'eux. Il est bien vrai que si celui qui a été assigné accepte le déguerpissement qui lui est fait, le déguerpissement sera valable, et déchargera le déguerpissant, même envers les autres créanciers qui n'ont pas été assignés; car celui à qui le déguerpissement a été fait, en l'acceptant, et en entrant en possession de l'héritage qui lui est déguerpi, devient débiteur de la rente envers les autres créanciers de la rente pour les parts qu'ils y ont, et en décharge le déguerpissant. Mais s'il arrivoit que celui qui a été assigné ne voulût pas accepter le déguerpissement qui lui a été fait, le déguerpissant ne seroit déchargé de la rente qu'envers ce créancier, et non envers les autres créanciers de la rente qu'il n'a pas assignés.

155. Lorsque l'héritage est chargé de plusieurs rentes, le déguerpissant doit pareillement faire son déguerpissement aux créanciers des différentes rentes, et les assigner

tous ; autrement le déguerpissement ne les déchargera que de la rente due à celui qu'il a assigné.

Néanmoins , si n'ayant assigné que le créancier de la rente dernière créée , celui-ci avoit bien voulu accepter le déguerpissement , et rentrer dans l'héritage , à la charge des rentes précédentes , le déguerpissant seroit libéré de toutes les rentes.

ARTICLE IV.

Des conditions sous lesquelles le preneur ou ses héritiers sont admis au déguerpissement.

156. Le preneur ou ses héritiers , pour être admis au déguerpissement , doivent satisfaire préalablement pour le passé à toutes les obligations du bail à rente que le déguerpissement doit résoudre pour l'avenir , et ils doivent rendre indemnes le bailleur ou ses successeurs créanciers de la rente.

Ils doivent donc , en premier lieu , payer tous les arrérages de la rente dus et échus jusqu'au jour du déguerpissement.

157. Les coutumes de Paris et d'Orléans , et quelques autres , veulent encore qu'outre les arrérages échus jusqu'au jour du dernier terme de paiement qui a précédé le déguerpissement , le déguerpissant paie encore *le terme ensuivant* , c'est-à-dire , tout le terme courant , quoiqu'il ne soit pas encore entièrement échu lors du déguerpissement. Par exemple , si le 25 de février 1775 j'ai déguerpi un héritage pour me décharger d'une rente foncière de 100 livres par an , payable aux termes de Noël et de la Saint-Jean , je dois payer , outre les arrérages échus jusqu'au terme de Noël 1772 , 50 livres pour tout le terme courant entier , quoiqu'il n'y eût que deux mois de courus lors du déguerpissement ; et si les arrérages étoient payables en un seul terme d'une année , je devrois payer tout ce qui reste à courir de l'année.

Si le déguerpissement se faisoit le jour même de l'échéance de la rente , le déguerpissant n'auroit pas de terme à échoir à payer ; *Poitou* , 42 et 44.

Je ne crois pas que cette obligation de payer ce qui reste

du terme courant, doit avoir lieu dans les coutumes qui ne le disent pas.

138. Lorsque le créancier à qui le déguerpissement est fait refuse d'accepter le déguerpissement, et de recevoir les arrérages qui lui sont offerts, quelques coutumes, comme Anjou, le Maine, le Dunois, requièrent en ce cas la consignation des arrérages par le déguerpissant.

C'est une question, si dans les coutumes de Paris et d'Orléans, qui disent seulement que le preneur peut déguerpir EN PAYANT *tous les arrérages, etc.*, la consignation est dans ce cas nécessaire pour rendre le déguerpissement valable, et libérer pour l'avenir de la rente le déguerpissant.

Loyseau, *Traité du Déguerpissement, liv. 5, chap. 9, n. 15 et suiv.*, décide que la consignation n'est pas en ce cas nécessaire, parceque le créancier ayant été mis par ces offres en demeure de recevoir, l'accomplissement de la condition de payer les arrérages ayant été empêché par lui, la condition doit vis-à-vis de lui être réputée pour accomplie, suivant la règle de droit, *In omnibus causis pro facto id accipitur, quoties per aliquem mora fit quominus id fiat*; l. 59, ff. de R. J.; et il ne doit pas être recevable à en opposer le défaut.

Il prétend même qu'il n'est pas nécessaire que ces offres aient été accompagnées d'une exhibition de deniers si ce n'est dans les coutumes qui la requièrent expressément; car c'est, dit-il, une cérémonie inutile et superflue vis-à-vis d'un créancier qui refuse de recevoir.

Cette opinion de Loyseau, que le déguerpissant, dans la coutume de Paris et autres semblables, n'est pas tenu de consigner les arrérages de la rente, sur le refus du créancier à qui il les a offerts, me paroît souffrir beaucoup de difficulté. C'est un principe que les formalités requises pour la validité des actes sont de rigueur, et que celui à qui elles sont prescrites doit, au moins *quantum in se est*, les accomplir. Or la coutume de Paris et ses semblables, par ces termes, *en payant tous les arrérages*, prescrivent le paiement desdits arrérages comme une condition et une

formalité du déguerpissement : le déguerpissant doit donc l'accomplir *quantum in se est*. Or on ne peut pas dire qu'il ait satisfait à cette condition *quantum in se est*, par les offres qu'il a faites au créancier de la rente. Les offres, quoique réelles, ne sont pas un *paiement*; il n'y a que la consignation qui est faite sur le refus du créancier de recevoir, qui en tient lieu. L'acte de déguerpissement, faute de cette consignation, ne doit donc pas être valable. En vain le déguerpissant allègue-t-il en sa faveur la règle de droit, *In omnibus causis, etc.*, ci-dessus citée : le refus fait par le créancier de recevoir les arrérages qu'il lui a offerts, ne lui a pas ôté le pouvoir de satisfaire au paiement desdits arrérages, que la loi exige pour condition du déguerpissement, puisqu'elle ne lui a pas ôté le pouvoir d'en faire la consignation, qui tient lieu de ce paiement. En matière de retrait lignager, le refus fait par l'acquéreur sur qui le retrait a été adjugé, de recevoir le prix qui lui a été offert par le retrayant, ne dispense pas le retrayant de la consignation, même dans les coutumes qui ne font pas mention de consignation, et qui disent seulement que le retrayant sera tenu de payer : il semble qu'il y a parité de raison pour le déguerpissement. Je ne propose ces raisons, contre l'avis de Loyseau, que comme raisons de douter : j'en laisse le jugement au lecteur.

Même dans l'avis de Loyseau, le refus fait par le créancier de recevoir ne dispense le déguerpissant de payer ou consigner, que tant que le refus dure. Mais si le créancier, après avoir refusé de recevoir, fait au déguerpissant une signification, par laquelle il lui déclare qu'il est prêt à recevoir, le déguerpissant doit payer incontinent; faute de quoi son déguerpissement sera nul, et n'aura pas arrêté le cours de la rente : car par cette signification le déguerpissant est mis en demeure de payer et de satisfaire à la condition du déguerpissement, et celle en laquelle étoit le créancier de recevoir est purgée : *Posterior mora purgat priorem*; Loyseau, *ibid.* n. 52.

Le déguerpissant qui n'aura pas satisfait à cette signification du créancier, sera donc tenu de signifier au créan-

cier une réitération de son déguerpissement, et de lui offrir les arrérages courus jusqu'au jour de la réitération, et le terme courant.

Loyseau observe fort bien, *loco citato*, que le créancier peut se faire payer des arrérages, quoiqu'il débâte le déguerpissement.

139. Lorsque par le bail on a stipulé des deniers d'entrée qui sont encore dus, le preneur et ses héritiers doivent les payer avec les intérêts, pour être reçus à déguerpir. Mais, dira-t-on, ces deniers étant en partie le prix de l'héritage, n'est-il pas injuste que celui qui déguerpit l'héritage soit privé tout à-la-fois et de l'héritage et du prix, contre cette règle d'équité, *Nemo debet carere re et pretio*? La réponse est, que c'est une des conditions du déguerpissement, que le déguerpissant, pour y être reçu, satisfasse au préalable à toutes les obligations du bail; que quoiqu'en payant ces deniers d'entrée il se trouve privé tout à-la-fois de l'héritage et d'une partie du prix, il ne souffre aucune injustice, parcequ'il est en son pouvoir de conserver l'héritage qu'il déguerpit; le déguerpissement qu'il en fait est volontaire, et *volenti non fit injuria*.

A plus forte raison doit-on décider que le déguerpissant n'a pas la répétition de ces deniers d'entrée, lorsqu'ils ont été payés; car le titre en vertu duquel le bailleur les a reçus, subsiste, et n'est pas détruit par le déguerpissement, qui en opère seulement la résolution pour l'avenir.

140. Enfin le preneur et ses héritiers doivent, pour être reçus à déguerpir l'héritage, l'avoir remis en aussi bon état qu'il étoit lors du bail.

Il faut à cet égard distinguer avec Loyseau les réparations de simple entretien qui sont à faire à l'héritage qu'on veut déguerpir, et celles qui consistent en des reconstructions ou nouvelles plantations qu'il faudroit faire pour remettre l'héritage qu'on veut déguerpir, en aussi bon état qu'il étoit lors du bail.

Celui qui veut déguerpir ne peut se dispenser de faire au préalable toutes les réparations de simple entretien qui sont à faire à l'héritage qu'il veut déguerpir, de quelque cause

qu'elles procèdent, quand même elles procédoient de quelque force majeure; *putà*, si une grêle extraordinaire avoit cassé les vitres et les ardoises de la maison que je veux déguerpir, je serois tenu, pour être reçu au déguerpissement, de faire remettre des vitres et des ardoises à la place de celles que la grêle a cassées. La raison est, que c'est une des obligations que le preneur contracte par le bail, d'entretenir l'héritage de toutes réparations pendant le temps qu'il en sera jouissant et possesseur, cet entretien étant une charge de sa jouissance.

A l'égard des réparations qui consisteroient à faire des reconstructions ou nouvelles plantations qui sont nécessaires pour que l'héritage soit remis en aussi bon état qu'il étoit lors du bail, il faut sous-distinguer.

Le preneur est tenu, pour être reçu au déguerpissement, de faire au préalable toutes celles auxquelles lui ou ceux dont il est héritier médiat ou immédiat ont donné lieu par leur fait, ou même simplement par leur faute et par leur négligence.

Par exemple, s'il a arraché des vignes pour agrandir un jardin voluptuaire; s'il a abattu quelque bâtiment; s'il l'a incendié par sa faute ou celle de ses domestiques (ce qui se présume lorsqu'il ne paroît pas d'autre cause de l'incendie; il est obligé, avant que de pouvoir déguerpir, de remettre en bonnes vignes le terrain où il les a arrachées, et à reconstruire les bâtiments qu'il a démolis ou qu'il a laissé brûler.

Il y a plus; si la maison baillée à rente devenoit totalement caduque, quoique ce fût pas vétusté qu'elle fût devenue en cet état, et non par défaut d'entretien, ni par aucune faute du preneur, et que le preneur en ce cas ne soit pas obligé et ne puisse être contraint à la reconstruction telle qu'elle étoit lors du bail, tant qu'il ne déguerpira pas, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 45, néanmoins il ne seroit pas reçu à déguerpir qu'il ne l'eût reconstruite: car les coutumes ne permettent le déguerpissement que sous la condition de *laisser l'héritage en aussi bon état qu'il étoit au temps de la prise*; et il ne seroit pas juste qu'un preneur

à qui on auroit donné une maison neuve, après en avoir joui pendant tout le temps qu'elle étoit bonne, la déguerpit lorsqu'elle seroit devenue caduque, et qu'il n'en pourroit plus tirer de profit. C'est ce qu'enseigne Loyseau, *liv. 5, chap. 8, n. 9.*

Pareillement, quoique ce soit par vétusté que les vignes sont mortes, il ne laisse pas d'être obligé de remettre l'héritage en bon état, parcequ'il devoit renouveler les vignes à mesure qu'il en étoit besoin; et c'est de sa part une faute d'y avoir manqué.

Mais si c'est par quelque force majeure que les plantations et les bâtimens ont été détruits: comme si en temps de guerre les armées ont abattu les arbres, ou si le feu du ciel a incendié les bâtimens qui étoient sur l'héritage lors du bail; le preneur, pour être reçu à déguerpir, n'est point obligé de reconstruire d'autres bâtimens à la place de ceux qui ont été incendiés, ni à faire de nouvelles plantations à la place de celles qui ont été détruites.

C'est ce qu'enseigne Loyseau, *v. ch. 6, n. 17.* La raison de différence est, que le cas de la vétusté a dû être prévu: le preneur a dû s'attendre que la maison qui lui a été donnée à rente ne pouvoit pas toujours durer. Mais ces accidens sont des cas de force majeure qui n'ont pas dû être prévus, et dont on ne doit pas charger le preneur, suivant la règle: *Nemo præstat casus fortuitos.*

141. Loyseau, *ibid. ch. 5, n. 21,* observe très judicieusement qu'il n'est pas nécessaire que le preneur ou ses héritiers, pour être reçus au déguerpissement, remettent l'héritage précisément dans la même forme qu'il étoit lors du bail; car le droit de propriété qu'ils avoient dans l'héritage leur donnoit le droit d'en disposer et d'en changer la forme: il suffit qu'ils le remettent en aussi bon état. C'est pourquoi les coutumes de Paris et d'Orléans disent, *en laissant l'héritage en aussi bon état et valeur qu'il étoit au temps de la prise.* Elles ne disent pas, *dans le même état.*

Cet auteur, *ibidem, n. 22,* enseigne que lorsque le preneur ou quelqu'un de ses successeurs a converti la forme de l'héritage en une forme plus précieuse que celle qui étoit

au temps du bail; *putà*, lorsque d'un jardin baillé à rente il en a fait une maison, il n'est plus tenu qu'à entretenir l'héritage dans sa nouvelle forme. Il prétend qu'il n'est point tenu, lorsqu'il veut déguerpir, des accidents survenus sur cette nouvelle forme, et que, par exemple, si, dans l'espèce proposée, la maison qu'il avoit bâtie à la place du jardin baillé à rente avoit été incendiée par le feu du ciel, il pourroit déguerpir la place, quoiqu'elle ne fût pas, au temps du déguerpissement, en aussi bon état qu'elle l'étoit au temps du bail, dans la forme de jardin qu'elle avoit alors. Il avoue néanmoins que la question est problématique. En effet, la décision de Loyseau me paroît souffrir beaucoup de difficulté. C'est un principe reconnu par Loyseau, que, pour être reçu au déguerpissement, il faut rendre indemne celui à qui il est fait, et que sa condition ne doit pas être pire que s'il n'eût pas fait le bail à rente. Ce n'est pas une chose contraire à ce principe, que lorsqu'une maison a été baillée à rente et que depuis le bail elle a été incendiée par le feu du ciel, le preneur soit reçu à déguerpir la place et les matériaux qui ont échappé aux flammes, quoiqu'en ce cas il ne rende pas l'héritage en aussi bon état qu'il étoit lors du bail : car la condition du bailleur créancier de la rente n'est pas pire que s'il n'eût pas fait le bail, puisque s'il eût conservé l'héritage il auroit souffert cet accident. Mais lorsque l'héritage baillé à rente étoit un jardin, sur lequel il a plu au preneur de bâtir une maison qui a été brûlée par le feu du ciel, le preneur qui déguerpit la place n'indemnise pas le bailleur, s'il ne remet la place en aussi bon état de jardin qu'elle étoit lors du bail; car si le bailleur n'eût pas fait le bail, il auroit conservé l'héritage dans sa forme : il n'y auroit pas bâti de maison, et il n'auroit pas été exposé à l'accident que le preneur a souffert.

142. Ces termes *en aussi bon état et valeur*, signifient que l'héritage doit être ou dans la même forme, ou dans une forme aussi fructueuse; mais ils ne signifient pas qu'il doit être aussi précieux qu'il l'étoit lors de la prise. Une maison qui étoit neuve lorsqu'elle a été baillée à rente, n'est pas si précieuse qu'elle l'étoit lors du bail, lorsqu'on

la déguerpit cent ans après. Une vieille maison ne pouvant pas être aussi précieuse et de même valeur qu'une neuve, le déguerpissement néanmoins en est valable, pourvu qu'elle ait été bien entretenue, et qu'elle soit en bon état de réparations; *Loyseau, v. ch. 5, n. 2.*

143. Il ne suffiroit pas à celui qui veut déguerpir, d'offrir la somme à laquelle seroient estimées les dégradations. Les coutumes l'obligent précisément à remettre l'héritage en bon état, avant que de pouvoir le déguerpir. En vain opposeroit-on la maxime, *Nemo potest cogi ad factum* : elle n'est vraie que lorsque c'est par voie d'action qu'on demande à quelqu'un qu'il fasse quelque chose; mais le déguerpissant peut, par voie d'exception, être exclus de la faculté de déguerpir, que la loi lui accorde, jusqu'à ce qu'il ait satisfait précisément aux conditions qu'elle lui impose.

144. Lorsque le déguerpissant ou ses auteurs ont, depuis le bail à rente, imposé des servitudes sur l'héritage, *Loyseau, liv. 5, ch. 3, n. 6*, décide qu'il doit les racheter avant que de pouvoir être reçu au déguerpissement : autrement il ne rendroit pas l'héritage en aussi bon état qu'il étoit lors du bail, puisqu'au lieu d'un héritage libre qui lui a été baillé, il rendroit un héritage chargé de servitude.

Ne pourroit-on pas dire que le déguerpissement éteint ces servitudes, par la règle, *Solutio jure dantis, solvitur jus accipientis*? Non : car cette règle n'a lieu que lorsque le droit de celui qui a imposé la servitude se résout *ex causâ necessariâ*; mais le déguerpissement qui résout le droit du déguerpissant est purement volontaire.

Si ceux à qui appartiennent les droits de servitude n'en vouloient pas souffrir le rachat; comme le déguerpissant ne doit pas être obligé à l'impossible, *Loyseau, ibidem*, décide qu'il suffit en ce cas qu'il offre l'estimation de ce dont l'héritage qu'il déguerpit en est déprécié.

145. A l'égard des hypothèques que le déguerpissant ou ses auteurs ont imposées sur l'héritage, le déguerpissant n'est point obligé de les purger, le créancier de la rente foncière à qui le déguerpissement est fait, ayant un moyen

de s'en défendre; car le preneur et ses successeurs n'ayant pu hypothéquer l'héritage que jusqu'à concurrence de sa plus-value au-delà de la rente, le bailleur ou son successeur, créancier de la rente, qui est rentré dans l'héritage qui lui a été déguerpi, peut obtenir le congé des demandes hypothécaires des créanciers, si mieux n'aiment les créanciers hypothécaires se charger de faire vendre l'héritage à la charge de la rente, sans que le bailleur ou son successeur soit tenu d'aucuns frais.

146. Le déguerpissement se faisant pour l'intérêt de celui qui déguerpit, doit se faire à ses frais, c'est pourquoi si celui à qui le déguerpissement est fait n'a fait aucune mauvaise contestation, le déguerpissant doit être condamné aux dépens.

ARTICLE V.

Des conditions sous lesquelles le tiers détenteur qui a acquis à la charge de la rente, ou qui en a eu connoissance, est reçu au déguerpissement.

147. Il n'est pas douteux que le tiers détenteur de l'héritage chargé d'une rente foncière, qui l'a acquis à la charge de la rente, ou qui en a connoissance, doit, pour être reçu au déguerpissement, payer tous les arrérages courus depuis son acquisition, et le terme ensuivant, puisqu'il les doit personnellement.

Il n'est pas douteux, par la même raison, qu'il doit réparer toutes les dégradations survenues depuis son acquisition, par son fait ou par sa faute.

148. Il y a plus de difficulté à l'égard des arrérages courus avant son acquisition; il n'en est tenu qu'hypothécairement, et non personnellement, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 90. Il semble donc qu'en déguerpissant l'héritage, il ne doit pas être tenu de les acquitter. Par la même raison, il sembleroit qu'il ne devoit pas être tenu des dégradations faites à l'héritage avant son acquisition, puisqu'elles ne proviennent ni de son fait, ni de sa faute, et qu'il n'est pas tenu des obligations de son auteur, à qui il n'a succédé qu'à titre singulier.

Néanmoins Loyseau, *liv. 5, chap. 4, n. 7 et suiv.*, et

chap. 7, n. 4 et suiv., enseigne que ce tiers détenteur ne doit être reçu au déguerpissement qu'en payant tous les arrérages, même ceux échus avant son acquisition, et en remettant l'héritage en aussi bon état qu'il étoit lors du bail, quoique les dégradations soient survenues avant son acquisition; il faut enfin qu'il décharge ou indemnise le créancier de la rente, des servitudes et charges imposées depuis le bail sur l'héritage déguerpi, quoique ce ne soit pas lui, mais ses auteurs qui les aient imposées.

Le principe sur lequel se fonde Loyseau, est que ce tiers détenteur s'étant volontairement obligé à la continuation de la rente foncière, en acquérant l'héritage à la charge ou avec la connoissance de la rente, il ne peut s'en décharger que de deux manières, ou en aliénant sans fraude l'héritage à quelqu'un qui en soit chargé à sa place, ou en faisant le déguerpissement de l'héritage.

Mais ce déguerpissement ne peut se faire que sous les conditions sous lesquelles la loi permet de le faire; et la principale est, que le bailleur ou ses successeurs créanciers de la rente foncière, auxquels se fait le déguerpissement, soient rendus indemnes. Or, ils ne le seroient pas, si l'héritage ne leur étoit pas rendu en aussi bon état qu'il étoit lors du bail, à moins que la dégradation ne fût survenue par une force majeure que le bailleur eût également soufferte, s'il n'eût pas donné à bail l'héritage. Pareillement le bailleur ou ses successeurs ne seroient pas indemnes, s'ils n'étoient pas payés de tous les arrérages courus depuis le bail, qui doivent leur tenir lieu des fruits qu'ils auroient eus, si le bail n'eût pas été fait.

Loyseau autorise son opinion de l'ordonnance de 1440, *art. 20*, qui, sans distinguer les tiers détenteurs et les héritiers des preneurs, dit indistinctement que les propriétaires des maisons chargées de rente seront reçus à y renoncer en les délaissant en l'état qu'elles étoient *au temps de la prise*.

Il se fonde pareillement sur les textes des coutumes d'Anjou, du Maine, du Poitou, qui ont traité *ex professo* de la matière des dépenses ou déguerpissements: or ces coutumes,

sans faire aucune distinction entre les héritiers du preneur et les tiers détenteurs, exigent pour condition du déguerpissement, qu'on paie *tous les arrérages dus et échus*, sans distinguer s'ils sont échus du temps de la possession du déguerpissant, ou auparavant.

Il y a lieu de penser que dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, on y doit suivre ce sentiment de Loyseau.

149. Mais notre coutume d'Orléans, *art. 154*, paroît avoir embrassé un sentiment contraire. Elle dit que le tiers détenteur pourra renoncer à l'héritage, *pourvu qu'il ait payé les arrérages du cens et autres redevances qui sont dues et échues pendant et durant le temps que ledit détenteur aura tenu l'héritage*. Donc, elle ne l'oblige pas à payer ceux échus auparavant : *Inclusio unius est exclusio alterius*.

En doit-on conclure que dans notre coutume d'Orléans, le tiers détenteur qui a acquis à la charge de la rente et qui déguerpit, n'est pas non plus tenu des dégradations survenues dans l'héritage, par le fait ou la faute de ses auteurs, avant son acquisition? Je ne le pense pas; car c'est un principe que le bailleur ou son successeur à qui le déguerpissement est fait, doit être rendu indemne. Il faut donc lui rendre l'héritage en aussi bon état qu'il étoit au temps du bail : il ne seroit pas indemne si le déguerpissant, pour les dégradations faites avant son acquisition, pouvoit le renvoyer contre ceux qui les ont faites, que souvent on ne connoit plus. Si notre coutume n'assujettit pas le tiers détenteur qui déguerpit, à payer les arrérages courus avant son acquisition, c'est qu'il a paru à notre coutume qu'en cela il ne fait pas de tort au créancier de la rente, à qui il étoit facile de se faire payer par ceux qui les devoient; que c'est la faute de ce créancier de ne s'en être pas fait payer, et que *quod quis culpâ suâ damnum sentit, non videtur sentire*. Mais il ne lui étoit pas également facile d'empêcher les dégradations faites par les prédécesseurs du déguerpissant.

150. Il nous reste une question au sujet du tiers déten-

teur qui a acquis à la charge de la rente, qui est de savoir si ce détenteur qui, pour déguerpir, a été obligé de réparer les dégradations faites par ses auteurs, a recours contre ceux qui les ont faites, pour en être par eux acquitté. Loyseau, *ch. 4, n. 20*, tient la négative. La raison est, que l'héritage lui été vendu dans l'état qu'il étoit lors du contrat. L'héritage lui ayant été vendu à la charge de la rente, le déguerpissement qu'il en a fait pour s'en décharger est volontaire; les conditions de ce déguerpissement sont des charges auxquelles il s'est volontairement soumis, et dont son vendeur ne s'est pas obligé de le garantir.

Il n'en est pas de même des arrérages de la rente courus avant son acquisition, et qu'il a payés. Son vendeur, en le chargeant de la rente, ne l'en a chargé que pour l'avenir; il est tenu de l'acquitter des arrérages du passé, quand même il n'auroit pas déguerpi.

151. Loyseau propose encore cette question : Dans les coutumes qui requièrent pour condition du déguerpissement le paiement de tous les arrérages, même de ceux courus et échus avant la possession du détenteur qui déguerpi, si le créancier de la rente a accepté le déguerpissement sans se faire payer desdits arrérages, conserve-t-il l'action pour les demander, non seulement contre les auteurs de ce détenteur qui en sont personnellement tenus, lesdits arrérages ayant couru de leur temps, mais même contre le détenteur qui a déguerpi? Loyseau, *V, chap. 9, n. 7*, décide pour l'affirmative. La raison est, que les coutumes ayant obligé le détenteur à payer lesdits arrérages lorsqu'il veut déguerpir, il s'est, en déguerpissant, soumis à cette condition, et il a contracté l'obligation de les payer. Le créancier, en acceptant le déguerpissement sans s'en faire payer, ne doit pas être censé pour cela l'en avoir déchargé, mais plutôt lui avoir accordé terme pour les payer, personne ne devant être facilement présumé vouloir donner et remettre ce qui lui est dû. Il est vrai que le créancier auroit fait prudemment, s'il en eût fait réserve; mais un défaut de réserve n'emporte pas remise de ce qui est dû. Voyez notre *Traité des Obligations, n. 615*.

152. Tout ce que nous avons dit dans cet article, du tiers détenteur qui a acquis à la charge de la rente, doit s'appliquer à celui qui ayant acquis sans charge ni connoissance de la rente, s'y est depuis volontairement soumis par un titre nouvel qu'il en a passé.

ARTICLE VI.

A quoi est obligé le tiers détenteur qui déguerpit, lorsqu'il n'a pas eu connoissance de la rente.

153. Il faut, à l'égard de ce détenteur, distinguer deux cas : le premier est celui auquel il n'a pas eu connoissance de la rente jusqu'au temps de la demande donnée contre lui ; le second, celui auquel la connoissance de la rente lui est survenue depuis son acquisition, et avant la demande.

§. I. Premier cas.

Lorsque le tiers détenteur assigné pour reconnoître la rente dont son héritage est chargé, produit son contrat d'acquisition, par lequel il n'est pas chargé de la rente, et qu'on ne peut d'ailleurs lui justifier qu'il en ait eu connoissance, ni lors du contrat, ni même depuis, il est réputé avoir eu, jusqu'au temps de la demande donnée contre lui, un juste sujet de croire que l'héritage lui appartenait sans aucune charge de la rente, et en conséquence avoir eu, en sa qualité de possesseur de bonne foi, le droit de percevoir les fruits sans aucune déduction de la rente. C'est par cette raison que les coutumes l'admettent à déguerpir l'héritage sans payer les arrérages de la rente, même ceux de son temps ; *Paris, art. 102 ; Orléans, art. 409, etc.*

154. Par la même raison, il peut déguerpir l'héritage en l'état auquel il se trouve, sans qu'il soit tenu des dégradations, quand même elles procéderaient de son fait : car il a pu mésuser d'un héritage dont il croyoit de bonne foi avoir la pleine propriété : *Qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est ; l. 31, §. 3, ff. de petit. hered.*

Néanmoins si ces dégradations étoient des dégradations dont il eût profité, comme s'il avoit abattu des futaies pour les vendre, s'il avoit démolé des bâtimens dont il eût vendu

les matériaux, il seroit tenu de rendre les sommes dont il a profité.

155. Ces décisions doivent avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, même dans celles qui disent indistinctement que celui qui déguerpit doit payer les arrérages, et remettre l'héritage en bon état; car elles doivent s'entendre du déguerpissement que quelqu'un fait pour se libérer de l'obligation qu'il a déjà contractée de payer la rente à la charge de laquelle ou avec la connoissance de laquelle il a acquis l'héritage, ou à la prestation de laquelle il s'est soumis par un titre nouvel; non du déguerpissement qui se fait pour éviter de contracter cette obligation; *Loyseau*, v, 4, 11.

156. Il n'est pas douteux que le détenteur qui produit son contrat d'acquisition, par lequel il n'a pas été chargé de la rente, est réputé n'en avoir pas eu connoissance, si on ne le lui justifie.

Mais si le détenteur qui prétend n'avoir pas été chargé et n'avoir pas eu connoissance de la rente, n'avait pas par-devers lui son contrat, suffiroit-il qu'il offrit d'affirmer qu'il ne l'a pas, et que ce n'est point par dol qu'il a cessé de l'avoir, pour être cru à dire qu'il n'a pas eu connoissance de la rente, et en conséquence être admis à déguerpir sans payer les arrérages? *Loyseau*, v, chap. 10, n. 15, ne décide pas la question, et dit qu'elle fait difficulté. Je ne croirois pas qu'il dût y être admis: car la coutume ayant accordé cette faculté de déguerpir au débiteur qui a acquis *sans charge de la rente*, c'est à ce débiteur qui veut user de cette faculté, à prouver, par le rapport de son titre d'acquisition, qu'il est dans le cas de la coutume. Si le titre par lequel l'acquéreur n'est pas chargé de la rente établit sa bonne foi, le défaut de titre doit au contraire faire soupçonner sa mauvaise foi.

157. Pour que le tiers détenteur de bonne foi soit dispensé, en déguerpissant, du paiement des arrérages et de la réparation des dégradations, il faut qu'il déguerpisse *avant contestation en cause*; Paris, art. 102; Orléans, art. 412.

Est-il pareillement nécessaire qu'il ait auparavant sommé en garantie son vendeur qui lui a vendu l'héritage sans déclarer la rente dont il est chargé ? La raison de douter est, que les coutumes, aux articles ci-dessus cités, disent, *après qu'il a sommé le garant, lequel lui défaut de garantie.* Néanmoins Loyseau, *liv. 5, chap. 1, n. 25; chap. 10, n. 2*; décide fort bien que le déguerpissement est valablement fait, quoique le détenteur n'ait pas sommé en garantie son vendeur. Cette sommation est tout-à-fait étrangère au créancier : il n'y a point d'intérêt, et ne peut en opposer le défaut au détenteur qui a déguerpi. Les coutumes, par ces termes, *après qu'il a sommé, etc.*, n'ont pas entendu prescrire au déguerpissant une condition pour rendre son déguerpissement valable, mais seulement lui donner un conseil. En effet, le détenteur a grand intérêt d'appeler son garant avant le déguerpissement : car si après avoir fait son déguerpissement, qui a été accepté par le créancier de la rente, le détenteur assigne son vendeur en garantie aux fins de restitution du prix de l'héritage, et de ses dommages et intérêts, le vendeur pourra lui opposer qu'il a déguerpi mal à propos l'héritage, qu'il soutiendra valoir beaucoup plus que la rente. Si faute de vous avoir déclaré la rente, lui dira le vendeur, il y a lieu à la résolution du contrat, et si je suis en conséquence tenu de vous rendre le prix, vous êtes, de votre côté, tenu de me rendre l'héritage; et faute par vous de me le rendre, vous étant mis par votre fait hors d'état de pouvoir me le rendre en le déguerpissant sans m'appeler, vous ne pouvez plus demander la résolution du contrat, mais seulement le *quanto minoris*, c'est-à-dire, la somme qu'on estimera que cet héritage valoit de moins, par rapport à la charge de la rente, qu'il n'a été vendu.

158. Lorsque le détenteur ne déguerpit qu'après la contestation en cause, la coutume de Paris, *art. 105*, et celle d'Orléans, *art. 409*, l'obligent à payer tous les arrérages courus depuis le temps de sa détention; non pas néanmoins absolument, mais seulement jusqu'à concurrence des fruits qu'il a perçus. C'est une peine de sa mauvaise contestation.

159. Quoique nos coutumes ne se soient pas expliquées sur les dégradations de son temps, néanmoins, comme l'observe fort bien Loyseau, il doit être tenu, tant desdites dégradations que des arrérages, jusqu'à concurrence des fruits qu'il a percus; l'esprit de ces coutumes étant qu'en peine de sa mauvaise contestation, il ne puisse rien retenir des fruits aux dépens du créancier de rente foncière.

160. Il y a contestation en cause par le premier appointement au règlement qui intervient après les défenses fournies; Paris, *art. 140*; Orléans, *art. 411*; *ordonnance de 1667, tit. 14, art. 13*. Lorsque l'instance, depuis la contestation, est tombée en péremption, c'est comme s'il n'y avoit pas eu de contestation en cause; car la péremption détruit tout l'effet de l'instance.

161. Si l'acquéreur qui ne déguerpit qu'après contestation en cause, est tenu de tous les arrérages de son temps jusqu'à la concurrence des fruits, à plus forte raison en est tenu celui qui ne déguerpit qu'après la sentence définitive qui l'a condamné à reconnoître la rente; ce qui a lieu quand même cette sentence n'auroit été précédée d'aucun appointement d'instruction, la cause étant en ce cas contestée en même temps qu'elle est définitivement jugée.

162. Loyseau va plus loin: il soutient, *liv. 5, chap. 11, n. 13 et suiv.*, que celui qui ne déguerpit qu'après la sentence est tenu de tous les arrérages de son temps, non pas seulement comme celui qui déguerpit après la contestation, lequel n'en est tenu que jusqu'à concurrence des fruits qu'il a percus; mais qu'il en est tenu absolument, parce que la condamnation le rend débiteur personnel de ces arrérages, *quum in judiciis quasi contrahamus, et ex judicio obligemur*.

Ce sentiment de Loyseau n'a pas été suivi. Bacquet, en son *Traité des Droits de Justice, chap. 21, n. 201*, rapporte deux arrêts qui ont jugé le tiers détenteur recevable à déguerpir après un arrêt de condamnation, sans être tenu des arrérages, en comptant des fruits. Bouguier en rapporte un semblable, rendu *consultis classibus*: voyez *Lalande, sur l'art. 410*. La réponse à la raison de Loyseau

est, que le détenteur étant condamné en sa qualité de détenteur, est censé condamné à reconnoître la rente, et à en payer les arrérages, sous l'alternative, *si mieux il n'aime délaïsser l'héritage*, qui doit toujours être sous-entendue dans le jugement de condamnation.

163. Lorsque la sentence de condamnation a été rendue par défaut contre le détenteur qui y a été depuis reçu opposant, cette sentence étant détruite par l'opposition, c'est comme si elle n'avoit point été rendue. C'est pourquoi si elle n'a été précédée d'aucun appointement d'instruction, le déguerpissement fait depuis cette sentence sera censé fait avant contestation.

§. II. Second cas.

164. Lorsque le tiers détenteur a acquis sans charge de la rente, et sans en avoir eu connoissance lors de son acquisition; si cette connoissance lui est survenue depuis, avant la demande donnée contre lui, il est incontestable que depuis le temps que cette connoissance lui est survenue, il n'a pu posséder l'héritage qu'à la charge de la rente; qu'il en doit les arrérages depuis ce temps, et qu'il ne peut être reçu à déguerpir l'héritage sans les payer.

Loyseau va plus loin, *liv. 5, chap. 10, n. 26*: il prétend que ce détenteur, lorsqu'il déguerpit, est tenu de payer tous les arrérages, non seulement depuis que la connoissance de la rente lui est survenue, mais même tous ceux courus depuis sa détention: car, dit Loyseau, si la contestation en cause, qui n'est que *ficta mala fides*, oblige celui qui a déguerpi après avoir contesté, à payer tous les arrérages depuis sa détention, au moins jusqu'à la concurrence des fruits qu'il a perçus, à *fortiori* la connoissance qui lui est survenue de la rente, connoissance *quæ est vera mala fides*, doit-elle l'obliger au paiement de tous les arrérages. Elle doit même, suivant Loyseau, l'y obliger absolument, et non pas seulement jusqu'à la concurrence des fruits: car la mauvaise foi en laquelle il a été constitué par la connoissance qui lui est survenue, et qu'il a dissimulée, doit avoir à cet égard plus d'effet que la mauvaise foi qui n'est que feinte, et qui ne résulte que de la litiscontestation. Co

sentiment de Loyseau ne me paroît pas suffisamment fondé. Il me semble qu'on peut répondre que si le détenteur qui ne déguerpit qu'après la litiscontestation est tenu de payer tous les arrérages depuis sa détention jusqu'à concurrence des fruits, ce n'est pas parce que la litiscontestation est *facta mala fides*, cette raison seule ne devant l'obliger qu'au rapport des fruits du jour de la demande; mais c'est en punition de la téméraire contestation : or les peines ne doivent pas être étendues hors du cas pour lequel elles ont été prononcées.

165. Il reste à observer que la connoissance de la rente, pour obliger le détenteur à la payer, doit être bien plus formelle lorsqu'elle ne survient que depuis son acquisition, que lorsqu'il l'avoit avant son acquisition; car en ce cas il devoit s'en éclaircir avant que d'acquérir. Mais ayant une fois acquis de bonne foi sans aucune connoissance de la charge de la rente, il n'est pas obligé de s'y soumettre, à moins qu'on ne la lui fasse connoître bien clairement.

La copie que le créancier de la rente a donnée de ses titres en tête d'une demande qu'il a faite contre le détenteur, et qu'il a depuis laissé tomber en péremption, n'est pas censée avoir donné au détenteur une suffisante connoissance de la rente : car il a eu sujet de croire qu'il y avoit quelque défaut dans ces titres, et que la demande n'étoit pas fondée, puisque le demandeur l'a abandonnée; *Loyseau, liv. 5, chap. 1, n. 27 et 28.*

ARTICLE VII.

De l'effet du déguerpissement.

§. I. De l'effet du déguerpissement à l'égard de celui qui déguerpit.

166. Le déguerpissement opère la résolution du bail à rente. Par le bail, le bailleur avoit aliéné et transféré au preneur et à tous ses successeurs, tant à titre singulier qu'à titre universel, le droit de propriété de l'héritage baillé à rente, à la charge de la rente imposée par le bail sur ledit héritage. Le déguerpissement, par l'abandon que le déguerpissant fait de l'héritage, éteint ce droit de propriété, et l'alié-

nation que le bailleur en avoit faite : il éteint en conséquence la rente à la charge de laquelle l'héritage avoit été baillé.

167. Le déguerpissement n'opère la résolution du bail à rente que pour l'avenir : il n'en opère pas la rescision et l'anéantissement, et il n'empêche pas qu'il ne paroisse avoir subsisté pour le passé. C'est pourquoi les profits seigneuriaux auxquels le bail à rente a donné ouverture, sont dus, quoique le preneur ait déguerpi.

168. L'effet du déguerpissement n'est pas seulement de libérer de la rente féodiale celui qui déguerpi ; il fait revivre les droits de servitudes ou d'hypothèques que le déguerpissant avoit dans l'héritage déguerpi, lors du bail ou de l'acquisition qu'il a faite de l'héritage.

Cette décision ne souffre pas de difficulté, lorsque celui qui déguerpi est un tiers détenteur qui a acquis sans la charge de la rente. La demande donnée contre lui pour reconnoître la rente sur laquelle il a fait le déguerpissement, renfermant une éviction, l'acquisition qu'il a faite de l'héritage n'a pas été une acquisition irrévocable, et n'a pu produire une confusion irrévocable des droits qu'il avoit dans l'héritage.

Il y a plus de difficulté lorsque le déguerpissement est fait par le preneur ou par un acquéreur qui a acquis à la charge de la rente ; leur déguerpissement est purement volontaire, et ne peut passer pour une éviction. On ne peut pas dire que l'acquisition qu'ils ont faite de l'héritage n'ait pas été irrévocable, puisqu'il n'a tenu qu'à eux de le retenir sous les conditions sous lesquelles ils l'ont acquis, et par conséquent elle a dû opérer une confusion irrévocable des droits qu'ils avoient dans l'héritage.

Néanmoins Loyseau, vi, 4, décide indistinctement à l'égard de tous ceux qui déguerpissent, soit qu'ils soient preneurs, soit qu'ils soient tiers détenteurs à la charge ou sans charge de la rente, que leur déguerpissement fait revivre les droits réels qu'ils avoient dans l'héritage lors de l'acquisition qu'ils en ont faite. Il prétend que par l'acquisition, quoique parfaite et irrévocable, que quelqu'un fait d'un héritage, il se fait une suspension plutôt qu'une ex-

inction absolue des droits réels qu'il y avoit, et que les règles, *Nemini res sua servit, Nemini res sua pignori esse potest*, sur lesquelles on veut établir la confusion desdits droits, doivent s'entendre en ce sens, *quandiu est sua*.

Pour éclaircir ce principe de Loyseau, on peut dire que lorsque j'acquiers un héritage dans lequel j'ai quelque droit réel, comme de servitude ou de rente foncière, ce droit que j'avois s'éteint à la vérité, quant à la forme qu'il avoit de droit de servitude ou de droit de rente foncière, ne pouvant avoir ce droit sous cette forme dans ma propre chose; mais le fond de ce droit subsiste dans une autre forme, savoir, comme étant devenu une partie du droit de domaine que j'ai acquis de cet héritage, auquel droit de domaine s'est réuni ce droit que j'y avois.

Par exemple, si j'avois un droit de rente foncière de 10 liv. sur votre héritage, et que vous m'avez fait bail de cet héritage pour 20 liv. de rente, le droit de 10 liv. de rente que j'y avois ne peut plus subsister en sa forme de rente foncière. Je ne perds pas néanmoins ce droit que j'avois, il ne fait que changer de forme: car je conserve le droit que j'avois de tirer de cet héritage 10 liv. par chacun an, non pas à la vérité comme une rente, ni à titre de rente, mais *jure domini*. Le droit de domaine que vous aviez, et que j'ai acquis de vous par le bail à rente que vous m'avez fait, ne renfermoit que le droit de percevoir l'utilité de cet héritage, sous la déduction de 10 liv. par chacun an de rente, dont il étoit déjà chargé envers moi. Si depuis le bail j'ai droit de percevoir ces mêmes 10 liv. par an avec le surplus, ce n'est pas en vertu du droit que j'ai acquis par le bail, qui ne renfermoit pas celui de percevoir ces 10 liv., mais en vertu du droit que j'avois dès auparavant, lequel, de droit de rente foncière qu'il étoit, s'est transformé en droit de domaine, en se réunissant au droit de domaine que j'ai acquis par ce bail. C'est pourquoi lorsque je déguerpis l'héritage, ne devant déguerpir que ce que j'ai acquis par le bail, je ne dois le déguerpir que sous la déduction de 10 liv. par an que j'avois droit d'y percevoir avant le bail, lequel droit devenant séparé du droit de domaine que j'ab-

dique par le déguerpissement, reprend sa première forme de droit de rente foncière qu'il avoit avant le bail.

Contre le principe de Loyseau, qui est que ces règles, *Res sua nemini servit*, *Res sua nemini pignori esse potest*, doivent s'entendre en ce sens, *quandiu est sua*, on opposera que les droits de rente, de servitude ou d'hypothèque que j'avois dans un héritage dès avant que de l'acquérir, ne revivent pas lorsque je l'aliène. La réponse est, que lorsque j'aliène un héritage, soit à titre de vente, soit à titre de donation, soit à quelque autre titre que ce soit, j'entends transférer à l'acheteur ou au donataire tout le droit que j'y ai lors de l'aliénation que j'en fais, sans en rien retenir : je ne dois donc pas retenir en ce cas les droits que j'y avois avant mon contrat d'acquisition. Mais lorsque je le déguerpis, je ne suis censé renoncer qu'au droit que j'y ai acquis par le bail qui m'en a été fait, et je dois par conséquent retenir les droits que j'y avois avant le bail.

On oppose encore contre le principe de Loyseau la loi 17, ff. *quib. mod. usufr. amitt.*, qui même dans le cas d'une résolution nécessaire du droit de propriété d'un héritage qu'avoit acquis celui qui en avoit auparavant l'usufruit, décide que le droit d'usufruit qu'il avoit avant son acquisition ne revit pas. Loyseau répond fort bien que la décision de cette loi est particulière pour le droit d'usufruit, qui, par le droit romain, se perdoit facilement; et Dumoulin enseigne que cette loi ne doit pas être suivie parmi nous.

On ne peut pas non plus tirer argument contre le principe de Loyseau, de la loi 17, ff. *his quib. ut ind.*, la décision de cette loi étant en haine de l'indignité de l'héritier.

169. Il reste à observer que les droits qu'avoit le déguerpissant, dans l'héritage qu'il déguerpit, et qui revivent par son déguerpissement, ne sont sujets à aucune prescription pendant tout le temps de la possession de ce déguerpissant, pendant laquelle ils ont été confondus, ou plutôt suspendus; car il ne pouvoit dans ce temps agir contre lui-même; *et contra non valentem agere non currit prescriptio*. D'ailleurs il jouissoit de ces droits, quoique sous une autre forme; Loyseau, *ibid.*, n. *fin.*

§. II. De l'effet du déguerpissement à l'égard de celui à qui il est fait.

170. Le déguerpissement n'est pas une cession; c'est un simple abandon de l'héritage, que celui qui le fait dénonce judiciairement au créancier de rente foncière.

C'est pourquoi le déguerpissement ne transfère pas *per se* au créancier de rente foncière la propriété de l'héritage déguerpi; mais il lui donne seulement la faculté d'y rentrer, et d'en recouvrer la propriété que lui ou ses auteurs avoient avant le bail, s'il veut accepter le déguerpissement.

171. Ce n'est que par l'acceptation que le créancier de la rente foncière fait du déguerpissement, qu'il acquiert le droit de rentrer dans l'héritage déguerpi. C'est pourquoi, avant cette acceptation, il est au pouvoir de celui qui a déguerpi, de signifier une révocation de son déguerpissement, et de reprendre son héritage; *Loyseau, vi, ch. 1, n. fin.*

172. Jusqu'à ce que le créancier de rente foncière ait accepté le déguerpissement, et soit rentré dans l'héritage qui lui a été déguerpi, cet héritage déguerpi est un bien qui n'a pas encore de maître. Ce créancier n'en est pas encore redevenu le propriétaire; mais il a le droit de le redevenir; et ce droit qu'il a de rentrer dans l'héritage déguerpi suffit pour que l'héritage, même avant qu'il y soit effectivement rentré, ne puisse être considéré comme un bien absolument vacant, et pour empêcher le seigneur haut-justicier de pouvoir en conséquence s'en emparer, au préjudice du créancier de la rente foncière, quand même il offriroit de se charger de la rente.

173. Le déguerpissement n'est pas, à l'égard du créancier de rente foncière à qui il a été fait, et qui l'a accepté, un titre d'acquisition, et il ne donne pas par conséquent ouverture aux droits seigneuriaux. Le créancier, en acceptant le déguerpissement, rentre dans l'héritage par la résolution de l'aliénation que lui ou ceux aux droits desquels il est, en avoient faite, plutôt qu'il ne l'acquiert. De là il suit que les gens de main-morte qui sont rentrés dans un héritage qui leur a été déguerpi pour une rente foncière qu'ils s'y étoient retenue lorsqu'ils l'ont baillé à rente, ne peuvent, pour

raison de ce, être contraints par le seigneur de qui l'héritage relève, d'en vider leurs mains, ni d'en payer indemnité; car en y rentrant, ce n'est pas une nouvelle acquisition qu'ils font de cet héritage. Il suit pareillement de là qu'ils ne contreviennent point à l'édit de 1749, en rentrant dans les héritages qu'on leur déguerpi.

174. Lorsque celui qui a déguerpi n'étoit possesseur que d'une partie de l'héritage baillé à rente, le créancier de la rente qui a accepté le déguerpissement, et qui est rentré dans cette partie de l'héritage, fait extinction de la rente pour une partie proportionnée à la partie de l'héritage dans laquelle il est rentré. Par exemple, si un héritage de cent arpents a été baillé à rente à quatre preneurs pour 100 livres de rente, et que l'un des preneurs ait déguerpi les vingt-cinq arpents qu'il possédoit, qui font le quart de l'héritage, le créancier de rente foncière, en rentrant dans la partie déguerpie, aura éteint la rente pour un quart, et il n'en sera dû par les trois autres que 75 liv.

175. En seront-ils tenus solidairement? J'ai trouvé les avis partagés sur cette question. Il y en a qui pensent que le créancier qui rentre dans la portion qui lui est déguerpie, perd entièrement la solidité contre les détenteurs des autres portions, et qu'il ne peut plus demander à chacun d'eux la rente que pour la portion dont ils étoient chacun tenus entre eux. Par exemple, dans l'espèce proposée, le créancier qui est rentré dans le quart de l'héritage sujet à la rente, qui lui a été déguerpi, ne pourra plus, suivant cette opinion, demander que le quart de sa rente à chacun des trois autres détenteurs qui possèdent chacun le quart de l'héritage baillé à rente.

Je pense, au contraire, que le créancier peut en ce cas agir solidairement contre chacun des trois autres détenteurs, sous la déduction seulement du quart dont étoit tenu celui qui a déguerpi sa portion; comme aussi dans le cas où quelqu'une des autres portions se trouveroit caduque, sous la déduction de la part dont celui qui a déguerpi auroit été tenu de la caducité de cette portion. La raison de mon opinion est, que les autres détenteurs ne peuvent prétendre

autre chose, sinon que l'acceptation que le créancier a faite de la portion qui lui a été déguerpie, ne leur préjudicie pas, et que leur condition soit la même, et ne soit pas plus mauvaise qu'elle n'eût été si le déguerpissement n'eût pas été fait. Or il suffit pour cela que le créancier, en agissant solidairement contre chacun d'eux, leur fasse les déductions susdites : car quand même le déguerpissement n'eût pas été fait, quand même celui qui a déguerpi le quart qu'il avoit dans l'héritage, en seroit encore détenteur, chacun des autres détenteurs, en payant le total de la rente, et en se faisant subroger aux droits du créancier, n'auroit pas eu contre ce déguerpissant un recours solidaire, mais seulement pour son quart, et pour la part qu'il eût dû porter des caducités, s'il s'en fût trouvé quelque'une, comme nous l'avons établi *suprà*, n. 89. Le créancier, en agissant solidairement contre chacun des autres détenteurs, sous la déduction desdites parts, ne leur fait donc aucun tort. Par la déduction qu'il leur fait, il les indemnise parfaitement du recours que le déguerpissement leur a fait perdre; ce qui doit leur suffire: car si le déguerpissement ne doit pas rendre leur condition plus mauvaise, il ne doit pas non plus la rendre meilleure au préjudice des droits du créancier.

Ce principe sert à répondre à toutes les raisons sur lesquelles se fondent ceux qui prétendent que le créancier, en rentrant dans la portion qui lui a été déguerpie, ou en acquérant cette portion, à quelque titre que ce soit, perd entièrement la solidité contre les autres détenteurs des autres portions. Ils disent, 1^o que le créancier ne peut, en rentrant dans cette portion, rendre la condition des détenteurs des autres portions plus mauvaise. Nous convenons du principe; mais nous venons d'établir que pour qu'elle ne fût pas plus mauvaise, il n'étoit pas besoin de priver le créancier entièrement de son droit de solidité, et qu'il suffisoit que le créancier, en agissant solidairement, fit les déductions que nous avons ci-dessus expliquées. Ils disent, 2^o que le créancier n'ayant le droit de solidité contre chacun des détenteurs qu'à la charge de céder ses actions contre les autres détenteurs, il ne peut plus l'avoir lorsque

par son fait, en rentrant dans la portion déguerpie, il s'est mis hors d'état de pouvoir céder ses actions pour cette portion, et a privé celui contre qui il agit solidairement, du recours qu'il devoit avoir sur cette portion en payant le total. La réponse est, que cela ne doit obliger le créancier qu'à indemniser ce détenteur, du recours que lui avoit procuré la cession des actions sur la portion dans laquelle le créancier est rentré. Or il en est suffisamment indemnisé par les déductions que nous avons dit que le créancier devoit en ce cas lui faire; et rien ne doit empêcher le créancier de pouvoir demander, sous ces déductions, à chacun des autres détenteurs, le total des arrérages qui lui sont dus, chacun d'eux en étant débiteur personnel pour le total.

Cette question que nous venons de proposer dans le cas auquel le créancier de la rente est rentré dans une portion de l'héritage sujet à la rente qui lui a été déguerpie, peut être pareillement proposée dans tous les cas auxquels le créancier de la rente seroit devenu, de quelque manière que ce soit, propriétaire de quelque portion de l'héritage sujet à la rente, soit par succession, soit par acquisition à titre singulier; et elle doit, dans tous les cas, être décidée de la même manière, y ayant parité de raison.

176. Le créancier de la rente à qui l'un des possesseurs a déguerpi la portion de l'héritage qu'il possédoit, peut, en refusant ce déguerpissement, conserver sa rente entière contre les autres possesseurs qui n'ont pas déguerpi. Il doit pour cela leur dénoncer le déguerpissement qui lui a été fait, et le refus qu'il fait de l'accepter, et leur déclarer qu'il les subroge en ses droits, pour qu'ils se mettent en possession de la partie déguerpie, dans laquelle chacun d'eux doit avoir une portion proportionnée à la part dont ils sont tenus entre eux de la rente.

177. Lorsque le déguerpissement est de tout l'héritage qui a été baillé à rente, le créancier de la rente à qui il est fait, peut encore quelquefois avoir intérêt de ne le pas accepter; savoir, lorsqu'il y a d'autres charges plus anciennes que la rente pour laquelle il est déguerpi, auxquelles le créancier à qui il est déguerpi ne peut pas devenir sujet.

Au reste, quoique le créancier de la rente n'accepte pas le déguerpissement qui lui est fait, il ne laisse pas d'être valable vis-à-vis de lui, et de décharger le déguerpissant de la rente dont il étoit tenu envers lui.

178. Lorsqu'il y a plusieurs créanciers de la rente auxquels le déguerpissement est fait, et qu'ils l'acceptent tous, chacun d'eux rentre dans l'héritage pour la même portion qu'il a dans la rente.

Si quelqu'un d'eux refuse, sa portion accroît pour les mêmes portions à ceux qui l'acceptent.

179. Lorsque l'héritage est chargé de plusieurs rentes foncières, si le déguerpissement se fait sur la poursuite du créancier de l'une desdites rentes, ce créancier est préféré pour rentrer dans l'héritage déguerpi, en se chargeant des autres rentes, quand même sa rente ne seroit pas la plus ancienne; *ordonnance de 1441, art. 52; Loyseau, VI, chap. 1, n. 15 et suiv.*

Si c'étoit sur les poursuites de différents créanciers de différentes rentes, celui des poursuivants dont la rente seroit la plus ancienne, devoit être préféré; *ordonnance de 1441, art. 53; Loyseau, ibid.*

180. Lorsque le déguerpissement est un déguerpissement volontaire, fait aux créanciers de plusieurs rentes foncières dont l'héritage est chargé, le créancier de la plus ancienne doit être préféré pour rentrer dans l'héritage déguerpi : mais le créancier de la dernière peut lui déférer le choix, et lui dire : En rentrant dans l'héritage, ou chargez-vous envers moi de ma rente, ou laissez-moi l'héritage, et je vous continuerai la vôtre.

Si le déguerpissement n'avoit été fait qu'au créancier de la dernière rente, il pourroit, à l'exclusion des créanciers des plus anciennes rentes auxquels le déguerpissement n'a pas été fait, rentrer dans l'héritage, en se chargeant des rentes qui leur sont dues.

§. III. Si le déguerpissement a l'effet d'opérer la résolution des droits de servitudes ou d'hypothèques que le preneur ou ses successeurs ont, depuis le bail à rente, accordés à des tiers sur l'héritage déguerpi.

181. Il pourroit sembler que le déguerpissement devoit avoir cet effet : car le déguerpissement opérant la résolution du droit de propriété que le bail à rente a fait acquérir au preneur et à ses successeurs, il semble que cette résolution du droit du preneur devoit entraîner la résolution des droits de ceux qui ne les tiennent que du preneur ou de ses successeurs, suivant cette maxime, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Néanmoins il faut décider avec Loyseau, vi, 5, que les droits de servitudes ou d'hypothèques imposés sur l'héritage par le preneur ou par ses successeurs, ne sont point éteints par le déguerpissement. C'étoit aussi le sentiment de Masuer, *Tract. de locat.* ; et la coutume de la Marche, art. 180, en a une disposition. La raison est que la maxime, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*, n'a lieu que lorsque la résolution se fait *ex causâ necessariâ* : mais elle n'a pas lieu lorsqu'elle se fait *ex causâ voluntariâ*, ne devant pas être au pouvoir, ni de celui qui a imposé ces droits sur les héritages, ni de ses successeurs, de les détruire par son fait, et par une résolution volontaire.

Cette distinction a son fondement dans la loi 3, ff. *quib. mod. pign. solv.*, où il est dit que la résolution du contrat de vente par une condition résolutoire éteint les hypothèques imposées par l'acheteur sur la chose vendue, lorsque la condition n'étoit pas au pouvoir de l'acheteur, telle qu'est celle-ci, *nisi melior conditio intrâ certum diem venditori oblata fuerit* ; mais qu'il en est autrement si la condition étoit au pouvoir de l'acheteur, telle qu'est celle-ci, *nisi emptori res displicuisset*.

C'est suivant cette distinction qu'on décide que la résolution du droit du vassal, par la commise pour cause de désaveu ou de félonie, n'éteint pas les servitudes et hypothèques ; voyez notre *Introduction au Titre des Fiefs de la coutume d'Orléans*, n. 89.

On oppose contre cette distinction la loi 31, ff. *de pign. et hypoth.*, qui décide qu'en cas de commise de l'héritage donné à emphytéose, par défaut de paiement de la redevance, les hypothèques imposées par l'emphytéote s'éteignent. La réponse est, que cela a été décidé ainsi parce qu'il ne tenoit qu'à ce créancier de conserver son hypothèque en allant payer la redevance pour l'emphytéote, sauf à la répéter de lui. On peut faire une pareille réponse à l'objection tirée de ce que nos coutumes décident que le seigneur de fief, pendant la saisie féodale, n'est pas tenu des charges imposées sur le fief par le vassal; car ceux à qui ces droits appartiennent ont une voie pour les conserver, qui est de demander au seigneur main-levée de la saisie, en offrant d'acquitter pour le vassal les droits et devoirs dus au seigneur.

182. Le déguerpissement n'opérant pas la résolution des servitudes, hypothèques et autres charges réelles imposées par le preneur ou ses successeurs sur l'héritage déguerpi, si le bailleur créancier de la rente foncière, à qui l'héritage a été déguerpi, n'a pas, comme il en avoit le droit, exigé que le déguerpissant rachète les servitudes qui avoient été imposées sur l'héritage depuis le bail, et est rentré dans l'héritage, ceux à qui les droits de servitude appartiennent pourront exercer les droits de servitude qui leur appartiennent sur l'héritage; et si le bailleur à qui il a été déguerpi les en empêche, ils pourront l'assigner pour qu'il soit tenu de souffrir lesdites servitudes. Mais, sur cette demande, le bailleur pourra leur signifier qu'il offre de leur abandonner l'héritage pour les droits de servitude qu'ils y ont, à la charge par eux de se charger de la rente pour laquelle l'héritage lui a été déguerpi, ou de se charger de le faire vendre à cette charge, sinon qu'il aura congé de leur demande. Car le preneur ou ses successeurs, de qui ils tiennent leurs droits de servitude, n'ayant eu de droit que dans ce que l'héritage pourroit valoir plus que la rente, il ne peut leur avoir accordé aucun droit que dans cette plus-value, n'ayant pas pu leur en accorder plus qu'il n'en avoit lui-même.

183. Pareillement, sur la demande des créanciers hypothécaires postérieurs au bail, celui à qui l'héritage a été déguerpi peut, en offrant de le leur délaisser, exiger d'eux qu'ils se chargent de le faire vendre, à la charge de la rente pour laquelle il lui a été déguerpi; et faute par eux de s'en charger, il doit avoir congé de leur demande : car le preneur et ses successeurs n'ayant été propriétaires de l'héritage que sous la déduction de la rente, ils n'ont pu accorder d'hypothèques que sur cette plus-value.

184. Si, sur la demande d'un créancier hypothécaire, celui à qui l'héritage a été déguerpi jugeoit à propos de le retenir, et de payer pour cela la cause de l'hypothèque auroit-il recours de garantie contre celui qui lui a fait le déguerpissement? Si la dette qu'il a acquittée étoit une dette dont celui qui a fait le déguerpissement étoit personnellement tenu, il n'est pas douteux que l'ayant libéré, il auroit recours contre lui pour répéter contre lui la dette qu'il auroit acquittée; ou si c'étoit une rente, pour la faire revivre contre lui. Mais si le déguerpissant n'étoit pas personnellement tenu de cette dette, qui étoit celle de ses auteurs, celui à qui l'héritage a été déguerpi n'auroit aucun recours; car le déguerpissement n'étant qu'un simple abandon, n'oblige pas le déguerpissant à la garantie; *Loyseau*, vi, 5, n. *fin.*

ARTICLE VIII.

Des clauses qui empêchent le déguerpissement.

185. Le preneur et ses héritiers ne sont pas reçus au déguerpissement, lorsque le preneur, par une clause du bail, a renoncé à cette faculté.

Les clauses par lesquelles il s'oblige de *fournir et faire valoir la rente*, ou de la payer à *perpétuité*, ou d'*améliorer tellement l'héritage, qu'il puisse toujours valoir la rente et plus*, renferment cette renonciation: voyez ce que nous avons dit de ces clauses, *suprà*, chap. 4.

186. Lorsqu'un héritage a été donné à quelqu'un à bail à rente d'une certaine somme, avec la clause qu'il la paieroit à un tiers en acquit du bailleur, qui devoit à ce tiers

une rente de pareille somme; s'il est ajouté que le preneur s'oblige d'en acquitter et indemniser le bailleur, le preneur est censé en ce cas avoir contracté une obligation personnelle d'acquitter de cette rente le bailleur; obligation qui l'exclut de déguerpir; *Loyseau*, IV, chap. 5, n. 19 et 20.

187. Il n'en est pas de même des clauses par lesquelles il est simplement dit que le preneur s'oblige à payer la rente, ou bien à la payer *tant qu'elle aura cours*. Quand même il seroit ajouté que le preneur a à ce obligé tous ses biens, le preneur n'est censé, par ces clauses, s'obliger au paiement de la rente que suivant la nature du contrat, et tant qu'il sera possesseur de l'héritage; et il n'est point privé de la faculté de s'en libérer par le déguerpissement. Notre coutume d'Orléans, art. 412, et plusieurs autres le décident expressément.

Pareillement, la clause d'entretenir l'héritage en bon état *simpliciter*, ou même avec cette addition, *de manière que la rente soit facilement payée*, est une clause qui n'exprime que ce qui est de droit commun, et qui n'exclut pas le déguerpissement. Il ne faut pas la confondre avec celle qui a été ci-dessus rapportée; *Loyseau*, IV, 12, n. 15 et 16.

188. La clause par laquelle le preneur s'est obligé de faire une certaine amélioration à l'héritage, *putà*, de planter une certaine quantité de terres en vignes, de construire un bâtiment, etc., empêche le preneur et ses héritiers de déguerpir, jusqu'à ce qu'ils se soient acquittés de cette obligation, ou qu'ils en soient libérés. Ils ne seront pas recevables, pour être admis à déguerpir, à offrir de payer le prix des dites améliorations. En vain allégueroit-on en leur faveur ce principe de droit, que dans les obligations *quæ in faciendo consistunt*, on ne peut contraindre précisément le débiteur à faire ce qu'il s'est obligé de faire, et que faute par lui de le faire, l'obligation se résout en celle d'une somme d'argent, à laquelle s'évaluent les dommages et intérêts résultants de l'inexécution de cette obligation: car ce principe n'a lieu que lorsque le débiteur est poursuivi par voie d'action pour accomplir son obligation, et non lorsqu'on la lui oppose par voie d'exception.

Au reste, cette clause n'exclut pas, comme les précédentes, à perpétuité le preneur de la faculté de déguerpir, mais seulement jusqu'à ce qu'il se soit acquitté de l'obligation qu'elle renferme; voyez ce que nous avons dit sur cette clause, *suprà*, chap. 4, sect. 1, §. 5.

189. Toutes ces clauses ne privent de la faculté de déguerpir que le preneur et ses héritiers : elles ne peuvent pas être opposées à un tiers détenteur, qui n'ayant succédé au preneur à l'héritage qu'à titre singulier, n'est point tenu de ses obligations personnelles. C'est pourquoi il n'est pas douteux que, nonobstant ces clauses, ce tiers détenteur peut se libérer à l'avenir de la rente en déguerpissant. Mais si le créancier de la rente ne veut pas recevoir le déguerpissement, il peut le dénoncer au preneur ou à ses héritiers, lesquels, sur cette dénonciation, seront condamnés à continuer la rente au créancier, à la charge par ledit créancier de les subroger en ses droits pour rentrer dans l'héritage déguerpi.

Cette décision a lieu quand même ce tiers détenteur aurait acquis expressément à la charge de la rente. Mais s'il avait promis d'acquitter le preneur des obligations portées au bail à rente, il seroit exclu du déguerpissement, *celeritate conjungendarum actionum*; Orléans, art. 415.

SECTION III.

Des différentes manières dont les rentes foncières s'éteignent.

Il est évident que les rentes foncières s'éteignent par la rescision du bail par lequel la rente a été créée, même par la simple résolution de ce bail, telle que celle qu'opère le déguerpissement. Nous en avons traité dans les sections précédentes.

Elles s'éteignent aussi par la destruction de l'héritage qui en est chargé, et de plusieurs autres manières.

§. I. De la destruction de l'héritage chargé de la rente.

190. La rente foncière s'éteint par la destruction de l'héritage qui en étoit chargé, quand cette destruction survient par quelque force majeure.

Il est évident que cette destruction opère pour l'avenir l'entière résolution du bail à rente. L'héritage n'existant plus, l'obligation que le bailleur a contractée par le bail de le garantir au preneur et à ses successeurs, ne peut plus subsister; et pareillement celle que le preneur avoit contractée par le bail de payer la rente, ne peut plus subsister, le preneur ne s'étant obligé à la payer qu'à cause de l'héritage qui en étoit chargé par le bail, et tant qu'il le posséderoit.

191. Pour que la destruction de l'héritage éteigne la rente dont il est chargé, il faut qu'elle arrive par une force majeure. Si elle arrivoit par le fait ou la faute du preneur, ou de quelqu'un de ses successeurs à l'héritage; *putà*, si, faute d'avoir entretenu une digue, la rivière l'avoit emporté; il est évident que la rente ne seroit pas éteinte, celui qui en étoit tenu n'ayant pas pu, par son fait ou par sa faute, s'en décharger. Le preneur a, par le bail, contracté l'obligation de conserver l'héritage baillé à rente; et cette obligation a passé à ses successeurs, même à titre singulier, qui ont acquis l'héritage à la charge ou avec la connoissance de la rente. Si le preneur ou son successeur a manqué à cette obligation, en laissant par sa faute périr l'héritage, il doit, par forme de dommages et intérêts, être tenu de continuer au créancier la rente dont l'héritage étoit chargé.

192. Pour que la destruction de l'héritage, quoiqu'arrivée par force majeure, éteigne la rente dont il étoit chargé, il faut que ce soit une destruction totale de l'héritage, et qu'il n'en reste rien; comme dans le cas auquel il auroit été abîmé en entier dans un tremblement de terre, ou emporté en entier par une rivière dont il étoit voisin. Il en seroit autrement s'il restoit quelque chose de l'héritage, pour peu qu'il en restât.

Par exemple, si une maison chargée d'une rente foncière avoit été incendiée, la place et les matériaux qui en restent étant une partie de cette maison, la rente demeurera due en entier, suivant les principes établis *suprà*, n. 14, jusqu'à ce que le possesseur fasse le déguerpiement de la place et des matériaux.

193. Lorsque le bail porte la clause de fournir et faire valoir la rente, ou bien celle de payer la rente *à toujours* ou *à perpétuité*, quoique l'héritage vienne à être totalement détruit, et qu'il n'en reste rien, le preneur et ses héritiers continuent de devoir la rente portée par le bail, en vertu de l'obligation qu'a contractée par ces clauses le preneur, de la payer *à toujours*, et par conséquent même après la destruction totale de l'héritage.

Il est vrai que cette rente ne sera plus une rente foncière, ne pouvant pas y avoir de rente foncière sans un fonds qui en soit chargé : cette rente sera une dette personnelle résultante de l'obligation personnelle que le preneur a contractée par ces clauses.

Cependant, quoique cette rente ne soit pas foncière, mais personnelle, elle ne doit pas être confondue avec les rentes personnelles constituées à prix d'argent : elle en est très différente. Elle n'est pas rachetable ; les arrérages ne sont pas sujets à la prescription de cinq ans.

§. II. De plusieurs autres manières dont s'éteignent les rentes foncières.

194. Une rente foncière s'éteint par le rachat qui en est fait au créancier, soit que la rente fût rachetable, soit que, ne l'étant pas, le créancier ait bien voulu en recevoir le rachat.

Elle s'éteint aussi par la remise que le créancier de la rente fait de son droit, soit par testament, soit par quelque acte entre vifs.

Elle peut aussi s'éteindre par la novation, de même que les créances personnelles.

Elle s'éteint par la consolidation, lorsque le propriétaire d'un héritage qui étoit chargé d'une rente foncière envers vous, vous succède à cette rente foncière, soit à titre universel, soit à titre singulier. Ce droit de rente foncière que vous aviez sur cet héritage, et auquel il succède, se consolide et se réunit à son droit de propriété.

Vice versa, lorsque le créancier de la rente foncière succède, soit à titre universel, soit à titre singulier, à l'héritage qui en étoit chargé, son droit de rente foncière se

102 TRAITÉ DU CONTRAT DE BAIL A RENTE,
consolide et se réunit au droit de propriété de l'héritage
auquel il succède.

Observez que cette consolidation est une transformation
du droit de rente foncière en une augmentation du droit de
propriété, plutôt qu'une entière extinction du droit de
rente foncière, comme nous l'avons observé *suprà*, n. 168.

Les rentes foncières s'éteignent aussi par la prescription.
Comme cette matière doit être traitée avec quelque étendue,
nous en traiterons dans la section suivante.

Enfin la rente foncière dont un héritage est chargé, s'éteint
lorsque, sur une saisie réelle, cet héritage est adjugé
par décret sans charge de la rente, celui à qui elle appartient
ayant manqué de faire une opposition aux fins de charge de cette rente.

Voyez sur ces oppositions à fin de charge, ce que nous
avons dit en notre *Introduction au Titre des Criées de la coutume d'Orléans*, n. 66 et suiv.

SECTION IV.

De la prescription des rentes foncières.

195. Les rentes foncières, lorsqu'elles sont seigneuriales,
sont imprescriptibles : celles qui ne sont pas seigneuriales,
sont sujettes à prescription.

Il y a deux espèces de prescription auxquelles sont sujettes
les rentes foncières et autres droits réels, et que nous
avons distinguées dans notre *Introduction au Titre des Prescriptions de la coutume d'Orléans*. La première est
celle qui résulte de la possession du détenteur qui a possédé
comme franc de la rente foncière, ou autre droit réel,
l'héritage qui en est chargé. La seconde est celle qui résulte
du non usage du créancier.

§. I. De la première espèce de prescription, qui résulte de la possession.

196. Il est évident que cette première espèce de prescription
ne peut avoir lieu à l'égard des preneurs, ni même à l'égard
des tiers détenteurs qui auroient acquis l'héritage sujet à la
rente, à la charge ou avec la connoissance de la rente : car ils
ne peuvent pas être censés avoir possédé

comme franc de la rente, l'héritage qui leur a été baillé ou qu'ils ont acquis à la charge de cette rente, ou qu'ils ont su y être sujet.

Elle ne peut non plus avoir lieu à l'égard de leurs héritiers médiats ou immédiats, quand même ces héritiers auroient ignoré la rente : car la possession des héritiers n'étant que la continuation de celle du défunt à laquelle ils ont succédé, ils ont par conséquent toutes les qualités de celle du défunt, suivant ce principe de droit, *Hæres succedit in virtutes et vitia possessionis defuncti*. Ainsi la possession du défunt ayant été une possession à la charge de la rente, celle de ses héritiers est aussi une possession à la charge de la rente, qui ne peut produire cette prescription.

Cette prescription ne peut donc avoir lieu qu'à l'égard des tiers détenteurs qui ont acquis à titre singulier l'héritage sujet à la rente, sans avoir été chargés de la rente et sans en avoir eu connoissance, et à l'égard de leurs héritiers.

197. Cette prescription est établie par l'article 114 de la coutume de Paris, qui est conçu en ces termes : « Quand
« aucun a possédé et joui par lui et ses prédécesseurs,
« desquels il a le droit et cause, héritage ou rente à juste
« titre de bonne foi par dix ans entre présents, et vingt ans
« entre absents, âgés et non privilégiés, franchement et
« paisiblement, sans inquiétation d'aucune RENTE ou hypo-
« thèque, tel possesseur dudit héritage a acquis prescrip-
« tion contre toutes RENTES et hypothèques prétendues sur
« ledit héritage ou rente. »

Ces termes, *d'aucune rente*, s'entendent non seulement des rentes constituées qui seroient hypothéquées sur l'héritage, mais pareillement des rentes foncières dont l'héritage seroit chargé.

Il y a même raison. En effet, de même que par l'article précédent, celui qui a possédé avec titre et bonne foi, comme à lui appartenant, un héritage qui ne lui appartenoit pas, acquiert par cette possession de dix ou vingt ans la propriété de cet héritage qu'il n'avoit pas; de même, par cet article, lorsqu'un héritage qui étoit chargé de quel-

que hypothèque ou de quelque rente foncière, ou de quelque autre charge réelle, a été possédé avec titre et bonne foi, comme franc desdites hypothèques ou charges foncières, celui qui l'a possédé pendant dix ou vingt ans, acquiert par cette possession ce qui manquoit à son droit de propriété; et au lieu qu'il n'étoit propriétaire de l'héritage que sous la déduction d'une telle rente, ou à la charge d'une telle hypothèque, il en devient pleinement propriétaire sans déduction d'aucune rente, et sans charge d'aucune hypothèque.

198. Il résulte de l'article de la coutume de Paris ci-dessus rapporté, qu'il faut cinq choses pour qu'il y ait lieu à cette prescription.

1° Il faut que le tiers détenteur qui oppose cette prescription, ait possédé l'héritage pendant le temps de dix ans entre présents, et de vingt ans entre absents.

On entend par *entre présents*, lorsque tant celui qui prescrit, que celui contre qui on prescrit, demeurent en même province ou bailliage. Par exemple, la prescription est entre présents, si je possède à Paris un héritage comme franc, qui est chargé d'une rente foncière due à une personne demeurante dans l'étendue de la prévôté de Paris; *Paris, art. 16.*

La prescription est entre absents, lorsque celui qui prescrit, et celui contre qui on prescrit, ne demeurent pas dans la même province ou bailliage; *L. fin. Cod. de præscr. long. temp.*

Lorsque le temps de la prescription a commencé à courir entre présents, et qu'avant qu'il fût accompli, l'une des deux parties qui demeuroient dans le même bailliage, transfère son domicile dans un autre bailliage, il faut, pour la prescription, doubler le temps qui restoit à courir des dix ans, lors de cette translation de domicile; *Nov. 119, cap. 8.* Par exemple, si elle s'est faite au bout de huit ans, le temps de la prescription qui auroit dû s'accomplir au bout des deux ans qui restoient à courir des dix ans, ne s'accomplira qu'au bout de quatre, et le temps de la prescription se trouvera avoir été de douze ans au lieu de dix.

199. Il n'est pas nécessaire, pour acquérir cette prescrip-

tion, que quelqu'un ait possédé par lui-même pendant tout le temps; il peut joindre à sa possession celle de ses auteurs auxquels il a succédé, soit à titre universel, soit même à titre singulier, pourvu que la possession de ses auteurs ait été, aussi bien que la sienne, une juste possession; l. 76, §. 1, ff. *de contr. empt.*

200. 2° Il faut, pour qu'il y ait lieu à cette prescription, que la possession n'ait pas été interrompue, soit de fait, soit de droit.

Elle est interrompue de fait, lorsque le possesseur qui avoit commencé à posséder l'héritage comme à lui appartenant, sans charge de la rente, a, avant l'accomplissement du temps de la prescription, laissé usurper la possession de cet héritage par un tiers sur lequel il l'a depuis recouvrée par un jugement au pétitoire sur une demande en revendication. Ce possesseur ne pourra pas compter pour la prescription le temps de sa possession qu'il a eue avant l'usurpation du tiers; car elle a été interrompue par l'usurpation de ce tiers. Il pourra encore moins compter celle de ce tiers qui n'est pas son auteur, et qui d'ailleurs n'est pas une juste possession: il faudra qu'il recommence le temps entier de dix ans depuis qu'il est rentré en possession.

Suivant les principes du droit romain, le temps de la prescription est interrompu, quoique le possesseur ait été dépossédé par violence, et rétabli en possession dans l'année par un jugement de réintégration; l. 5, ff. *de usucap.*; l. 7, §. 4, §. *pro emptore*: à quoi n'est point contraire la loi 17, ff. *de acq. possess.*, qui dit: *Qui vi dejectus est, perindè habendus est ac si possideret*, cela n'ayant lieu que vis-à-vis du spoliateur.

: Parmi nous, il y en a qui pensent qu'on doit s'écarter, en ce point, de la rigueur du droit romain, et qu'un possesseur spolié qui a été rétabli dans l'année, doit être censé n'avoir pas cessé de posséder.

Au reste, la possession n'est interrompue ni par la démente du possesseur, l. 44, §. 6, ff. *de usucap.*, ni par la mort du possesseur, quoiqu'il laisse sa succession vacante:

106 TRAITÉ DU CONTRAT DE BAIL A RENTE,
elle se continue par le curateur à la succession vacante; *Hæ-
reditas jacens personæ defuncti vicem obtinet.*

201. 3° Il faut, pour cette prescription, que la prescrip-
tion de celui qui l'oppose, ait été une possession de bonne
foi; c'est-à-dire, que ce possesseur n'ait pas eu connoissance
de la rente dont l'héritage étoit chargé : il est censé ne
l'avoir pas eue, si on ne justifie pas qu'il l'ait eue.

202. Suivant les principes du droit civil, il suffisoit que
le possesseur eût eu cette bonne foi au commencement de
sa possession. Mais suivant ceux du droit canonique, qui
sont plus équitables en ce point, et que nous avons suivis
en conséquence dans notre droit françois, cette bonne foi
doit durer pendant tout le temps de la possession requise
pour la prescription; et il n'y a pas lieu à la prescription,
si l'on peut justifier que la connoissance de la rente dont
l'héritage est chargé, est survenue au possesseur avant le
temps de la prescription accomplie.

203. 4° Il faut, pour la prescription, que le possesseur
produise son titre d'acquisition par lequel il a acquis l'hé-
ritage, sans qu'on lui ait déclaré la rente dont il est chargé.

Ce titre doit être un juste titre, c'est-à-dire, un titre de
nature à transférer la propriété par la tradition qui inter-
vient en conséquence, tels que sont les contrats de vente,
d'échange, de donation ou testament, etc. Au contraire,
un bail à ferme ou à loyer n'est pas un juste titre.

204. Le possesseur qui ne peut produire de contrat d'ac-
quisition, ne peut pas, par la prescription de dix ou de vingt
ans, acquérir l'affranchissement de la rente dont l'héritage
est chargé; mais s'il a possédé pendant trente ans, il ac-
quiert la prescription, sans être obligé de produire de titre;
Paris, art. 118. Son titre pouvant avoir été égaré, il ne
laisse pas d'être présumé possesseur de bonne foi, tant qu'on
ne justifie pas du contraire.

205. Il faut, en cinquième lieu, qu'il n'y ait rien de la
part du créancier de la rente qui empêche la prescription
de courir contre lui.

Lorsqu'il y a eu quelque juste cause qui a empêché le
créancier de la rente de poursuivre le possesseur pour re-

connoître la rente, le temps de la prescription n'a pas couru, tant que cet empêchement a duré, suivant cette règle : *Contrà non valentem nulla currit præscriptio*.

C'est sur ce fondement que la coutume de Paris, art. 115, décide que si le créancier de la rente a eu une juste cause d'ignorer l'aliénation qui a été faite par le preneur de l'héritage sujet à la rente, *putà, parcequ'il seroit toujours demeuré en possession (apparente) de l'héritage, par le moyen de location, rétention d'usufruit, constitution de précataire et autres semblables, pendant ledit temps la prescription n'a couru*; car le créancier n'a pas pu, pendant ce temps, poursuivre l'acquéreur, qu'il ne pouvoit connoître.

206. Par la même raison, si un mari avoit vendu un héritage chargé d'une rente foncière envers sa femme, sans déclarer la charge de la rente, le temps de la prescription ne courra pas contre la femme, tant que le mariage durera, parceque le mari est censé avoir, pendant ce temps, empêché sa femme d'intenter ses actions contre l'acquéreur qui auroit réfléchi en garantie contre lui.

207. Quoiqu'on ne puisse pas dire que les mineurs sont empêchés d'agir, lorsqu'ils ont des tuteurs qui ont qualité pour intenter les actions qui appartiennent à leurs mineurs, néanmoins la faveur de la minorité a fait établir que cette prescription de dix ou de vingt ans, et même celle de trente ans, ne court pas contre les mineurs pendant tout le temps de leur minorité. C'est ce que veulent dire ces termes des articles 114 et 118 de la coutume de Paris, *entre âgés*.

208. Elle ajoute, *et non privilégiés*, parceque l'église et les communautés ne sont pas sujettes à cette prescription de dix ou de vingt ans pour les rentes qui leur sont dues : on ne peut prescrire contre elles que par le temps de quarante ans.

Lorsque l'église succède à un particulier contre qui la prescription de trente ans avoit commencé à courir, il faut pour le temps de la prescription, ajouter un tiers en sus du temps qui restoit à courir.

Si c'étoit la prescription de dix ou de vingt ans qui eût commencé à courir contre le particulier auquel l'église a

108 TRAITÉ DU CONTRAT DE BAIL A RENTE,
succédé, il faudroit quadrupler ou doubler ce qui reste à
courir de ce temps.

209. Cette prescription étant fondée sur la possession
du détenteur de l'héritage entier, ou de partie de cet hé-
ritage, qui le possède comme le croyant franc de la rente
dont il est chargé, elle ne laisse pas de courir à son profit,
quoique pendant tout ce temps le créancier ait été payé
de sa rente entière, soit par le preneur, soit par le déten-
teur des autres parties de l'héritage.

210. Cette prescription de dix ou de vingt ans est de
droit commun, et a lieu dans les coutumes qui ne s'en
sont pas expliquées.

Il y a néanmoins quelques coutumes, du nombre des-
quelles est notre coutume d'Orléans, qui la rejettent, et
qui ne permettent pas qu'on puisse acquérir par prescrip-
tion, par un temps moindre de trente ans, la propriété de
quelque héritage, ou l'affranchissement de quelque droit
réel; *Orléans*, 260.

Au reste, pour cette prescription de trente ans, il n'est
pas nécessaire de rapporter son titre d'acquisition : c'est
pourquoi notre coutume d'Orléans, *art. 261*, dit, *soit qu'il*
y ait titre ou non,

§. II. De la seconde espèce de prescription, qui résulte du non usage
du créancier.

211. La seconde espèce de prescription qui peut être
opposée contre les rentes foncières, est celle qui résulte
du non usage du créancier à qui elle est due.

On peut opposer cette prescription contre les rentes fon-
cières et les autres droits réels, de même que contre les
créances personnelles qui naissent des obligations, lorsque
le créancier ne peut pas justifier avoir été servi ou reconnu
de sa rente depuis le temps requis pour la prescription.

Cette prescription n'étant pas, comme celle dont il a été
parlé au paragraphe précédent, fondée sur la qualité de la
possession du possesseur de l'héritage sujet à la rente, mais
étant fondée seulement sur la négligence du créancier à
s'en faire servir ou reconnoître, elle peut être opposée par

le preneur et ses héritiers, et par ceux qui ont acquis à la charge ou avec connoissance de la rente, aussi bien que par ceux qui ont acquis sans avoir été chargés de la rente, et sans l'avoir connue.

212. Le temps de cette prescription est le temps de trente ans, qui est le temps ordinaire des prescriptions. Néanmoins en un cas ce temps se proroge jusqu'à quarante ans : car lorsque le preneur ou autre possesseur de l'héritage sujet à la rente, s'est obligé à la payer, par acte devant notaires, l'obligation personnelle qu'il a contractée par cet acte, de payer la rente tant qu'il seroit possesseur, étant en ce cas jointe à l'hypothèque conventionnelle de ses biens, qu'il est censé y avoir hypothéqués par cet acte devant notaires, aux termes de la loi *Quàm notissimi*, *cod. de præscript. 50 vel 40 ann.* que notre coutume d'Orléans, *art. 261*, a adoptée, et que plusieurs prétendent avoir lieu, même dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, ni ce possesseur ainsi obligé à la rente, ni ses héritiers ne peuvent acquérir de prescription contre leurs obligations que par le temps de quarante ans.

Ce n'est que le bail ou le titre nouvel passé devant notaires, qui proroge jusqu'à quarante ans le temps de cette prescription contre la partie qui l'a passé, ou contre ses héritiers. L'action personnelle réelle qu'a le créancier de la rente contre celui qui a acquis l'héritage à la charge de la rente, ou avec la connoissance de la rente, et qui n'a pas passé titre nouvel, se prescrit par trente ans; voyez notre *Traité des Obligations*, n. 705 et 706.

215. Ce que nous avons dit en général en notre *Traité des Obligations*, *part. 5, chap. 8, art. 2*, sur les personnes exceptées de la prescription trentenaire, sur les cas auxquels elle ne court pas, sur son effet, sur les manières dont elle s'interrompt et dont elle se couvre, peut s'appliquer à cette prescription : nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

214. Lorsque le possesseur d'une partie de l'héritage chargé de la rente, en a été libéré par cette prescription, les détenteurs des autres parties qui demeurent chacun chargés

du total, ne peuvent, pour se dispenser de cette solidité, opposer au créancier de la rente qu'il les a, par sa négligence, privés du recours qu'ils devoient avoir, en payant le total, contre celui à qui le créancier a laissé acquérir la prescription; car ces codétenteurs pouvoient eux-mêmes l'arrêter en payant pour lui, et en exerçant le recours contre lui avant que le temps de la prescription fût accompli. Ils ne sont donc pas recevables à opposer au créancier sa négligence de n'avoir pas arrêté cette prescription, cette négligence leur étant commune avec lui.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. **L**E Contrat de Société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent de mettre en commun quelque chose, pour faire en commun un profit honnête, dont ils s'obligent réciproquement de se rendre compte.

Nous traiterons, dans un premier chapitre, de la nature du Contrat de Société. Nous rapporterons, dans le second, les différentes espèces de sociétés; dans le troisième, les différentes clauses des Contrats de Société. Nous verrons, dans le quatrième, quelles sont les formes que notre droit requiert dans le Contrat de Société. Nous traiterons, dans le cinquième, du droit qu'a chacun des associés par rapport aux biens de la société; dans le sixième, comment chacun d'eux est tenu des dettes. Nous traiterons, dans le septième, des obligations qui naissent du Contrat de Société. Nous verrons. Dans le huitième, comment la société se dissout; dans le neuvième, nous traiterons du partage de la société.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du contrat de société.

Nous verrons, 1° en quoi la société diffère de la communauté; 2° à quelles classes de contrats on doit rapporter le contrat de société; 3° ce qui est de son essence; 4° ce que

§. I. En quoi la société diffère de la communauté.

2. La société et la communauté ne sont pas la même chose. La société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Lorsqu'en exécution de ce contrat, elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles étoient convenues d'y mettre, c'est une communauté qui se forme entre elles. Cette espèce de communauté s'appelle aussi *société*, parcequ'elle est formée en exécution d'un contrat de société.

Il y a aussi une communauté qui se forme entre plusieurs personnes, sans qu'il soit intervenu entre elles aucune convention, ni par conséquent aucun contrat de société; comme, lorsqu'une succession est échue à plusieurs héritiers, ou qu'un legs a été fait conjointement à plusieurs légataires; il y a une communauté de succession entre ces héritiers; il y a entre ces légataires une communauté des choses qui leur ont été léguées, mais il n'y a pas entre eux de *société*. Cette communauté n'est pas un contrat, mais c'est un *quasi-contrat*, qui forme entre les personnes entre lesquelles les choses sont communes, des obligations semblables à celles qui naissent du contrat de société. Nous parlerons de ce *quasi-contrat* dans un appendice, à la fin de ce traité.

3. C'est en cela seulement que consiste la différence de la société et de la communauté. C'est une erreur grossière de dire avec l'auteur des Conférences de Paris, *tome 2, page 15*, que la société diffère de la communauté en ce que « dans la société le capital que chacun des associés y met « n'est pas commun, et qu'il n'y a proprement que le gain « qui soit commun. »

Cela est faux. Si des associés ne mettent quelquefois en société que la jouissance de certaines choses, dont ils demeurent chacun séparément propriétaires, ils mettent aussi quelquefois en société les choses mêmes qu'ils y apportent,

et les rendent communes entre eux, aussi bien pour la propriété que pour la jouissance.

Pour établir ce paradoxe, l'auteur des Conférences cite ailleurs ces termes de la loi 15, §. 1, ff. *de præscr. verb. Nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit*. Cet auteur n'a pas entendu l'espèce de ce paragraphe. Le propriétaire d'un certain terrain vous l'a voit aliéné en entier à la charge qu'après que vous l'auriez bâti, vous lui rétrocéderiez une partie de ce terrain bâti : Julien demande quelle espèce de contrat renferme cette convention. Il dit que ce n'est pas un contrat de société, parceque le propriétaire vous a voit aliéné en entier ce terrain, et que *nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit*; c'est-à-dire, que celui qui met une chose en société ne cesse pas entièrement d'en être propriétaire, mais seulement pour une part qu'il transfère à son associé en la rendant commune; et il ajoute à la fin, que ce seroit un contrat de société, si le terrain ne vous eût été aliéné que pour partie.

§. II. A quelle classe de contrat doit-on rapporter le contrat de société?

4. Le contrat de société est un contrat du droit naturel, qui se forme et se gouverne par les seules règles du droit naturel.

Si les ordonnances ont prescrit quelques formalités pour ce contrat, elles n'ont été prescrites que pour servir à la preuve de ce contrat, et elles n'appartiennent pas à sa substance. Quoiqu'elles n'aient pas été observées, le contrat est parfait entre les parties contractantes, et il forme entre elles les obligations qui en naissent : ce n'est que vis-à-vis des tiers que ces formalités sont requises.

5. Ce contrat, de même que ceux de vente et de louage, est un contrat consensuel, qui se forme par le seul consentement des parties contractantes, et qui a toute sa perfection aussitôt qu'elles sont convenues d'apporter de part et d'autre quelque chose en commun, quoiqu'elles n'aient pas encore fourni leur apport.

6. Ce contrat est synallagmatique; chacune des parties, par ce contrat, s'oblige réciproquement envers les autres.

7. Enfin ce contrat est du nombre des contrats commutatifs; chacune des parties contractantes entend recevoir autant qu'elle donne.

§. III. De ce qui est de l'essence du contrat de société.

8. Il est de l'essence du contrat de société, 1° que chacune des parties apporte ou s'oblige d'apporter quelque chose à la société; ou de l'argent, ou d'autres effets; ou son travail et son industrie.

C'est pourquoi si un marchand, par amitié pour sa nièce, a eu convention avec elle de lui donner une certaine part chacun an, pendant un certain nombre d'années, dans le gain qu'il feroit chaque année, sans que pour cela sa nièce fournit rien à son commerce, ni argent, ni marchandises, ni travail, cette convention n'est pas un contrat de société, parceque cette nièce n'apporte ni ne promet d'apporter aucune chose à la société: cette convention est une pure donation que ce marchand vouloit faire à sa nièce d'une part dans les gains qu'il espéroit faire dans son commerce. Cette convention n'est pas valable, à moins qu'elle n'ait été faite par le contrat de mariage de sa nièce; parceque, suivant notre droit françois, les donations de biens à venir ne sont pas valables, si ce n'est par contrat de mariage.

9. Il n'est pas néanmoins nécessaire que ce que chacune des parties contractantes apporte ou promet d'apporter à la société, soit quelque chose de même nature. Si l'une y apporte ou promet d'y apporter de l'argent ou des marchandises, il n'est pas nécessaire que l'autre en apporte pareillement, et il suffit qu'elle y apporte son travail et son industrie: *Societatem uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi magis obtinuit*; l. 1, *Cod. pro soc.*

10. Mais il faut que ce que chacun des associés apporte à la société, soit quelque chose d'appréciable. C'est pourquoi si des associés pour l'établissement d'une manufacture avoient eu convention, avec un homme puissant, de lui donner une certaine part, pendant un certain nombre d'années, dans le profit qu'ils espéroient y faire, à la charge qu'il les aideroit de son crédit pour les affaires de cette ma-

nufacture, cette convention ne seroit pas un contrat de société; car le secours du crédit de cet homme puissant, qu'il promet apporter à la société, n'est pas quelque chose d'appréciable. Cette convention est nulle, comme contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs, qui ne permettent pas aux personnes puissantes d'accorder leur crédit pour de l'argent.

11. 2° Il est de l'essence de ce contrat que la société soit contractée pour l'intérêt commun des parties. Lorsque dans une convention on n'a envisagé que l'intérêt particulier de l'une des parties, ce n'est pas un contrat de société, mais un contrat de mandat, sujet à révocation. C'est pourquoi dans l'espèce de la loi 52, ff. *pro soc.*, où ayant eu convention avec mon voisin qu'il acheteroit un héritage qui étoit à vendre dans notre voisinage, dont il me céderoit une certaine partie contiguë à mon héritage, et qu'il en retiendroit le surplus, ayant ensuite fait moi-même l'acquisition de cet héritage, on demande si le voisin est fondé à former contre moi l'action *pro socio*, pour que je lui fasse part de cette acquisition. Julien répond que cela dépend de l'intention que nous avons eue en faisant cette convention. Si notre intention étoit de faire cette acquisition pour en faire chacun notre profit, la convention est un contrat de société, qui donne au voisin cette action. Mais si notre intention étoit seulement qu'il fit cette acquisition pour me faire plaisir, la convention n'est qu'un *mandat*, qui, n'ayant pas été par lui exécuté, ne lui donne aucune action.

12. 3° Il est de l'essence du contrat de société que les parties se proposent, par le contrat, de faire un gain ou profit, dans lequel chacune des parties contractantes puisse espérer d'avoir part, à raison de ce qu'elle a apporté à la société.

C'est pourquoi si par le contrat d'une prétendue société il étoit convenu que le profit appartiendroit en entier à l'une des parties contractantes, sans que l'autre y pût prétendre de part en aucun cas, une telle convention ne seroit pas un contrat de société, et elle seroit nulle, comme manifestement injuste. Les jurisconsultes romains ont donné à cette

espèce de convention le nom de *société léonine*, par allusion à la fable du Lion, qui, ayant fait une convention de société avec d'autres animaux pour aller à la chasse, s'empara seul de toute la proie. *Cassius respondit societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum, alter damnum sentiret, hanc societatem leoninam solitum appellare; et nos consentimus... Iniquum enim genus societatis est, ex qua quis damnus, non etiam lucrum spectet; l. 17, §. 2, ff. pro soc.*

13. Il n'est pas néanmoins nécessaire, pour la validité du contrat de société, que chacune des parties contractantes doive avoir, en quelque cas que ce soit, une part dans le profit de la société; il suffit qu'elle puisse espérer d'y avoir part; et on peut faire dépendre de la quantité à laquelle montera le profit de la société, comme d'une condition, la part que l'un des associés y aura. C'est ce qui se rencontre dans l'espèce de la loi 44, ff. *pro soc. Si margarita tibi vendenda dedero, ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem; si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo societatis contrahendæ id actum sit, PRO SOCIO esse actionem.* Dans cette espèce, le revendeur avec qui j'ai contracté société pour la vente de mes pierres précieuses, et à laquelle société il apporte ses peines et son industrie pour les faire vendre, ne doit avoir part dans le profit de la vente des pierres précieuses, qui fait l'objet de la société, que dans un cas, qui est celui auquel elles seront vendues plus de 10,000 liv.; et cette part est réglée à ce qu'elles seront vendues au-delà de 10,000 liv. Si elles ne sont vendues que 10,000 liv., il n'aura aucune part dans le prix, et il aura perdu les peines qu'il a prises pour les vendre. On peut donc, dans un contrat de société, ne pas accorder à l'un des associés dans tous les cas, mais seulement en certain cas, une part dans le profit qui reviendra de la société, et faire dépendre cette part, comme dans cette espèce, de la quantité à laquelle montera le profit.

Observez que pour l'équité de cette convention, il faut que le prix des peines que le revendeur apporte à la société, et qu'il court risque de perdre si les pierreries ne sont pas

vendues plus de 10,000 liv., équipolle au prix de l'espérance de la somme qu'elles pourront être vendues de plus.

Observez aussi que pour que la convention par laquelle je suis convenu de laisser à la personne que j'ai chargée de vendre mes pierreries, ce qu'elles seroient vendues de plus que la somme de 10,000 liv., renferme un contrat de société, il faut que cette personne soit un revendeur, ou un joaillier, à qui je laisse cette part du prix, en considération de son industrie, et des soins qu'il doit apporter pour procurer une vente avantageuse de mes pierreries. Mais si cette personne n'est ni revendeur ni joaillier, et que ce soit pour la gratifier que je lui ai promis cette part dans le prix de mes pierreries, que je pouvois vendre par moi-même aussi avantageusement qu'elle; en ce cas la convention renferme une donation, et non un contrat de société, parceque cette personne ne doit pas recevoir cette part dans le prix de la vente, à raison des peines et de l'industrie qu'elle apporte à l'affaire de cette vente, mais par gratification. C'est pourquoi le jurisconsulte, en la loi ci-dessus citée, laisse à examiner quel a été l'esprit des parties dans cette convention, *si animo societatis contrahendæ id actum sit.*

14. 4° Enfin, pour qu'un contrat de société soit valable, il faut que l'affaire qui fait l'objet de la société, et pour laquelle les parties contractantes s'associent, soit quelque chose de licite, et que le profit qu'elles se proposent d'en retirer soit un profit honnête. C'est pourquoi la convention par laquelle des personnes s'associeroit ensemble pour faire un commerce de contrebande, est nulle, aussi bien que celle par laquelle des personnes s'associeroit pour exercer l'usure, ou pour tenir un mauvais lieu, ou pour voler : *Nec enim ulla societas maleficiorum*; l. 1, §. 14, *de tut. et rat. distr. Nec societas aut mandatum flagitiosæ rei ullas vires habet*; l. 55, §. 2, ff. *de contr. empt.*

§. IV. De ce que l'équité requiert dans le contrat de société.

PREMIÈRE RÈGLE.

Pour que le contrat de société soit équitable, il faut ordinairement que la part qui est, par le contrat de société,

assignée à chacun des associés, dans le profit qu'ils se proposent de faire, soit en même proportion que la valeur de ce que chacun d'eux a apporté à la société.

15. Par exemple, si deux associés ont contribué également au fonds de la société, ils doivent avoir chacun une part égale dans le profit. Mais si l'un d'eux y a apporté le double de ce que l'autre y a apporté, il doit avoir une double part dans le profit; c'est-à-dire qu'il en doit avoir les deux tiers, et l'autre seulement le tiers.

Il faut donc, pour régler les parts que chacun doit avoir dans le profit de la société, estimer ce que chacun y a apporté. Si, par une fausse estimation qu'on auroit donnée à ce que chacun des associés a apporté à la société, on a assigné à l'un des associés une part moindre que celle qu'il devoit avoir, et à l'autre une part plus forte, c'est une iniquité dans le contrat de société. Par exemple, si j'ai contracté avec vous une société dans laquelle ce que nous avons apporté chacun étoit de valeur de 5,000 liv., et que néanmoins, par une fausse estimation qui a été donnée à ce que nous avons apporté, ce que j'ai apporté n'ait été estimé que 4,000 liv., quoiqu'il fût de la valeur de 5,000, et qu'au contraire ce que vous avez apporté ait été estimé 6,000 liv., quoiqu'il n'en valût que 5; si en conséquence on vous a assigné les trois cinquièmes dans le fonds et dans le profit de la société, et à moi seulement les deux cinquièmes, c'est une iniquité dans le contrat de société. Si vous en avez eu connoissance, ou lors du contrat, ou depuis, vous êtes obligé, dans le for de la conscience, à me restituer ce que j'ai eu de moins que la moitié que j'aurois dû avoir dans le partage du fonds et des profits de la société, si on eût fait une estimation juste.

Dans le for extérieur, les parties ne sont pas écoutées à se plaindre, en pareil cas, de l'iniquité du contrat, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n. 54.

16. Lorsqu'un marchand contracte une société avec un artisan, à laquelle l'artisan n'apporte que son travail, que je suppose valoir cent écus, et que le marchand apporte une somme de mille écus, soit en argent comptant, soit

en marchandises, à la charge de la prélever au partage de la société, qui doit durer un an, il ne faut pas en ce cas, pour supputer ce que chacun a apporté à la société, et fixer en conséquence les parts que chacun de ces associés devra avoir dans les profits, dire que l'artisan a apporté une somme de cent écus, à laquelle est estimé son travail, et le marchand mille écus; et qu'en conséquence le marchand doit avoir pour sa part dix onzièmes, et l'artisan un onzième seulement: car ce n'est pas la somme de mille écus que le marchand apporte à la société; il n'en apporte que l'usage pendant l'année que doit durer la société, puisqu'il la doit prélever. Il ne faut donc compter pour ce que le marchand est censé avoir apporté à la société, que la valeur de l'usage de cette somme, que Puffendorf croit devoir être évaluée à l'intérêt ordinaire de l'argent. Suivant ce principe, le marchand, dans l'espèce proposée, sera censé avoir apporté seulement à la société la somme de 150 liv., et ne devra avoir par conséquent que le tiers dans le profit de la société.

Il en sera autrement si le marchand ne s'étoit pas réservé de prélever cette somme. Ayant en ce cas apporté à la société cette somme, et non pas seulement l'usage de cette somme, il n'est pas douteux qu'il devrait, dans l'espèce proposée, avoir les dix onzièmes, tant dans les fonds que dans les profits de la société, et l'artisan seulement un onzième.

17. Le principe que nous avons établi, qu'il y a iniquité dans le contrat de société, lorsque la part que chacun des associés doit avoir dans les profits de la société n'est pas proportionnée à ce qu'ils y ont apporté, reçoit deux exceptions.

La première est, lorsque l'un des associés ayant, dès le temps du contrat, connoissance que son associé apporte moins que lui à la société, veut bien, pour le gratifier, l'admettre à partager avec lui par égales portions. En ce cas, on ne peut pas dire qu'il y ait iniquité dans le contrat; car *volenti non fit injuria*: mais le contrat n'est pas en ce cas purement et entièrement un contrat de société, il est mêlé de donation. Au reste, il n'en est pas moins valable.

Il est vrai que si le contrat n'étoit fait uniquement que pour gratifier l'une des parties contractantes qui n'auroit rien apporté, ce ne seroit pas un contrat de société; et c'est en ce sens qu'Ulpien dit : *Donationis causâ societas non rectè contrahitur*; l. 5, §. 2, ff. *pro soc.* Mais quoiqu'on ait gratifié en quelque chose par le contrat l'une des parties, le contrat ne laisse pas d'être un vrai contrat de société, et d'être valable, pourvu que l'associé à qui je fais l'avantage ne soit pas une personne à qui les lois me défendent de donner; de même qu'un contrat de vente, qui ne seroit pas un vrai contrat de vente s'il n'y avoit aucun prix sérieux, ne laisse pas d'être un vrai contrat de vente, quoique le vendeur, pour gratifier l'acheteur, ait vendu pour un prix au-dessous du juste prix, pourvu que cet acheteur ne soit pas une personne à qui il ne fût pas permis de donner; l. 58, ff. *de contr. empt.*

18. La deuxième exception est, qu'on peut par le contrat assigner à l'un des associés une part dans les profits plus grande que celle qu'il contribue à la société, sans que le contrat renferme pour cela aucune iniquité, ni même aucune gratification, lorsque cet associé compense cet avantage par quelque autre égal qu'il fait réciproquement de son côté à l'autre associé.

On peut apporter pour exemple l'espèce suivante. Deux tonneliers contractent ensemble une société pour fabriquer et débiter des tonneaux; chacun d'eux fournit à cette société son travail, et la moitié des fonds dont elle doit être composée. L'un d'eux, se fiant sur son habileté à se connoître aux bois, après l'examen qu'il a fait de ceux qu'ils doivent employer, se charge seul, par le contrat de la société, de la garantie du vice de fût, à laquelle les tonneliers sont sujets envers ceux qui leur achètent des tonneaux; et ils sont convenus qu'en conséquence de ce qu'il s'est chargé seul de cette garantie, et de ce qu'il s'est obligé d'en indemniser la société, il aura les trois quarts dans le gain, s'il y en a; et que néanmoins, en cas de perte, il n'en supportera que sa moitié. Cette convention est valable; car ce qui lui est assigné dans le gain de plus que la moitié, est la récompense de l'avan-

tage qu'il fait à son associé de le décharger du risque de cette garantie, à laquelle il auroit dû être sujet pour moitié; c'est le prix de la moitié de ce risque dont il le décharge.

On peut imaginer une infinité d'autres exemples.

DEUXIÈME RÈGLE. Régulièrement chacun des associés doit supporter dans la perte que fera la société, la même part qu'il doit avoir dans le gain, au cas que la société prospère.

19. Cette règle souffre exception dans le cas auquel l'un des associés, à qui on n'a assigné une part dans le gain qu'à raison de ce qu'il a contribué à la société en argent ou en marchandises, y a de plus apporté seul son travail et son industrie. On peut en ce cas équitablement convenir qu'il supportera une moindre part dans la perte, ou même qu'il ne supportera rien du tout de la perte, pourvu que le prix de son travail et de son industrie soit égal au risque de la perte dont on le décharge : *Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum verò commune sit, Cassius scribit; quod ita demum valebit, si tanti sit opera quanti damnum est; l. 29, §. 1, ff. pro soc.*

20. En général, toutes les fois que l'un des associés apporte en son particulier quelque avantage à la société, on peut, pour l'en récompenser, convenir qu'il sera déchargé pour partie, ou même pour le total, de la perte que feroit la société. Par exemple, si, dans un commerce de tonneaux, l'un des associés s'est chargé seul de la garantie du vice de fût, et s'est obligé d'en indemniser la société, on peut, pour le récompenser de cet avantage qu'il fait à la société, convenir que, quoiqu'il soit associé pour moitié, et qu'il doive prendre moitié dans le gain, s'il y en a, néanmoins, en cas de perte, il en supportera une moindre part, *putà*, le tiers ou le quart seulement. Cette convention est équitable, si le prix du risque de la perte, pour la part dont on le décharge, est égal au prix du risque de la garantie pour la part dont il en a déchargé son associé.

21. Ce que nous venons de dire, qu'on peut, sans blesser l'équité, convenir que l'un des associés supportera une moindre part, ou même ne supportera aucune part dans les pertes, ne doit pas s'entendre en ce sens, que cet associé

aura part au profit de chacune des affaires qui auront été avantageuses à la société, sans porter rien de la perte que la société a soufferte dans celles qui lui ont été désavantageuses, ce qui seroit manifestement injuste : mais cela s'entend en ce sens, qu'après la dissolution de la société, on fera un état de tous les gains que la société a faits, et un état de toutes les pertes qu'elle a faites dans toutes les différentes affaires qu'elle a entreprises ; et que si le total des gains excède le total des pertes, cet associé prendra sa part dans l'excédant ; et que si au contraire le total des pertes excède celui des gains, cet associé n'aura ni profit ni perte : *Neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto; neque damnum, nisi omni lucro deducto*; l. 50, ff. *pro soc.*

§. V. Des contrats de société simulés.

22. Lorsqu'il paroît qu'un contrat de société est simulé, et qu'il n'a été fait que pour déguiser un prêt d'argent usuraire, il n'est pas douteux que le contrat doit être déclaré nul, et que tout ce qui a été reçu par le prétendu associé pour lui tenir lieu de sa part dans le profit de la prétendue société, doit être imputé sur la somme principale qu'il a mise dans la prétendue société, et que la somme qu'il a reçue, diminue de plein droit celle qui lui doit être rendue.

Ceci doit servir à décider la question sur la légitimité d'une fameuse convention imaginée par les casuistes, qui renferme trois contrats.

1° Un contrat de société que je contracte avec un négociant, qui ayant déjà un fonds de commerce, *putà*, de 50,000 liv., m'associe pour un quart à son commerce, à raison d'une somme de 10,000 liv. que j'apporte à la société.

2° Un contrat d'assurance, par lequel ce même négociant m'assure mon capital de 10,000 liv. que je mets dans la société, qu'il s'oblige de me rendre à la fin du temps que doit durer la société, à la charge que de mon côté je lui cède une certaine portion dans les profits que j'ai lieu d'espérer pour ma part dans la société : par exemple, si j'ai lieu d'espérer que ma part dans la société produira par cha-

cun an un profit de douze pour cent environ, plus ou moins, je lui en abandonne la moitié.

Enfin, un troisième contrat, par lequel je vends à ce même marchand mon capital dans la société ainsi assuré, et tous les gains que j'en ai à espérer, moyennant le prix d'une somme de 10,000 liv., qu'il s'oblige de me payer à la fin du temps que doit durer la société, avec 500 liv. d'intérêts par chacun an jusqu'au paiement. *Diana*, après avoir imaginé cette convention, se propose la question, si cette convention est licite. Il décide pour l'affirmative. Sa raison est, que ces trois contrats, considérés séparément, étant des contrats licites, ils ne doivent pas moins l'être, quoique réunis ensemble par une même convention. Il n'est pas nécessaire, pour réfuter cette décision de *Diana*, d'accumuler toutes les autorités que rapporte l'auteur des *Conférences de Paris*. Il ne faut pas être bien clairvoyant pour s'apercevoir que cette convention, dans la vérité, ne contient autre chose qu'un prêt à intérêt que j'ai fait à ce marchand d'une somme de 10,000 liv., qui doit, dans le for extérieur aussi bien que dans le for de la conscience, être déclaré usuraire; et en conséquence les intérêts doivent être imputés sur le principal. Il est très visible que les trois prétendus contrats que cette convention renferme, ne sont que des contrats simulés pour déguiser le prêt à intérêt qu'elle renferme, et que dans la vérité, je n'ai jamais eu intention de contracter une société avec ce marchand, mais seulement de retirer de lui un intérêt de la somme que je lui prêtois: et quand même, par une fausse direction d'intention, je me persuaderais à moi-même que j'ai eu effectivement intention de faire avec ce négociant successivement ces trois contrats, ce seroit une illusion que me feroit ma cupidité, pour me déguiser à moi-même le vice d'usure du prêt à intérêt auquel s'analyse toute cette convention.

En général, toutes les fois qu'un particulier fait un prétendu contrat de société avec un marchand qui l'associe à son commerce pour une certaine somme d'argent qu'il apporte à ce marchand, lequel s'oblige de la lui rendre à la fin de la société, sans que ce particulier supporte aucune

part dans la perte, si la société ne réussit pas; et à la charge qu'il aura une certaine part dans le gain; quelque modique que soit cette part dans le gain, en conséquence de ce qu'il ne porte rien de la perte, et soit que cette part soit assurée à une certaine somme par chacun an, soit qu'elle ne le soit pas, un tel contrat doit passer pour un contrat de société simulé, qui n'a été fait que pour déguiser un prêt usuraire que ce particulier vouloit faire au marchand de la somme d'argent qu'il lui a remise. Le marchand qui, par ce prétendu contrat de société, ne se décharge, pour aucune partie, du risque des pertes qui peuvent survenir dans son commerce, n'a pas intention de faire un contrat de société: il n'a d'autre intention que d'emprunter la somme que ce particulier lui remet; et la part qu'il lui donne dans les gains de la société, est pour tenir lieu à ce particulier des intérêts qu'il exige pour ce prêt. Ce particulier n'a pareillement d'autre intention que de retirer un profit illicite du prêt qu'il fait de cette somme d'argent qui n'en doit pas produire, en déguisant ce prêt en contrat de société.

23. Il faudroit décider autrement dans le cas auquel un marchand qui a un bon commerce, dont le fonds est de 40,000 liv., feroit un contrat de société avec un particulier qui apporteroit aussi 40,000 liv. en argent, avec la clause que ce particulier auroit les trois quarts dans le gain, au lieu de la moitié qu'il devoit seulement avoir; mais qu'il se chargeroit en conséquence de toute la perte. Ce contrat est un véritable contrat de société. La clause par laquelle ce marchand se décharge du risque de la perte sur son associé, n'a rien d'inique, pourvu que l'espérance du gain se trouvant pour le moins en raison double du risque de la perte, le prix de l'espérance du quart dans le gain qu'il lui cède, équipolle au prix du risque de sa moitié dans la perte dont il le charge. Le fonds de commerce que ce marchand a mis dans la société, étant quelque chose de frugifère, il a pu retenir une part dans le gain, quoique l'autre associé lui assure ce fonds, et l'affranchisse du risque de la perte.

24. Si le particulier qui a fait avec un marchand un contrat de société, à laquelle il a apporté une certaine somme

d'argent, pour avoir part tant dans le fonds que dans le gain ou la perte de la société, à raison de cette somme, fait dans un temps non suspect, au bout de plusieurs années, une convention avec ce marchand, par laquelle il vend son droit dans la société à ce marchand pour le prix de la même somme qu'il a apportée en la société, que ce marchand s'oblige de lui rendre à la fin du temps que doit durer la société, avec un certain intérêt par chacun an, cette convention, qui n'eût pas été valable si elle eût été faite dans le temps du contrat, et qui eût passé alors pour un prêt à intérêt déguisé en un faux contrat de société, est-elle valable, ayant été faite au bout de plusieurs années? Je pense qu'elle est valable, soit dans le for de la conscience, soit dans le for extérieur. Elle est valable dans le for de la conscience, pourvu que cette convention soit une nouvelle convention, et que le contrat de société n'ait pas été fait avec un pacte secret que le marchand acheteroit du particulier sa part dans la société : elle est pareillement valable dans le for extérieur, parceque le long temps qui s'est écoulé entre le contrat de société et cette convention, empêche qu'on ne puisse soupçonner le contrat de société de n'avoir pas été un véritable contrat de société, et d'avoir été fait avec ce pacte secret. Or y ayant eu un vrai contrat de société entre les parties, ce particulier ayant, par ce contrat de société, acquis une part dans le fonds du commerce qui fait le fonds de la société, et ce fonds de commerce étant quelque chose de frugifère, ce particulier a pu vendre à son associé sa part dans ce fonds de commerce, et retirer des intérêts du prix pour lequel il l'a vendu.

25. On doit décider de même à l'égard d'un contrat d'assurance par lequel ce particulier, au bout de quelques années, se feroit assurer la somme qu'il a apportée à la société par le marchand son associé, qui se chargeroit à sa décharge de toute la perte qui pourroit survenir dans la société, en cas de mauvaise réussite, moyennant une part que ce particulier céderoit au marchand dans sa part du gain qu'il avoit lieu d'espérer. Ce contrat, de même que le précédent, est très légitime, pourvu que le prix de l'espérance du gain

que le particulier cède au marchand, soit égal au prix du risque de la perte dont il le charge.

Néanmoins l'auteur des Conférences, *tome 2, page 70*, prétend qu'un associé ne peut faire licitement ce contrat d'assurance avec son associé, quoiqu'il convienne, *page 71*, qu'il peut le faire avec un tiers. Il en donne une fort mauvaise raison, qui est que ce contrat d'assurance détruit, selon lui, le contrat de société, ce qui est faux; car nous avons vu *suprà*, n. 19, qu'un contrat de société pouvoit être valable, quoique l'un des associés ne dût supporter aucune part de la perte (ce qui est bien assurer ce qu'il y a apporté), pourvu qu'il ait donné à ses associés, qui se sont chargés du risque de la perte qu'il en devoit porter, quelque chose d'équivalent au prix de ce risque.

26. L'auteur des Conférences, dans le même endroit où il condamne le contrat d'assurance par lequel l'un des associés se feroit assurer son apport à la société par l'autre associé, condamne aussi une autre convention par laquelle l'un des associés, sans se faire assurer son apport à la société, et en demeurant sujet à la perte pour sa part, en cas de mauvaise réussite de la société, vendroit sa part dans l'espérance du gain, pour une certaine somme. Je ne vois rien de condamnable dans cette convention. L'espérance du gain d'une société est quelque chose d'appréciable, comme l'est un coup de filet; et je puis la vendre par conséquent, soit à mon associé, soit à un tiers, de même qu'on peut vendre un coup de filet. Les raisons de l'auteur des Conférences sont, que, selon lui, ce contrat de vente que je fais à mon associé du gain incertain que j'espère avoir de la société, *est contraire à l'égalité qui se doit trouver dans les sociétés*. Il auroit dû dire, *dans les contrats*; car il ne s'agit pas ici d'un contrat de société. Le contrat dont il est question, quoiqu'il intervienne entre des associés, n'est pas le contrat de société: c'est un contrat de vente que je fais à mon associé comme je pourrois le faire à tout autre, de ma part dans l'espérance du gain de la société. Au reste, je conviens que l'égalité doit se trouver dans ce contrat: mais elle s'y trouve; car la part que j'ai dans l'espérance

incertaine du gain de la société étant quelque chose d'appréciable, il suffit, pour que l'égalité se trouve dans ce contrat, que ce qu'on me donne par ce contrat pour le prix de l'espérance que je vends, soit le juste prix de cette espérance.

L'auteur des Conférences ajoute : *Ce contrat de vente assure un profit certain à un associé : or entre associés il ne doit y avoir aucun profit certain ; tout y doit être incertain, tant le capital que les profits.* Si l'auteur entend par-là que la part de l'espérance incertaine des profits ne puisse être appréciée et cédée pour le prix d'une somme certaine, c'est supposer précisément ce qui est en question ; ce qui est une pétition de principe, et un mauvais raisonnement.

27. Si le particulier qui a apporté à un marchand une somme d'argent pour être avec lui en société de son commerce, avoit fait ces contrats de vente et d'assurance de sa part peu après le contrat de société, il y auroit lieu de présumer qu'ils ne seroient que l'exécution d'un pacte secret apposé au contrat de société ; et en conséquence, dans le for extérieur, ces contrats, aussi bien que le contrat de société, devroient être déclarés nuls et simulés, comme n'étant faits que pour déguiser un prêt usuraire de la somme d'argent apportée au marchand par le particulier.

CHAPITRE II.

Des différentes espèces de sociétés.

Les sociétés sont, ou universelles, ou particulières.

SECTION PREMIÈRE.

Des sociétés universelles.

28. Le droit romain distingue deux espèces de sociétés universelles ; celle qui s'appelle *universorum bonorum*, et celle qui s'appelle *universorum quæ ex questu veniunt*, Dans notre droit françois, outre ces deux espèces de socié-

tés, la communauté conjugale qui se contracte entre conjoints par mariage, et celle qui se continue entre le survivant desdits conjoints et les héritiers du prédécédé, sont des espèces de sociétés universelles, différentes des autres, et qui se gouvernent par des principes qui leur sont particuliers : elles méritent d'être traitées avec beaucoup d'étendue. Nous n'en traiterons pas ici, nous réservant d'en traiter au long dans notre Traité du Contrat de Mariage, ainsi que des conventions qui ont coutume de l'accompagner.

ARTICLE PREMIER.

De la société *universorum bonorum*.

Ce que c'est; quand est-elle censée contractée, et entre quelles personnes peut-elle se contracter ?

29. La société *universorum bonorum* est celle par laquelle les parties contractantes conviennent de mettre en commun tous leurs biens présents et à venir.

Les parties qui ont contracté société ensemble ne sont pas censées avoir voulu contracter cette espèce de société, si elles ne s'en sont formellement expliquées; l. 7, ff. *pro soc.*

30. Cette société peut être contractée entre des personnes, quoique l'une soit beaucoup plus riche que l'autre : *Hæc societas coiri potest etiam inter eos qui non sunt æquis facultatibus.*

La raison qu'en apporte Ulpien, est que l'industrie de celui qui est pauvre peut équipoller à ce que le riche a de plus, *quum plerumquè pauperior operâ suppleat quantum ei per comparationem patrimonii deest*; d. l. 5, §. 1.

Quand même cette raison ne se rencontreroit pas, et que celui des associés qui a le moins de biens seroit aussi celui qui auroit le moins d'industrie, cette société n'en seroit pas moins valable. Cette inégalité fait seulement qu'en ce cas le contrat de société seroit mêlé de donation, le plus riche ayant voulu gratifier le pauvre. Mais quoiqu'un contrat de société soit mêlé de donation, la société n'en est pas moins valablement contractée, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 17.

§. II. Comment se communiquent les biens des associés.

51. Il est particulier à cette espèce de société que tous les biens qu'avoit, lors du contrat, chacun des associés, deviennent, dès l'instant du contrat, communs entre eux, chacun d'eux étant censé s'en être fait réciproquement une tradition feinte, et s'en être constitué possesseur au nom de la société : *In societate omnium bonorum omnes res quæ coeuntium sunt, continuo communicantur; quia licet specialiter traditio non interveniat, tacite tamen creditur intervenire*; l. 1, §. 1; l. 2, ff. *pro soc.*; ce qui néanmoins, suivant le droit romain, n'avoit pas lieu à l'égard de leurs dettes actives, lesquelles, par leur nature, ne sont pas susceptibles de tradition, et ne peuvent passer d'une personne à l'autre que par une cession d'actions : mais au besoin chacun des associés est tenu de faire cette cession. C'est pourquoi Paul ajoute : *Ea verò quæ in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actionem invicem prestare debent*; l. 5. Dans notre droit françois, où nous sommes plus faciles à suppléer et sous-entendre ces cessions d'actions, je pense que les dettes actives des associés qui contractent ensemble une société de tous leurs biens, tombent, de même que leurs autres biens, de plein droit dans la société, et sans qu'il soit besoin d'une cession expresse d'actions.

52. Par le droit romain, ce que l'un des associés acquéroit en son propre nom depuis la société contractée, n'étoit pas acquis de plein droit à la société; les autres associés avoient seulement action contre lui pour le lui faire apporter à la société : *Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune, sed societatis judicio cogitur rem communicare*; l. 74, ff. *pro soc.* La raison étoit, que la tradition feinte qui étoit censée intervenir par le contrat de société, par laquelle chacun des associés étoit censé se constituer possesseur au nom de la société, ne pouvoit avoir lieu qu'à l'égard des biens qu'il avoit alors, ne pouvant pas se constituer possesseur de ceux qu'il n'avoit pas encore.

Dans notre droit françois, qui n'est pas si littéral que le droit romain, je pense qu'un associé *omnium bonorum*, qui, par le contrat de cette société, est obligé de faire, pour le compte de cette société, toutes les acquisitions qu'il fait, doit, lorsqu'il fait quelque acquisition, être facilement présumé avoir voulu la faire au nom et pour le compte de la société, quoiqu'il ne l'ait pas exprimé, et avoir par conséquent acquis la chose de plein droit à la société, sans que ses associés soient obligés de lui en faire demande.

§. III. De ce qui entre ou n'entre pas dans la société *universorum bonorum*.

33. Cette société étant généralement de tous biens présents et à venir, tout ce qui vient à chacun des associés durant la société, y tombe, à quelque titre qu'il lui avienne, même à titre de succession, donation ou legs; l. 3, §. 1; même pour réparation civile d'une injure qui auroit été faite à sa personne ou aux siens; l. 52, §. 16, ff. d. 7.

34. Néanmoins, en un cas, les choses échues à titre de donation ou de legs à l'un des associés, ne tombent pas dans la société; savoir, lorsqu'elles lui ont été données ou léguées sous la condition qu'elles n'y tomberoient pas; car le donateur ou testateur ayant été le maître de ne les pas donner, a pu, en les donnant, apposer à sa donation telle condition qu'il a voulu; et il ne fait en cela aucun tort aux associés du donataire, qui n'auroient eu rien à prétendre, si, comme il en étoit le maître, il n'eût pas fait la donation.

35. Mais dans un contrat d'achat que feroit un associé universel, quelque protestation qu'il y eût par le contrat que l'achat est fait pour le compte particulier de l'acheteur, les choses achetées ne laisseront pas de tomber dans la société.

Ne peut-on pas dire, comme dans le cas précédent, que le vendeur, qui étoit le maître de ne les pas vendre, a pu les vendre sous cette condition? Non. La raison de différence est, que dans un contrat de cette nature, on présume que c'est l'acheteur qui a fait mettre cette clause, en fraude de la société. Le contrat de vente étant un contrat de commerce, dans lequel chacune des parties n'a coutume que

de rechercher son intérêt, on présume qu'il a dû être indifférent au vendeur que la chose qu'il vendoit tombât, ou non, dans la société de l'acheteur. Au contraire, les donations étant faites par le motif de l'amitié que le donateur porte au donataire, ce motif a pu porter le donateur à vouloir et à stipuler qu'il profitât seul des choses données, et qu'elles ne tombassent pas dans la société.

56. Quelque universelle que soit cette société, ce que l'un des associés auroit acquis par des voies criminelles ou déshonnêtes, n'entre pas dans la société; car étant de l'essence des sociétés qu'elles se contractent pour faire en commun un profit honnête, *suprà*, n. 14, tout gain criminel ou déshonnête ne peut être susceptible d'aucune société.

Par exemple, si l'un des associés avoit fait la contrebande, et qu'il eût un magasin de marchandises de contrebande, les associés n'ont pas d'action pour l'obliger à les apporter à la société, ou à compter du profit qu'il a fait dans ce commerce. Les raisons ci-dessus rapportées, et les lois qui leur défendent de prendre part à un tel commerce, résistent à cette action. Ils ont seulement action pour lui faire rapporter l'argent qu'il auroit tiré de la caisse commune pour faire ce commerce, n'ayant pas eu le droit de l'en tirer pour en faire un tel emploi.

Quoique ce que l'un des associés a acquis par des voies criminelles et déshonnêtes ne tombe pas dans la société, néanmoins si cet associé l'avoit apporté à la société, et mis dans la caisse commune, soit au su, soit à l'insu de ses associés, il ne seroit pas recevable à l'en vouloir retirer et prélever, sous le prétexte qu'ayant été acquis par des voies criminelles, il n'appartient pas à la société; car il n'est pas recevable à alléguer sa turpitude. Néanmoins si c'étoient des choses dérobées, et qu'il eût été condamné de restituer à celui à qui elles appartiennent, il seroit reçu, pour obéir à la sentence, à les retirer des magasins où il les auroit apportées : *Quod ex furto vel ex alio maleficio quæsitum est, in societatem non oportere conferri palàm est; quia delictorum turpis atque fæda communio est; planè si in medio collatum sit, commune erit lucrum; l. 55 : quod enim*

§. IV. Des charges de la société *universorum bonorum.*

37. Cette société renfermant tous les biens présents et à venir des associés, elle doit pareillement renfermer et supporter toutes les charges desdits biens, tant présentes que celles à venir.

C'est pourquoi cette société doit être tenue, non seulement de toutes les dettes dont chacun des associés étoit débiteur lorsqu'ils ont contracté la société; ces dettes sont une charge présente de leurs biens présents, *quàm bona non intelligantur, nisi deducto ære alieno*: elle doit aussi être tenue de toutes les dépenses que chacun des associés sera obligé de faire durant la société, ces dépenses étant une charge à venir de tous ses biens présents et à venir.

On doit comprendre dans ces dépenses, non seulement celles que chacun des associés est obligé de faire pour ses aliments et ceux de ses enfants, et pour leur éducation, mais même généralement toutes les dépenses raisonnables auxquelles la bienséance pourra engager chacun des associés durant la société, pourvu qu'elles soient faites avec une sage économie, eu égard aux facultés de la société, et à la qualité des associés; l. 73, §. 1, *d. tit.*

38. Suivant ces principes, le sentiment commun des docteurs est, que cette société est tenue non seulement des dépenses que chacun des associés feroit pour l'éducation de ses enfants, telles que sont les équipages qu'on fournit à ceux qui suivent la profession des armes, les pensions de ceux qu'on envoie dans les collèges et universités, les livres qui leur sont nécessaires, les salaires et les récompenses de leurs précepteurs, etc., mais même de celles qu'il feroit pour leur procurer un établissement, soit par mariage ou autrement; et qu'en conséquence les dots que l'un des associés auroit données à ses filles pour les marier, pourvu qu'elles ne soient pas excessives, doivent être portées par la société, sans pouvoir être précomptées à cet associé sur sa part dans la société; car l'obligation de doter ses enfants étant une

obligation naturelle des pères et mères , cette dépense étoit une charge à venir de tous ses biens présents et à venir. C'est le sentiment de Treutler , de Bachou *ad Treutler* , des thèses de Cologne , de Lauterbach , de Brunneman , etc.

Cette décision a lieu , suivant ces auteurs , quand même il n'y auroit que l'un des associés qui auroit des filles , et que l'autre n'en eût pas ; de même que les successions qui échécnt à l'un des associés durant cette société , ne laissent pas d'y tomber , quoique l'autre n'eût aucune succession à attendre. *Nec obstat* que cela est contraire à l'égalité qui doit régner dans les sociétés ; car nous avons vu *suprà* , que cette espèce de société ne laisse pas d'être valable , quoique chacun des associés y contribue inégalement. Enfin la loi 18 , ff. *pro soc.* , dit expressément que la convention que les filles des associés seront dotées du fonds commun , pourvu qu'elle soit faite pour tous les associés , ne laisse pas d'être valable , quoiqu'il n'y ait que l'un d'eux qui ait une fille à marier.

Domat , *liv. 1 , tit. 8 , sect. 3 , n. 11* , paroît vouloir tirer de cette loi 81 un argument contre le sentiment que nous venons de rapporter , que cette société de tous biens présents et à venir est tenue des dots des enfants des associés ; car il est dit dans cette loi , que la société en est tenue lorsque les parties en sont convenues ; d'où il conclut qu'elle n'en est pas tenue de droit , et sans une convention expresse. La réponse à cette objection est , que la question de cette loi étant proposée généralement à l'égard de toutes les sociétés , et non pas seulement à l'égard de la société de tous les biens présents et à venir , Papinien répond , *qu'elle ne peut avoir lieu qu'à l'égard de celles qui renferment la convention que les dots des filles des associés seront prises dans le fonds commun*. Au reste , Papinien ne distingue pas , parceque cela ne vient pas à son sujet , si elles renferment cette convention par un pacte exprès , qui est nécessaire dans les sociétés qui ne seroient pas de tous biens présents et à venir ; ou si elles la renferment par la nature du contrat , lorsque la société est de tous les biens présents et à venir.

39. A l'égard des folles dépenses qu'un associé feroit durant la société de tous biens présents et à venir, la société n'en est pas tenue : elles doivent lui être précomptées sur sa part ; car on ne peut pas dire qu'elles fussent une charge à venir de ses biens présents et à venir qu'il a mis en société, puisque rien ne l'obligeoit à les faire, et qu'il ne devoit pas les faire.

40. A plus forte raison il ne doit pas faire porter à la société ce qu'il a perdu au jeu ou à la débauche : *Quod in aleâ aut adulterio perdidit socius, de medio non est laturus*; l. 59, §. 1, ff. *pro soc.*

41. Par la même raison, la société ne sera pas tenue des amendes, ni des réparations civiles auxquelles l'un des associés auroit été condamné pour quelque délit; l. 52, §. 18, ff. *d. tit.*

Si néanmoins c'étoit injustement qu'il eût été condamné, la société devoit supporter cette perte, pourvu que ce ne fût pas par sa faute, *putà*, en faisant défaut, qu'il se fût laissé condamner; *d. §. 18*. La raison est, que ce qu'il lui en a coûté en ce cas, est une dépense qui ne procède pas de sa faute, et qu'il n'a pu éviter. Elle est une charge de ses biens, dont la société est chargée.

Observez que l'associé ne doit pas être recevable à alléguer qu'il a été condamné injustement, tant que la sentence subsiste, la sentence formant une présomption contre lui. Mais si, après l'avoir fait infirmer par le juge supérieur, il ne pouvoit répéter ce qu'il auroit été obligé de payer en exécution de cette sentence, par l'insolvabilité de la partie et de la caution, ce seroit en ce cas une perte qui devoit tomber sur la société.

42. Le principe que nous venons d'établir, que la société n'est pas tenue des réparations civiles et des amendes dues pour le délit de l'un des associés, reçoit exception dans le cas auquel cet associé auroit porté dans le fonds de la société ce qui lui est provenu de ce délit; car, en ce cas, la société est tenue de la restitution qui en doit être faite à la partie offensée, au moins jusqu'à concurrence de ce dont la société a profité à l'occasion de ce délit, lorsque c'est à

l'insu des autres associés que les choses provenues du délit ont été mises dans le fonds de la société. Mais si c'est au su et au gré des autres associés, la société seroit tenue de toutes les condamnations qui interviendroient pour le délit, soit pour la réparation civile, soit pour les amendes : *Si conventus fuerit qui maleficium admisit, id quod contulit, aut solum, aut cum pœnâ auferet : solum auferet, si proponas insciente socio in societatis rationem hoc contulisse; quòd si sciente, etiam pœnam socium agnoscere oportet, ut cujus participavit lucrum, participet et damnum; l. 55, ff. d. t. Nec interest utrum manente societate præstiterit ob furtum, an dissolutâ eâ; l. 56.*

ARTICLE II.

De la seconde espèce de société universelle, que les Romains appeloient *universorum quæ ex quæstu veniunt*.

43. La seconde espèce de société universelle est celle qui est appelée en droit *universorum quæ ex quæstu veniunt*, par laquelle les parties contractent société de tout ce qu'elles acquerront pendant le cours de la société, à quelque titre de commerce que ce soit.

Les parties sont censées contracter cette espèce de société lorsqu'elles déclarent qu'elles contractent ensemble société, sans s'expliquer davantage : *Coiri societatem simpliciter licet, et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex quæstu veniunt; l. 7, ff. pro soc.*

C'est aussi cette espèce de société qui est censée contractée, lorsque les parties ont dit qu'elles contractoient société de tous les gains et profits qu'elles feroient de part et d'autre : *Sed et si adjiciatur, ut et quæstus et lucri socii sint, verum est, non ad aliud lucrum quàm quod ex quæstu venit, hanc quoque adjectionem pertinere; l. 13, ff. d. tit.*

44. Selon le droit romain, les biens qu'avoient les parties lorsqu'elles ont contracté cette société, n'y entrent point, si ce n'est pour la jouissance. Mais suivant notre droit coutumier, leurs biens meubles qu'elles avoient lors du contrat y entrent. Notre coutume d'Orléans, *art. 214*, en a une

disposition : « Laquelle société, si elle n'est limitée, sera
« seulement entendue de tous les biens meubles et conquêts
« immeubles faits par lesdites parties durant la société. »
Voyez Berry, tit. 8, art. 10, etc.

45. Il n'y a que ce que chacun des associés acquiert durant la société par quelque titre de commerce, comme par achat, louage, etc., qui tombe dans cette société : *Si quod lucrum ex emptione, venditione, locatione, conductione descendit; d. l. 7.*

Comme aussi ce que chacun d'eux acquiert par l'exercice de sa profession, sa solde, ses appointements; l. 52, §. 8, ff. d. tit.

46. Cette société étant généralement de tous les acquêts que les associés feront durant le temps de la société, il suffit que des choses aient été acquises à quelque titre de commerce durant la société, par l'un des associés, pour qu'elles tombent dans la société, quand même le contrat d'acquisition ne porteroit pas qu'elle est faite pour le compte de la société.

Il y a plus : si le contrat portoit expressément que l'acquisition est faite pour le compte particulier de l'un des associés, ces associés pourroient l'obliger de rapporter à la masse commune les choses ainsi acquises; à moins que l'acquisition n'eût été faite de ses deniers propres et exceptés de la société.

47. Observez aussi que des héritages, quoique acquis à titre de commerce durant la société, n'y tombent pas, lorsque le titre en vertu duquel l'un des associés les a acquis, quoique durant la société, est antérieur au contrat de société; comme lorsqu'ayant acheté un héritage avant le contrat de société, la tradition ne lui en a été faite que depuis. En ce cas cet héritage lui est propre; il doit seulement tenir compte à la société des deniers qu'il en a tirés pour en payer le prix.

48. Pareillement les choses dont l'un des associés est devenu propriétaire durant la société, plutôt par la résolution de l'aliénation qui en avoit été faite avant le contrat de société, que par une nouvelle acquisition qu'il en eût faite,

ne tombent pas dans la société; comme lorsqu'il a révoqué pour cause de survenance d'enfants, ou pour cause d'ingratitude, la donation qu'il en avoit faite.

49. L'héritage que l'un des associés a acquis durant la société par droit de retrait lignager, ne doit pas non plus tomber dans la société; car ce droit, par sa nature, n'étant pas cessible, ne doit pas par conséquent être communicable.

50. Quoique l'échange soit un titre de commerce, néanmoins comme l'héritage acquis en contre-échange est subrogé à celui qui a été échangé, et en prend la nature, l'héritage acquis par l'un des associés durant la société, en contre-échange d'un héritage qui lui étoit propre, lui sera pareillement propre, et ne tombera pas dans la société.

51. Il n'y a que ce que chacun des associés a acquis à titre de commerce durant la société, qui y tombe.

Ce qui vient à l'un des associés à titre de succession, don ou legs, n'y tombe pas; l. 9, 10, 11 et 71, §. 1, ff. *pro soc.*

Notre coutume d'Orléans, art. 217, en a aussi une disposition. Cela a lieu quand même la donation lui auroit été faite à l'occasion des affaires de la société qui lui auroient procuré la connoissance du donateur; l. 60, §. 1, *in fine*, ff. *pro soc.*

52. Quant aux charges de cette société, suivant le droit romain, les associés n'apportant dans cette société aucune chose des biens qu'ils avoient lorsqu'ils l'ont contractée, elle ne doit pas être tenue des dettes dont ils étoient débiteurs.

Mais notre droit coutumier faisant entrer dans cette société les biens meubles que les conjoints avoient lorsqu'ils l'ont contractée, c'est une conséquence que cette société doit être tenue de toutes les dettes mobilières dont ils étoient alors débiteurs; les dettes mobilières, suivant les principes de notre ancien droit françois, devant suivre le mobilier, et en étant une charge.

55. A l'égard des dettes qui sont contractées par les associés durant la société, il n'y a que celles qui sont con-

138 TRAITÉ DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ,
tractées pour les affaires de la société, dont la société soit
tenue : *Sed nec res alienum, nisi quod ex questu pende-*
bit, veniet in rationem societatis; l. 12.

SECTION II.

Des sociétés particulières.

Il y a plusieurs espèces de sociétés particulières. Il y en a qui se contractent pour avoir en commun certaines choses particulières, et en partager les fruits. Il y en a qui se contractent pour exercer en commun quelque art ou quelque profession. Enfin il y a des sociétés de commerce.

§. I. De la société de certaines choses.

54. On peut contracter société de choses particulières, et même d'une seule chose; *Societates contrahuntur unius rei*; l. 5, ff. *pro soc.*; comme lorsque deux voisins conviennent d'acheter à frais communs une vache, pour la nourrir et la soigner en commun, et en partager le profit.

On peut mettre dans cette espèce de sociétés de choses particulières, de même que dans les sociétés universelles, ou les choses mêmes, ou seulement l'usage et les fruits à percevoir de ces choses.

Par exemple, lorsque deux voisines qui avoient chacune une vache, sont convenues que les deux vaches seroient communes entre elles, c'est une société des choses mêmes : chacune des associées n'est plus propriétaire séparément de sa vache, elles sont chacune propriétaire en commun de deux vaches. C'est pourquoi si l'une des deux vaches vient à mourir, la perte sera commune, et celle qui reste continuera d'appartenir en commun aux deux associées, sans que celle qui l'a apportée à la société puisse y prétendre plus de droit que l'autre. Mais si ces deux voisines, sans convenir que leurs vaches seroient communes, sont seulement convenues qu'elles en percevroient en commun tous les fruits et profits qui en proviendroient, ce ne sont pas en ce cas les vaches elles-mêmes qui sont mises en société; chacune des associées demeure propriétaire séparément de

sa vache ; et si elle vient à mourir , elle en souffre seule la perte , sans pouvoir rien prétendre dans l'autre.

Pareillement , lorsque deux personnes contractent entre elles une société pour vendre en commun certaines choses qui appartiennent à chacune d'elles , et en partager le prix , il faut bien examiner quelle a été leur intention. Si elle a été de mettre en société les choses mêmes , la société sera des choses ; et si l'une des choses vient à périr avant la vente que les parties se proposoient d'en faire , la perte en sera commune. Mais si elle a été de mettre en société , non les choses mêmes , mais le prix de la vente qui en seroit faite , la perte tombera en entier sur celui des associés à qui la chose appartenoit. C'est la distinction que fait Celse dans l'espèce suivante : *Quum tres equos haberes , et ego unum , societatem coimus , ut accepto equo meo quadrigam venderes , et ex pretio quartam mihi redderes : si ante venditionem equus meus mortuus sit ; non putare se Celsus ait societatem manere , nec ex pretio equorum tuorum partem deberi ; non enim habende quadrigæ , sed vendende coitam societatem : ceterum si id actum dicatur ut quadriga foret , eaque communicaretur , utique in eâ tres partes haberes , ego quartam , non dubiè adhuc socii sumus ; l. 58 , ff. pro soc.* On doit faire la même distinction à l'égard de deux marchands qui se seroient associés pour la vente des marchandises qu'ils avoient chacun dans leur boutique. Si leur intention a été de mettre en société leurs marchandises , et que , depuis celles qui étoient dans la boutique de l'un d'eux soient périées par le feu du ciel tombé sur cette boutique , la perte tombera sur la société , et l'associé dont la boutique a été incendiée continuera d'avoir part dans les marchandises de la boutique de l'autre associé. Mais si l'intention de ces marchands a été de contracter société , non des marchandises , mais du débit qu'ils en feroient , la perte qui est arrivée par le feu du ciel qui est tombé sur la boutique de l'un de ces marchands tombera sur lui seul , et il n'aura pas de part à prétendre dans les marchandises de l'autre.

§. II. Des sociétés pour l'exercice d'une profession.

55. Plusieurs personnes d'une même profession ou d'un même métier peuvent s'associer ensemble pour l'exercice de leur profession ou de leur métier, et convenir de rapporter à une masse commune tous les gains qu'ils feront de part et d'autre, dans l'exercice de leur métier ou profession, pour les partager ensemble.

Nous voyons beaucoup de sociétés de cette espèce entre des maçons.

Ces sociétés sont licites, pourvu qu'elles ne tendent pas à une mauvaise fin, telle que seroit celle d'encherir arbitrairement le prix de leur travail. Par exemple, dans le cas auquel un violent ouragan auroit découvert toutes les maisons d'une petite ville; si tous les couvreurs du lieu s'associent ensemble pour l'exercice de leur métier pendant un certain temps que devoit durer l'ouvrage à faire pour réparer les couvertures, et convenoient entre eux de ne point monter sur les maisons qu'on ne leur payât leurs journées à un certain prix beaucoup plus cher que le prix ordinaire; de telles sociétés ne doivent pas être tolérées, et les juges de police doivent punir par des amendes ceux qui les ont contractées.

§. III. Des sociétés pour un commerce.

56. Savary, dans son *Parfait Négociant*, distingue trois espèces de sociétés de commerce: les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, et les sociétés anonymes et inconnues.

57. La société en nom collectif est celle que font deux ou plusieurs marchands, pour faire en commun un certain commerce au nom de tous les associés.

C'est pourquoi tous les marchés que chacun de ces associés fait pour ce commerce, sont signés, *un tel et compagnie*. Il est censé, dans tous ces marchés, contracter tant en son nom qu'au nom de ses associés, qui sont censés contracter et s'obliger conjointement avec lui par son ministère.

Il faut pourtant à cet égard suivre les lois prescrites pour le contrat de société, comme nous le verrons *infra*.

58. Cette société n'est composée que des choses que les associés ont mises en contractant la société, et de celles que chacun d'eux a acquises durant la société, au nom de la société, en signant les marchés, *un tel et compagnie*; soit qu'il ait fait les acquisitions des deniers de la société, soit qu'il les ait faites de ses propres deniers. Mais les choses que l'un des associés auroit acquises pour son compte particulier, quoique acquises durant la société, et des deniers de la société, n'y tombent pas; cet associé est seulement débiteur à la société de la somme qu'il en a retirée. C'est ce qui est décidé par la loi 4, *Cod. com. utr. jur. Si patruus tuus ex communibus bonis res comparavit, non omnium bonorum socius constitutus... res emptas communicare eum contra juris rationem postulas*.

En cela les sociétés particulières diffèrent des universelles, comme nous l'avons observé *suprà*, n. 46, suivant qu'il résulte de ces termes, *non omnium bonorum socius constitutus*, qui donnent à entendre qu'il faudroit décider autrement dans le cas d'une société universelle.

59. Néanmoins, même dans les sociétés particulières, si le marché que cet associé a fait pour son compte particulier étoit un marché avantageux qui convint à l'espèce de commerce qui fait l'objet de la société, et qu'il eût été de l'intérêt de la société de faire pour le compte de la société, cet associé pourra être obligé par ses associés à rapporter à la masse de la société les choses qu'il a acquises par ce marché; car il n'a pas dû préférer son intérêt particulier à celui de la société, ni enlever à la société ce marché qui lui étoit avantageux, en le faisant pour son compte particulier.

Par exemple, si deux personnes se sont associées pour faire valoir un gros cabaret, et que l'une d'elles, trouvant à acheter une partie de vin à un prix avantageux, l'achète pour son compte particulier, des deniers de la société qu'elle avoit entre les mains; il faut examiner si, lorsqu'elle a fait ce marché, il étoit de l'intérêt de la société de le

faire pour le compte de la société, qui n'avoit plus de vin que pour peu de temps pour l'entretien du cabaret : en ce cas elle n'a pas dû faire ce marché pour son compte particulier. Mais si, lorsqu'elle a fait ce marché, le cabaret étoit garni de vin pour plusieurs années, et qu'elle ait fait ce marché pour son compte particulier, afin de revendre ce vin en gros, dans l'espérance d'en tirer du profit, l'objet de leur société n'étant pas un commerce en gros, son associé n'y pourra prétendre de part.

60. La société en commandite est une société qu'un marchand contracte avec un particulier, pour un commerce qui sera fait au nom seul du marchand, et auquel l'autre contractant contribue seulement d'une certaine somme d'argent qu'il apporte pour servir à composer le fonds de la société, sous la convention qu'il aura une certaine part au profit, s'il y en a ; et qu'il portera, dans le cas contraire, la même part des pertes, dont il ne pourra néanmoins être tenu que jusqu'à concurrence du fonds qu'il a apporté en la société.

61. La société anonyme ou inconnue, qu'on appelle aussi *compte en participation*, est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'entre elles en son nom seul.

Par exemple, je trouve une certaine partie de marchandises à acheter pour revendre. N'ayant pas les fonds nécessaires pour faire seul cette négociation, je vous propose par lettre missive, si vous voulez en être de part avec moi. Vous me faites réponse que vous le voulez bien, et que vous me ferez tenir les fonds nécessaires pour votre part. En conséquence je fais la négociation seul en mon nom. C'est une société anonyme qui est contractée entre nous, dans laquelle je suis le seul associé connu, et vous l'associé inconnu.

62. C'est aussi une espèce de société anonyme qu'on appelle *momentanée*, lorsque des revendeurs qui se trouvent à une vente de meubles qui se fait à l'encan, pour ne pas surenchérir les uns sur les autres, conviennent d'être ré-

ciiproquement de part de tous les achats que chacun d'eux fera à la vente, et qu'après la vente finie, ils mettront en une masse toutes les marchandises qu'ils y auront achetées chacun séparément, pour partager le tout entre eux. Cette société est permise, lorsqu'elle ne tend pas à avoir les marchandises pour un prix au-dessous du juste prix, et qu'il se trouve à la vente un grand concours d'autres revendeurs que ces associés.

Mais si ceux qui auroient fait cette société étoient les seuls qui se trouvassent à cette vente, qui fussent en état d'y enchérir les meubles de prix, il est évident que cette société, qui tendroit à avoir des marchandises pour un prix aussi bas que celui qu'ils y voudroient mettre, renfermeroit une injustice.

65. La société anonyme convient avec la société en commandite, en ce que dans l'une et dans l'autre il n'y a que l'un des associés qui contracte, et qui s'oblige envers les créanciers de la société; l'autre associé, qui est l'associé inconnu dans les sociétés anonymes, de même que l'associé en commandite, n'y sont obligés que vis-à-vis de leur associé principal.

Ces associés diffèrent en ce que dans la société anonyme l'associé inconnu est tenu indéfiniment, pour la part qu'il a dans la société, d'acquitter son associé des dettes qu'il a contractées pour la société; au lieu que l'associé en commandite n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a mise en société.

CHAPITRE III.

Des différentes clauses de contrats de société.

Les clauses les plus ordinaires qui se rencontrent dans les contrats de société, concernent, ou le temps auquel doit commencer la société, et celui qu'elle doit durer; ou son administration; ou les parts que chacun des associés doit avoir dans les gains et les pertes; ou la manière de récompenser celui des associés qui, quoiqu'ils soient associés

pour portions égales, a néanmoins apporté à la société plus que les autres.

§. I. Des clauses concernant le temps auquel la société doit commencer, et celui qu'elle doit durer.

64. On peut contracter une société ou purement ou simplement, auquel cas elle commence dès l'instant du contrat; ou pour commencer au bout d'un certain temps.

Ce temps, qui doit être exprimé, fait la matière d'une clause du contrat.

On peut faire aussi dépendre d'une condition le contrat de société : *Societas coiri potest vel ex tempore, vel sub conditione*, l. 1, ff. *pro soc.* Par exemple, je puis contracter avec quelqu'un une société de commerce, qui n'aura lieu que s'il épouse une fille.

65. Le temps que doit durer la société peut faire aussi la matière d'une clause du contrat de société.

Ce temps peut être plus ou moins long. Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, elles sont censées l'avoir contractée pour tout le temps de la vie des associés : *Societas coiri potest, vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus*; d. l. 1.

Suivant les principes du droit romain, on ne pouvoit pas valablement convenir que la société auroit lieu, même après la mort des parties contractantes. C'est en ce sens que Cujas entend ce qui est dit en la loi 70, ff. *d. tit. Nulla societatis in aeternum coitio est.* Voyez *infra*.

§. II. Des clauses qui concernent l'administration de la société.

66. Quelquefois, par le contrat de société, on donne à l'un des associés l'administration des biens et des affaires de la société.

Les associés peuvent, par cette clause, donner telles bornes ou telle étendue qu'ils jugent à propos à ce pouvoir d'administrer qu'ils accordent à l'un d'entre eux.

Ce pouvoir, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, renferme, par rapport aux biens et aux affaires de la société, ce qu'a coutume de renfermer une procuration

générale qu'une personne donne à quelqu'un pour administrer ses biens : car celui de ces associés à qui on a donné cette administration, est comme le procureur général de ces associés, pour les biens et affaires de la société.

Suivant ce principe, ce pouvoir consiste à faire tous les actes et marchés nécessaires pour les affaires de la société; comme de recevoir et de donner quittance de ce qui est dû à la société par ses débiteurs; de faire contre eux les poursuites nécessaires pour en procurer le paiement; de payer ce qui est dû aux créanciers de la société; de faire les marchés avec les serviteurs et ouvriers employés pour le service de la société; de faire les achats des choses nécessaires pour les affaires de la société; de vendre les choses dépendantes de la société, qui sont destinées à être vendues, et non d'autres.

Par exemple, dans une société universelle, celui des associés à qui on a, par une clause du contrat, ou par une convention subséquente, donné l'administration de la société, peut vendre tous les fruits qui proviennent des récoltes des héritages dépendants de la société; la coupe des bois taillis, lorsqu'ils sont en âge d'être coupés. Mais il ne peut pas vendre les héritages, ni les autres biens immeubles appartenants à la société, ni même les meubles qui servent à les garnir, si ce n'est ceux qui sont de nature à se détruire, s'ils étoient gardés. *Procurator totorum bonorum res domini neque mobiles, neque immobiles, neque servos sine speciali domini mandato alienare potest, nisi fructus, aut alias res quæ facile corrumpi possunt*; l. 63, ff. de procur.

67. Dans une société de commerce, l'associé qui a l'administration peut bien vendre les marchandises de cette société, ces marchandises n'y étant entrées que pour être revendues. Mais son pouvoir ne s'étend pas jusqu'à pouvoir vendre la maison qui a été acquise pour faire le siège du commerce, ni à y imposer des servitudes : il ne peut pas même vendre les meubles qui sont dans cette maison pour y rester, comme des chaudières, des métiers et autres utensiles de commerce.

68. Dans les sociétés, soit universelles, soit particulières, le pouvoir de l'associé administrateur ne s'étend pas jusqu'à pouvoir, sans l'avis de ses associés, transiger sur les procès de la société; car cela passe aussi le pouvoir d'un fondé de procuration générale; *Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causâ interpositam*; l. 60, ff. de procur.

69. Quelque étendue qu'ait reçue par la clause du contrat le pouvoir d'administrer les effets de la société, il ne s'étend pas à pouvoir disposer par donation des effets de la société.

Néanmoins les donations de bienséance et ordinaires ne lui sont pas interdites.

Par exemple, dans une société universelle, l'associé administrateur peut, sans consulter ses associés, faire à ceux qui devoient des lods et ventes ou autres profits seigneuriaux semblables, les remises nécessaires que les seigneurs ont coutume de faire. Il peut donner des étrennes et autres petites gratifications, dans les cas où il est d'usage et de bienséance d'en donner. Il peut aussi accéder à un contrat d'arbitrage qui contient des saisies faites à un débiteur failli : ces remises se font par esprit d'économie, pour ne pas tout perdre, plutôt que par esprit de donation.

70. Les principes que nous venons d'établir souffrent exception, 1^o à l'égard de l'espèce de société universelle ou communauté de biens entre mari et femme : le mari a sur les biens dont elle est composée, un pouvoir, non d'administrateur, mais de maître absolu, comme nous le verrons en notre Traité du Contrat de Mariage. 2^o A l'égard de l'espèce de société universelle que contracte le survivant des deux conjoints par mariage, faute de faire inventaire; quoique le survivant ne soit pas maître absolu des biens de cette communauté, comme l'est le mari de ceux de la communauté conjugale tant qu'elle dure, et qu'il en soit seulement administrateur, il a néanmoins un pouvoir d'administrer si étendu, qu'il peut généralement disposer comme bon lui semble de tous les héritages et autres biens de la société, pourvu que ce ne soit pas par donation, comme nous le verrons dans notre Traité du Contrat de Mariage.

Enfin, même dans les sociétés ordinaires, nos principes reçoivent exception, lorsque par les clauses du contrat il a plu aux parties de donner plus d'étendue au pouvoir de celui à qui elles ont accordé l'administration de la société.

71. Quoique le pouvoir d'un associé qui, par la loi apposée au contrat de société, est l'administrateur des biens de la société, puisse être comparé à celui d'un homme à qui quelqu'un auroit donné une procuration générale pour gérer ses affaires, il faut néanmoins observer entre eux une différence. Le pouvoir de celui-ci étant révocable, selon la nature du contrat de mandat, il peut bien faire à l'insu de celui qui lui a donné la procuration, tous les actes dépendants de l'administration qui lui a été confiée, celui qui lui a donné la procuration étant censé y consentir : mais il ne peut rien faire contre son gré, et contre la défense qu'il lui auroit notifiée. Au contraire, le pouvoir d'administrer qui est accordé à l'un des associés par le contrat de société, étant une des conditions de ce contrat, cet associé n'ayant consenti à la société qu'à la charge qu'il en auroit l'administration, ce pouvoir n'est pas révocable tant que la société dure. C'est pourquoi cet associé peut faire, même contre le gré et malgré l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude, et pour le bien de la société.

Il en seroit autrement si ce n'étoit pas par le contrat de société, mais depuis, que le pouvoir d'administrer la société eût été accordé à l'un des associés : il ne seroit en ce cas qu'un simple mandataire de ses associés, qui pourroit être révoqué, et qui ne pourroit rien faire malgré eux.

72. On donne quelquefois, par le contrat de société, à plusieurs des associés l'administration des affaires de la société. Si cette administration a été partagée entre eux, comme si l'un a été préposé pour faire les achats, l'autre pour vendre les marchandises, chacun d'eux ne peut faire que les actes qui dépendent de la partie d'administration qui lui a été confiée. Mais si l'administration n'a pas été partagée entre eux, chacun d'eux peut séparément, et sans l'autre, faire valablement tous les actes qui dépendent de

l'administration de la société; à moins que la clause par laquelle ils ont été préposés, ne portât qu'ils ne pourroient rien faire l'un sans l'autre.

On peut, pour cette décision, tirer argument de ce qui est décidé en la loi 1, §. 13 et 14, ff. *de exercit. act.*, à l'égard de plusieurs commis d'un armateur : *Si plures sint magistri non divisis officiis, quodcumque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem; si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cujusque officio obligatur exercitor : sed si sic præposuit, ut plerumquæ faciunt, ne alter sine altero quid gerat ; qui contraxit cum uno, sibi imputabit.*

Cette clause, que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, doit être exécutée, même dans le cas auquel il arriveroit que l'un des associés seroit empêché, soit par maladie ou autrement, jusqu'à ce que les associés en aient disposé autrement.

§. III. Des clauses qui concernent les parts que chacun des associés devra avoir dans les gains et les pertes.

75. Lorsque la valeur de ce que chacun des associés apporte à la société, est apparente, comme lorsque cet apport consiste en argent ou en effets, auxquels on a donné une estimation, il n'est pas nécessaire de s'expliquer par le contrat de société sur les parts que chacun devra avoir dans les gains et les pertes, chacun devant y avoir en ce cas la même part que celle dont il a contribué à la société.

Quoiqu'on n'ait pas donné une estimation certaine à ce que chacun a apporté à la société, il n'est pas encore nécessaire que les parties s'expliquent sur les parts qu'elles auront chacune, lorsque leur intention est de partager la société par portions égales; car c'est ce partage par portions égales qui a lieu en ce cas, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées : *Si partes societati non fuerint adjectæ, æquas eas esse constat ; l. 29, ff. pro soc.*

Mais lorsque l'intention des parties contractantes n'est pas de partager la société par portions égales, et que d'ailleurs elles n'ont pas donné une estimation certaine à ce que chacune d'elles y a apporté, en ce cas il faut que par une

clause du contrat de société, elles règlent les portions que chacun devra avoir dans le fonds de la société, et dans les gains et dans les pertes.

Pareillement, si outre la somme dont chacun des associés a contribué à la société, soit en argent, soit en effets, auxquels on a donné une estimation, l'un d'entre eux a apporté à la société une industrie qui lui est particulière, pour raison de laquelle il demande à avoir ou une plus grande part que les autres dans les gains, ou à souffrir une moindre part dans les pertes, il faut régler par une clause du contrat quelle sera cette part. Sur l'équité ou l'iniquité de ces clauses qui règlent les parts que chacun des associés devra avoir dans les gains ou dans les pertes, voyez ce que nous avons dit supra, chap. 1, §. 4.

74. Quelquefois les parties ne règlent pas elles-mêmes les parts que chacun des associés aura; mais elles conviennent par le contrat de société, de s'en rapporter au règlement qui en sera fait par une certaine personne, ou même quelquefois par l'une des parties. Ce règlement auquel elles conviennent de s'en rapporter, ne doit pas s'entendre d'un règlement purement arbitraire, mais d'un règlement qui sera fait selon les règles de l'équité; *arbitrium boni viri*; ll. 76, 77, 78, ff. *pro soc.*

C'est pourquoi si le règlement qu'auroit fait l'expert auquel elles se sont rapportées, étoit manifestement inique, la partie lésée pourroit le faire réformer: *Si arbitrium ita pravum est, ut manifestè iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonæ fidei*; l. 79, *ibidem*.

Mais à moins que l'iniquité du règlement ne fût évidente, la présomption est pour l'équité du règlement, et l'une des parties n'est pas recevable à s'en plaindre.

§. IV. Des clauses qui concernent les manières de récompenser celui des associés qui, quoiqu'ils soient associés pour portions égales, a apporté plus que les autres à la société.

75. Ce que l'un des associés apporte à la société de plus que les autres, ou consiste seulement dans son industrie et son travail, ou dans une plus grande somme qu'il apporte en marchandises ou en argent.

Lorsque ce que l'un d'eux a apporté à la société de plus que les autres, consiste dans son industrie, qui n'est pas entrée en considération dans le règlement des portions que chacun des associés devra avoir dans les gains de la société, il peut en être récompensé de plusieurs manières. Par exemple, si trois associés ont apporté en argent ou en marchandises chacun 50,000 livres, pour former une société dont ils seroient chacun pour un tiers, et que l'un d'eux y ait apporté de plus que les autres son industrie particulière, et le travail qu'il s'est chargé de faire pour les affaires de la société; il y a plusieurs manières de le récompenser de cette industrie et de son travail. 1° On peut convenir qu'en récompense de son industrie et de son travail, il ne supportera rien de la perte qu'il pourra y avoir à souffrir, si la société ne réussit pas; ou qu'il en souffrira une perte moindre que le tiers qu'il auroit eu dans les gains, si la société eût prospéré. Nous avons vu *suprà*, chap. 1, §. 4, que cette convention étoit équitable, lorsque le prix de son industrie et de son travail étoit égal au prix de la décharge du risque de supporter dans la perte la part qui lui est assignée dans les gains.

2° On peut, en laissant participer cet associé aux pertes comme aux gains pour son tiers, le récompenser d'ailleurs de son industrie et de son travail qu'il apporte de plus que les autres à la société, en convenant qu'il prélèvera tous les ans sur le fonds de la société une certaine somme, à laquelle les parties contractantes auront évalué le prix de son industrie et de son travail qu'il a apporté à la société de plus que les autres associés.

On peut aussi évaluer le prix de l'industrie et du travail de cet associé à une certaine somme unique qui doit être par lui prélevée sur le fonds de la société, au partage qui sera à faire entre les associés à la fin du temps que doit durer la société.

76. Lorsque l'un des associés a apporté en argent ou en marchandises plus que les autres à la société qu'ils ont contractée, pour en partager entre eux les profits par parties égales, on convient ordinairement que cet associé prélèvera

cette somme au partage qui se fera à la fin du temps de la société , avec les intérêts de cette somme par chacun an du temps qu'elle aura duré.

Cette convention intervient assez fréquemment lorsqu'un négociant marie quelqu'un de ses enfants. Par exemple , un négociant qui a un fonds de commerce de 450,000 livres en argent , dettes actives et marchandises, déduction faite du passif , en tire 50,000 livres pour marier son fils , et associe pour dix ans son fils à son commerce : quoique son fils n'apporte à cette société que les 50,000 livres qu'il a reçues de son père , et pareille somme que sa femme lui a apportée en dot , ce qui fait en tout 100,000 livres , et que son père y contribue de 400,000 livres qui lui restent , néanmoins il associe son fils pour moitié à son commerce. Au lieu du cinquième qu'il y devrait avoir seulement , n'ayant apporté pour sa part qu'une somme de 100,000 livres , qui est le cinquième du fonds de la société ; pour récompenser le père des 500,000 livres dont il contribue à la société de plus que son fils , on convient par le contrat de société inséré dans le contrat de mariage , que le père , à la fin du temps de la société , prélèvera au partage la somme de 500,000 livres , avec les intérêts de cette somme pour chacune des années qu'aura duré la société. On a mis en question si ces intérêts étoient légitimes. Quelques théologiens pensent qu'ils sont usuraires , et que le père ne peut les exiger dans le for de la conscience. Ils disent que cette convention renferme un prêt que le père fait de cette somme à la société , qui est de 500,000 livres ; que cette somme n'étant pas aliénée , puisqu'il a le droit de l'exiger à la fin de la société , et ne courant aucun risque par rapport à cette somme , puisqu'elle lui doit être rendue par la société , sans aucune diminution , quelques pertes qu'eût souffertes la société , il ne peut sans usure en exiger aucuns intérêts. Je ne crois pas cette opinion véritable. Il n'y a d'usure que dans le contrat de prêt formel ou déguisé sous la fausse apparence d'un autre contrat. Cette convention n'est pas un prêt , ni formel ni déguisé , le père n'ayant jamais eu intention de faire un prêt à son fils ; cette convention n'est autre chose

qu'une clause d'un contrat de société dont elle fait partie, et elle ne contient rien d'injuste. Les 500,000 livres que le père a de plus que son fils dans la société, sont un fonds de commerce qui est quelque chose de frugifère, qui produit des profits considérables qui en sont comme les fruits. Le père, qui devoit avoir seul les profits qu'il y avoit lieu d'espérer que produiroit ce fonds de 500,000 livres, puisqu'il l'auroit de plus que ce qui a été apporté par chacun des associés à la société, abandonne néanmoins ces profits à la société, et il reçoit de la société, pour le prix desdits profits, les intérêts de cette somme. S'il est déchargé du risque des pertes qu'il eût dû souffrir pour raison de cette somme au cas de mauvaise fortune, c'est parce que les profits qu'il y a lieu d'espérer d'un bon commerce étant beaucoup plus considérables que ne le sont les intérêts de l'argent, et l'espérance de ces profits ayant beaucoup plus de probabilité que le risque des pertes en cas de mauvaise fortune, l'estimation de l'espérance desdits profits, sous la déduction du prix du risque des pertes qu'il y auroit à craindre, et dont on décharge le père, peut encore monter sans iniquité aux intérêts de l'argent. Une preuve que cette convention ne renferme aucune injustice qui soit faite au fils par le père, c'est qu'entre marchands ces espèces de conventions sont regardées comme avantageuses au fils. Si le père ne consultoit que son seul intérêt, il aimeroit beaucoup mieux n'admettre son fils en société que pour un cinquième, que de l'admettre pour la moitié à cette condition; et c'est ordinairement la famille de la fille qui exige de lui cette convention comme une condition du mariage.

CHAPITRE IV.

Des personnes qui peuvent contracter société, et des formes que notre droit requiert pour le contrat de société.

ARTICLE PREMIER.

Des personnes qui peuvent contracter société.

77. Sur les personnes qui peuvent contracter société, nous renvoyons aux principes généraux que nous avons établis

en notre *Traité des Obligations*, part. 1, chap. 1, sect. 1, art. 4, où nous avons traité des personnes qui peuvent, ou non, contracter; n'y ayant rien à cet égard de particulier pour le contrat de société.

Nous observerons seulement à l'égard des mineurs qui sont marchands ou banquiers de profession, que l'ordonnance de 1675, tit. 1, art. 6, les réputant majeurs pour le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité, ils sont par conséquent capables de contracter des sociétés pour le fait de leur commerce, sans espérance de restitution.

ARTICLE II.

Des formes requises pour le contrat de société.

78. Le contrat de société étant un contrat du droit naturel, qui se régit par les seuls principes du droit naturel, et un contrat consensuel qui se forme par le seul consentement des parties, il n'est par lui-même sujet à aucune forme. Celles que notre droit requiert pour ce contrat, ne sont requises que pour la preuve du contrat, et non pour sa substance.

Il faut à cet égard distinguer les sociétés universelles et les sociétés particulières; et entre les sociétés particulières, celles qui sont sociétés de commerce, et celles qui ne le sont pas.

§. I. De la forme requise pour les sociétés universelles.

79. Par l'ancien droit françois, ces sociétés n'étoient sujettes à aucunes formes. Non seulement il n'étoit pas nécessaire qu'il en fût dressé un acte par écrit, il n'étoit pas même nécessaire qu'il y en eût une convention expresse; les parties étoient présumées être tacitement convenues de cette société, lorsque par an et jour elles avoient habité et vécu en commun.

Plusieurs coutumes ont encore retenu l'usage de ces sociétés, qu'elles appellent *sociétés taisibles*; il y en a qui les présument par la seule cohabitation à pot commun par an et jour.

Celle de Berry, *tit. 8, art. 10*, veut, pour que cette société puisse se présumer, qu'outre l'habitation et les dépenses communes par an et jour, les parties se soient, pendant ce temps, fait communication de leurs pertes.

80. Hors ces coutumes, qui ont admis par des dispositions expresses les sociétés taisibles, nous n'admettons plus dans notre jurisprudence d'autres sociétés taisibles que la communauté de biens qui se contracte par mariage entre homme et femme, et la continuation de communauté qui a lieu quelquefois, faite par le survivant d'avoir fait inventaire, dont nous traiterons dans notre *Traité du Contrat de Mariage*.

Cette jurisprudence est fondée sur l'ordonnance de Moulins, *art. 54*, qui a ordonné que toutes les conventions dont l'objet excéderoit cent livres, seroient rédigées par écrit, et que la preuve par témoins n'en seroit pas admise.

Même dès avant l'ordonnance de Moulins, plusieurs coutumes avoient rejeté ces sociétés taisibles. L'ancienne coutume d'Orléans, rédigée en 1509, *art. 80*, porte : « Société ne se contracte entre aucuns, qu'ils ne soient conjoints par mariage, sinon qu'il y ait entre eux convention expresse ; » et la nouvelle, conformément à l'ordonnance de Moulins, a ajouté, *passée par écrit, présents notaires, ou sous leurs signatures; art. 215*.

81. Cet écrit, comme nous l'avons déjà dit, n'est requis que pour la preuve du contrat de société, dans le cas auquel l'une des parties en disconviendroit; mais le contrat de société, formé par le seul consentement des parties, quoiqu'il n'en ait été fait aucun écrit, ne laisse pas d'être valable en soi, et d'obliger les parties dans le for de la conscience, et même dans le for extérieur, lorsqu'elles en conviennent : on peut aussi déférer le serment décisoire à la partie qui n'en voudroit pas convenir.

Observez que l'acte de société, lorsqu'il n'est passé que sous les signatures privées des parties contractantes, n'établit qu'entre elles la preuve du contrat de société, et non vis-à-vis d'un tiers. C'est pourquoi la coutume d'Orléans, en l'article ci-dessus cité, ajoute : « *Toutefois* où elle ne seroit

« passée devant notaires, elle ne pourra préjudicier à autres
« qu'aux contractants. » Par exemple, je ne pourrais pas,
en vertu d'un acte de société passé entre vous et moi sous
nos scings privés, prétendre contre vos créanciers particu-
liers qui ont saisi vos effets, qu'il y a une société entre nous
dont lesdits effets dépendent, et sur lesquels j'ai privilège
pour ce qui m'est dû par cette société. Cela est fondé sur
le principe établi en notre *Traité des Obligations*, n. 750,
que les actes sous signatures privées pouvant être antédats,
ne font pas foi de leurs dates contre des tiers, à moins que
la date n'en eût été constatée, *putà*, par le décès de quel-
qu'une des parties qui auroient signé ces actes.

§. II. De la forme requise pour les sociétés de commerce.

82. L'ordonnance du commerce de 1673, *tit. 4, art. 1*,
veut que toute société générale ou en commandite, soit
rédigée par écrit par-devant notaires, ou sous signature pri-
vée, et que la preuve n'en puisse être reçue contre et outre
le contenu en l'acte, encore qu'il soit d'une valeur moindre
de cent livres.

Elle ordonne en outre que l'extrait de l'acte de société
soit enregistré au greffe du consulat; ou s'il n'y a point de
consulat dans la ville, au greffe de l'hôtel-de-ville, ou à
celui de la juridiction ordinaire, et qu'il soit inséré en un
tableau exposé en un lieu public; *art. 2*.

Cet extrait doit contenir les noms, surnoms, qualités et
demeures des associés, les clauses extraordinaires pour la
signature des actes, s'il y en avoit (*putà*, qu'il n'y auroit
qu'un tel d'entre les associés qui pût signer les actes pour
engager la société); le temps auquel devoit commencer
et finir la société; *art. 3*.

Cet extrait doit être signé par les parties, ou par ceux
qui *auroient souffert la société*, c'est-à-dire, par leurs fondés
de procuration qui auroient consenti la société pour eux;
art. 3. C'est l'explication que donne de ces termes Savary,
qui avoit dressé le projet de l'ordonnance. Les actes por-
tant changement d'associés ou de nouvelles clauses, sont
assujettis par ordonnance aux mêmes formalités.

Ces formalités, comme nous l'apprend Savary, avoient été ordonnées pour obvier aux fraudes, et pour empêcher qu'en cas de faillite de quelqu'un des associés, les autres associés ne pussent se dérober à la connoissance des créanciers, et éviter de payer les dettes de la société dont ils étoient tenus.

L'ordonnance exige ces formalités, à peine de nullité des actes, tant entre les associés qu'avec leurs créanciers, *art. 2*; et elle veut que les sociétés n'aient d'effet à l'égard des associés, leurs veuves, héritiers et créanciers, que du jour de l'enregistrement; *art. 6*.

Quelque précises que soient les dispositions de l'ordonnance, l'auteur des notes sur Bornier nous apprend que ces formalités d'enregistrement au greffe et d'affiche dans un tableau, sont tombées en désuétude, et ne s'observent plus.

§. III. Des sociétés particulières qui ne sont pas sociétés de commerce.

85. Les sociétés particulières qui ne sont pas sociétés de commerce, ne sont sujettes qu'à la loi commune à toutes les conventions, qui veut qu'elles soient rédigées par écrit, et que la preuve testimoniale n'en puisse être reçue lorsque l'objet excède la somme de cent livres.

C'est pourquoi, si la société étoit d'une chose particulière dont la valeur n'excédât pas cent livres, il ne seroit pas nécessaire qu'il y en eût un acte par écrit.

CHAPITRE V.

Du droit qu'a chacun des associés dans les choses dépendantes de la société.

§. I. Principes généraux.

PREMIÈRE MAXIME.

84. Chacun des associés peut se servir des choses appartenantes à la société, pourvu qu'il les fasse servir aux usages auxquels elles sont destinées, et qu'il n'en use pas de manière à empêcher ses associés d'en user à leur tour parcellément.

85. Néanmoins, si les choses étoient des choses destinées à être louées pour en tirer un revenu, et qu'il fût de l'intérêt de la société de les louer entières, il ne pourroit pas empêcher ses associés de les louer, et il ne pourroit s'en servir pour sa part, qu'en attendant qu'ils eussent trouvé à les louer.

Par exemple, s'il y a dans la société une maison à la ville, un associé ne seroit pas recevable à s'opposer au bail à loyer que ses associés en voudroient faire à un étranger, en prétendant occuper une partie de cette maison, proportionnée à la part qu'il a dans la société, et en laissant le surplus de la maison à ses associés; il seroit tenu de consentir le bail, ou de faire la condition meilleure, et de faire trouver un plus haut prix dans un court délai qui lui seroit imparti.

Mais si c'étoit une maison qui ne fût pas destinée à être louée, *putà*, si c'étoit un château à la campagne, ou même une maison de ville qui auroit été, par une clause du contrat, mise dans la société pour servir à l'habitation des associés, un associé ne pourroit pas être empêché par ses associés d'en occuper une partie proportionnée à la part qu'il a dans la société.

Parcillemeut, si parmi les effets de la société il y avoit un cheval destiné pour les voyages qu'il faut faire pour les affaires de la société, un associé ne pourroit pas être empêché, dans les temps où il n'y a pas de voyages à faire, de se servir du cheval pour se promener, en laissant à ses associés la faculté de s'en servir à leur tour, s'ils le jugeoient à propos.

SECONDE MAXIME.

86. Chacun des associés a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les impenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses dépendantes de la société; l. 12, ff. *comm. div.*

Par exemple, si des bâtimens ont besoin de réparations, s'il y a une partie de vin dont les tonneaux aient besoin d'être reliés à neuf, chacun des associés peut obliger ses associés à concourir avec lui à faire ces réparations ou ces

reliages, et pour cet effet, à consentir les marchés qu'il a projetés avec des ouvriers pour les faire, si mieux ils n'aiment dans un bref temps, tel que celui qui leur sera imparti par le juge, faire la condition meilleure, en faisant les ouvrages à meilleur compte. Les associés sont aussi obligés de concourir aux frais des ouvrages, pour les parts qu'ils ont dans la société.

TROISIÈME MAXIME.

87. Un associé ne peut faire aucun changement ni innovation sur les héritages dépendants de la société, quand même cette innovation seroit avantageuse à la société : *In re communi neminem dominorum quicquam facere invito altero posse. In re enim pari potiore esse causam prohibentis*; l. 28, ff. *comm. divid.*

C'est pourquoi si l'un des associés, sans le consentement de ses associés, avoit envoyé des ouvriers pour faire quelques bâtiments sur un terrain commun, les autres associés seroient bien fondés à l'empêcher, *quia ille qui facere conatur, quodammodo sibi alienum jus præripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti re communi velit*; l. 11, ff. *si serv. vindic.*

88. Mais après que l'associé a achevé l'ouvrage qu'il a fait sur l'héritage commun, sans en avoir été empêché par ses associés, ils ne peuvent pas l'obliger de le démolir, mais seulement à indemniser la société du tort qu'elle en auroit souffert; à moins que la société n'eût un grand intérêt à ne pas laisser subsister l'ouvrage fait pendant l'absence et à l'insu des autres sociétés. C'est ce qu'enseigne Papinien : *Et si in communi prohiberi socius à socio, ne quid faciat, potest; ut tamen factum opus tollat cogi non potest, si quum prohibere poterat, hoc prætermiserit: et idè per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit; sin facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio ad lesionem ejus facit; hoc etiam tollere cogitur*; d. l. 28, ff. *comm. div.*

QUATRIÈME MAXIME.

89. Un associé ne peut aliéner ni engager les choses dépendantes de la société, si ce n'est pour la part qu'il y a : *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint* ; l. 68, ff. *pro soc.*

Il ne le peut en sa seule qualité d'associé ; mais le pourroit-il s'il étoit administrateur des biens de la société ? *Voyez sur cette question ce qui en a été dit au chapitre précédent, paragraphe 2.*

90. Dans les sociétés de commerce, chacun des associés est censé s'être réciproquement donné le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre les affaires ordinaires ; comme de vendre les marchandises, acheter, payer et recevoir. En ce cas, ce que chacun fait est valable, même pour les parts de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement. Mais si lors du marché que l'un des associés voudroit faire, et avant qu'il fût conclu, l'autre associé s'y opposoit, il ne pourroit pas le conclure, suivant cette règle de droit déjà ci-dessus citée, *In re pari potiore causam esse prohibentis constat* ; l. 28, ff. *de comm. divid.*

Cette décision n'est pas contraire à ce que nous avons dit ci-dessus, n. 71, que celui des associés qui, par le contrat de société, avoit été nommé pour administrateur, pouvoit faire tous actes d'administration qu'il jugeroit à propos, malgré les autres associés. La raison de différence est, que dans l'espèce opposée, les autres associés n'ont aucune part à l'administration, qu'ils ont déléguée en entier à celui qu'ils ont choisi par le contrat pour être l'administrateur. Mais dans l'espèce présente, l'associé qui s'oppose au marché, a un pouvoir égal pour administrer, à celui qu'a l'associé qui veut faire le marché. Ils sont l'un et l'autre également administrateurs de leur société ; c'est pourquoi c'est le vrai cas de la règle, *In re pari potior causa prohibentis.*

§. II. Si un associé peut associer un tiers à la société, ou seulement à la part qu'il y a ; et de l'effet de cette association.

91. Chacun des associés n'ayant le droit de disposer des effets de la société que pour la part qu'il a dans cette so-

ciété, c'est une conséquence qu'il peut bien, sans le consentement de ses associés, s'associer un tiers à la part qu'il a dans la société, mais qu'il ne peut pas, sans le consentement de ses associés, l'associer à la société.

C'est pourquoi, si après avoir contracté avec vous une société, soit universelle, soit particulière, je juge à propos de m'associer un tiers, ce tiers sera mon associé à la part que j'ai dans la société que nous avons contractée ensemble. Mais n'ayant pas eu le droit de l'associer sans votre consentement à notre société, si ce n'est seulement pour la part que j'y ai, il ne sera pas votre associé. De là cette règle de droit : *Socii mei socius, meus socius non est*; l. 47, §. fin. ff. de reg. jur. l. 20, ff. pro soc.

92. De là il suit que si nous sommes plusieurs associés qui avons contracté une société ensemble, et que l'un de nous se soit depuis associé un tiers; si ce tiers a fait quelque gain, quoiqu'il provienne des effets de notre société, il n'est obligé d'en compter et d'en faire part qu'à celui qui se l'est associé, et non à nous qui ne sommes pas ses associés : *Quidquid fuerit ex societate nostrâ consecutus, cum illo qui eum assumpsit communicabit; nos cum eo non communicabimus*; l. 21, ff. pro soc.

Nous n'avons à cet égard aucune action contre ce tiers qui n'est pas notre associé, mais seulement contre notre associé, pour qu'il tienne compte à notre société de ce qu'il en a tiré pour mettre entre les mains de ce tiers.

95. Si ce tiers que l'un de nos associés a mêlé dans les affaires de notre société, en l'associant à la part qu'il y avoit, a causé par sa faute quelque dommage à notre société, nous n'avons pas d'action directe contre ce tiers pour la réparation de ce dommage, puisqu'il n'est pas notre associé. Mais celui qui se l'est associé, en est tenu envers nous, comme si c'étoit lui-même qui eût fait le dommage : car l'ayant mêlé dans les affaires de notre société, en l'associant à la part qu'il y avoit, il est tenu de ses faits, *factum ejus præstabitur societati*; d. l. 21; sauf à notre associé qui s'est associé ce tiers, son action contre ce tiers pour se faire rendre raison de la faute par lui commise : il peut même

demander à exercer contre lui cette action avant que de défendre à la nôtre : *Certum est nihil vetare prius inter eum qui admiserit et eum qui admissus fuerit societatis iudicio agi, quàm agi incipiat inter ceteros et eum qui admiserit*; l. 22, ff. d. tit.

Selon notre pratique françoise, sur l'action que nous donnerions contre notre associé pour le dommage causé par le tiers qu'il s'est associé, il pourroit demander à le mettre en cause.

Au reste, l'associé est tenu envers la société du dommage causé à la société par le tiers qu'il s'est associé pour la part qu'il y avoit, quand même ce tiers seroit insolvable, et qu'il ne pourroit en conséquence avoir de recours contre lui; car c'est sa faute de l'avoir mêlé dans les affaires de la société, en se l'associant : *Difficile est negare culpâ ipsius admissum*; l. 23, ff. d. tit.

Mais au moins l'associé à qui on demande raison du dommage causé par ce tiers qu'il s'est associé, ne pourroit-il pas prétendre qu'il peut être compensé jusqu'à due concurrence aux profits que ce tiers auroit d'ailleurs par son industrie causés à la société? Pomponius tenoit l'affirmative, en quoi il est repris par Ulpien, qui dit qu'il n'y a pas lieu à cette compensation, et qu'il n'est pas recevable à dire à son associé qui lui demande raison du dommage causé par ce tiers : *Abstine commodo, si damnum petis*. Il ajoute que l'empereur Marc-Aurèle l'avoit ainsi jugé dans une affaire semblable; d. l. 23, §. 1. La raison est, que le fait de ce tiers que l'un des associés s'est associé et qu'il a mêlé dans les affaires de la société, doit être regardé comme son fait propre, soit pour le profit, soit pour le dommage, puisque c'est lui qui l'a préposé. Or si cet associé, par son fait propre, avoit causé un dommage à la société, il ne pourroit pas opposer en compensation de la réparation qu'il en doit, le profit qu'il a d'ailleurs causé à la société par son fait et son industrie, comme nous le verrons au chapitre suivant.

94. Il nous reste à observer que lorsque quelqu'un qui est en société avec plusieurs autres, s'est associé un tiers

pour la part qu'il a dans une société, dans le compte que lui et ce tiers auront à se rendre l'un à l'autre, de même que ce tiers sera tenu de lui faire raison des dommages qu'il aura causés par sa faute aux biens de la société, parceque cet associé en est tenu envers ses associés; de même cet associé sera tenu de faire raison à ce tiers, non seulement du dommage causé par sa propre faute, mais de celui causé par celle de ses associés dans les biens de la société, pour la part que ce tiers en souffre, parceque l'action que cet associé a pour raison de ce dommage contre ses associés qui l'ont causé, est une action dépendante du droit qu'il a pour sa part en la société, à laquelle part il a associé ce tiers, et qui tombe par conséquent dans la société particulière qu'il a contractée avec ce tiers. C'est ce qu'enseigne Gaius en la loi 22, ff. *pro soc. Ex contrario factum quoque sociorum debet ei præstare, sicuti suum, quia ipse adversus eos habet actionem.*

95. Ce que nous avons dit jusqu'à présent, qu'un associé ne pouvoit pas associer un tiers à la société, sans le consentement de ses associés, doit avoir lieu, quand même cet associé auroit l'administration des biens de la société; car c'est une chose qui me paroît passer les bornes d'une simple administration des biens de la société, que de donner à ses associés un associé qu'ils n'ont pas choisi eux-mêmes. Si le survivant de deux conjoints par mariage a ce pouvoir à l'égard de la société qu'il a contractée par défaut d'inventaire, comme nous le verrons en notre *Traité du Mariage*, c'est que son administration n'est pas une simple administration, mais une administration *cum liberâ* et sans bornes.

CHAPITRE VI.

Des dettes des sociétés; et comment chacun des associés en est tenu.

Il faut à cet égard distinguer les sociétés de commerce, et celles qui ne sont pas sociétés de commerce; et entre les sociétés de commerce, celles qu'on appelle *sociétés en nom collectif*, et celles qu'on appelle *sociétés en commandite*, et *sociétés anonymes*.

§. I. Des dettes des sociétés en nom collectif.

96. Dans les sociétés de commerce en nom collectif, chacun des associés est tenu solidairement des dettes de la société ; *Ordonnance de 1675, tit. 4, art 7.*

Cette disposition de l'ordonnance est une exception au principe général de droit, suivant lequel lorsque plusieurs personnes contractent ensemble une obligation, elles sont censées ne la contracter chacune que pour leur part, si elles n'ont pas expressément déclaré qu'elles la contractent solidairement ; l. 11, §. 2, *de duobus reis.*

Cette exception est fondée sur la faveur du commerce, afin que les marchands en société aient plus de crédit. Elle est fondée aussi sur ce que, suivant les principes de notre droit français, différents en cela de ceux du droit romain en la loi 4, ff. *exerc. act.*, des commerçants associés sont censés être les instituteurs et les préposés les uns des autres pour les affaires de la société. Or un instituteur ou préposé, en contractant, oblige solidairement tous ses commettants ; l. 1, §. *fin.* et l. 2, ff. *de exerc. act.* ; l. 15, §. 2, ff. *de instit. act.*

A l'égard des héritiers d'un associé, ils sont bien tenus tous ensemble des dettes de la société pour le total, comme représentant tous ensemble le défunt qui en étoit tenu pour le total ; mais chacun d'eux n'en est tenu que pour la part pour laquelle il est héritier du défunt.

97. Pour qu'une dette soit réputée dette de la société, et qu'elle oblige ainsi solidairement chacun des associés, il faut que deux choses concourent ; 1° qu'elle ait été contractée par quelqu'un qui eût le pouvoir d'obliger tous les associés ; 2° qu'elle ait été contractée au nom de la société.

PREMIÈRE CONDITION.

98. Pour qu'une dette soit une dette de société, qui oblige tous les associés, il faut que celui qui l'a contractée ait le pouvoir d'obliger tous les associés.

Pour que l'un des associés ait ce pouvoir, il faut, ou que ses associés lui aient donné expressément ou tacitement le pouvoir d'administrer les affaires de la société, ou que

celui qui a contracté avec lui ait eu sujet de croire qu'il avoit ce pouvoir; sans cela la dette par lui contractée, quoiqu'au nom de la société, et pour les affaires de la société, n'oblige les autres associés que jusqu'à concurrence de ce que la société en a profité.

Pour que le public pût connoître si un associé avoit ce droit, l'ordonnance avoit sagement prescrit l'enregistrement au greffe et l'inscription en lieu public d'un extrait des contrats de société, lequel extrait contiendrait les clauses du contrat de société qui pouvoient intéresser le public, comme nous l'avons vu *suprà*, *ch. 4.*

Si cette disposition étoit observée, il seroit facile à ceux qui contractent avec une personne qui se dit en société avec d'autres, de connoître, en consultant cet extrait, si elle a ou non le pouvoir d'administrer la société et d'obliger ses associés; et ceux qui auroient contracté avec une personne qui n'avoit pas ce pouvoir, devroient s'imputer leur faute de ne s'en être pas informés.

Cette disposition de l'ordonnance étant tombée en désuétude, comme nous l'avons vu ci-dessus, comment puis-je connoître qu'un associé avec qui je contracte, a le pouvoir d'administrer les affaires de la société? et quand puis-je être censé avoir eu sujet de croire qu'il avoit ce pouvoir?

Lorsque cet associé avec qui j'ai contracté, étoit déjà dans l'usage de contracter au nom de la société au vu et su de ses associés, il n'est pas douteux en ce cas que cet usage dans lequel il étoit, me donnoit un juste sujet de croire qu'il avoit le pouvoir d'administrer les affaires de la société. C'est pourquoi la dette qu'il a contractée envers moi par ce contrat, oblige ses associés, quand même il auroit été formellement exclus de l'administration par une clause du contrat de société; car s'ils ne sont pas obligés, en ce cas, en vertu d'un pouvoir qu'ils lui avoient donné de contracter pour la société, ils le sont *ex dolosa suâ dissimulatione*; ou même sans les accuser de dol, on peut dire qu'en le laissant contracter au nom de la société à leur vu et su, ils doivent être présumés lui en avoir tacitement

accordé le pouvoir , qu'ils lui avoient d'abord refusé par le contrat de société.

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel l'associé qui a contracté au nom de la société, n'étoit pas encore en usage de le faire , et étoit effectivement exclus par le contrat de société de pouvoir administrer les affaires de la société.

D'un côté, on peut dire contre celui qui a contracté avec lui, qu'il devoit s'informer si cet associé avec qui il contractoit, avoit le pouvoir d'administrer les affaires de la société : *Qui cum aliquo contrahit, debet esse gnarus conditionis ejus cum quo contrahit*; l. 19, ff. de R. J. D'un autre côté, on peut dire que l'ordonnance de 1675, en disant que *tous associés seront obligés aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie*, et ne distinguant point s'il a ou non le pouvoir d'administrer, paroît supposer que chacun des associés doit être présumé avoir ce pouvoir, tant que le contraire n'est pas connu. La raison est, qu'étant d'usage dans les sociétés de commerce, que les associés se donnent réciproquement le pouvoir de contracter et de faire les affaires de la société les uns pour les autres, celui qui a contracté avec l'un des associés a eu un juste sujet de croire que cet associé avoit ce pouvoir, lorsque la clause du contrat de société qui lui ôte ce pouvoir ne lui étoit pas connue, ni dans le public.

Cette clause étant une clause extraordinaire et qui intéresse le public, les associés devoient la rendre publique, suivant que l'exige l'ordonnance; faute de l'avoir fait, la clause doit être de nul effet vis-à-vis des tiers, et ils doivent être tenus des contrats faits par leur associé, quoiqu'il fût privé de l'administration par une clause de la société, de même que s'il avoit eu le pouvoir d'administrer : la clause qui lui ôte ce pouvoir étoit de nul effet vis-à-vis les tiers, par les raisons ci-dessus dites.

99. Non seulement l'un des associés a le pouvoir, en contractant, d'obliger solidairement tous ses associés; un facteur ou instituteur qui a été préposé par tous les associés

à l'administration des affaires de la société, quoiqu'il ne soit pas associé, a le pouvoir pareillement d'obliger solidairement tous ses commettants, suivant les principes que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, part. 2, chap. 6, sect. 8, art. 2.

DEUXIÈME CONDITION.

100. Quelque pouvoir qu'ait l'un des associés, pour que la dette qu'il a contractée oblige les autres associés, il faut qu'elle ait été contractée au nom de la société.

L'ordonnance de 1675, tit. 4, art. 7, déclare quand elle doit être censée contractée au nom de la société : c'est, dit l'ordonnance, lorsque l'associé ajoute à sa signature, qu'il signe *pour la compagnie*, et non autrement.

101. Lorsque la dette a été contractée au nom de la société, elle oblige tous les associés, quand même la dette n'auroit aucunement tourné au profit de la société : par exemple, si l'un des associés a emprunté une somme au nom de la société, quoiqu'il ait employé cette somme à ses affaires particulières, et non à celles de la société, le créancier qui a son billet signé *et compagnie*, peut en demander le paiement à tous les associés ; car ce créancier ne pouvoit pas prévoir l'emploi que l'associé feroit de la somme qu'il lui a prêtée pour la société : les associés doivent s'imputer de s'être associés à un associé infidèle, de même qu'en pareil cas un commettant doit s'imputer d'avoir préposé à ses affaires une personne infidèle ; l. 1, §. 9, ff. *de exercit. act.*

Mais si, par la qualité du contrat que j'ai fait avec une personne qui étoit en société de commerce avec d'autres, il paroisoit que l'objet du contrat ne concernoit pas les affaires de la société ; comme si ce contrat étoit un marché pour des ouvrages à faire à une maison que la personne possédoit hors la société ; quoiqu'elle ait signé à ce marché, *et compagnie*, cette dette ne sera pas pour cela réputée une dette de société, paroissant, par ce qui en faisoit l'objet, qu'elle ne concerne pas les affaires de la société.

Au contraire, lorsque l'un des associés ne paroît pas

avoir contracté au nom de la société, mais en son nom seul; quoique le contrat ait tourné au profit de la société; *putà*, si ayant emprunté en son nom seul une somme d'argent pour ses affaires, il l'a employée aux affaires de la société; celui qui a contracté avec cet associé, n'aura pas pour cela d'action contre les autres associés: car, selon les principes de droit, un créancier n'a d'action que contre celui avec qui il a contracté, et non contre ceux qui ont profité du contrat; l. 15, *Cod. si certum petatur et passim*: le créancier n'a à l'égard des autres associés que la voie de saisir en leurs mains ce qu'ils doivent à son débiteur pour raison de cette affaire.

§. II. Des dettes des sociétés en commandite, et des sociétés anonymes.

102. Dans les sociétés en commandite, n'y ayant que l'associé principal, et dans les sociétés anonymes, n'y ayant que l'associé connu qui fasse seul et en son nom les contrats de la société, c'est une conséquence qu'il n'y a que lui seul qui s'oblige, et que les associés en commandite, de même que les associés inconnus, ne sont point tenus des dettes de la société envers les créanciers avec qui l'associé principal ou connu a contracté, suivant les principes établis *suprà*, n. 101. Ils n'en sont tenus qu'envers leur associé principal et connu qui les a contractées; ils doivent l'en acquitter chacun pour la part qu'il a en la société; savoir, l'associé anonyme indéfiniment, et l'associé en commandite, seulement jusqu'à concurrence du fonds qu'il a mis dans la société.

§. III. Des dettes des sociétés qui ne sont pas sociétés de commerce.

103. L'ordonnance de 1675 ayant été rendue pour le fait du commerce, qui paroît être l'objet de toutes ses dispositions, on ne peut guère douter que son titre *des sociétés* ne concerne que les sociétés de commerce: c'est pourquoi ce qui y est dit, que les associés sont tenus solidairement des dettes de la société, ne doit avoir lieu qu'à l'égard de ces sociétés. Cette solidarité étant une exception au droit commun, et étant fondée sur une raison qui est particulière aux sociétés de commerce, *suprà*, n. 96, ne doit pas s'étendre

aux autres; et lorsque deux associés (qui ne le sont pas pour un commerce) contractent, quoique pour les affaires de leur société, ils ne s'obligent pas solidairement envers le créancier, mais seulement chacun pour sa part, à moins que la solidité ne soit exprimée.

104. Est-ce pour leur part virile, ou pour celle que chacun a dans la société? Il faut dire que lorsqu'ils ne s'en sont pas expliqués, c'est pour leur part virile, le créancier avec qui ils ont contracté n'étant pas obligé de savoir quelle part ils ont chacun dans leur société. Par exemple, supposons que deux voisins à Paris conviennent d'acheter à frais communs un carrosse et des chevaux, et d'entretenir l'équipage à frais communs, pour s'en servir l'un et l'autre dans Paris: c'est une société de cet équipage qu'ils contractent ensemble; c'est une société *unius rei*, qui n'est pas une société de commerce. Si durant cette société ils font un marché avec une personne qui leur vend une certaine quantité de foin pour un certain prix qu'ils s'obligent l'un et l'autre de payer dans un certain terme; quoiqu'ils soient associés, et que cette dette qu'ils ont contractée pour le prix du foin qui doit servir à la nourriture des chevaux de leur équipage commun, soit une dette contractée pour les affaires de la société, néanmoins leur société n'étant pas une société de commerce, ils ne devront le prix du foin à celui qui le leur a vendu, chacun que pour moitié, si par le marché il n'y a pas de solidité exprimée.

Mais quand même, par leur contrat de société, ils seroient convenus que l'un des deux, qui se servoit plus rarement que l'autre de l'équipage, n'y seroit de part que pour un tiers, chacun d'eux ne laisseroit pas d'être tenu pour la moitié du prix du foin envers le vendeur du foin, qui l'a vendu à l'un et à l'autre; sauf à celui qui n'est associé que pour un tiers, à se faire faire raison par son associé de ce qu'il paiera de plus que le tiers.

105. Lorsque la dette n'a été contractée que par l'un des associés, il n'y a que celui qui l'a contractée qui en est tenu envers le créancier, sauf à lui à s'en faire faire raison par son associé.

Cela auroit lieu, quand même par le contrat il auroit exprimé qu'il contractoit pour le compte de sa société, tant en son nom qu'au nom de son associé : la disposition de l'ordonnance de 1673, qui porte qu'un associé oblige en ce cas ses associés, ne concerne que les sociétés de commerce. Si néanmoins il étoit justifié, ou que son associé lui avoit donné effectivement pouvoir, ou que la dette eût tourné au profit de la société, l'autre associé seroit tenu de la dette envers le créancier, pour la part qu'il a dans la société.

Lorsque c'est en son nom seul que l'un des associés a contracté, il n'est pas douteux en ce cas qu'il est seul obligé envers le créancier avec qui il a contracté, de même que nous l'avons vu à l'égard des sociétés de commerce, *suprà*, n. 101; sauf à lui à se faire indemniser de cette dette par ses associés pour la part qu'ils en doivent porter, lorsqu'elle a tourné au profit de la société.

106. A l'égard des sociétés universelles, il faut décider pareillement que ces associés qui ne sont point associés de commerce, lorsqu'ils contractent ensemble, ne s'obligent envers le créancier avec qui ils contractent, que chacun pour leur part, comme nous l'avons vu à l'égard des sociétés particulières qui ne sont pas sociétés de commerce. Mais dans ces sociétés universelles, chacun des associés ne pouvant contracter pour son profit particulier, est facilement présumé, lorsqu'il contracte, quoique seul, contracter au nom de la société; et il oblige par conséquent ses associés, chacun pour la part qu'il a dans la société.

107. Sur la manière dont chacun des associés est tenu dans l'espèce de société universelle qui a lieu entre mari et femme, et dans celle que le survivant de deux conjoints par mariage contracte faute d'inventaire, voyez ce que nous avons dit en notre Introduction au Titre de la Communauté, *chap. 7*; et dans celle au Titre de Société, *sect. 1, §. 7; et sect. 2, §. 6.*

CHAPITRE VII.

Des obligations respectives des associés ; et de l'action *pro socio*.

108. Le contrat de société forme entre les associés, qui sont les parties contractantes, des obligations réciproques, d'où naît l'action appelée en droit *pro socio*, qu'a chaque associé contre ses associés pour en exiger l'accomplissement.

Les principaux objets de ces obligations sont, 1° que chaque associé est obligé envers ses associés de faire raison à la société de tout ce qu'il doit à la société, déduction faite de ce qui lui est dû par la société ; 2° en ce que chaque associé est obligé de faire raison, pour la part qu'il a dans la société, de ce qui est dû à ses associés par la société, déduction faite de ce que lesdits associés créanciers de ladite société doivent à la société. Nous traiterons dans les deux premiers articles de ce chapitre, de ces deux principaux objets : nous rapporterons dans un troisième, quelques autres objets des obligations que les associés contractent les uns envers les autres : enfin nous traiterons dans le quatrième, de l'action *pro socio*, qui naît de ces obligations.

ARTICLE PREMIER.

Des différentes choses que chacun des associés peut devoir à la société, et dont il est obligé de faire raison à ses associés.

109. Ces différentes choses sont, 1° ce que chacun des associés a promis, par le contrat de société, d'apporter à la société, tant qu'il ne l'y a pas encore apporté ; 2° ce que chacun d'eux a tiré du fonds commun pour ses affaires particulières ; 3° la réparation du tort qu'il a causé par sa faute dans les biens ou dans les affaires de la société.

§. I. De ce qu'un associé a promis d'apporter à la société.

110. Il est évident que chacun des associés est débiteur à la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter.

Mais lorsque les choses qu'il a promis d'y apporter, sont des corps certains et déterminés ; si ces choses viennent à

périr sans la faute de cet associé, et avant qu'il ait été constitué en demeure par son associé de les apporter à la société, il est quitte de son obligation, de même que s'il les avoit apportées. Cela est conforme aux principes de droit établis en notre *Traité des Obligations*, part. 5, ch. 6, suivant lesquels, dans toutes les dettes de corps certain, la chose due est aux risques du créancier à qui elle est due, et le débiteur est libéré lorsqu'elle périt sans sa faute, et avant qu'il ait été mis en demeure de la payer.

Ceci s'éclaircira par un exemple. Jacques a proposé à Pierre, marchand de vin en détail, son ami, de l'associer à son commerce de vin : en conséquence ils ont passé un contrat de société, à laquelle Pierre a apporté cent pièces de vin qu'il avoit dans sa cave. Jacques, de son côté, a promis d'y apporter et de faire conduire dans la cave de Pierre cent autres pièces de vin, provenant de sa récolte d'une certaine maison de vignes dudit Jacques, qui étoient encore dans le cellier de cette maison, où Pierre les a goûtées; et les parties sont convenues de partager par moitié la somme qui proviendrait de cette société, déduction préalablement faite des frais, et d'une certaine somme convenue que Pierre prélèveroit pour ses peines. Depuis, avant que Jacques ait été mis en demeure de faire voiturer dans la cave de la société les cent pièces de vin, le feu du ciel est tombé sur le cellier où elles étoient, et en a consumé la plus grande partie. Cette perte survenue par une force majeure, sans la faute de Jacques, et avant qu'il ait été mis en demeure, doit tomber sur la société, et non sur Jacques seul, qui, en faisant conduire dans la cave de la société ce qui est échappé au tonnerre, est quitte de son obligation, comme s'il y avoit fait conduire le total.

Mais si cet accident du feu du ciel n'est arrivé que depuis que Jacques a été mis en demeure, par une sommation judiciaire que lui a faite Pierre, de faire conduire dans la cave de la société les cent pièces de vin qu'il s'étoit obligé d'y faire conduire, la perte en ce cas ne doit pas tomber sur la société, qui ne doit pas souffrir de la demeure injuste de Jacques; et nonobstant l'accident qui est arrivé, Jacques

demeure débiteur envers la société des cent pièces de vin qu'il a promis d'y apporter; voyez notre *Traité des Obligations*, n. 64.

111. Ce n'est que par forme de dédommagement du tort que l'associé a causé à la société par la demeure en laquelle il a été d'apporter à la société les choses qu'il avoit promis d'y apporter, qu'il demeure débiteur de ces choses, quoique périées par force majeure. C'est pourquoi il n'en doit demeurer débiteur que dans le cas auquel la chose, ou ne fût pas périée du tout, ou ne fût périée qu'après que la société auroit eu le temps de la revendre, s'il n'eût pas été en demeure de satisfaire à son obligation; comme dans l'espèce précédente, dans laquelle les cent pièces de vin que le feu du ciel a consumées dans le cellier de Jacques, ne seroient pas périées si elles ne s'y fussent pas trouvées, et qu'elles eussent été dans la cave de la société, où Jacques a été mis en demeure de les faire conduire.

Mais si la perte des corps certains qu'un associé a promis d'apporter à la société, quoique survenue depuis la demeure en laquelle il a été de les y apporter, est une perte que la société eût également soufferte, quand même cet associé auroit satisfait à son obligation; la société en ce cas ne souffrant pas de la demeure, la perte de la chose ne doit pas en ce cas tomber sur cet associé seul, mais sur la société à qui elle étoit due. Par exemple, si j'ai contracté avec plusieurs personnes un commerce de société pour un commerce de raffinerie de sucre, à laquelle, entre autres choses, j'ai promis de fournir un certain magasin à moi appartenant, pour être commun en propriété à tous les associés, et que, depuis que j'ai été mis en demeure d'en délivrer les clefs à l'administrateur de la société, ce magasin ait été incendié par le feu du ciel; cette perte, quoiqu'arrivée depuis ma demeure de satisfaire à mon obligation, tombera sur la société, qui l'eût également soufferte si j'y eusse satisfait; et je serai quitte de mon obligation en mettant la société en possession de la place et des matériaux qui en sont restés, pour que le magasin soit rebâti aux dépens de la société.

112. Tout ce qui vient d'être dit sur l'extinction des

choses qu'un associé a promis d'apporter à la société, ne reçoit d'application que lorsque ces choses sont des corps certains et déterminés.

Mais lorsque ce qu'un associé a promis d'apporter à la société, est une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de blé, de vin, etc., ou des corps indéterminés, comme tant de vaches, sans déterminer lesquelles; il est évident qu'il ne peut y avoir lieu à ces questions, ne pouvant pas y avoir d'extinction de ce qui est indéterminé; *genus nunquam perit*. Voyez notre *Traité des Obligations*, n. 658.

Ceci sert à décider l'espèce suivante. Nous avons contracté une société pour aller acheter, en différentes provinces, certaines marchandises que nous ferions venir ici pour les y revendre, et nous sommes convenus d'apporter chacun mille écus dans cette société. Si, avant d'exécuter cette convention, des voleurs ont forcé votre coffre-fort, et vous y ont volé une somme de mille écus que vous destiniez pour la société, cette perte ne tombera pas sur la société; car ces deniers qui vous ont été volés, non seulement n'appartenoient pas à la société, mais on ne peut même dire que c'étoit précisément de ces deniers qui ont été volés, que vous étiez débiteur envers la société. C'est pourquoi le vol qui vous en a été fait, ne peut vous procurer la libération de la somme de mille écus que vous avez promis d'apporter à la société. Mais si étant parti pour aller en marchandises, en exécution du contrat de société, vous avez pris cette somme sur vous, et qu'on vous l'ait volée en chemin, la perte tombera sur la société; car vous êtes censé avoir payé à la société la somme de mille écus que vous lui deviez, en emportant avec vous ces deniers pour le voyage que vous faisiez en exécution de la société: ces deniers sont par là devenus les deniers de la société, dont le vol doit par conséquent tomber sur la société. *Celsus tractat: Si pecuniam contulissetus ad mercem emendam, et mea pecunia periisset, cui perierit? Et ait: Si post collationem evenit ut periret, quod non fieret nisi societas coita esset, utriusque perire; ut puta, si pecunia quum peregrè portaretur ad mercem emendam periit: si verò ante collatio-*

nem, postquam eam destinasses, tunc perit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati perit; l. 58, §. 1, ff. pro soc.

113. Quoiqu'un associé ait apporté à la société les choses qu'il avoit promis d'y apporter; si depuis la société en a été évincée, il en demeure débiteur, comme s'il ne les y eût pas apportées; arg. l. 3, ff. de act. empt. : car le contrat de société étant, de même que le contrat de vente, un contrat commutatif, l'associé qui, par le contrat de société, promet d'apporter à la société quelque corps certain et déterminé, contracte envers la société la même obligation de garantie, en cas d'éviction de ce corps certain qu'il a apporté à la société, qu'un vendeur contracte envers l'acheteur. Voyez ce que nous en avons dit en notre *Traité du Contrat de Vente, part. 2, ch. 1, sect. 2, 3 et 4.*

114. Dans les sociétés universelles de tous les biens, il n'y a pas lieu à la garantie en cas d'éviction de quelqu'un des héritages dont l'un des associés étoit possesseur lors du contrat de société; car dans ces sociétés, c'est l'universalité de ses biens, et non aucun héritage déterminé, que chaque associé s'oblige d'apporter à la société.

115. Lorsque les choses qu'un associé a promis d'apporter à la société sont des choses frugifères, il est débiteur à la société non seulement de ces choses, mais de tous les fruits qu'il en a perçus depuis qu'elles eussent dû être apportées à la société : *In societatibus fructus communicandi sunt; l. 58, §. 9, ff. de usur.*

Tant qu'il n'a pas été mis en demeure d'apporter à la société ces choses qu'il a promis d'y apporter, il n'est tenu de faire raison à la société que des fruits de ces choses qu'il a perçus. Mais depuis qu'il a été mis en demeure de les y apporter, il est tenu même de ceux qu'il n'a pas perçus, et que la société eût pu percevoir : car c'est un effet de la demeure, d'obliger le débiteur à indemniser son créancier de tout ce que le créancier a souffert de la demeure.

116. Lorsque la chose qu'un associé a promis d'apporter en société, est une somme d'argent, l'associé en doit les intérêts à la société, du jour qu'il a été mis en demeure par

ses associés de l'y apporter, de même que tout autre débiteur.

117. Lorsque ce ne sont pas les choses mêmes que l'associé a promis d'apporter à la société, mais seulement la jouissance de ces choses, il est évident qu'il n'est pas en ce cas débiteur à la société de ces choses; mais il est seulement débiteur des fruits ou des intérêts, suivant les distinctions ci-dessus rapportées.

§. II. De ce que chacun des associés a perçu du fonds commun.

118. Chacun des associés doit rapporter à la masse commune tout ce qu'il a perçu du fonds commun, et il en est par conséquent débiteur envers la société.

Par exemple, si l'un des associés a tiré de la caisse de la société quelque somme d'argent pour l'employer à ses affaires particulières, il n'est pas douteux qu'il est débiteur de cette somme envers la société.

119. Il en doit aussi les intérêts, suivant la loi 1, §. 1, ff. de usur. *Socius si pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit, omnimodò, etiam morà non interveniente, præstabuntur usurae.*

Dans les sociétés universelles dans lesquelles tombent tous les revenus des biens de chacun des associés, quoiqu'ils ne soient pas communs quant à la propriété, telle qu'est celle qui a lieu entre des conjoints par mariage, les intérêts des sommes que l'un des associés a prises dans la caisse commune pour ses affaires particulières, ne commencent à courir que du jour de la dissolution de la communauté: tant qu'elle dure, il se fait une confusion de ces intérêts, qui sont une charge des revenus des biens de cet associé, qui tombent dans la société.

120. Chacun des associés s'obligeant réciproquement d'apporter à la société son industrie, l'industrie de chacun des associés devient un fonds commun, et tous les gains que chacun d'eux a faits par son industrie, doivent être comptés et rapportés à la masse commune.

Dans les sociétés universelles, chacun des associés doit compter à la société de tous les gains honnêtes qu'il a faits

par son industrie, de quelque espèce d'industrie qu'ils proviennent; mais dans les sociétés particulières, chaque associé n'étant censé promettre d'apporter à la société que l'espèce d'industrie qui a rapport à l'objet de la société, il ne doit compter à la société que des gains qui proviennent de cette espèce d'industrie, et non de ceux qui proviendroient d'une autre espèce d'industrie qu'il auroit. Par exemple, si deux cordonniers ont contracté ensemble une société de leur art pour un certain temps, chacun de ces associés sera tenu de compter à la société de tous les gains qu'il aura faits de son art de cordonnier. Mais si l'un d'eux avoit le talent d'enseigner à chanter à des oiseaux, il ne sera pas obligé de compter à la société des gains qu'il aura faits en enseignant à chanter à des oiseaux pendant qu'il travailloit, parceque ce n'est pas cette espèce d'industrie, mais seulement celle qui est relative à son art de cordonnier, qu'il a promis d'apporter à la société.

121. Lorsque l'un des associés a en son particulier une créance contre un débiteur qui l'est aussi de la société, il doit imputer ce qu'il reçoit de ce débiteur sur la créance de la société et sur la sienne, par proportion de l'objet de chaque créance. Par exemple, si la société étoit créancière de Pierre d'une somme de 2,000 liv., et que l'un des associés fût en son particulier créancier du même Pierre d'une autre somme de 1,000 liv., la créance de la société étant double de la créance particulière de cet associé, il doit compter à la société des deux tiers de ce qu'il aura reçu de Pierre, étant censé avoir reçu ces deux tiers sur la dette de la société: ce qui doit avoir lieu, quand même par les quittances qu'il en auroit données, il auroit fait l'imputation en entier sur sa créance particulière; car devant aux affaires de la société le même soin qu'à sa propre affaire, il ne lui est pas permis de se faire payer de sa créance préférablement à celle de la société.

122. Lorsque l'un des associés s'est fait payer par un débiteur de la société de sa part entière qui lui revenoit dans cette dette, et lui en a donné quittance pour sa part; si ce débiteur étant depuis devenu insolvable, l'autre associé n'a

pu être payé entièrement de la sienne, l'associé qui a reçu sa part entière sera-t-il tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu de plus que lui ? Pour la négative, on dira que ce que cet associé a reçu du débiteur de la société ne lui provient pas du fonds commun, mais de sa part qu'il avoit dans un des effets de la société : *Non de medio tulit, sed tantummodò quod sibi pro parte socii debebatur recipit*; l'autre associé doit s'imputer de n'avoir pas été aussi vigilant que lui à exiger la sienne.

Nonobstant ces raisons, Ulpien, en la loi 63, §. 5, ff. *pro soc.*, décide que celui des associés qui a reçu sa part entière, doit rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu de plus que l'autre associé, *quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus, alium minus consequi*.

Cela paroît contraire à ce qui est décidé entre cohéritiers en la loi 38, ff. *fam. ere.*; mais il n'y a aucune parité entre les deux espèces. En supposant, dans l'espèce de cette loi 63, que les associés avoient un pouvoir réciproque (comme il est assez ordinaire) de faire l'un pour l'autre les affaires de la société, et de faire l'un pour l'autre payer les débiteurs, en ce cas, cet associé doit rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu de ce débiteur; parceque, devant l'exiger pour le compte de la société, il n'a pas dû préférer son intérêt particulier à celui de la société. Dans l'espèce de la loi 38, les cohéritiers n'avoient pas contracté entre eux un pareil engagement.

Par la même raison, si un des associés trouvant une occasion de vendre avantageusement des marchandises de la société, au lieu de faire le marché pour le compte de la société, l'a fait pour son compte particulier, en vendant sa part dans les marchandises de la société, il sera obligé de rapporter à la masse commune ce qu'il a vendu de plus sa part, que l'autre associé n'a vendu la sienne.

Il en seroit autrement, si l'un des associés avoit vendu sa part dans une chose de la société qui n'étoit pas destinée à être vendue pour le profit de la société : quoique l'autre associé eût vendu la sienne moins que lui, il ne seroit pas obligé à lui faire raison de ce qu'il l'a vendue plus que lui.

123. Chacun des associés n'est tenu de rapporter à la masse commune que les gains qui lui proviennent de la société, et non pas ceux dont la société n'a été que la cause occasionnelle. Par exemple, si l'un des associés, en faisant les affaires de la société, a fait connoissance avec une personne riche et bienfaisante, qu'il n'auroit pas connue sans cela, et que cette personne, dont il a gagné l'amitié, lui ait fait quelque donation ou quelque legs, il ne sera pas obligé de rapporter à la masse commune ce don ou ce legs, quoique la société en ait été la cause occasionnelle : *Sed nec compendium quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium; veluti si propter societatem hæres fuisset institutus, aut quid ei donatum esset; l. 60, ff. 1, pro soc.*

§. III. Du dommage qu'un associé a causé à la société.

124. Entre les choses dont un associé peut être débiteur à la société, on doit comprendre les sommes auxquelles monte l'estimation des dommages qu'il a causés par sa faute dans les effets ou dans les affaires de la société.

Chacun des associés n'est tenu à cet égard que de la faute ordinaire, et non de la faute la plus légère. On ne peut exiger de lui que le soin dont il est capable, et qu'il apporte à ses propres affaires : s'il n'a pas la même prévoyance qu'ont dans leurs affaires les plus habiles pères de famille, ses associés ne doivent pas lui imputer ce défaut, mais plutôt s'imputer à eux-mêmes de s'être associés avec lui : *Culpa non ad exactiorem diligentiam redigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet; quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet; d. l. 72, ff. pro soc.*

Au reste, un associé est tenu même des fautes d'omission, comme si, par exemple, par une faute inexcusable, il a manqué de faire un achat avantageux à la société : *Si qui societatem ad emendum coierint, denique res alterius dolo vel culpa empta non sit, pro socio esse actionem constat; l. 52, §. 11, ff. d. tit.*

Un associé pourroit-il s'excuser même de la négligence crasse, s'il étoit constant qu'il apporte cette négligence à ses

propres affaires? Non. Si on n'exige pas d'un associé, pour les affaires de la société, le soin le plus exact qu'ont dans leurs affaires les plus habiles pères de famille, c'est qu'il peut n'être pas capable de ce soin. Mais chacun est présumé capable du soin ordinaire qu'apportent à leurs affaires les personnes les moins intelligentes; et lorsqu'il n'apporte pas ce soin, on présume que c'est par une paresse volontaire et condamnable, dont à la vérité il n'est comptable à personne pour ses propres affaires, mais dont il est comptable à ses associés, lorsqu'il a eu cette paresse pour des affaires communes.

125. Il reste à observer qu'un associé ne peut pas se dispenser de faire raison à la société du dommage qu'il lui a causé par sa faute dans quelque affaire; il ne peut opposer la compensation des profits beaucoup plus considérables qu'il a faits par son industrie à la société dans d'autres affaires: *Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet quod negligentia ejus perisset, quod in plerisque aliis industria ejus societas aucta fuisset, et hoc Imperator pronuntiavit; l. 25, ff. d. tit. Et ideò si socius quædam negligenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia; l. 26.* La raison est, que cet associé devant à la société son industrie, il n'a fait que s'acquitter envers elle de ce qu'il lui devoit, en lui apportant des profits qu'il a faits par son industrie; la société ne lui est pour cela redevable de rien qu'il puisse opposer en compensation de ce qu'il lui doit.

ARTICLE II.

Des choses dont un associé peut être créancier de la société, et dont les autres associés sont obligés de lui faire raison, chacun pour la part qu'il a dans la société.

126. Lorsqu'un associé a mis dans la société des choses dont il ne devoit que la jouissance, par le contrat de société, il est créancier de la société pour lesdites choses, qui doivent lui être restituées lors de la dissolution de la société.

Si ces choses étoient des corps certains et déterminés, des choses qui ne se consomment pas par l'usage, qui n'étoient pas destinées à être vendues, et qu'il devoit reprendre

en nature lors de la dissolution de la société, ces choses demeurent à ses risques, et ne sont pas aux risques de la société. Si sans la faute de ses associés elles ont été détériorées, il les reprendra en l'état qu'elles se trouveront; et si elles étoient entièrement périées par quelque force majeure, la société seroit déchargée envers lui de l'obligation de les lui restituer.

Au contraire, si ces choses qu'un associé a mises dans la société, étoient des choses qui se consomment ou se détériorent en les gardant, ou qui fussent destinées à être vendues, et qui eussent été mises dans la société sous une certaine estimation portée par quelque inventaire, l'associé qui les y a mises pour que la société en eût seulement la jouissance, est créancier, non des choses mêmes, mais de la somme à laquelle monte l'estimation qui en a été faite; et ces choses sont aux risques de la société, et non aux siens.

127. Un associé peut encore être créancier de la société des sommes qu'il a déboursées pour les affaires de la société, *putà*, pour des frais de voyages qu'il a faits pour lesdites affaires; l. 52, §. 15, ff. *d. tit.*

Non seulement s'il a fait des déboursés, mais s'il a contracté quelque obligation pour les affaires de la société, il en doit être indemnisé par la société.

Par exemple, si l'un des associés avoit vendu à quelqu'un quelque effet de la société pour le compte de la société, il doit être indemnisé par la société de l'obligation de garantie qu'il a contractée envers l'acheteur; l. 67, ff. *d. tit.*

128. Un associé doit être indemnisé par la société, non seulement des déboursés qu'il a faits et des obligations qu'il a contractées directement et principalement pour les affaires de la société; il doit pareillement l'être des risques et des hasards qu'il a courus, lorsqu'ils étoient inséparables de la gestion qu'il a eue des affaires de la société, et qu'il ne les a courus que pour lesdites affaires: car la société devant avoir tout le profit qui résulte de cette gestion, il est équitable qu'elle supporte tous les risques: *Ubi lucrum, ibi et periculum esse debet.* Cela a donné lieu à la question qui a été agitée entre les jurisconsultes des deux sectes, de savoir

si l'un des associés ayant été blessé par des esclaves qu'il menoit vendre à une foire pour le compte de la société, en voulant les empêcher de se sauver, devoit être indemnisé par la société des frais de pansements et de médicaments faits pour sa guérison. Labéon, chef de l'école des Proculétiens, tenoit la négative, parceque ces frais n'ont point été faits pour les affaires de la société, qui n'en a été que la cause occasionnelle; *quia*, disoit-il, *id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit*; l. 60, §. 1.

Au contraire, Julien, qui étoit de l'école des Sabinien, tenoit l'affirmative, et son sentiment a prévalu: *Secundum Julianum tamen quod medicis pro se datum est recipere potest*; QUOD VERUM EST; l. 61, ff. d. tit. La raison est, que le risque couru par cet associé d'être maltraité par ces esclaves, étoit un risque inséparable de leur conduite, qu'il n'avoit couru que pour les affaires de la société, et dont il devoit par conséquent être indemnisé par la société.

Par la même raison, le même Julien décide que si un associé, dans un voyage qu'il faisoit pour les affaires de la société, a été attaqué par des voleurs qui l'ont volé et qui ont blessé ses domestiques, la société doit l'indemniser de ce qu'on lui a volé, et des frais qu'il a faits pour la guérison de ses domestiques; l. 52, §. 4, ff. *pro soc.*

129. Observez que la société n'étant tenue que des risques qui sont inséparables de la gestion de ses affaires, elle n'est tenue, dans l'espèce qu'on vient de rapporter, d'indemniser l'associé que du vol de ce qu'il étoit absolument nécessaire, eu égard à son état, qu'il portât avec lui pour son voyage. S'il a porté avec lui plus d'argent qu'il n'en falloit pour son voyage, et des choses dont il pouvoit se passer, la société ne doit pas porter le risque de ce superflu, et ne doit pas en indemniser l'associé, s'il lui a été volé.

Pareillement, s'il a mené avec lui un trop grand nombre de domestiques, la société n'est tenue que des pansements de ceux qui lui étoient nécessaires pour son voyage.

130. Si l'associé qui avoit porté avec lui plus d'argent qu'il ne falloit pour le voyage, en a sauvé une partie des mains des voleurs, ce qu'il a sauvé s'imputera-t-il sur la partie de

son argent qui étoit nécessaire pour le voyage, et qui étoit aux risques de la société, ou sur la partie superflue qui étoit aux risques de cet associé? Je pense que n'y ayant pas de raison de l'imputer plutôt sur l'une que sur l'autre, l'imputation doit se faire sur l'une et sur l'autre par proportion. Par exemple, si un associé qui n'avoit besoin que de dix pistoles pour son voyage, en avoit porté trente avec lui, et qu'il en eût sauvé six, la société, qui n'étoit chargée que du risque du tiers des trente pistoles, ne doit profiter que du tiers de ce qui a échappé aux voleurs, et elle doit par conséquent indemniser de huit pistoles cet associé.

131. La société est à la vérité tenue d'indemniser un associé des pertes qu'il a souffertes, lorsqu'elles sont une suite naturelle de certains hasards inséparables de la gestion des affaires de la société, auxquels ses associés auroient été exposés comme lui, s'ils se fussent chargés de cette gestion; mais elle n'est pas obligée de l'indemniser des pertes qu'il a souffertes, et dont la gestion des affaires de la société n'a été qu'une occasion purement accidentelle. Par exemple, si la société a eu un procès avec une personne qui étoit amie de l'un des associés, et que cette personne, en haine du procès, ait révoqué un legs qu'elle lui avoit fait, ou l'ait fait destituer d'une commission qu'elle lui avoit procurée; quoique cet associé ait souffert ces pertes à l'occasion de la société, il n'est pas fondé à prétendre que la société l'en indemnise.

Pareillement, un associé n'est pas fondé à prétendre que la société l'indemnise de ce que le soin qu'il a apporté aux affaires de la société lui a fait négliger ses propres affaires; car il devoit aux affaires de la société le soin qu'il y a apporté, et il en a été payé par la part qu'il a eue ou qu'il a pu avoir dans les profits de la société. Cela est conforme à ce qu'a décidé Labéon en la loi 60, §. 1, qu'il n'est pas dû d'indemnité à un associé, *si propter societatem quis eum hæredem instituere desiisset, aut patrimonium suum negligenter administrasset.*

132. Il reste à observer à l'égard de ce qui est dû par la société à quelqu'un des associés, que chacun de ses associés

n'en est tenu envers lui que pour la part qu'il a en la société, lorsqu'ils sont tous solvables. Mais s'il y en a d'insolvables, l'égalité qui doit être entre les associés ne permet pas que l'associé créancier de la société supporte seul la perte résultante de leur insolvabilité, et elle doit être répartie entre lui et ses associés solvables : *Proculus putat hoc ad cæterorum onus pertinere quod ab aliquibus servari non potest..... quoniam societas quum contrahitur, tam lucri quàm damni communio initur*; l. 67. Par exemple, parmi quatre associés, chacun pour un quart, l'un est créancier de la société pour 1,200 liv., un autre est insolvable : chacun des deux associés solvables doit en ce cas au créancier de 1,200 liv. la somme de 300 liv. pour le quart dont il est tenu de son chef, et 100 liv. pour son tiers de la part dont est tenu l'insolvable.

ARTICLE III.

De quelques autres espèces d'obligations qui naissent du contrat de société.

155. C'est encore une des obligations qui naissent du contrat de société, que chacun des associés est obligé de laisser ses associés jouir et user des choses communes, comme ils en doivent jouir, suivant les lois et les conventions de la société; l. 52, §. 13, ff. *pro soc.*

Par exemple, lorsqu'à Paris deux voisins se sont associés pour avoir en commun un équipage, chacun d'eux est obligé d'en laisser jouir l'autre à son tour. Si au jour qui est mon tour, mon associé en avoit besoin pour une affaire qui ne pût se remettre, et que je n'en eusse besoin que pour des affaires qui peuvent facilement se remettre, je dois laisser mon associé s'en servir, à la charge que je m'en servirai un autre jour de son tour : les lois de la fraternité et de l'amitié qui doivent être entre associés, exigent cela.

C'est aussi une des obligations qui naissent du contrat de société, que chacun des associés est obligé de contribuer à la réfection et conservation des choses communes. Ils peuvent néanmoins s'en décharger en offrant d'abandonner. Voyez ce qui a été dit *suprà*, n. 86.

Enfin une des principales obligations que contracte chaque associé par le contrat de société, est de souffrir le partage des effets de la société, lors de la fin et dissolution de la société. Nous traiterons de ce partage *infra*, au chapitre neuvième.

ARTICLE IV.

De l'action *pro socio*.

154. Des obligations qui naissent du contrat de société, naît l'action *pro socio*, que chacun des associés a contre ses associés, pour en exiger l'accomplissement.

Cette action est une action personnelle : elle passe aux héritiers et autres successeurs universels de chacun des associés à qui cette action appartient, et elle peut se donner contre les héritiers et autres successeurs universels des associés qui en sont tenus.

Nous avons vu dans les articles précédents, quels étoient les objets de cette action.

155. Cette action, quant à son objet principal du partage du fonds de la société, ne se donne que lors de la dissolution de la société; et c'est en cela que la loi dit, *Actione societas solvitur*. Elle peut se donner, quant aux objets particuliers, durant le temps que dure la société, *putà*, contre celui des associés qui retient tous les gains faits par la société, aux fins qu'il en fasse part aux autres, l. 65, §. 15, ff. *pro soc.*, et qu'il soit tenu, pour cet effet, de donner un bref état de compte; comme aussi aux fins que mon associé me fasse jouir des choses communes, aux fins que les associés contribuent aux réparations qui y sont à faire.

156. Il est particulier à l'action *pro socio*, que soit qu'elle se donne durant le société ou depuis sa dissolution, chacune des parties, soit le demandeur, soit l'un des défendeurs, est fondée à demander que la cause et les parties soient renvoyées devant des arbitres, pour régler toutes les contestations sur le compte et le partage de la société, et généralement sur tous les objets de cette action.

Pour cet effet, l'ordonnance de 1675, *tit. 4, art. 9*, veut que tous les contrats de société contiennent la clause

de se soumettre à des arbitres sur toutes les contestations qui pourroient naître entre les associés pour le fait de la société, et que, où cette clause auroit été omise, elle y soit suppléée.

Ces arbitres doivent être convenus et nommés par les parties : faute par quelqu'une d'elles d'en nommer, le juge en nomme un pour elle; *ordonnance de 1673, ibid.*

Si avant que les arbitres aient rendu leur règlement, l'un desdits arbitres vient à mourir, l'ordonnance veut que la partie qui l'a nommé, en nomme un autre à sa place, ou le juge, à son refus; *art. 10.*

137. Lorsque les arbitres ne sont pas d'accord, ils peuvent, sans le consentement des associés, prendre un tiers; et s'ils n'en peuvent convenir, le juge en nommera un; *art. 11.*

Les arbitres peuvent rendre leur jugement sur les pièces et mémoires des parties, en leur absence; *art. 12.*

Leurs sentences doivent être homologuées au consulat, lorsque la société est une société de marchandises ou de banque; sinon dans la juridiction ordinaire; *art. 13.*

CHAPITRE VIII.

Des différentes manières dont finit la société.

138. Ces manières sont l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée; l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation qui en faisoit l'objet; la mort naturelle ou civile de l'un des associés; sa faillite; enfin la volonté de n'être plus en société.

§. I. De l'expiration du temps.

139. Lorsque la société a été contractée pour un certain temps limité, elle finit de plein droit par l'expiration de ce temps.

Les parties peuvent convenir de la proroger au-delà de ce temps : mais cette prorogation ne se peut prouver que par un acte par écrit, que l'ordonnance de 1673 assujettit

186 TRAITÉ DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ,
aux mêmes formalités que les actes par lesquels la société
est contractée.

§. II. De l'extinction de la chose qui fait l'objet de la société; et de la
consommation de la négociation.

140. Lorsque la société a été contractée d'une certaine chose, il est évident que la société doit finir par l'extinction de cette chose.

Par exemple, si deux paysans voisins ont acheté en commun un âne pour porter vendre au marché leurs denrées, il est évident que si l'âne vient à mourir, la société de cet âne qui étoit entre eux sera finie : *Neque enim ejus rei quæ jam nulla sit quisquam socius est*; l. 63, §. 10, ff. *pro socio*.

141. Lorsque la société n'est pas des choses mêmes, et que les associés ont contracté société seulement des fruits qui proviendroient de certaines choses qui appartenoient à l'un d'eux, pour les percevoir en commun, et en faire leur profit commun, pendant que devroit durer leur société; si celles qui appartenoient à l'un des associés sont périées, la société cessera; car étant de l'essence de la société que chacun des associés y contribue, il ne peut plus y avoir de société, lorsque l'un des associés n'a plus rien de quoi y contribuer.

Par exemple, lorsque deux voisines qui avoient chacune une vache, ont contracté une société de tous les fruits et profits qui en proviendroient pendant un certain temps; si avant la fin du temps la vache de l'une des associées vient à mourir, la société sera éteinte, cette associée n'ayant plus rien de quoi y contribuer.

Lorsque deux personnes ont contracté société pour vendre en commun certaines choses qui leur appartenoient, et que ce ne sont pas les choses mêmes qu'elles ont mises dans la société, mais le prix qui proviendrait de la vente qui en seroit faite; si avant la vente les choses qui appartenoient à l'un des associés sont périées, la loi 58, dont nous avons rapporté l'espèce *suprà*, n. 54, décide que la société est éteinte. La raison est celle que nous venons de dire,

que cet associé n'ayant plus de quoi contribuer à cette société, elle ne peut subsister.

142. Lorsqu'un marchand de bois a contracté une société avec un tonnelier pour faire et vendre des tonneaux, à laquelle société le marchand doit apporter le bois, et le tonnelier son travail seulement pour faire les tonneaux; ce tonnelier étant depuis devenu paralytique, et incapable par conséquent de faire des tonneaux, cette société cesse-t-elle en ce cas, et peut-on dire que le tonnelier n'a plus de quoi y contribuer? Non; car en se chargeant par le contrat de faire des tonneaux, il s'est chargé de les faire, non précisément par lui-même, mais soit par lui, soit par ses ouvriers; il peut encore, quoique paralytique, les faire faire par ses ouvriers; et il a par conséquent de quoi contribuer à la société ce qu'il a promis d'y contribuer.

Quid, si le marchand, qui n'a contracté la société que par la confiance qu'il avoit dans l'habileté de cet ouvrier, avoit mis une clause dans le contrat de société, que ce tonnelier ne pourroit faire faire les tonneaux par d'autres que par lui? En ce cas, on peut dire que la société est éteinte, puisque la chose que cet associé a promis d'apporter à la société est éteinte; car ce n'est pas seulement la façon des tonneaux, mais son travail personnel qu'il a promis d'apporter à la société, et qu'il ne peut plus y apporter. Le marchand fera néanmoins prudemment de lui signifier une renonciation à la société.

143. Lorsque deux ou plusieurs personnes ont contracté société pour une certaine négociation, cette société sera finie lorsque la négociation aura été consommée. Par exemple, lorsque deux marchands ont contracté société pour acheter ensemble une certaine partie de marchandises qu'ils iroient vendre à la foire de Guibray, il est évident que cette société sera finie lorsqu'ils les y auront toutes vendues.

§. III. De la mort de l'un des associés, et de sa faillite.

144. La société, soit qu'elle soit universelle, soit qu'elle soit particulière, soit qu'elle soit indéfinie, soit qu'elle ait

été contractée pour un certain temps limité, finit de plein droit par la mort de l'un des associés.

Cette dissolution de la communauté, qui survient par la mort de l'un des associés, a deux effets. Le premier est que l'héritier du défunt succède bien à la part que le défunt avoit au temps de sa mort dans les biens de la société, et à la part des dettes de la société dont le défunt étoit tenu; mais il ne succède pas aux droits de la société pour l'avenir, si ce n'est à ce qui seroit une suite nécessaire de ce qui s'est fait du vivant de l'associé auquel il succède; et même par rapport à ces choses, il ne devient pas l'associé des associés du défunt, il ne prend pas sa place, il est seulement en communauté avec eux.

Suivant ces principes, si, depuis la mort de l'un des associés, l'autre associé a fait quelque nouveau marché avantageux, relatif au commerce pour lequel la société avoit été contractée, l'héritier du défunt associé n'y pourra prétendre aucune part; et si le marché étoit désavantageux, on ne pourra pas lui faire supporter rien de la perte.

145. Les jurisconsultes romains avoient poussé ce principe jusqu'à décider qu'on ne pouvoit pas même valablement convenir en contractant la société, que l'héritier de celui des associés qui viendrait à mourir pendant le cours de la société, deviendrait associé à la place du défunt : *Adeo morte solvitur societas, ut ne ab initio pacisci possimus, ut hæres etiam succedat societati*; l. 59, ff. *pro soc.*

La raison de cette décision étoit, que la société étant un droit qui est fondé sur l'amitié que les parties ont l'une pour l'autre, sur la confiance réciproque que l'une a dans la fidélité et les bonnes qualités de l'autre, il étoit contre la nature de la société qu'elle pût se contracter avec une personne incertaine et inconnue, et par conséquent avec les héritiers des parties contractantes, qui, lors du contrat, étoient des personnes incertaines; l'associé ne pouvant pas même s'engager à se donner pour héritier une certaine personne; l. 59, §. 9, ff. *d. tit.*

Cette raison ne me paroît pas bien décisive, et je crois qu'elle a plus de subtilité que de solidité : c'est pourquoi

je pense que dans notre droit, quoique régulièrement la société finisse par la mort de l'un des associés, et que son héritier ne lui succède pas aux droits de la société pour l'avenir, néanmoins la convention qu'il y succèdera est valable. C'est l'avis de l'ancien praticien Masuer, *des Associations*, 28, n. 55. Les jurisconsultes romains admettoient eux-mêmes cette convention dans les sociétés pour la ferme des revenus publics. Pourquoi ne la pas admettre pareillement dans les sociétés ordinaires ? Despeisses est d'avis contraire.

146. Le second effet de la dissolution de communauté par la mort de l'un des associés, est qu'elle la dissout même entre les associés survivants, à moins que par le contrat de société, on ne fût convenu du contraire : *Morte unius socii societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures verò supersint; nisi in coeundâ societate aliter convenit*; l. 65, §. 9, ff. d. tit.

La raison est, que les qualités personnelles de chacun des associés entrent en considération dans le contrat de société. Je ne dois donc pas être obligé, lorsque l'un de mes associés est mort, à demeurer en société avec les autres, parcequ'il se peut faire que ce ne soit que par la considération des qualités personnelles de celui qui est mort, que j'ai voulu contracter la société.

Ce principe souffre exception à l'égard des sociétés pour la ferme des revenus publics, lesquelles subsistent entre les survivants, lorsque l'un des associés vient à mourir : *Hoc ita in privatis societatibus : in societate vectigalium manet societas et post mortem alicujus*; l. 59.

147. Tout ce que nous avons dit du cas de la mort naturelle de l'un des associés, reçoit application au cas de la mort civile : *Dissociamur morte, capitis diminutione*; l. 4, §. 1, ff. d. tit.

148. La faillite de l'un des associés dissout aussi la société, de même que sa mort : *Dissociamur egestate*; d. §. 1. *Bonis à creditoribus venditis unius socii, distrahi societatem Labeo ait*; l. 65, §. 1, ff. d. tit. Suivant notre droit, il suffit que la faillite soit ouverte.

§. IV. De la volonté de n'être plus en société.

149. Il n'est pas douteux que la société peut se dissoudre par le consentement mutuel des associés.

L'un d'eux peut-il la dissoudre par sa seule volonté, en notifiant à ses associés qu'il n'entend plus à l'avenir être en société? Il faut à cet égard distinguer les sociétés qui ont été contractées sans aucune limitation de temps, et celles qui l'ont été pour un certain temps limité.

À l'égard des premières, un seul des associés peut dissoudre la société, en notifiant à ses associés qu'il n'entend plus demeurer en société: *Dissociamur renuntiatione*; l. 4, §. 1, ff. *pro soc.*

150. Il faut néanmoins pour cela que deux choses concourent: 1° que la renonciation à la société soit faite de bonne foi; 2° qu'elle ne soit pas faite à contre-temps: *Debet esse facta bonâ fide, et tempestivè.*

La renonciation à la société n'est pas faite de bonne foi, lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étoient proposé d'en retirer en la contractant.

Par exemple, si deux libraires se sont associés pour acheter ensemble une bibliothèque sur laquelle il y avoit du profit à faire, et qu'avant qu'elle eût été achetée pour le compte de la société, l'un des associés, afin de l'acheter pour son compte particulier, et d'avoir seul le bénéfice, eût notifié à l'autre qu'il n'entendoit plus être de société avec lui; cette renonciation à la société est de mauvaise foi, et ne désoblige pas celui qui l'a faite, envers son associé, qui peut lui demander sa part du bénéfice. Mais si cet associé n'a renoncé à la société que parcequ'il étoit dégoûté du marché pour lequel ils s'étoient associés, sa renonciation est de bonne foi et valable, la chose étant encore entière: en ce cas l'autre associé ne peut prétendre contre lui aucuns dommages et intérêts: C'est ce qu'enseigne Paul: *Si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere, ideoque renuntiasti societati, ut solus emeris, tenebris quanti interest meâ: sed si ideò renuntiaveris quia*

emptio tibi displicebat, non teneberis, quamvis ego emero, quia hic nulla fraus est; l. 65, §. 4.

Paul rapporte un autre exemple : Durant le cours d'une société de tous biens que j'ai contractée avec vous, un de mes amis, étant au lit de la mort, m'avertit qu'il m'a institué son héritier : je vais vite vous notifier que je n'entends plus être en société avec vous. Cette renonciation étant faite dans la vue de m'approprier la succession de mon ami, qui auroit dû tomber dans notre société, est nulle, comme faite de mauvaise foi, et n'empêchera pas que cette succession n'y tombe, s'il y a du bénéfice; *d. l. 65, §. 5.*

Pareillement, si deux seigneurs voisins avoient contracté société ensemble pour percevoir en commun les revenus de leurs seigneuries, et que l'un d'eux ayant eu avis qu'une terre très considérable mouvante en fief de sa seigneurie, étoit sur le point d'être vendue, signifie à son associé sa renonciation à la société, pour s'approprier un gros profit de quint auquel cette vente doit donner ouverture; cette renonciation est faite de mauvaise foi; et nonobstant cette renonciation qui doit être déclarée nulle, la société doit être déclarée avoir continué, et le profit y être tombé.

151. Pour que la renonciation que l'un des associés fait à la société soit valable, il faut, en second lieu, qu'elle ne soit pas faite à contre-temps, c'est-à-dire, dans un temps où les choses ne sont plus entières, et où il est de l'intérêt de la société d'attendre un temps plus favorable pour consommer la négociation qui a fait l'objet de la société; comme si ayant contracté avec vous une société de commerce, je voulois dissoudre la société dans un temps où il est de l'intérêt de la société de garder les marchandises que nous avons achetées en commun, et d'attendre le temps favorable de les revendre : *Si emimus mancipia in ita societate, deinde renuntias mihi eo tempore quo vendere mancipia non expedit.... teneri te pro socio judicio*; d. l. 65, §. 5.

Observez que pour juger si une renonciation est faite à contre-temps, c'est l'intérêt commun de la société qu'il faut considérer, et non l'intérêt particulier de celui qui s'oppose à cette renonciation; à moins qu'il n'y eût quelque

convention par le contrat de société, qui s'opposât à la renonciation : *Hoc ita, si societatis interest non dirimi societatem : semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit ; d. §. Hæc ita, si nihil de hoc in coeundâ societate convenit.*

152. Passons maintenant aux sociétés qui sont contractées pour un certain temps limité. Dans ces sociétés les associés, en convenant du temps que la société doit durer, sont censés être convenus de ne la dissoudre qu'après l'expiration de ce temps, à moins qu'il ne leur survienne quelque juste sujet de la dissoudre plus tôt. C'est pourquoi l'un d'eux ne peut, sans un juste sujet, dissoudre la société avant le temps, au préjudice de ses associés : *Qui societatem in tempus coit, ei ante tempus renuntiando, socium à se, non se à socio liberat, d. l. 65, §. 6.*

Mais si l'associé a un juste sujet de quitter la société avant le temps, sa renonciation qu'il fait signifier à ses associés, est valable, et dissout la société : ce qui a lieu, quand même il y auroit une clause expresse par le contrat de société, que les associés ne pourroient se désister de la société avant le temps. C'est pourquoi Pomponius observe qu'une telle clause est superflue, parceque quand même elle n'auroit pas été exprimée, l'un des associés ne peut pas se désister de la société avant le temps, s'il n'en a pas un juste sujet ; et que lorsqu'il en a un, cette clause ne l'empêche pas de s'en désister : *Quid si convenit ne abeatur, an valeat? Eleganter Pomponius scripsit frustrâ hoc convenire; nam etsi convenit, si tamen intempestivè renuntiatur societati, esse pro socio actionem; sed etsi convenit ne intrâ certum tempus abeatur, et ante tempus renuntiatur, potest rationem habere renuntiatio; l. 14, ff. pro soc.*

Ulpien rapporte plusieurs exemples de ces justes sujets qu'un associé peut avoir de renoncer avant le temps ; savoir, si son associé n'exécutoit pas à son égard les conditions de la société ; s'il a la preuve que son associé refuse de le faire jouir à son tour de la chose qu'ils ont en société ; s'il a la preuve de la mauvaise conduite de son associé dans l'administration des affaires de la société : *Non tenebitur pro*

socio, qui ideò renuntiavit, quia conditio quædam sub quâ societas erat coita non præstatur; aut quia si ita injuriosus aut damnosus socius sit, ut non expediat eum pati; l. 14, ff. d. tit.

C'est encore un juste sujet que peut avoir un associé de renoncer à la société avant le temps, lorsque étant obligé d'être absent pendant long-temps pour le service de l'Etat, il ne peut plus veiller aux affaires de la société; à moins que les affaires de la société ne fussent telles qu'il n'eût pas besoin d'être présent; l. 16, ff. d. tit.

On peut dire la même chose du cas d'une infirmité habituelle qui seroit survenue à l'un des associés. Elle peut être un juste sujet pour lui de renoncer à la société, si les affaires de la société étoient telles qu'elles exigeassent qu'il y vaquât par lui-même.

153. La renonciation qu'un associé fait à la société, doit être par lui notifiée à tous les associés, pour qu'elle en opère la dissolution. Cette notification, dans le cas où les associés à qui elle a été faite en disconviendroient, doit être constatée par écrit, soit par une signification faite par un huissier à leur personne ou domicile, soit par un acte sous signature privée, par lequel ils reconnoitroient que cette notification leur a été faite. Mais cet acte ne faisant pas foi contre des tiers qui auroient intérêt que la société eût continué (*Traité des Obligations, n. 750*), il est plus prudent de faire cette notification par un huissier.

154. Lorsque la renonciation à la société peut être sujette à quelque contestation, il est de la prudence de l'associé qui l'a faite, de faire assigner ses associés, pour statuer sur sa validité.

Car si depuis la renonciation de cet associé, ses associés à qui elle a été faite, essuient des pertes, ils peuvent lui opposer les défauts de sa renonciation; et si elle est trouvée faite de mauvaise foi, ou *intempestive*, on lui fera supporter les pertes pour sa part: au lieu que si depuis la renonciation ils avoient fait des gains, l'associé qui l'a faite ne pourroit pas en prétendre sa part, n'étant pas recevable à soutenir lui-même la nullité de sa renonciation, et à en

opposer les défauts. C'est pourquoi les jurisconsultes disent que l'associé qui renonce de mauvaise foi, ou *intempestivè*, dégage son associé envers lui, et ne se dégage pas envers son associé : *Ante tempus renuntiando, socium à se, non se à socio liberat*; l. 65, §. 6.

CHAPITRE IX.

De l'effet de la dissolution des sociétés, et de leur partage.

ARTICLE PREMIER.

De l'effet de la dissolution des sociétés.

155. L'effet de la dissolution d'une société est que, désormais et à l'avenir, tous les contrats que chacun des ci-devant associés fera, seront pour son compte seul; à moins qu'ils ne fussent une suite nécessaire des affaires de la société.

Par exemple, si deux marchands épiciers d'Orléans avoient jugé à propos de dissoudre une société de commerce d'épiceries, tous les nouveaux achats que chacun d'eux fera de marchandises d'épiceries, depuis la dissolution de la société, seront pour le compte de lui seul; s'il y a du profit, il l'aura seul; si au contraire il y a de la perte, il la supportera seul.

Mais si, avant la dissolution de la société, l'un des associés avoit acheté à Gênes un certain nombre de bottes d'huile, pour les revendre à Orléans au profit de la société, les marchés qu'il fera depuis la dissolution de la société pour les faire venir à Orléans, étant une suite nécessaire de cet achat fait durant la société pour le compte de la société, et par conséquent une suite nécessaire des affaires de la société, seront aux risques de tous les ci-devant associés, comme faits pour une affaire commune.

C'est pour cette raison que quoiqu'une société soit dissoute par la mort de l'un des associés, et que son héritier ne devienne pas associé à sa place, néanmoins cet héritier, qui ne peut à la vérité commencer de nouvelles affaires pour le compte de la société en laquelle étoit le défunt, non seu-

lement peut, mais doit achever celles qui avoient été commencées par le défunt pour le compte de la société : *Hæres socii, quamvis socius non est, tamen ea quæ per defunctum inchoata sunt, per hæredem explicari debent*; l. 40, ff. *pro soc.*

156. Quoique, depuis la dissolution de la société, aucun des ci-devant associés ne puisse plus faire aucune nouvelle affaire pour le compte de la société, qui ne subsiste plus, ni par conséquent obliger ses ci-devant associés, en contractant, tant en son nom qu'au leur; néanmoins, si un associé ayant un juste sujet d'ignorer la dissolution de la société, *putà*, parceque la mort d'un associé qui a opéré cette dissolution n'étoit pas encore parvenue à sa connoissance, avoit fait quelques affaires relatives au commerce pour lequel la société avoit été contractée, les marchés qu'il aura faits au nom de la société dont il ignoroit la dissolution, obligeront ses ci-devant associés et leurs héritiers. La bonne foi en laquelle étoit cet associé, rend en ce cas ces contrats valables, de même que la bonne foi d'un mandataire rend valable tout ce qu'il a fait en exécution d'un mandat, depuis la mort du mandant, lorsque le mandataire ignoroit cette mort qui avoit éteint le mandat. Par exemple, si un marchand d'Orléans a contracté une société avec un marchand de Marseille pour acheter en commun une certaine quantité de bottes d'huile qu'on feroit venir à Orléans pour les y revendre en commun, et que le marchand de Marseille, depuis la mort du marchand d'Orléans, qui avoit dissous la société par sa mort, n'ayant pas encore connoissance de cette mort, ait fait l'achat de ces huiles pour le compte de la société, les héritiers du marchand d'Orléans seront obligés de le tenir, comme s'il eût été fait du vivant du défunt et durant la société. C'est ce qu'enseigne Ulpien en la loi 65, §. 10, ff. *pro soc. Si integris omnibus manentibus alter decesserit, deindè sequatur res de quâ societatem coierunt, eâdem distinctione utemur quâ in mandato; ut si quidem ignota fuerit mors, valeat societas; si minus, non valeat.*

157. Par la même raison, quoique les associés qui

durant la société, avoient le pouvoir, chacun l'un pour l'autre, de régir les affaires de la société, et de recevoir des débiteurs tout ce qui étoit dû, n'aient plus ce pouvoir depuis la dissolution de la société; néanmoins le paiement qu'un débiteur de la société auroit fait à l'un des ci-devant associés de tout ce qu'il devoit, quoique fait depuis la dissolution de la société, sera valable, s'il l'ignoroit de bonne foi.

Par la même raison, si des marchands ou artisans qui avoient coutume de faire des fournitures à la société, ont de bonne foi, depuis la dissolution de la société, qu'ils ignoroient, continué de faire ces fournitures à l'un des ci-devant associés, pour le compte de la société, tous les ci-devant associés ou leurs héritiers en sont tenus.

Les débiteurs qui ont payé, et les marchands ou artisans qui ont fait des fournitures depuis la dissolution de la société, peuvent être censés l'avoir ignoré de bonne foi, lorsqu'ils ont payé ce qu'ils devoient, ou fait les fournitures avant l'expiration du temps limité pour la durée de la société; ils étoient dans l'ignorance, *putà*, de la mort de l'un des associés, qui n'étoit pas encore connue dans le lieu où ils ont payé ou fait les fournitures; ou ils ignoroient la renonciation faite à la société par l'un des associés; cette renonciation ne leur avoit point été signifiée, elle n'avoit pas été rendue publique.

Mais lorsque les débiteurs ou les marchands et artisans ont fait les fournitures après l'expiration du temps pour lequel la société avoit été contractée, ils ne doivent pas être reçus à alléguer qu'ils en ignoroient la dissolution; car ceux qui ont des affaires avec des personnes qui sont en société, doivent s'informer de la teneur de la société. C'est l'avis de Gomez, *Resolutionum tom. 2, tit. 5, n. 5.*

158. Voici encore un effet de la dissolution d'une société. Lorsque des associés ont mis dans une société universelle la jouissance de leurs biens, ou dans une société particulière la jouissance de certaines choses, cette jouissance cesse d'être commune du jour de la dissolution de la société; et tous les fruits desdites choses qui seront perçus à l'avenir depuis le jour de la dissolution de la société, appar-

tiendront en entier à celui des ci-devant associés qui en est le propriétaire.

Cela a lieu, quand même ces fruits, au temps de la dissolution de la société, auroient été pendants par les racines et prêts à couper; à la charge seulement par celui des ci-devant associés qui les percevra, de rembourser, au partage de la société, les frais de labour et semences à ses associés, pour la part qu'ils avoient en la société. C'est ce que décide la coutume de Paris, *art.* 231, à l'égard de la société entre mari et femme; et on doit le décider de même à l'égard de toutes les autres sociétés, soit universelles, soit particulières, y ayant même raison.

Notre coutume d'Orléans, *art.* 208, a une pareille disposition. Cet article de la coutume de Paris étant du nombre de ceux qui y ont été ajoutés lors de la réformation, qui contiennent différents points que la jurisprudence avoit décidés, doit être suivi dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Quelques coutumes ont suivi des principes différents. Celle de Blois, *art.* 185, veut que si, lors de la dissolution de la société, les terres étoient ensemencées, et les vignes marrées et taillées, les récoltes, quoique faites depuis la dissolution de la société, soient communes.

159. Dans cette diversité de coutumes, laquelle suivra-t-on? Si les ci-devant associés, en contractant la société, ont déclaré par quelle coutume ils entendoient qu'elle fût régie, on doit suivre cette coutume. Lorsqu'ils ne s'en sont pas expliqués, ils sont censés avoir entendu la contracter suivant la loi du lieu où ils l'ont contractée et où ils avoient leur domicile, suivant cette règle de droit: *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis in regione in quâ contrahuntur.*

On doit supposer et sous-entendre dans cette règle de droit, que le lieu où les parties contractent, est le lieu de leur domicile. Mais si l'acte a été passé dans le lieu où elles se trouvoient en passant, autre que celui de leur domicile, elles doivent être censées avoir voulu contracter selon la

loi de leur domicile, plutôt que selon celle du lieu où l'acte a été passé, et où elles ne se trouvoient qu'en passant.

Ne pourroit-on pas dire qu'on doit suivre la loi du lieu où sont situés les héritages qui ont été mis en société? Non : car les lois qui règlent les conventions et engagements personnels qui en naissent, sont des statuts personnels, qui exercent leur empire principalement et directement, non sur les choses, mais sur les personnes qui leur sont sujettes, à raison du domicile que ces personnes ont dans leur territoire.

Que doit-on décider si les parties étoient domiciliées chacune sous différentes coutumes? Lorsque c'est une société entre futurs époux, on doit présumer qu'ils ont voulu la contracter selon la loi du domicile du futur époux, qui devoit devenir aussi celui de la future.

Quid, si la société a été contractée entre d'autres personnes que des futurs époux, lesquelles devoient, après la société contractée, continuer de demeurer séparément en leurs différents domiciles? Je pense qu'on doit suivre la loi du domicile de celui chez qui l'acte s'est passé, y ayant plus lieu de présumer que l'autre partie a bien voulu se soumettre à la loi de la personne qu'elle est allée chercher chez elle, qu'il n'y a lieu de croire que celle qui est restée chez elle, ait voulu se soumettre à loi du domicile de l'autre.

Quid, si le contrat avoit été passé dans un lieu qui ne fût celui du domicile ni de l'un ni de l'autre? On pourroit préférer la loi du domicile de celui des associés qui a la plus grande part dans la société; et s'ils y avoient une part égale, n'y ayant en ce cas aucune raison de préférer la loi du domicile de l'un à celle du domicile de l'autre, je pense qu'il faudroit alors se décider pour loi la plus commune au droit commun.

160. A l'égard des choses que les associés ont mises en société, non pas seulement quant à la jouissance, mais pour être communes entre eux; comme la dissolution de la société n'empêche pas que lesdites choses, aussi bien que celles qui ont été acquises durant la société, ne demeurent

communes entre les ci-devant associés jusqu'à ce qu'elles aient été partagées, tout ce qui en proviendra jusqu'au partage, quoique depuis la dissolution de la société, sera commun entre eux.

Pareillement, la dissolution de la société n'empêche pas que les créances que la société avoit contre chacun des ci-devant associés, et celles que chacun d'eux avoit contre la société, ne subsistent, et qu'ils ne doivent s'en faire raison respectivement au partage de la société.

ARTICLE II.

Du partage de la société.

161. Pour dissoudre la communauté qui subsiste, après la dissolution de la société, entre les ci-devant associés, et pour acquitter les dettes respectives dont ils peuvent être tenus les uns envers les autres, chacun des ci-devant associés, ou son héritier, a droit de demander à ses associés ou à leurs héritiers, qu'il soit procédé entre eux au compte et partage de la société.

Ils ont chacun, pour cet effet, l'action *pro socio*, ou l'action *communi dividundo*, à leur choix.

Nous avons déjà parlé en général des partages en notre *Traité du Contrat de Vente*, part. 7, art. 6; et nous y avons dit que, selon notre jurisprudence, un partage n'étoit autre chose qu'un acte qui déterminoit la part indéterminée que chacun des copartageants avoit dans la masse commune, aux seules choses qui lui étoient assignées pour son lot.

Nous verrons dans cet article, 1° quand, par qui et à qui le partage peut être demandé; 2° comment on y doit procéder; 3° quelles sont les différentes obligations qui en naissent.

§. I. Par qui, contre qui, et quand la demande en partage peut-elle être donnée?

162. Chacun des ci-devant associés peut seul donner la demande en partage contre tous les autres, et les obliger à

partager les effets qui sont demeurés en commun depuis la dissolution de la société.

Ses héritiers et autres successeurs peuvent pareillement donner cette demande, même un successeur particulier à qui un des ci-devant associés auroit vendu ou donné sa part.

163. Celui qui donne la demande en partage, la doit donner contre tous ses associés ou leurs héritiers. S'il ne l'a voit donnée que contre un seul, celui contre qui elle est donnée seroit fondé à demander par exception que le demandeur fût tenu de mettre en cause tous les autres, le partage devant se faire entre tous ceux qui ont part à la communauté.

Les autres associés qui n'ont pas été assignés, peuvent intervenir sans attendre qu'on les assigne.

164. Lorsque dans les biens dont la communauté est composée, il y a des immeubles, les mineurs n'en peuvent pas demander le partage; mais les majeurs peuvent demander le partage de ces immeubles, même contre les mineurs, et le faire ordonner avec eux. La raison est, que le partage des immeubles, de la part de celui qui le demande, est une disposition volontaire qu'il fait de ses droits immobiliers; car il ne tenoit qu'à lui de ne pas demander le partage. Or il n'est pas permis aux mineurs de disposer de leurs biens immeubles durant leur minorité: mais le partage, vis-à-vis de celui à qui il est demandé, est une disposition nécessaire, puisqu'il ne pouvoit pas empêcher la demande en partage. Or les lois qui défendent aux mineurs d'aliéner et de disposer de leurs immeubles, ne comprennent pas les dispositions et les aliénations nécessaires. Le majeur qui est en communauté avec un mineur, ne doit pas souffrir de sa minorité: *Ad divisionis causam provocante tantummodo majore socio, ejus alienationem sine decreto fieri jam pridem obtinuit*; l. 17, *Cod. de præd. min.*

165. Ordinairement la demande en partage peut être donnée aussitôt après la dissolution de la société. Néanmoins, si les parties étoient convenues de surseoir au partage pendant un certain temps, et de le remettre à un temps

qu'elles ont cru devoir être plus opportun pour se défaire des effets communs, cette convention devrait être exécutée, quoique la convention indéfinie de ne pas partager n'eût pas été valable : *Si convenit ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est; sin autem ne intrà certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitas prodest, valet; l. 14, §. 2, ff. comm. divid.*

Cette convention n'empêche pas un ci-devant associé de vendre, en attendant, à un tiers, sa part indivise dans la communauté : mais cette convention peut être opposée à l'acquéreur, qui ne doit pas avoir plus de droit que l'associé, si cet acquéreur demandoit avant le temps le partage : *Emptor communi dividundo agendo eadem exceptione summovebitur quâ autor ejus; d. l. §. 3.*

166. Tant que les associés ou leurs héritiers possèdent en commun les choses communes, y eût-il plus de cent ans qu'ils les possédassent, on ne peut opposer aucune prescription pour exclure l'action de partage. Mais il pourroit y avoir lieu à la prescription trentenaire, s'il y avoit plus de trente ans qu'ils les possédassent séparément : on présu-meroit qu'il y auroit eu entre eux un partage dont l'acte se seroit perdu.

§. II. Comment on doit procéder au partage.

167. Avant que de procéder au partage, on doit procéder au compte de ce que chacune des parties doit à la communauté qui est à partager, et de ce qui lui est dû par la dite communauté. On doit comprendre dans cet état, non seulement ce qu'elle devoit à la société lors de sa dissolution, mais ce qu'elle a pu devoir à la communauté depuis la dissolution, soit pour raison de ce qu'elle auroit retiré du fonds commun, soit pour raison du dommage qu'elle auroit causé par sa faute dans les effets de la communauté.

Pareillement on doit comprendre dans l'état de ce qui est dû par la communauté à chacune des parties, non seulement ce qui lui étoit dû par la société lors de sa dissolution, mais ce qui a pu lui être dû depuis par la commu-

nauté, à cause des déboursés qu'elle auroit faits inutilement pour les affaires communes, ou pour les biens de la communauté, depuis la dissolution de la société.

On doit compenser jusqu'à due concurrence le montant des sommes dont chacune des parties est débitrice de la communauté, au montant de celles dont elle est créancière, et arrêter la somme dont elle se trouve, après cette compensation faite, débitrice de la communauté; ou celle dont elle se trouve, après cette compensation faite, créancière de la communauté. Observez que, dans le compte de ce qui a été reçu ou mis pour la société, le livre de société tenu par l'un des associés fait foi entre eux; *Lauterbach.*

168. Après ce compte fait, on dresse la masse, c'est-à-dire, un état détaillé de toutes les différentes choses dont la communauté est composée; et on comprend dans cette masse, au nombre des dettes actives de la communauté, les sommes dont quelques unes des parties se sont trouvées, après la compensation faite, débitrices de la communauté; et au partage de la communauté, on la leur précompte sur leur part.

On dresse aussi un état des dettes passives de la communauté, et on y comprend les sommes dont quelques unes des parties se seroient trouvées au compte de la communauté, après compensation faite, créancières de la communauté. Ces sommes doivent être par elles prélevées au partage de la communauté.

Chacune des choses dont la communauté est composée, soit meubles, soit héritages, est portée dans cette masse pour une certaine estimation.

Les parties peuvent faire elles-mêmes cette estimation, lorsqu'elles sont en état de la faire, qu'elles en sont d'accord, et qu'elles sont toutes majeures: sinon l'estimation se fait par un ou par plusieurs estimateurs dont elles conviennent; et si elles n'en peuvent convenir, le juge du partage en nomme d'office.

169. Après cette masse dressée, on peut procéder au partage, à commencer par celui des meubles.

Chacune des parties est bien fondée à demander que sa

part dans les effets qui sont à partager , lui soit délivrée en nature , et que pour cet effet il en soit fait des lots qui seront tirés au sort , les autres ne pouvant pas l'obliger à en souffrir la vente , à moins qu'il n'y eût des dettes de la communauté à acquitter , qui ne pussent l'être que par le prix de la vente des meubles ; auquel cas on doit vendre des meubles jusqu'à concurrence de ce qu'il faut pour les acquitter , à commencer par les meubles périssables.

Chacune des parties peut demander la vente des meubles jusqu'à concurrence , non seulement de ce qu'il faut pour payer ce que la communauté doit à des étrangers , mais aussi de ce qu'il faut pour le payer de la somme qui lui est due par la communauté , et qu'il a droit de prélever avant le partage.

Si ses copartageants étoient créanciers de la communauté aussi bien que lui , ils feroient compensation de leurs créances jusqu'à due concurrence , et il n'auroit à prélever que la somme dont il seroit créancier de plus qu'eux.

170. Après le partage des meubles , on procède à celui des immeubles , s'il y en a , et on compose pareillement des lots des choses qui sont à partager.

Il est rare que ces lots puissent être égaux , et précisément de la somme qui revient à chacun des copartageants dans la masse. Pour remédier à cela , et pour égaler les copartageants , on charge le lot qui est trop fort , d'un retour envers celui qui est trop foible. Par exemple , si la masse des biens qui sont à partager entre deux copartageants est de 20,000 liv. , et que la part que chacun y doit avoir soit de 10,000 liv. ; si l'un des deux lots est de 12,000 liv. , et l'autre de 8,000 liv. , on chargera le lot de 12,000 liv. d'un retour de 2,000 liv. envers celui de 8,000 liv. Par ce moyen les lots seront égalés , celui de 12,000 liv. se trouvant réduit à 10,000 liv. au moyen du retour de 2,000 liv. dont on le charge , et celui de 8,000 liv. se trouvant augmenté à 10,000 liv. au moyen du retour de 2,000 liv. qu'il recevra de l'autre.

Lorsqu'un des ci-devant associés trouve en nature dans la masse des biens de la communauté les choses qu'il y a mises , soit meubles , soit héritages , il n'est pas fondé à

les avoir préférablement à ses associés, en leur laissant prendre d'autres effets de pareille valeur; il n'y a pas plus de droit qu'eux.

171. Quelquefois les parties licitent entre elles les choses qu'elles ont à partager, sur-tout les héritages, au lieu de les partager; et cette licitation tient lieu de partage.

Liciter une chose, c'est l'adjuger au plus offrant et dernier enchérisseur pour lui appartenir en entier, à la charge par lui de rapporter le prix pour lequel elle lui a été adjugée; prix qui sera distribué entre les copartageants pour la part que chacun d'eux avoit dans la chose.

Voyez ce que nous avons dit sur la licitation, en notre Traité du Contrat de Vente, part. 7, art. 7.

Chacune des parties peut obliger les autres à souffrir la licitation, lorsque le partage ne se peut faire autrement, et qu'il n'y a pas assez d'héritages pour en faire autant de lots qu'il y a de copartageants; sur-tout lorsqu'il n'y a qu'un seul corps d'héritage, qu'on ne peut partager sans le déprécier.

On peut même y obliger les mineurs; mais il faut constater auparavant que le partage ne se peut faire autrement.

Lorsqu'il se peut faire autrement, et qu'il y a suffisamment d'héritages pour faire autant de lots qu'il y a de copartageants, aucune des parties majeures ou mineures ne peut être obligée malgré elle à souffrir la licitation.

Lorsqu'entre les parties licitantes il y a quelques mineurs, la licitation ne peut se faire qu'à l'audience du juge, et on y doit admettre les enchères des étrangers.

Lorsque toutes les parties sont majeures, on n'admet les enchères étrangères que lorsque quelque-une des parties le demande; et il n'est pas nécessaire d'aller devant le juge pour faire la licitation.

172. A l'égard des dettes actives de la communauté, quoique par elles-mêmes elles soient divisées de plein droit, *nomina ipso jure dividuntur*, et qu'elles n'aient pas en conséquence besoin de partage; l. 6, *Cod. fam. enc.*; l. 4, ff. *d. tit.*; néanmoins, comme ce seroit une chose trop embarrassante que chacun des ci-devant associés se fit payer

de sa part par chacun de tous les débiteurs de la société ou communauté, on a coutume de lotir celles qui sont dues par de bons débiteurs, de même que les autres effets de la communauté.

Par le droit romain, il falloit que celui au lot duquel elles étoient tombées, se fit céder par les autres leurs actions pour les parts qu'ils y avoient chacun, et les intentât tant en son nom qu'au leur; l. 2, §. 5, ff. *fam. erc.* Dans notre droit, cette cession d'actions n'est pas nécessaire; et celui au lot duquel les dettes actives sont tombées, en signifiant aux débiteurs un extrait de son lot de partage, peut en son nom seul en exiger le paiement.

A l'égard des dettes caduques ou douteuses, on ne les lotit pas; mais on charge du recouvrement quelqu'une des parties, ou même quelquefois un étranger, qui doit rendre compte de ce qu'il en recevra à chacune des parties pour la part qu'elle y a.

173. Il est évident que les dettes passives de la communauté ne tombent pas en partage. Néanmoins, lorsque le prix de la vente des meubles n'a pas suffi pour les acquitter, on les distribue assez souvent entre les copartageants, qui se chargent chacun d'acquitter certaines dettes. Mais cet arrangement par lequel l'un des copartageants s'est chargé d'acquitter certaines dettes, n'en décharge pas les autres envers les créanciers; l. 25, *Cod. de pact.*; il oblige seulement celui qui s'en est chargé, d'en acquitter ses copartageants.

Les frais de l'acte de partage, et de tous ceux qui se font pour y parvenir, doivent être pris sur la chose, c'est-à-dire qu'on doit les prélever sur les deniers communs, s'il y en a; sinon chacun des copartageants doit y contribuer à proportion de la part qu'il a dans la masse.

174. Il reste à observer, à l'égard des partages et autres actes qui en tiennent lieu, que l'égalité y est plus scrupuleusement requise que dans les contrats commutatifs, tels que les contrats de vente, d'échange, etc. Dans ceux-ci, un majeur n'est pas reçu à demander la rescision du contrat pour la seule cause de la lésion qu'il y a soufferte, si

elle n'est de plus de moitié : mais dans les partages et autres actes qui en tiennent lieu , il suffit qu'elle excède le quart de ce qui devoit appartenir à celui qui se plaint du partage , comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, n. 55.

§. III. Des obligations qui naissent du partage.

175. Celui des copartageants qui est chargé d'un retour, contracte par le partage l'obligation d'acquitter ce retour.

Ces retours consistent ou en une somme de deniers , ou en une rente , suivant que les parties en sont convenues.

Lorsque le retour consiste dans une somme de deniers , dont un lot doit faire retour à tel autre lot , ce retour est une dette personnelle de cette somme : celui à qui tombe le lot chargé du retour , contracte cette dette envers celui dans le lot duquel le retour est tombé : il ne pourroit s'en libérer en offrant d'abandonner entièrement son lot.

Dans les partages d'immeubles , et même de meubles frugifères , tels que sont des bestiaux , un fonds de boutique , etc. , ces retours produisent de plein droit des intérêts , du jour du partage. Mais lorsque la masse n'étoit composée que de meubles non frugifères , je pense qu'il en est autrement , et que les intérêts des retours ne sont dus qu'*ex morâ* , c'est-à-dire , seulement du jour de la demande ou commandement fait au débiteur de payer.

Le créancier du retour a une hypothèque privilégiée sur tous les biens immeubles du lot qui en est chargé , et un privilège sur les meubles dudit lot , semblable à celui d'un vendeur à crédit.

176. Lorsque , dans un partage d'immeubles , le retour dont un lot est chargé envers un autre lot , consiste dans une rente ; *putà* , lorsqu'il est dit que le premier lot donnera en retour au second 100 liv. de rente , ou bien un muid de blé de rente ; cette rente est une rente foncière dont les héritages qui composent ce lot sont chargés.

Ces rentes sont de même nature et entièrement semblables à celles qui sont créées par bail d'héritage.

Elles sont une charge réelle des héritages compris au lot

qui en est chargé; elles sont dues principalement par ces héritages : celui à qui le lot est tombé, n'en est débiteur qu'à cause desdits héritages qu'il possède, et il peut s'en libérer en les aliénant ou en les déguerpissant, à moins qu'il ne se fût interdit cette faculté par une clause de fournir et faire valoir la rente, ou par quelque autre clause qui exclut le déguerpissement; voyez notre *Traité du Contrat de Bail à Rente*.

Celui à qui ce retour est tombé, a, pour s'en faire payer, les droits des créanciers de rentes foncières. Ces rentes créées pour retour de partage ne sont pas rachetables, si la faculté de rachat n'en a été expressément accordée par le partage ou depuis; et cette faculté se prescrit : en un mot, tout ce que nous avons dit des rentes foncières dans notre *Traité du Contrat de Bail à Rente*, doit s'appliquer à celles-ci.

177. Tout ce que nous venons de dire n'a lieu que lorsque le lot a été chargé immédiatement d'une rente.

Mais s'il étoit dit qu'un tel lot retournera à l'autre une telle somme, pour le prix de laquelle il lui fera tant de rente, cette rente ne seroit pas une rente foncière; ce seroit une rente constituée pour le prix du retour, rachetable à toujours, selon la nature des rentes constituées; ce seroit une dette personnelle de celui à qui seroit échu le lot qui en est chargé; ce ne seroit point une charge réelle des héritages de ce lot, lesquels y seroient seulement hypothéqués.

178. Une autre obligation qui naît du partage, est l'obligation de garantie, que chacun des copartageants contracte réciproquement envers chacun de ses copartageants, pour la garantie des choses comprises dans leurs lots respectifs. Nous avons traité amplement dans le *Traité du Contrat de Vente, part. 7, art. 6*, depuis le n. 633 jusqu'à la fin de l'article, de tout ce qui concerne cette garantie; et nous y avons observé quatre différences d'avec celle qui naît du contrat de vente : nous y renvoyons pour ne pas répéter.

§. IV. De l'effet du partage.

179. L'effet du partage est de dissoudre la communauté qui étoit demeurée entre les ci-devant associés après la dissolution de la société.

Il y a une grande différence entre notre droit françois et le droit romain, sur l'effet du partage. Par le droit romain, le partage étoit une espèce d'échange; *divisio instar permutacionis obtinet*; chacun des copartageants étoit censé acquérir de ses copartageants les parts qu'ils avoient, avant le partage, dans les effets compris dans son lot, et leur céder à la place celle qu'il avoit, avant le partage, dans les effets compris dans le leur. C'est pourquoi les choses échues au lot de l'un des copartageants demeuroient sujettes aux hypothèques des créanciers de ses copartageants pour la part qu'y avoient eue ses copartageants avant le partage; l. 6, §. 8, ff. *comm. div.*

Au contraire, selon notre droit françois, un partage n'est pas regardé comme un titre d'acquisition, mais comme un acte qui ne fait autre chose que déterminer les parts indéterminées que chacun des copartageants avoit, avant le partage, dans la communauté qui étoit entre eux, aux seules choses échues au lot de chacun d'eux.

Ces actes de partage ont, selon notre droit françois, un effet rétroactif. En conséquence les choses échues en chaque lot sont censées avoir toujours seules composé la part qu'avoit en la communauté celui au lot duquel elles sont échues. Il est censé avoir été seul le propriétaire de ces choses depuis qu'elles ont été mises en la communauté, ou acquises pour le compte de la communauté, et n'avoir jamais eu aucune part, depuis que la communauté a été contractée, dans les choses échues aux lots de ses copartageants. Le partage, selon ces principes, n'est pas un titre d'acquisition, et chacun des copartageants n'acquiert par le partage rien de ses copartageants. C'est pour cette raison que les partages ne donnent pas d'ouverture aux droits seigneuriaux: c'est aussi pour cette raison que les héritages échus au lot de chacun des copartageants ne sont sujets pour aucune partie aux hypothèques des créanciers particuliers de ses copartageants.

Par exemple, si, par le partage que nous faisons d'une communauté qui est composée d'héritages que nous y avons mis chacun, et d'autres que nous avons acquis pour le compte

de la société, les héritages qui tombent dans mon lot sont ceux que j'y ai apportés par notre contrat de société, ils seront censés n'avoir jamais cessé de m'appartenir en entier. Le contrat de société que j'ai fait avec vous, par lequel je les ai mis en communauté, ne vous y a donné qu'un droit conditionnel, dépendant de l'évènement du partage, pour le cas seulement auquel, par le partage, ils tomberoient dans votre lot : l'évènement du partage ayant fait manquer la condition, vous êtes censé n'y avoir jamais eu aucun droit, et n'avoir pu par conséquent les hypothéquer à vos créanciers.

Si ce sont les héritages que vous avez mis en communauté qui échéent dans mon lot, ils sont censés avoir composé ma part dans la communauté, dès le temps du contrat de société par lequel vous les y avez mis. Je suis censé les avoir acquis de vous en entier dès ce temps par le contrat de société, dès l'instant de ce contrat, et non pas seulement par le partage : c'est pourquoi vous n'avez pu, depuis le contrat de société, les hypothéquer, et ils ne peuvent être sujets qu'aux hypothèques que vous avez contractées avant le contrat de société, dont vous êtes obligé de me garantir.

Si les héritages qui sont échus dans mon lot sont ceux qui ont été acquis pour le compte de la société durant la société, ils sont pareillement censés m'avoir appartenu en entier dès le temps qu'ils ont été acquis pour le compte de la société, qui est censée les avoir acquis pour composer la part de celui dans le lot duquel ils tomberoient : ils n'ont pu par conséquent être hypothéqués pour aucune portion par mon copartageant.

180. Ces principes ont lieu à l'égard des partages qui se font avec retour de deniers, et même à l'égard des licitations. Lorsqu'un héritage qui composoit seul la communauté qui étoit entre vous et moi, m'a été adjugé par licitation, cet héritage, depuis qu'il est dans la communauté, est censé m'avoir toujours appartenu en entier, et vous êtes censé n'avoir jamais eu autre chose pour votre part en la communauté, que la somme que je suis obligé de vous payer pour votre part dans le prix de la licitation ; vous n'avez pu par conséquent hypothéquer cet héritage pour aucune partie durant la communauté.

PREMIER APPENDICE.

Du quasi-contrat de communauté.

181. La communauté, soit d'une universalité de choses, soit de choses particulières, qui est entre deux ou plusieurs personnes, sans qu'il y ait eu entre elles aucun contrat de société ni aucune autre convention, est une espèce de quasi-contrat.

On peut apporter pour exemple de cette espèce de communauté, celle des biens d'une succession échue à plusieurs héritiers, ou de choses léguées conjointement à plusieurs légataires.

Le rapport de cette communauté sans société, avec le contrat de société, nous a porté à en dire quelque chose par forme d'appendice à notre *Traité du Contrat de Société*.

Nous verrons, 1° en quoi cette communauté diffère de la société, et en quoi elles conviennent l'une et l'autre; 2° quel est le droit des quasi-associés dans les choses communes, et comment ils sont tenus des dettes de la communauté; 3° quelles sont les obligations que le quasi-contrat de communauté forme entre les quasi-associés. 4° Nous traiterons des manières dont elle prend fin, et de son partage: ce sera la matière de quatre articles. Nous en ajouterons un cinquième sur la communauté des murs mitoyens.

ARTICLE PREMIER.

En quoi diffère cette communauté de la société, et en quoi conviennent-elles l'une et l'autre?

182. La principale différence entre la société et cette espèce de communauté, c'est que la société est un contrat, et que la communauté qui en résulte est formée par la volonté et le consentement des parties. Au contraire, cette espèce de communauté n'est pas un contrat, et elle se forme sans le consentement et la volonté des parties. Par exemple,

la communauté que forme une succession échue à plusieurs héritiers, ou un legs fait à plusieurs légataires, est certainement formée sans qu'il intervienne aucun contrat entre ces héritiers ou ces légataires; et ce n'est pas leur consentement qui la forme, puisqu'elle se forme avant même qu'ils aient eu connoissance de la succession ou du legs, et souvent sans qu'ils se connoissent.

183. On peut encore apporter cette différence, que la communauté que forme la société est toujours formée par un seul et même titre, qui est le contrat de société; au lieu que cette espèce de communauté sans société peut se former ou par un même titre, ou par différents titres.

Par exemple, lorsqu'un testateur a légué à quelqu'un la moitié ou une autre quantité de ses biens, la communauté des biens de sa succession, qui se forme après sa mort entre ses héritiers et ce légataire universel, est formée par deux différents titres; savoir par le titre de succession à l'égard des héritiers, et par le titre de legs à l'égard du légataire universel.

184. A ces différences près, la société et cette espèce de communauté sans société conviennent entre elles: c'est pourquoi on peut l'appeler *quasi-société*, *quasi-contrat de société*; et ceux entre qui elle est établie peuvent être appelés des *quasi-associés*.

Ses rapports avec la société concernent, 1° le droit des *quasi-associés*, à l'égard des choses communes, et la manière dont ils sont tenus des dettes de la communauté; 2° les obligations respectives qu'elle forme entre les *quasi-associés*; 3° enfin le partage qui doit être fait de cette communauté.

ARTICLE II.

Du droit des *quasi-associés* dans les choses communes; et comment ils sont tenus des dettes.

185. Le droit de chacun de ces *quasi-associés* dans les choses qui leur sont communes, est le même que celui des associés dans les choses dont une société est composée; voyez ce que nous en avons dit au chapitre 5.

186. Chacun de ces *quasi-associés*, lorsque c'est une

universalité de biens qui est commune entre eux, est tenu des dettes de cette universalité de biens, pour la même part qu'il a dans cette universalité. Par exemple, plusieurs héritiers ou plusieurs légataires universels sont tenus chacun des dettes d'une succession dont les biens sont communs entre eux, pour la même part que chacun d'eux a dans lesdits biens.

On peut opposer contre ce principe, que l'unique héritier du défunt, qui se trouve être en communauté avec le légataire universel de la moitié desdits biens, est tenu, pour le total, des dettes de la succession envers les créanciers de la succession, sauf son recours pour la moitié contre le légataire universel, quoique cet héritier n'ait que moitié dans les biens de la succession.

Je réponds, que c'est par une raison particulière : la voici. Un héritier est tenu, en deux qualités, des dettes de la succession : il en est tenu comme successeur aux biens dont les dettes sont une charge. S'il n'en étoit tenu qu'en cette qualité, il n'en seroit tenu, suivant notre principe, que pour la part qu'il a dans les biens ; mais il en est tenu en outre en sa qualité d'héritier, c'est-à-dire, de successeur à la personne, et à tous les droits actifs et passifs attachés à la personne du défunt : et comme il est héritier unique, il succède pour le total aux obligations personnelles du défunt. Il est donc tenu des dettes du défunt pour le total, et il ne peut s'en libérer en abandonnant les biens, parcequ'il ne peut pas se dépouiller de sa qualité d'héritier, qui est attachée à sa personne. En cela un héritier est différent d'un légataire et des autres successeurs universels, qui n'étant que successeurs aux biens, peuvent se décharger des dettes en abandonnant les biens.

187. A l'égard des dettes contractées pour les affaires de la communauté durant la communauté, tel que seroit un marché fait avec des ouvriers pour des réparations à faire à quelque héritage commun, il n'y a que celui des *quasi-associés* qui les a contractées, qui en soit tenu envers les créanciers, sauf à lui à s'en faire indemniser par ses *quasi-associés*, pour la part que chacun d'eux a dans la communauté, lorsqu'elles ont été utilement contractées.

Lorsque ces *quasi-associés* les ont contractées ensemble, s'il n'y a pas une clause de solidité exprimée, chacun d'eux n'en est tenu envers le créancier que pour sa portion virile; de même que nous l'avons décidé *suprà*, à l'égard des sociétés particulières qui ne sont pas sociétés de commerce; sauf à se faire raison entre eux de ce que chacun d'eux en doit porter de plus ou de moins que cette portion virile, eu égard à la part qu'il a dans la communauté.

188. A l'égard des charges réelles des héritages, soit que la communauté soit d'une universalité de biens dont ces héritages font partie, soit que ce soit une communauté particulière desdits héritages, chacun des *quasi-associés* en est tenu pour la part qu'il a dans lesdits héritages, lorsque les charges consistent en quelque chose de divisible. Au contraire, si la charge consistoit en quelque chose d'indivisible, telle qu'est la charge d'un droit de servitude prédiiale, chacun en seroit tenu pour le total, parcequ'on ne peut pas être tenu seulement pour partie, d'une charge qui est de nature à n'être pas susceptible de parties.

Pareillement, lorsque ces charges sont de celles qui sont charges non seulement de toute la chose, mais de toutes les parties de la chose, telles que sont les hypothèques et les rentes foncières, qui sont *jus in fundo, et in quâlibet parte fundi*, chacun des *quasi-associés* en est tenu pour le total.

ARTICLE III.

Des obligations respectives que le quasi-contrat de communauté forme entre les *quasi-associés*.

189. La communauté en laquelle deux ou plusieurs personnes se trouvent, soit d'une universalité de biens, soit de choses particulières, sans qu'il soit intervenu entre elles aucun contrat de société, forme entre elles à peu près les mêmes obligations que celles que forme entre des associés le contrat de société.

Chacun de ces *quasi-associés* doit, en premier lieu, faire raison à ses *quasi-associés*, pour la part que chacun d'eux a dans la communauté, de tout ce dont il est débiteur à cette communauté.

Il lui est débiteur, 1° de ce qu'il en a tiré. Par exemple, si un héritier a employé à ses affaires particulières des deniers de la succession qui n'a point encore été partagée entre lui et ses cohéritiers, il est débiteur de cette somme à la communauté.

Il en doit même les intérêts, suivant la loi 1, § 1, ff. *de usur*, ci-dessus rapportée, au n. 119, dans laquelle le terme de *socius* doit s'entendre tant d'un quasi-associé que d'un véritable associé.

Mais si l'un des héritiers ou légataires universels des biens d'une succession avoit reçu d'un débiteur de la succession sa part de cette dette; quoique par l'insolvabilité de ce débiteur, survenue depuis, ses cohéritiers ou colégataires universels, qui n'avoient pas été si vigilants que lui, n'eussent pu être payés de la leur, il ne seroit pas obligé de rapporter à la masse ce qu'il a reçu pour sa part, à moins qu'il n'eût été préposé par ses cohéritiers ou colégataires pour faire le recouvrement des dettes de la succession; auquel cas il ne devroit pas se faire payer préférablement aux autres. En cela les quasi-associés sont différents des associés; *suprà*, n. 122.

190. 2° Chacun des *quasi-associés* est débiteur à la communauté, et par conséquent à ses *quasi-associés*, pour la part que chacun d'eux a dans la communauté, de la valeur du dommage qu'il a causé, soit dans les choses, soit dans les affaires de la communauté : *Incerti juris non est in familiæ ereiscundæ judicio, earum rerum quas ex cohæredibus quidam de communibus absumpserunt, vel deteriores fecerunt, rationem esse habendam, ejusque rei cæteris indemnitatem præstandam*; l. 19, *Cod. fam. ereisc.*

Paul décide la même chose à l'égard de toutes les autres espèces de quasi-associés : *Venit in communi dividundo judicium, etiam si quis rem communem deteriore fecerit*; l. 8, §. 1, ff. *comm.*

Un quasi-associé tel qu'est un cohéritier, est tenu du dommage qu'il a causé, non seulement lorsque c'est par malice, mais même lorsque c'est par sa faute légère qu'il l'a causé : *Non tantum dolum, sed et culpam in re hære-*

ditariâ præstare debet coheres; l. 25, §. 16, ff. fam. ercisc. Ses cohéritiers sont d'autant mieux fondés à le rendre responsable de la faute légère, qu'il ne peut leur dire : Pourquoi m'êtes-vous venu chercher pour m'associer avec vous ? C'est le sens de ces termes de la loi qui suivent, *quoniam cum hærede non contrahimus, sed in eum; d. §. Cujas ad h. §.*

Au reste, il n'est pas tenu de la faute la plus légère, *de levissimâ culpâ*, comme l'est une personne qui, sans aucune nécessité, s'ingère dans la gestion des affaires d'autrui qui ne le concernent point; car ayant part dans celles de la communauté, il avoit une raison pour s'en mêler. C'est pourquoi Paul ajoute : *Non tamen diligentiam præstare debet qualem diligens (1) paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi; et ideò negotiorum gestorum actio non competit; talem igitur diligentiam præstare debet qualem suis rebus; d. §.*

Ce qui est dit ici d'un cohéritier, s'applique à toutes les sortes de *quasi-associés* : *Eadem sunt si duobus res legata sit; d. §.*

191. Une autre obligation que la communauté forme entre les quasi-associés, semblable à celle que le contrat de société forme entre les associés, est que chacun des *quasi-associés* est tenu, pour la part qu'il a dans la communauté, d'indemniser ceux de ses quasi-associés qui ont déboursé quelque somme ou contracté quelque obligation pour les affaires de la communauté.

Lorsque, entre les quasi-associés, il y en a quelqu'un d'insolvable, la part dont l'insolvable est tenu envers le quasi-associé créancier de la communauté, doit se répartir entre ce quasi-associé créancier, et ses quasi-associés solvables; voyez ce que nous en avons dit à l'égard des associés solvables, n. 152.

192. C'est encore une des obligations que forme la communauté, que chacun des quasi-associés est obligé de contribuer pour la part qu'il a dans la communauté, aux réparations qui sont à faire aux choses communes, à moins

(1) *Id est diligentissimus : positivum hic sumitur pro superlativo.*

qu'il ne voulût abandonner la part qu'il a dans la chose ; voyez ce que nous avons dit *suprà*, n. 86, à l'égard des associés.

Il y a un cas auquel le quasi-associé ne seroit pas reçu à abandonner sa part pour s'en décharger ; c'est celui auquel, dans une ville, un mur qui fait la clôture de deux maisons voisines, est commun entre les voisins : car les lois de police imposant aux voisins l'obligation de construire à frais communs un mur jusqu'à une certaine hauteur réglée par les coutumes, pour s'enclorre ; lorsqu'il y en a un, chacun d'eux n'est pas recevable à abandonner la part qu'il y a, pour se décharger de contribuer à sa réparation jusqu'à ladite hauteur.

ARTICLE IV.

Comment la communauté prend fin ; et de son partage.

193. La communauté ne peut prendre fin que de trois manières : ou par le partage, ou par la cession ou abandon que l'un des deux associés ou quasi-associés feroit de sa part à l'autre ; ou enfin par l'extinction des choses communes ; et même en ce cas, les obligations que la communauté auroit formées entre les quasi-associés pendant qu'elle duroit, ne laisseroient pas de subsister, nonobstant cette extinction, jusqu'à ce que les quasi-associés en eussent compté, et s'en fussent fait raison.

194. Les actions qu'a chacun des quasi-associés contre ses quasi-associés pour parvenir au partage, sont, savoir, entre les cohéritiers, l'action *familiæ erciscundæ* ; entre toutes les autres espèces de quasi-associés, l'action *communi dividundo*.

Ces deux actions, dans nos usages, ne diffèrent en rien l'une de l'autre. Elles sont différentes de l'action *pro socio*. Celle-ci est une action entièrement personnelle, qui naît des obligations du contrat de société : les actions *familiæ erciscundæ*, et *communi dividundo*, sont de celles qu'on appelle mixtes, *quæ mixtam causam habere videntur tam in rem quàm in personam* ; *Instit. tit. de act.* §. 21. Elles tiennent de l'action réelle, en ce qu'elles tendent à récla-

mer, à revendiquer en quelque façon, et à faire terminer la part qu'a le demandeur dans les choses communes. Elles tiennent aussi de l'action personnelle, en ce qu'elles naissent des obligations que la communauté forme entre les quasi-associés, et qu'elles tendent à en exiger l'accomplissement, et à se faire faire raison de ce qu'ils peuvent respectivement se devoir.

195. Chacun des cohéritiers ou autres quasi-associés peut intenter cette action contre tous ses cohéritiers ou autres quasi-associés; sauf que les mineurs ne peuvent pas provoquer le partage des immeubles communs, quoiqu'ils puissent y être provoqués, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 164.

Un seul a droit de faire ordonner le partage, quand même tous ses quasi-associés voudroient demeurer en communauté; l. 45, ff. *fam. erisc.*; l. 29, §. 1, *comm. divid.*

C'est une suite de ce principe, que *In communione nemo compellitur invitus detineri*; l. 5, *Cod. comm. divid.*

196. Quelle que soit la chose commune entre deux ou plusieurs personnes, chacune d'elles peut, par ces actions, en faire cesser la communauté, quand même la chose n'en seroit pas susceptible; car chacun peut en ce cas en demander, par ces actions, la licitation; *suprà*, n. 171.

Ce principe souffre une exception à l'égard des murs communs, qui font la séparation de deux maisons voisines, et des autres choses communes entre deux voisins, qui sont absolument nécessaires pour l'usage de leurs maisons, telle qu'est une allée commune ou un escalier commun qui sert de passage aux deux maisons, un puits commun, etc. C'est ce que décide la loi 29, §. 1, *comm. divid. De vestibulo communi binarum aedium arbiter communi dividendo invito utrolibet dari non debet.*

197. La demande en partage ne peut être excluse, ni par le testament d'un testateur qui auroit laissé ses biens à plusieurs légataires, à la charge qu'ils ne les partageroient pas, et qu'ils demeureroient toujours en communauté, ni par la convention que les quasi-associés auroient eue ensemble de ne point partager. De telles clauses dans un testament, et de telles conventions, sont nulles, lorsqu'elles

sont illimitées. Mais lorsqu'elles sont limitées à un certain temps, elles sont valables, et doivent être exécutées; comme s'il étoit dit par le testament d'un père, que le partage définitif de tous ses biens ne pourroit se faire qu'à la majorité de tous ses enfants, ou qu'ils en fussent convenus ensemble.

Tant que les quasi-associés possèdent en commun les biens qui leur sont échus en commun, y eût-il cent ans, la prescription ne court pas contre la demande en partage; comme nous l'avons vu à l'égard des associés, n. 166.

198. Le compte mobilier qui est à faire entre les quasi-associés, de ce dont chacun est débiteur ou créancier envers la communauté, et le partage entre choses communes, se font de la même manière que nous l'avons dit à l'égard des associés. Ce que nous avons dit sur l'égalité requise dans ces partages entre associés, sur les obligations qui en naissent, soit par rapport au paiement des retours, soit par rapport à la garantie dont les copartageants sont tenus les uns envers les autres, enfin sur l'effet des partages, reçoit application aux quasi-associés.

ARTICLE V.

De la communauté de murs mitoyens, et autres choses qui sont communes entre voisins.

Nous verrons sur cette matière, 1° quels murs sont mitoyens et communs, et quand ils sont présumés tels; 2° quel droit donne à chacun des voisins la communauté du mur mitoyen; 3° quelles sont les obligations que forme cette communauté entre les voisins. Nous ajouterons un quatrième paragraphe sur la communauté des haies et des fossés: dans un cinquième, nous ferons quelques observations sur celle des cloaques et privés.

§. I. Quels murs sont mitoyens et communs; et quand ils sont présumés tels.

199. Un mur est mitoyen et commun, lorsque des voisins l'ont fait construire à frais communs sur les extrémités de leurs héritages respectifs; ou lorsque l'un des voisins l'ayant fait construire à ses frais sur l'extrémité de son héritage, l'autre voisin en a acquis de lui la communauté.

Contre la notion que nous venons de donner d'un mur mitoyen et commun, on peut opposer que, selon la subtilité, un mur construit sur les extrémités de deux héritages n'est pas proprement commun; car on appelle une chose commune celle qui non seulement dans sa totalité, mais dans chacune de toutes ses parties, appartient à deux ou plusieurs personnes, pour la part que chacun y a. Or, selon la subtilité, il semble qu'on ne puisse pas dire cela d'un mur mitoyen. Ce mur étant construit dans une partie de son épaisseur sur l'extrémité du terrain de l'un des voisins, et dans l'autre partie de son épaisseur sur l'extrémité du terrain de l'autre voisin, et formant, quant à chacune desdites parties, un accessoire du terrain sur lequel il est construit, suivant la maxime, *Ædificium solo cedit*; ce mur, dans la partie de son épaisseur qui est construite sur le terrain de l'un des voisins, paroît, selon la subtilité, devoir appartenir entièrement à ce voisin, et appartenir dans l'autre partie de son épaisseur entièrement à l'autre, selon la maxime, *Accessorium sequitur jus ac dominium rei principalis*.

Néanmoins, comme ces deux parties de mur mitoyen sont inséparables, et ne forment ensemble qu'un même individu, *hæc neglectâ subtilitate*, le mur est censé une chose commune entre les deux voisins.

200. Lorsqu'un mur ayant été d'abord construit à frais communs sur les extrémités de deux héritages voisins, l'un des voisins l'a fait depuis élever plus haut à ses frais, ce mur est mitoyen; mais il n'est commun que jusqu'à la hauteur à laquelle il a d'abord été élevé à frais communs: il ne l'est pas pour le surplus, et il appartient pour ce surplus à celui des voisins qui l'a fait élever à ses frais.

201. Lorsqu'on ignore par qui et aux frais de qui un mur qui sépare deux héritages voisins a été construit, et par conséquent s'il est commun, ou s'il est propre à l'un des voisins, on doit tenir ces règles:

Lorsque le mur qui sépare deux héritages voisins n'est qu'un mur de clôture, et qu'il n'y a ni d'un côté ni de l'autre aucuns bâtimens, ni vestiges qu'il y en ait eu, le mur

est présumé commun, n'y ayant pas de raison de le présumer appartenir à l'un des voisins plutôt qu'à l'autre.

202. Lorsque le mur soutient des bâtiments qui ne sont que d'un côté, et que de l'autre il n'y a ni bâtiments, ni vestiges qu'il y en ait eu, le mur est présumé n'appartenir qu'à celui des voisins dont il soutient le bâtiment; la présomption étant que c'est ce voisin, qui avoit besoin de ce mur pour son bâtiment, qui l'a fait construire sur son terrain et à ses dépens, et que l'autre voisin, qui n'avoit aucun intérêt à la construction de ce mur, n'ayant pas de bâtiments contre, n'y a pas contribué.

Cela est indistinctement vrai à la campagne: mais dans les villes où il y a une loi qui permet à chacun d'obliger son voisin à faire, à frais communs, un mur pour se clore, comme à Paris, *art.* 209, et à Orléans, *art.* 236, tous murs, même ceux qui n'ont de bâtiments que d'un côté, sont censés communs depuis la fondation jusqu'à la hauteur que la loi du lieu prescrit pour les murs de clôture: ils ne sont présumés appartenir à celui des voisins dont ils soutiennent les bâtiments, que pour le surplus. La raison de cette présomption est, que le voisin qui n'a pas de bâtiments de son côté, ayant pu, selon la loi du lieu, être obligé par l'autre voisin à construire, à frais communs, un mur de la hauteur prescrite par la loi, on doit présumer que lui ou ses auteurs y auront été obligés par l'autre voisin, et qu'ils l'auront construit à frais communs jusqu'à ladite hauteur. A l'égard de ce qui est au-delà de ladite hauteur, la présomption est que c'est le voisin qui en avoit besoin pour élever son bâtiment, qui a fait seul à ses frais cette élévation.

205. Lorsqu'il y a des bâtiments de chaque côté du mur, le mur est présumé commun; sauf que si ceux qui sont de mon côté sont plus élevés que ceux qui sont du vôtre, le mur ne sera censé commun que jusqu'à la hauteur des vôtres: il sera présumé appartenir à moi seul pour le surplus, la présomption étant que cette élévation n'a été faite qu'à mes frais, et que vous n'y avez pas contribué.

204. Quoiqu'il n'y ait des bâtiments que de l'un des côtés

du mur, et qu'il n'y en ait plus de l'autre côté; néanmoins, s'il y a des vestiges de bâtiments qui y ont été adossés autrefois, ces vestiges de bâtiments font présumer la communauté du mur jusqu'à la hauteur où sont ces vestiges, de même que la feroient présumer les bâtiments, s'ils subsistoient encore; car ils n'auroient pu y être construits, si le mur n'eût été commun, ou si on n'en eût pas acquis la communauté.

C'est sur ce fondement que notre coutume d'Orléans, *art.* 242, dit: « Jambages de cheminées, lanciers et autres « pièces assises en muraille et ayant saillies; et aussi bées « et ouvertures de cheminées, démontrent, du côté où ces « choses sont assises, que le mur est commun. »

205. Notre coutume d'Orléans, *art.* 241, rapporte une autre marque qui fait présumer la communauté du mur, quoiqu'il n'y ait des bâtiments que de l'un des côtés du mur, et qu'il n'y en ait aucuns de mon côté, ni vestiges qu'il y en ait eu: ce sont des corbeaux de pierre dans ce mur, saillants de mon côté, où il n'y a pas de bâtiments. Lorsque ces corbeaux sont accamusés par-dessous, et que le plat est en haut, la coutume présume le mur commun dans toute sa hauteur. La raison de cette présomption est, que la situation de ces corbeaux, dont le plat se trouve en dessus, et par conséquent disposé à recevoir le faix des bâtiments que j'y voudrai faire construire, dénote que lorsqu'il a été construit, il étoit destiné à des bâtiments de mon côté, aussi bien que de l'autre; ce qui doit faire présumer qu'il a été construit à frais communs.

Au contraire, lorsque ces corbeaux sont accamusés par-dessus, et que le plat est par-dessous, la présomption est que ces corbeaux n'ont été placés que pour marquer jusqu'où le mur étoit commun. C'est pourquoi, en ce cas, la coutume ne les présume communs que jusqu'à la hauteur des corbeaux.

Les filets peuvent aussi, à défaut d'autres présomptions, servir d'indice de la communauté ou de la propriété d'un mur mitoyen.

Ces filets sont une moulure qui saille au bout du chape

ron du mur; voyez *Desgodets sur l'article 214 de Paris*.

Ces filets, lorsqu'ils sont des deux côtés, et que le chaperon a deux pentes, dénotent que le mur est commun. Au contraire, lorsque le filet et la pente du chaperon ne sont que d'un côté, ils dénotent que le mur appartient au voisin de ce côté. Mais pour que ces filets puissent faire quelque indice, la coutume de Paris, *art. 214*, veut qu'ils soient faits ou *accompagnés de pierre*, parcequ'il seroit très facile à un voisin qui voudroit s'attribuer la communauté ou la propriété du mur, de faire de son côté des filets en plâtre à l'insu de l'autre voisin.

206. Il n'y a lieu à ces présomptions qu'à défaut de titres qui constatent ou la communauté ou la propriété du mur.

§. II. Droit que la communauté du mur mitoyen donne à chacun des voisins.

207. C'est un principe général, que la communauté d'une chose donne à chacun de ceux à qui elle appartient en commun, le droit de s'en servir pour les usages auxquels elle est par sa nature destinée, avec ce tempérament néanmoins, qu'il en doit user en bon père de famille, et de manière qu'il ne cause aucun préjudice à ceux avec qui la chose lui est commune, et qu'il n'empêche point l'usage qu'ils en doivent pareillement avoir.

Or, quels sont les usages naturels d'un mur mitoyen, et pourquoi le fait-on? C'est pour s'enclorre, et pour appuyer contre, les choses qu'on juge à propos d'y appuyer, et notamment les bâtiments et édifices qu'on juge à propos de construire contre. La communauté au mur mitoyen doit donc donner à chacun des voisins le droit de bâtir contre.

Pour cet effet, celui qui veut construire un bâtiment contre le mur commun, peut le percer pour y placer et asseoir les poutres et autres bois du bâtiment qu'il fait construire; l. 52, §. 13, ff. *pro soc.*; l. 12, ff. *comm. divid.*

Il y a néanmoins à cet égard une différence entre les coutumes. Plusieurs, du nombre desquelles est celle d'Orléans, *art. 232*, permettent à celui qui veut bâtir contre

le mur commun, de le percer tout outre, et d'asseoir ses bois dans toute l'épaisseur du mur, à la charge par lui de reboucher les trous. Au contraire, d'autres coutumes, du nombre desquelles est celle de Paris, *art. 208*, ne lui permettent de loger ses poutres que jusqu'à la moitié de l'épaisseur du mur, et au point du milieu.

Il ne faut pas conclure de là, que ces coutumes regardent le mur mitoyen, selon la subtilité, comme appartenant divisément à chacun des voisins, dans la moitié de l'épaisseur qui est de son côté. D'autres raisons ont pu porter les coutumes à faire cette disposition telle que celles rapportées par Desgodets sur cet article, qui sont, que si les poutres de ma maison étoient assises sur toute l'épaisseur du mur commun, il y auroit lieu de craindre que si le feu venoit à y prendre, il ne se communiquât à la maison du voisin, les deux pouces de maçonnerie qui recouvriraient de son côté le mur, n'étant pas suffisants pour empêcher le feu de se communiquer aux bois de sa maison, qui pourroient se rencontrer vis-à-vis; comme aussi de peur que si ma maison venoit par quelque accident à se détruire, et mes poutres à se casser, cela n'entraînât la ruine de la maison du voisin.

Les commentateurs de la coutume de Paris, et Lauriere en sa note sur ledit article 208, nous attestent qu'il ne s'observe plus, et qu'on permet aujourd'hui d'asseoir ses poutres sur toute l'épaisseur du mur mitoyen. Goupi nous en donne la raison, qui est qu'on ne bâtit plus aujourd'hui aussi solidement qu'autrefois, et que les murs n'ayant ordinairement aujourd'hui guère plus de dix-huit pouces d'épaisseur, si les poutres n'étoient placées que jusqu'au point du milieu, elles n'auroient pas assez de portée.

208. Les coutumes ont apposé quelques limitations à la faculté qu'elles donnent de bâtir contre un mur commun, qui sont fondées sur la deuxième partie du principe que nous avons proposé au commencement de ce paragraphe, que nous devons user de la chose commune en bons pères de famille, et sans causer de préjudice à celui avec qui elle nous est commune.

1° Les coutumes, en permettant à celui qui veut bâtir de percer un mur commun pour y asseoir ses bois, en exceptent l'endroit où le voisin a ses cheminées. Notre coutume d'Orléans, *art. 232*, celles de Melun, d'Auxerre et plusieurs autres, en ont des dispositions. Néanmoins j'apprends par une note manuscrite de M. Manthelon, que par sentence du bailliage d'Orléans, qui fut confirmée par arrêt de la cour, un particulier eut congé de la demande donnée contre lui pour retirer une poutre qu'il avoit posée sur le mur commun vis-à-vis de la cheminée du voisin, parcequ'il y avoit un contre-mur suffisant pour garantir le danger du feu; ce qui remplissoit l'esprit de la coutume, qui n'a fait cette défense que pour éviter ce danger. On ne doit pas néanmoins tirer de cet arrêt une conséquence générale qu'on puisse, en faisant un contre-mur, asseoir ses bois contre les cheminées du voisin.

209. 2° Les coutumes défendent à celui qui bâtit contre le mur commun, d'asseoir ses solives et poutres à l'endroit et contre les solives auparavant mises et assises par son voisin; *Orléans, art. 238*.

La raison est, que je dois user de la chose commune de manière que je n'empêche pas l'usage qu'en doit avoir celui avec qui elle m'est commune.

210. 3° La coutume de Paris, *art. 207*, et quelques autres, ordonnent que le voisin qui veut asseoir des poutres dans le mur mitoyen et commun, fasse faire *dans ledit mur des jambes parpaignes, ou chaînes et corbeaux suffisants de pierre de taille pour porter lesdits murs*.

Jambes parpaignes, comme l'expliquent Desgodets et Lauriere, sont une maçonnerie de pierre de taille de toute l'épaisseur du mur, qui y est insérée depuis la fondation jusqu'à l'endroit où la poutre doit être posée.

Chaînes, sont même chose que ces jambes, suivant Desgodets et Lauriere. Goupi prétend, au contraire, que ce n'est pas même chose, et que la coutume entend par jambe parpaigne, celle qui est de toute l'épaisseur du mur; et par chaîne, elle entend même celle qui ne seroit pas de toute

l'épaisseur du mur, et qui peut suffire lorsque l'épaisseur du mur est très considérable.

Lorsque celui qui veut bâtir fait faire ces jambes ou chaînes depuis que le mur a été construit, il est évident qu'il en doit seul faire les frais, ainsi que ceux du percement et rétablissement du mur. Mais lorsqu'elles se font lors de la construction du mur, le voisin qui les fait faire pour le soutien de ses poutres, peut obliger l'autre voisin à y contribuer, seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il lui en coûteroit pour sa part, si cette partie de mur se faisoit en moellon ; *Desgodets sur ledit article, n. 10.*

La coutume de Paris, lors de sa réformation, a restreint cette disposition aux villes. *Toutefois*, est-il-dit à la fin de cet article, *pour les murs des champs suffit y mettre matière suffisante.*

Pareillement, dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, celui qui veut asseoir ses poutres sur le mur commun, dans les villes comme à la campagne, n'est pas précisément et toujours obligé à mettre des jambes et chaînes; mais il doit fortifier le mur, si cela est nécessaire, et autant que cela est nécessaire, pour que le mur puisse sans danger soutenir ses poutres.

211. 4° Il y a certaines choses que les coutumes défendent de faire contre le mur mitoyen, quoique commun, sans laisser un certain intervalle vide, ou sans faire un contre-mur d'une certaine épaisseur.

Entre une forge, un four ou fourneau, et le mur mitoyen, la coutume de Paris, *art. 190*, veut qu'il y ait demi-pied d'intervalle vide, et que le mur du four ou de la forge soit d'un pied d'épaisseur.

Goupi restreint cet article aux fours des boulangers, pâtisseries et autres artisans : il prétend qu'il n'est pas nécessaire de laisser ce vide pour les fours des particuliers, qu'on chauffe plus rarement, et qu'il suffit de faire un contre-mur de huit à neuf pouces d'épaisseur. Mais la coutume n'ayant pas fait cette distinction, il ne paroît pas qu'on la puisse faire.

Notre coutume d'Orléans, *art. 247*, exige aussi, sans distinguer les fours des artisan de ceux des particuliers,

qu'on laisse demi-pied d'espace vide entre le mur et le four.

Entre une cheminée et un mur mitoyen, la coutume de Paris, *art.* 189, veut qu'il y ait un contre-mur de tuileaux, ou autre matière suffisante, de demi-pied d'épaisseur.

Il est évident que la raison de ces deux dispositions est pour prévenir le danger du feu, comme aussi pour empêcher que la chaleur et l'activité du feu n'endommagent le mur.

L'article 188 de la coutume de Paris oblige, pour une autre raison, celui qui a une étable contre un mur commun, à faire dans son étable un contre-mur de huit pouces d'épaisseur.

La raison est, pour empêcher que les fumiers qu'on laisse long-temps dans les étables, ne pourrissent et ne dégradent le mur commun.

La coutume règle la hauteur que doit avoir ce contre-mur, jusqu'au rez-de-chaussée de la mangeoire; ce que Desgodets, sur cet article, *n.* 5, entend du bord du haut de la mangeoire.

Dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, la hauteur doit être réglée *arbitrio judicis*, jusqu'à celle des plus hauts monceaux de fumier qu'on a coutume de laisser dans l'étable.

Observez que la coutume ne parle de la mangeoire que pour régler la hauteur que doit avoir le contre-mur. Il n'en faut pas conclure que ce contre-mur ne doive être fait que lorsque la mangeoire est du côté du mur mitoyen: car ce n'est pas par rapport à la mangeoire que la coutume ordonne de le faire, mais pour empêcher l'humidité des fumiers de pénétrer jusqu'au mur mitoyen. C'est pourquoi, s'il y avoit plusieurs des murs de l'étable qui fussent mitoyens, il faudroit faire un contre-mur le long de chacun desdits murs; *Desgodets, ibid. n.* 4.

La coutume comprend sous le mot d'*étables*, les vacheries, bergeries et écuries, et généralement tous les lieux où on entasse des fumiers.

Cet article doit être étendu aux magasins où on loge des morues et autres salines, et aux lieux où on les fait détrempier, y ayant même raison.

A l'égard des privés et des puits, la coutume de Paris, *art.* 191, défend d'en avoir contre un mur mitoyen et

commun, si ce n'est en faisant un contre-mur d'un pied d'épaisseur.

Notre coutume d'Orléans, *art. 243*, demande plus. Elle veut qu'on laisse franc le mur mitoyen, et que le mur du privé soit d'un pied et demi d'épaisseur au moins. Elle veut, outre cela, qu'il soit fait *au danger* de celui qui le construit; c'est-à-dire, qu'il soit garant du dommage que les matières fécales, en transpirant de son privé, pourroient causer au mur mitoyen; cette transpiration étant présumée procéder du défaut du mur du privé, qui n'a pas été assez solidement construit pour contenir les matières, et empêcher cette transpiration.

Goupi, sur l'article 191 de Paris, observe pareillement que celui qui a fait la fosse, quoiqu'il ait fait le contre-mur de l'épaisseur requise par la coutume, ne laisse pas d'être responsable du dommage que le mur mitoyen pourroit par la suite recevoir de cette fosse.

Lorsqu'il y a puits d'un côté, et privé de l'autre, la coutume de Paris se contente qu'il y ait quatre pieds de maçonnerie d'épaisseur entre les deux, en comprenant l'épaisseur des murs de part et d'autre. Notre coutume d'Orléans, *art. 246*, ne permet de faire un privé qu'à neuf pieds de distance du puits du voisin. Mais pour que le voisin puisse se plaindre que le privé n'est pas dans cette distance, il faut qu'il prouve que son puits a été édifié le premier.

La coutume de Paris, *art. 217*, ne permet de faire des cloaques et fosses à eau, qu'à six pieds de distance du mur mitoyen.

Desgodets entend par *cloaque*, un trou creusé en terre, entouré de murs, et couvert d'une voûte ou dalle de pierre, dans lequel s'écoulent les eaux des toits ou des cuisines. Par *fosses à eau*, il entend les trous creusés pour le même usage, qui sont découverts, comme les mares.

La coutume de Paris, en prescrivant cette grande distance de six pieds, n'a pas eu seulement en vue d'obvier au dommage que pourroit causer au mur la filtration des eaux, puisqu'elle ne l'exige pas pour les puits et pour les privés, quoique la même raison de la filtration s'y ren-

contre : d'ailleurs, à quelque distance que soit le puits, ou privé, ou cloaque, celui qui les a fait construire est toujours responsable du dommage qui seroit causé par la filtration, parceque, comme nous l'avons observé plus haut, il doit prendre si bien ses mesures dans la construction, que les eaux ne puissent filtrer et endommager le mur. La principale raison pour laquelle la coutume prescrit cette distance de six pieds, n'est donc que pour éloigner de chez le voisin la mauvaise odeur que ces lieux exhalent.

C'est pourquoi Goupi observe que la disposition de cet article ne doit pas s'étendre aux puisards qui ne reçoivent que des eaux de pluie, ces puisards n'exhalant pas une mauvaise odeur.

Desgodets observe aussi qu'on ne doit pas confondre les citernes avec les cloaques. On se sert des cloaques pour perdre les eaux qu'on y fait tomber, qui sont des eaux infectées provenant des lavages de cuisine. Au contraire les citernes servent à conserver des eaux claires et pures, d'où on les puise pour s'en servir : c'est pourquoi il est évident que la disposition de l'article 217 ne doit pas être étendue aux citernes.

Les fosses de cuisine pour tenir eau de maison, dont parle notre coutume d'Orléans, art. 243, sont aussi des fosses où l'on conserve des eaux pures et claires, pour y en puiser lorsque les puits sont éloignés, et par conséquent elles sont très différentes des cloaques; et il suffit, à l'égard de ces fosses, d'observer ce qui est prescrit par la coutume pour empêcher la filtration des eaux.

212. Chacun des voisins, non seulement peut se servir du mur mitoyen qui leur est commun, pour y appuyer ses bâtimens, à l'exception des choses que nous venons de voir qu'il n'y pouvoit appuyer; il peut aussi élever à ses dépens ce mur, qui, pour la partie qu'il aura élevée, lui sera propre. La coutume de Paris, art. 195, le lui permet. Il y est dit : « Il est loisible à un voisin hausser à ses dépens le mur mitoyen d'entre lui et son voisin, si haut que bon lui semble, sans le consentement de son voisin, s'il n'y a titre au contraire, en payant les charges,

« pourvu toutefois que le mur soit suffisant pour porter le
 « rehaussement; et s'il n'est suffisant, il faut que celui
 « qui veut rehausser le fasse fortifier, et se doit prendre
 « l'épaisseur de son côté. »

La coutume accorde indistinctement à chacun des voisins la faculté de faire cette élévation. Elle ne la restreint pas au cas auquel il feroit cette élévation pour bâtir. C'est pourquoi je puis, sans bâtir, élever le mur commun, sans que mon voisin, qui souffrira de cette élévation par l'obscurité qu'elle causera à sa maison, puisse m'en empêcher; car je puis avoir un autre juste motif de faire cette élévation, *putà*, pour empêcher les vues que mon voisin auroit sur ma maison. Goupi cite un arrêt du 5 février 1658, qui a jugé en faveur de celui qui élevoit un mur commun, sans avoir dessein de bâtir contre.

Cela dépend néanmoins des circonstances; car si l'élévation du mur, et l'obscurité qu'elle cause à la maison voisine, étoient si grandes qu'elles rendissent cette maison inhabitable, sur-tout s'il y avoit lieu de croire que cette élévation se faisoit *animo nocendi*, il pourroit y avoir lieu à réduire cette élévation; et c'est apparemment l'espèce de l'arrêt de 1659, rapporté par Desgodets, qui fit réduire l'élévation.

A l'égard de l'arrêt de 1717, rendu en faveur des Filles de l'*Ave Maria*, contre leur voisin, qui, par la grande élévation du bâtiment qu'il élevoit sur le mur mitoyen, ôtoit l'air à ces religieuses; cet arrêt étant fondé sur une raison de faveur que méritoient des filles renfermées, qui ne peuvent jouir de l'air que dans leur monastère, ne doit pas être tiré à conséquence.

215. Quoique le mur soit suffisant pour porter l'élévation, la coutume oblige celui qui l'élève à payer à l'autre voisin *les charges*; c'est-à-dire, la valeur de ce dont le mur commun est déprécié par la charge qu'on lui fait supporter en élevant un bâtiment dessus: car il est évident qu'au moyen du fardeau qu'on lui fait supporter, il ne durera pas tant, et aura plus tôt besoin d'être réparé, que s'il n'avoit pas de fardeau à supporter. Il est donc juste que l'autre voisin avec qui le mur est commun, en soit indemnisé.

La coutume de Paris, *art.* 197, règle le prix de la charge qui doit être payé au voisin, à la sixième partie de la valeur de ce qui sera bâti *au-dessus de dix pieds*.

Elle dit *au-dessus de dix pieds*, en supposant que le mur n'est commun que jusqu'à cette hauteur, parceque c'est la hauteur ordinaire des murs de clôture à Paris. Il eût été plus exact de dire *au-dessus de ce que* le mur est commun; car ce n'est que pour cette surélévation que le paiement de la charge est dû.

L'obligation qu'impose la coutume de Paris à celui qui élève le mur, d'indemniser le voisin de ce dont le mur est déprécié par l'élévation qu'il lui fait supporter, est prise dans les principes de l'équité naturelle, et doit par conséquent avoir lieu par-tout, quoique les coutumes ne s'en soient pas expliquées.

Mais il n'en est pas de même de la fixation de cette indemnité que fait la coutume de Paris par cet article 197. Cette fixation est de droit arbitraire, et ne doit par conséquent avoir lieu que dans le territoire régi par cette coutume. Dans celles qui ne s'en sont pas expliquées, l'estimation de cette indemnité doit se faire par arbitres.

214. Lorsque le mur commun que je veux exhausser, est ruiné, et a besoin d'être reconstruit indépendamment de l'exhaussement que je veux faire, je puis contraindre le voisin à contribuer aux frais de la reconstruction, comme nous le verrons *infra*. Mais si pour l'exhaussement que j'y veux faire, il est nécessaire de le faire plus épais, et de le fonder plus qu'il n'auroit besoin de l'être sans cela, je dois seul porter ce qu'il coûtera de plus, et prendre sur mon terrain l'augmentation de l'épaisseur.

215. Lorsque le mur commun qui est bon pour mur de clôture, ou même pour le soutien des bâtiments qui sont des deux côtés, n'est pas suffisant pour soutenir l'exhaussement que je veux faire, et les nouveaux bâtiments que je veux élever, la coutume de Paris, *art.* 196, me permet de le démolir, et d'en construire à mes dépens un autre qui soit suffisant, en prenant sur mon terrain, de mon côté, ce qu'il faudra pour lui donner une plus grande épaisseur

que celle qu'il avoit ; et en ce cas je ne devrai pas les charges , ayant reconstruit et fortifié à mes dépens le mur commun.

Si le voisin a des bâtimens de son côté , qu'il ait fallu pour cela étayer , j'en dois pareillement supporter les frais ; car ils font partie des frais de la reconstruction.

Si le voisin étoit un maître paumier , qui eût , de son côté , contre le mur commun , un jeu de paume , dois-je aussi le dédommager des profits de son jeu de paume dont il a été privé pendant le temps nécessaire pour la démolition et reconstruction du mur , pendant lequel il n'a pu faire usage de son jeu de paume ? Desgodets décide que je n'y suis pas obligé ; et quoiqu'il soit en cela repris par Goupi , qui prétend que j'y suis obligé , je trouve l'avis de Desgodets régulier ; car je ne fais qu'user de mon droit que me donnent la loi et la communauté au mur. La loi , en me donnant le pouvoir de démolir et de reconstruire le mur commun , pour soutenir l'exhaussement que je veux faire , ne m'oblige qu'à payer tous les frais de cette démolition et reconstruction : on ne peut pas m'obliger à autre chose qu'à ce à quoi la loi m'oblige. L'état de maître paumier qu'a mon voisin , ne doit pas me rendre plus onéreux mon droit de communauté au mur. La privation du profit de son jeu de paume , qu'il souffre pendant le temps nécessaire , n'est point un tort que je lui cause ; car ce n'est pas faire tort à quelqu'un que d'user de son droit.

Si , par ma faute , j'avois mis plus de temps qu'il ne falloit à cette reconstruction , en ce cas , il n'est pas douteux que je serois tenu de le dédommager de la privation du profit de son jeu de paume pendant le temps que j'ai mis de trop à faire cette reconstruction.

216. Lorsque le mur commun n'a pas besoin d'être démoli et reconstruit pour soutenir l'exhaussement que je veux faire , et qu'il suffit pour cela d'augmenter la profondeur de la fondation , je dois pour cet effet faire à mes dépens par sous-œuvre cette augmentation de fondation. Mais en ce cas je ne dois pas payer en entier les charges , mais seulement dans la proportion de la hauteur du mur commun depuis son ancienne fondation , avec la hauteur en-

tière de ce mur jusqu'à l'exhaussement, en y comprenant la nouvelle fondation que j'y ai ajoutée par sous-œuvre. Par exemple, si le mur, depuis son ancienne fondation, étoit de la hauteur de douze pieds, y compris l'ancien fondement, et que j'y aie ajouté par sous-œuvre une fondation de quatre pieds à mes dépens; le mur commun qui portera l'exhaussement, ayant en entier, en y comprenant la nouvelle fondation, une hauteur de seize pieds, dont les douze pieds qu'il avoit avant la nouvelle fondation font les trois quarts, je dois payer à mon voisin les trois quarts seulement de la charge. C'est ce que décide Desgodets sur l'*art.* 196, n. 8. La raison est évidente. Ayant fait seul à mes dépens les quatre toises de la nouvelle fondation, le mur, pour ces quatre toises, qui en font le quart, m'est propre; il n'est commun avec mon voisin que pour les trois autres quarts; et par conséquent il n'a part au prix de la charge que pour sa moitié dans lesdits trois quarts.

217. Lorsqu'après avoir payé à mon voisin l'indemnité de la charge de notre mur commun, ce voisin, par la suite, veut construire quelque bâtiment contre l'exhaussement, il doit me payer non seulement la moitié de la valeur de cet exhaussement, dans la partie de cet exhaussement dont il veut se servir; mais cet exhaussement que j'ai fait sur le mur commun à mes dépens, m'étant propre, il doit encore, à proportion de la partie de l'exhaussement dont il se servira, me rendre ce qu'il a reçu de moi pour les charges du mur commun. Par exemple, si mon exhaussement a une superficie de trente toises carrées, et que le bâtiment qu'il a, de son côté, appuyé contre, en occupe vingt, il doit me rendre les deux tiers de ce que je lui ai payé pour les charges.

Par la même raison, si sans payer de charges j'ai démoli et reconstruit seul à mes dépens le mur commun, afin qu'il fût suffisant pour soutenir l'exhaussement; lorsque mon voisin voudra bâtir contre l'exhaussement, il sera tenu de me payer, outre la moitié de la valeur de l'exhaussement, la moitié de ce qu'il m'en a coûté pour mettre le mur commun en état de soutenir l'exhaussement.

218. Les murs mitoyens étant faits pour s'enclorre, et

pour qu'on y appuie ce qu'on juge à propos d'y appuyer, *suprà*, n. 207, chacun des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre voisin, s'en servir pour d'autres usages; c'est pourquoi il ne peut pas, sans le consentement de l'autre, y faire des trous et fenêtres sur l'héritage du voisin; *Paris*, 199.

§. III. Des obligations que forme la communauté du mur mitoyen.

219. La communauté du mur mitoyen forme entre ceux auxquels il est commun, les mêmes obligations que forme la communauté des autres choses; voyez ce que nous avons dit *suprà*, ch. 5.

Chacun des voisins est donc obligé d'apporter à la conservation du mur commun le soin ordinaire que les pères de famille ont coutume d'apporter à la conservation de ce qui leur appartient. C'est pourquoi si le mur commun étoit dégradé ou entièrement ruiné par la faute de l'un des voisins, *putà*, pour avoir été fréquemment froissé par les charrettes de ce voisin, ou par celles qu'il recevoit dans sa cour, faute par ce voisin d'avoir mis des bornes ou autres choses qui auroient pu préserver le mur de ces froissements; l'autre voisin avec qui le mur est commun, aura action contre lui pour qu'il soit tenu de réparer ou de reconstruire le mur à ses dépens.

220. C'est encore une des obligations que forme la communauté du mur, que lorsque par vétusté ou par quelque accident qui ne provient pas de la faute d'aucun des propriétaires du mur, ce mur a besoin d'être réparé, ou même reconstruit, chacun des voisins est obligé de contribuer pour sa part aux frais de la réparation ou reconstruction.

Chacun des voisins a pour cet effet l'action *communi dividundo* contre l'autre voisin qui refuseroit ou seroit en demeure de concourir et de frayer à cette réparation, sur laquelle, après que la nécessité de la réparation aura été constatée par experts, dans le cas auquel le défendeur n'en auroit pas voulu convenir, le demandeur doit obtenir sentence qui l'autorise à faire marché avec des ouvriers pour la réparation, en présence du défendeur, ou lui dûment

appelé, et qui condamne le défendeur à payer sa part du coût, après que l'ouvrage aura été fait.

221. Il y a à cet égard une différence entre les villes et la campagne.

A la campagne, et dans les lieux où la coutume n'oblige pas les voisins de s'enclore par un mur, le voisin peut se décharger de l'obligation en laquelle il est de contribuer à la réparation ou reconstruction du mur, en abandonnant sa part à la communauté dudit mur; car cette obligation n'étant formée que par la communauté qu'il a au mur, il peut s'en décharger en abandonnant cette communauté; et c'est un principe général, que lorsqu'on n'est obligé qu'à cause d'une chose que l'on possède, on peut s'en décharger en abandonnant la chose.

Suivant ces principes, la coutume de Paris, *art. 210*, décide qu'on peut contraindre le voisin à l'entretien et réfection nécessaire des murs anciens, selon l'ancienne hauteur desdits murs; si mieux n'aime le voisin quitter son droit de communauté au mur, et à la terre sur laquelle il est assis.

Pourquoi ne suffit-il pas qu'il abandonne le mur? Pourquoi doit-il encore abandonner tout le terrain sur lequel ce mur est assis, puisque la moitié de ce terrain qui étoit l'extrémité de cet héritage, est un terrain qui lui appartenoit? La réponse est, que le terrain sur lequel le mur commun est assis, ne fait qu'un tout avec le mur. Il est vrai qu'avant que les voisins ou leurs auteurs eussent construit ce mur sur les extrémités de leurs héritages, chacune de ces extrémités appartenoit séparément à chacun d'eux. Mais en faisant construire en commun le mur sur le terrain composé de ces deux extrémités, ils sont censés les avoir mises de part et d'autre en communauté, pour en composer un terrain commun sur lequel le mur commun seroit bâti. Ce terrain étant donc devenu commun, et étant la principale partie du mur commun, avec lequel il ne fait qu'un même tout, l'abandon que le voisin fait de la part qu'il a dans le mur commun, renferme l'abandon de ce terrain.

Observez que l'abandon que fait le voisin de son droit de communauté au mur, ne le décharge pas des réparations

auxquelles il auroit donné lieu par son fait, ou par celui des gens dont il est responsable, dont nous avons parlé *suprà*, n. 219. Il le décharge seulement de celles auxquelles donne lieu la vétusté du mur, et généralement de toutes celles qui ne proviennent pas de son fait.

Observez aussi que si après que mon voisin m'a fait l'abandon de son droit de communauté au mur, pour se décharger des réparations qui y étoient à faire, auxquelles je demandois qu'il contribuât, je néglige moi-même de faire les réparations, et je laisse tomber le mur en ruine, le voisin pourra révoquer l'abandon qu'il en a fait, et demander en conséquence à partager les matériaux provenant de la ruine du mur, et à rentrer dans la portion du terrain qu'il avoit conservée pour le construire; car m'ayant abandonné son droit de communauté au mur pour la charge des réparations, si je ne veux pas moi-même supporter cette charge, je n'ai aucune juste cause pour m'approprier son droit, et il peut par conséquent le répéter par l'action qu'on appelle *condictio sine causâ*.

222. Lorsque le voisin ne veut pas renoncer à la communauté du mur, il est obligé de contribuer à sa reconstruction, si elle est jugée nécessaire: mais il n'est obligé d'y contribuer que *selon l'ancienne hauteur*, comme il est dit dans l'article 210: si je veux l'élever davantage, je dois faire seul à mes frais cette surélévation.

Pareillement, le voisin n'est obligé de contribuer à la reconstruction du mur qu'en égard à ce que doit coûter la reconstruction du mur de la même qualité qu'étoit l'ancien: si je veux reconstruire un mur d'une autre qualité de matériaux, je dois porter le surplus de la dépense.

Cette décision a lieu, si l'ancien mur étoit d'une construction ordinaire, en égard aux usages auxquels le voisin s'en servoit. Mais si, par une mauvaise économie, l'ancien mur n'avoit pas été assez solidement construit, je pourrois obliger le voisin à contribuer à la construction d'un mur plus solide, et tel qu'il seroit jugé être de l'intérêt commun qu'il fût construit, si mieux il n'aimoit renoncer à la communauté du mur.

223. Dans les villes où il y a une loi qui oblige les voisins à construire à communs frais un mur de clôture pour s'enclore; *Paris, art. 209; Orléans, art. 256*; chacun des voisins est obligé de contribuer aux réparations, et même à la reconstruction du mur de clôture, sans qu'il puisse se décharger de cette obligation en offrant d'abandonner sa part dans la communauté du mur; puisque quand même il n'y en auroit jamais eu, son voisin pourroit l'obliger à en construire un à communs frais; mais il n'est obligé d'y contribuer que jusqu'à la hauteur réglée par la coutume pour les murs de clôture. Si je veux l'élever plus haut, pour les édifices que je veux bâtir contre, je dois faire seul à mes dépens cette surélévation, si mon voisin refuse d'y contribuer; et en ce cas le mur ne sera commun que jusqu'à la hauteur réglée par la coutume, à laquelle mon voisin a contribué: il me sera propre pour le surplus, et mon voisin ne pourra s'en servir qu'en achetant de moi la communauté à cet exhaussement, comme nous le verrons dans l'appendice suivant.

A l'égard de la partie du mur jusqu'à la hauteur réglée par la coutume pour les murs de clôture, je puis à la vérité obliger mon voisin d'y contribuer, mais seulement eu égard à ce que doit coûter la construction d'un simple mur de clôture. Si, pour les bâtiments que je veux élever dessus, je veux le construire avec plus de dépense, je dois porter seul ce qu'il en coûtera de plus.

Par exemple, dans les villes du bailliage d'Orléans, la coutume ayant réglé en l'art. 256, que les murs de clôture seront faits de pierre et terre seulement, et d'un pied et demi d'épaisseur; si je veux construire le mur à chaux et sable ou à ciment, ou le faire d'une plus grosse épaisseur, je ne pourrai obliger mon voisin à contribuer qu'à ce que coûteroit un mur d'un pied et demi d'épaisseur, fait de pierre et terre seulement; je serai obligé de porter seul ce qu'il en coûtera de plus.

Si mon voisin a lui-même, de son côté, des bâtiments appuyés au mur qu'on doit reconstruire, il est obligé de contribuer à la reconstruction jusqu'à la hauteur de ses

bâtimens, et non seulement en égard à ce que doit coûter un simple mur de clôture, mais en égard à ce que doit coûter un mur de la qualité qui sera jugée être nécessaire pour le soutien de ses bâtimens.

§. IV. De la communauté des fossés et des haies.

224. Les héritages à la campagne sont souvent bornés par des fossés et par des haies.

Pour savoir, à défaut de titres, si un fossé qui sépare les héritages de deux voisins leur est commun, ou s'il appartient seulement à l'un d'eux, les coutumes ont établi ces règles :

La première est, que si le jet, qu'on appelle aussi la *douve du fossé*, est en entier du côté de l'un des voisins, le fossé est présumé appartenir en total au voisin du côté duquel est le jet ou la douve.

Plusieurs coutumes, comme Auxerre, Montfort, Mantes, Reims, Grand-Perche, Berry, etc., en ont des dispositions, et notamment notre coutume d'Orléans, *art. 252*.

Loysel, *liv. 2, tit. 3, art. 7*, en a fait une maxime : *Qui a douve, il a fossé*.

La présomption est, qu'en ce cas celui du côté duquel est la douve, a fait seul le fossé en entier sur son terrain, puisqu'il a jeté de son côté toutes les terres qui en ont été tirées, lesquelles auroient été jetées des deux côtés, si le fossé eût été fait sur les deux terrains.

La seconde règle est, qu'à défaut de titres, le fossé est réputé commun lorsque le jet est des deux côtés : la coutume de Berry, *tit. 2, art. 14*, en a une disposition. La raison en est évidente : les terres jetées des deux côtés démontrent que le fossé a été fait par les deux voisins sur les extrémités de leurs héritages.

La troisième règle, qui est tirée de l'article ci-dessus cité de la coutume de Paris, est que le fossé est réputé commun lorsqu'il n'y a apparence de jet ni d'un côté ni de l'autre.

La raison est qu'en ce cas, il n'y a pas de raison de l'attribuer à l'un plutôt qu'à l'autre.

225. A l'égard des haies, s'il y a fossé au-delà, la haie doit être présumée appartenir à celui du côté duquel elle est plantée.

Lorsqu'il n'y a pas de fossé, et qu'elle sépare deux héritages, dont l'un a plus besoin de clôture que l'autre, la haie est présumée appartenir au propriétaire de l'héritage qui a le plus besoin de clôture. Par exemple, si la haie est entre des vignes ou des prés d'un côté, et des terres labourables ou des bruyères de l'autre, elle est présumée appartenir au propriétaire du pré ou de la vigne, qui est présumé l'avoir plantée sur son héritage pour clore son pré ou sa vigne : il n'y a pas d'apparence que l'autre voisin, dont les héritages n'avoient pas besoin de clôture, y ait contribué, n'y ayant aucun intérêt.

226. Lorsque des haies ou des fossés sont communs à deux voisins, chacun d'eux est obligé à l'entretien et aux réparations qui y sont à faire, si mieux il n'aime abandonner son droit de communauté.

Le bois qui provient de la tonte de la haie, et les fruits des arbres qui se trouveroient dans la haie, doivent se partager entre ceux à qui elle est commune.

§. V. De la communauté des privés et cloaques.

227. Notre coutume d'Orléans, *art.* 149, a une disposition très équitable sur la communauté des privés et cloaques, qui peut servir de règle dans celles qui ne s'en sont pas expliquées. Comme la vidange d'un privé commun, ou d'un cloaque commun à deux ou plusieurs voisins, cause une très grande incommodité à celui par la maison duquel la vidange se fait, notre coutume veut en premier lieu, que chacun d'eux en supporte tour-à-tour l'incommodité; que cette vidange se fasse alternativement par la maison de chacun d'eux, et que celui par la maison de qui la vidange s'est faite la dernière fois, puisse obliger l'autre à la souffrir faire par la sienne, lorsqu'il sera nécessaire de curer le privé ou le cloaque.

S'il n'y avoit pas de mémoire par quelle maison la vidange s'est faite la dernière fois, et que les voisins ne con-

vinssent pas par chez qui elle se feroit, je pense qu'elle se feroit, pour cette fois, par la maison du voisin qui auroit la plus nombreuse famille, étant juste qu'ayant contribué plus que l'autre à emplir le privé, il supporte plutôt que lui l'incommodité. *Cæteris paribus*, lorsqu'il n'y a aucune raison pour commencer par chez l'un plutôt que par chez l'autre, la contestation ne peut se vider que par le sort.

228. Notre coutume ordonne en second lieu, que celui par la maison duquel s'est faite la vidange d'un cloaque ou d'un privé commun entre deux voisins, ne supporte que le tiers des frais de la vidange, et que l'autre qui n'a pas eu l'incommodité, en supporte les deux tiers. Lorsque le cloaque ou le privé sont communs à plus de deux, elle veut que celui par la maison de qui s'est faite la vidange, ne paie que le tiers de ce que chacun des autres portera des frais. Par exemple, s'ils étoient quatre contribuables, et que les frais eussent monté à dix écus, il ne paieroit qu'un écu, et chacun des trois autres, trois écus.

Ces dispositions souffrent exception dans le cas auquel l'une des maisons seroit, par un titre de servitude, chargée de souffrir le passage de la vidange. Je ne pense pas que le propriétaire de la maison chargée de la servitude puisse en ce cas demander à supporter une moindre portion que les autres dans les frais de la vidange, pour le dédommagement de l'incommodité que lui cause le passage de la vidange; car ce passage étant dû aux propriétaires des autres maisons, ils ne sont pas obligés de le payer. Le propriétaire de la maison serve est censé s'être fait payer de cette incommodité, lorsqu'il a imposé la servitude sur la maison; la bonne foi ne permet pas qu'il en exige le paiement une seconde fois; *Bona fides non patitur ut idem bis exigatur*; l. 57, ff. de R. J. Desgodets est d'avis contraire.

Quoique l'une des maisons qui ont un privé commun, soit plus grande que l'autre, et qu'elle soit occupée par un plus grand nombre de personnes, néanmoins le propriétaire de la maison n'est pas tenu de contribuer pour une plus grande portion aux frais de vidange, que celui de la

plus petite. L'usage en est constant. Il faudroit entrer dans des détails trop embarrassants, s'il falloit avoir égard au nombre des personnes qui ont occupé ces maisons depuis la dernière vidange.

Il importe encore moins que l'une des maisons ait plus de sièges ou boisseaux qui communiquent au privé commun, que n'en a l'autre maison; car ce n'est pas le nombre des sièges, mais celui des personnes, qui contribue à emplir le privé; *Desgodets, pages 435 et 435.*

229. On peut abandonner la communauté d'un cloaque ou d'un privé commun, de même que toute autre chose commune, pour se décharger des charges pour l'avenir: mais cet abandon ne décharge pas celui qui le fait, de contribuer aux frais de la vidange qui est à faire lors de l'abandon; car il y a donné lieu, ayant contribué à emplir le privé.

SECOND APPENDICE.

Du voisinage.

230. Le voisinage est un quasi-contrat qui forme des obligations réciproques entre les voisins, c'est-à-dire, entre les propriétaires ou possesseurs d'héritages contigus les uns aux autres.

La principale obligation est celle qui concerne le bornage des héritages voisins: nous en parlerons dans un premier article. Nous rapporterons dans un second article les autres obligations que forme le voisinage.

ARTICLE PREMIER.

Du bornage des héritages voisins.

231. De même que la communauté oblige ceux entre qui des choses sont communes à les partager, lorsque l'un d'eux le demande, pour empêcher les contestations et les différends que la communauté peut occasioner, de même le voisinage oblige les voisins à borner leurs héritages, lorsque

L'un d'eux le demande, pour empêcher les usurpations et les contestations auxquelles le défaut de bornes peut donner occasion.

De cette obligation naît l'action de bornage, *finium regundorum*, qu'un voisin a contre son voisin pour faire borner leurs héritages.

Cette action est de celles qu'on appelle mixtes, *quæ mixtam causam habere videntur tam in rem quam in personam*; Instit. de oblig. quæ ex quasi contr.

Elle est principalement personnelle, puisqu'elle naît de l'obligation personnelle que les voisins contractent réciproquement l'un envers l'autre par le voisinage, *ex quasi contractu*. Elle tient aussi quelque chose de l'action réelle, en ce que, par cette action, le voisin réclame ce qui fait partie de son héritage, et pourroit se trouver avoir été usurpé par son voisin. C'est pourquoi Paul dit : *Actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vindicatione est*; l. 1, ff. *fin. reg.*

Cette action est aussi du nombre de celles qu'on appelle *judicia duplicia*, dans lesquelles chacune des parties, tant celle qui a donné la demande, que celle contre qui elle est donnée, est tout à-la-fois demandeur et défendeur; l. 10, ff. *fin. reg.* Car par cette action, chacune des parties, celle qui est assignée, aussi bien que celle qui a assigné, réclame chacune l'une contre l'autre ce qui, par le bornage, sera déterminé faire partie de son héritage.

252. Le possesseur d'un héritage qui s'en porte pour le propriétaire, soit qu'il le soit effectivement, soit qu'il ne le soit pas, est partie capable pour intenter cette action. Il n'a pas besoin pour cela de justifier de son droit de propriété, sa possession le fait présumer propriétaire. Un usufruitier est aussi partie capable pour l'intenter, comme ayant droit dans l'héritage; l. 4, §. 9, ff. *d. t.* Mais il est de l'intérêt, en ce cas, tant de cet usufruitier qui a donné l'action, que du voisin contre qui elle est donnée, d'appeler en cause le propriétaire, afin que le bornage se fasse avec lui; car s'il étoit fait sans lui, il pourroit en demander un nouveau.

A l'égard d'un simple fermier, comme il n'a aucun droit dans l'héritage, il est évident qu'il n'est pas partie capable pour donner cette demande contre le voisin. Mais si ce voisin le trouble dans sa jouissance par des contestations sur les bornes de l'héritage qu'il tient à ferme, la voie qu'il a, est de se pourvoir *actione ex conducto* contre le propriétaire de qui il tient à ferme l'héritage, et de conclure contre lui qu'il soit tenu de le faire jouir tranquillement, et de faire cesser les contestations qui lui sont faites par le voisin, en faisant borner son héritage.

Pareillement, cette action ne peut être donnée que contre le propriétaire ou possesseur de l'héritage voisin, et contre celui qui en seroit usufruitier. Si elle étoit donnée contre un fermier, le défendeur, en déclarant qu'il n'est que fermier, et en indiquant le nom et la demeure du propriétaire de qui il tient à ferme, devroit être renvoyé de la demande.

Cette action de bornage, qui ne tend qu'à conserver à chacune des parties l'intégrité de son héritage, peut être donnée par un tuteur de mineurs, aussi bien que par des majeurs; en quoi elle diffère des actions à fin de partage d'immeubles.

233. L'objet du bornage qui est demandé par cette action, est de déterminer dans les endroits où les héritages voisins se touchent, quel est celui où l'un des héritages finit et l'autre commence, et d'y planter une borne qui se puisse apercevoir.

Les parties doivent pour cela convenir d'arpenteurs, entre les mains desquels elles doivent remettre leurs titres respectifs, afin que sur lesdits titres, et l'arpentage qu'ils feront des héritages des parties, ils puissent déterminer quels sont les endroits où les bornes doivent être plantées, et les y planter.

Lorsqu'il paroît par l'arpentage que l'un des voisins a plus que la contenance portée par ses titres, et que l'autre en a moins, on doit parfaire ce qui manque à celui-ci parce que l'autre a de plus : *Qui majorem locum in territorio habere dicitur, cæteris qui minus possident, integrum locum assignare compellitur*; l. 7, ff. *fin. reg.*

Cela souffre exception dans le cas auquel le voisin auroit une possession trentenaire de ce qu'il a de plus que la contenance portée par ses titres. Cela est décidé par la loi *fin. Cod. fin. reg. Decernimus in finali quæstione, non longi temporis, sed triginta annorum præscriptionem locum habere.*

Il reste à observer que le bornage se faisant pour l'intérêt commun des parties, il doit être fait à frais communs.

234. A l'égard des maisons de ville qui ont des cours communes ou jardins contigus, l'un des voisins non seulement a droit d'en demander le bornage; mais il peut, selon la disposition de plusieurs coutumes, obliger son voisin à construire à communs frais un mur de clôture.

Paris, *art. 209*; Orléans, *art. 236*; Melun, Etampes, Laon, et un grand nombre d'autres coutumes, en ont des dispositions. Au contraire, la coutume de Lille dit que *l'héritier (c'est-à-dire le propriétaire) d'une maison ou héritage ne s'enclôt s'il ne veut.*

Dans quelques coutumes, lorsque, dans les villes, mon voisin veut construire un mur de clôture, je suis seulement obligé à contribuer de mon terrain; mais je ne suis pas obligé à contribuer aux frais de la construction du mur, tant que je ne me sers pas du mur. C'est la disposition de la coutume de Sens, *art. 104*; d'Auxerre, *art. 107*.

Dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, Duplessis, sur Paris, prétend que le voisin est obligé de contribuer à la construction du mur de clôture: il dit l'avoir fait juger pour la ville de Mondoubleau, petite ville de la province du Maine.

Les coutumes qui obligent les voisins dans les villes à contribuer à la construction d'un mur de clôture, diffèrent entre elles à l'égard des faubourgs. On appelle *faubourgs*, la continuité de maisons qui est hors les portes des villes, *continentia urbis ædificia*; l. 2; l. 147, ff. *de verb. sig.*

Paris, *art. 236*, Melun et quelques autres coutumes comprennent expressément les faubourgs des villes dans leur disposition. Au contraire notre coutume d'Orléans, *art. 236*,

ne comprend dans sa disposition que les faubourgs de la ville d'Orléans ; elle n'y assujettit pas les faubourgs des autres villes. C'est pourquoi il n'est pas douteux que l'obligation de contribuer à la construction d'un mur de clôture, n'a pas lieu pour les faubourgs des autres villes du bailliage.

Quelques coutumes, comme Laon, disent *ès villes*, sans s'expliquer sur les faubourgs : sont-ils compris dans la disposition ? La loi 2, ff. *de verb. sign.*, paroît décider pour la négative : elle ne comprend sous le terme de *ville* que ce qui est dans l'enceinte des murs, et elle en exclut par conséquent les faubourgs : *Urbis appellatio muris ; Romæ, continentibus ædificiis finitur.*

Dans les coutumes qui ne se sont expliquées ni sur les villes, ni sur les faubourgs, je pense que c'est bien assez que cette obligation, qui est onéreuse, ait été étendue aux villes, et qu'elle ne doit pas l'être aux faubourgs des villes.

Les coutumes sont aussi différentes sur la qualité, et surtout sur la hauteur que doivent avoir ces murs de clôture. Notre coutume d'Orléans, *art. 256*, veut que le voisin ne soit tenu de le faire que de pierre et terre, d'un pied et demi d'épaisseur, de deux pieds de fondement, et sept de haut au-dessus de terre. Au contraire, quelques coutumes veulent qu'il soit fait à chaux et sable : celle de Paris veut qu'il soit de dix pieds de haut au-dessus du rez-de-chaussée. Il faut sur ces choses, lorsque les coutumes ne s'en sont pas expliquées, suivre les différents usages des différents lieux.

Lorsque les terrains des héritages voisins sur lesquels se construit le mur de clôture sont inégaux, Desgodets dit que le voisin dont le terrain est le plus bas, ne doit contribuer que jusqu'à la hauteur requise par la coutume au-dessus de son sol, et que l'autre doit achever à ses dépens seuls le surplus de la hauteur que le mur doit avoir de son côté.

Il nous reste à observer que la coutume ne donne bien le droit d'obliger mon voisin à construire à frais communs un mur pour séparer nos maisons, lorsqu'il n'y a pas de

mur qui les sépare. Mais lorsqu'elles sont séparées par un mur que j'ai bâti en entier sur mon terrain et à mes frais, et qui en conséquence appartient à moi seul, je ne puis pas obliger mon voisin à en acquérir la moitié, tant qu'il ne veut pas s'en servir, quoiqu'il puisse m'obliger à la lui vendre, comme nous le verrons *infra*.

ARTICLE II.

Des autres obligations que forme le voisinage.

§. I. Première espèce d'obligation.

235. Le voisinage oblige les voisins à user chacun de son héritage, de manière qu'il ne nuise pas à son voisin : *Domum suam unicuique reficere licet, dummodò non officiat invito alteri, in quo jus non habet*; l. 61, ff. de R. J.

Cette règle doit s'entendre en ce sens, que quelque liberté qu'un chacun ait de faire ce que bon lui semble sur son héritage, il n'y peut faire rien d'où il puisse parvenir quelque chose sur l'héritage voisin, qui lui soit nuisible : *In suo hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat*; l. 8, §. 5, ff. si serv. vind.

236. C'est sur ce principe qu'est fondée l'action *aquæ pluriæ arcendæ*.

Il y a lieu à cette action, de la part du propriétaire ou possesseur du champ inférieur contre son voisin propriétaire ou possesseur du champ supérieur, lorsque le possesseur du champ supérieur, par le moyen de quelque ouvrage qu'il a fait dans son champ, rassemble les eaux qui y tombent, d'où il les fait tomber dans le champ inférieur avec plus d'abondance et de rapidité qu'elles n'y tomberoient naturellement, et lui cause par ce moyen quelque dommage.

Mais lorsque c'est naturellement que les eaux tombent du champ supérieur dans le champ inférieur, le possesseur du champ inférieur ne peut pas s'en plaindre; car ce n'est pas, en ce cas, le possesseur du champ supérieur qui les y fait tomber, c'est la nature des lieux. *Si aqua naturaliter*

246 TRAITÉ DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ,
decurrat, actionem cessare; l. 1, §. 10, ff. de aqu. et aq.
Non aqua, sed loci natura nocet; d. l., §. 14.

Le possesseur du champ inférieur ne peut pas non plus se plaindre des sillons que le possesseur du champ supérieur y fait, lorsque ces sillons ne sont que des sillons ordinaires, qui sont nécessaires pour le labour de son champ; l. 1, §. 5, 5, 7, ff. d. tit.

Mais il ne peut les faire ni plus profonds, ni plus en pente qu'il n'est nécessaire, quoiqu'en les faisant de cette manière, il améliore son fonds; car il ne peut pas l'améliorer au préjudice du voisin: *Sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriore faciat; d. l., §. 4.*

257. Il peut aussi, *vice versa*, y avoir lieu à cette action de la part du possesseur du champ supérieur contre celui du champ inférieur, lorsque celui-ci, par quelque digue qu'il a faite sur son champ, repousse et fait refluer dans le champ supérieur les eaux qui en viennent: *Si opere facto aqua aut in superiorem partem repellitur, aut in inferiorem derivatur, actionem competere; d. l. §. 10.*

258. Il peut y avoir lieu à cette action, quoique l'ouvrage ait été fait au vu et su du voisin qui s'en plaint, s'il n'a pas alors compris le préjudice qu'il lui feroit. C'est pourquoi Labéon ayant dit: *Si, patiente vicino, opus faciam ex quo ei aqua nocet, non teneri me actione aquae pluviae arcendae; l. 19, d. tit.* Pomponius le reprend ainsi: *Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit; nulla enim voluntas errantis est; l. 20, ff. d. tit.*

259. Le demandeur conclut par cette action, à la destruction de l'ouvrage qui lui cause du préjudice. La destruction doit se faire aux frais du défendeur, si c'est de son ordre que l'ouvrage a été fait, ou de quelqu'un dont il soit l'héritier; sinon il n'est tenu à autre chose qu'à souffrir la destruction de l'ouvrage aux frais du demandeur: *Si ipse feci.... meâ impensâ tollere me cogendum; si alius qui ad me non pertinet, sufficere ut patiar te tollere: quod autem is cui hæres sum fecit, perinde est ac si ipse fecissem; l. 6, §. 7, ff. d. tit.*

240. C'est sur ce principe qu'on ne peut rien faire sur son héritage d'où il puisse parvenir quelque chose sur l'héritage voisin qui lui soit nuisible, que sont fondées les dispositions des articles 188, 189, 190, 191, 192 et 217 de la coutume de Paris; et celles des articles 243, 246, 247 et 248 de notre coutume d'Orléans, que nous avons rapportées *suprà*, n. 211.

241. C'est sur le même principe qu'il n'est pas permis de faire sur son héritage quelque chose qui enverroit dans la maison voisine une fumée trop épaisse et trop incommode, telle que celle qui sort d'un four à chaux, ou d'un fourneau à brûler des lies de vin; l. 8, §. 5, ff. *si serv. vind.*

242. C'est sur le même principe qu'étoient fondées les dispositions de la loi 13, ff. *fn. reg.* Cette loi défendoit de planter des arbres dans une moindre distance que celle de cinq pieds de l'héritage voisin. La raison est, parceque s'ils étoient plantés dans une moindre distance, ils pousseroient dans l'héritage voisin des racines qui lui seroient nuisibles.

Il faut à cet égard suivre les différents usages des différents lieux. Notre coutume d'Orléans, *art.* 259, défend de planter dans le vignoble aucuns chênes, ormes ou noyers, à moins de distance que de quatre toises de l'héritage voisin, et de planter des haies vives à moins de distance que d'un pied et demi. Elle veut que ces haies soient plantées d'épine blanche, et non d'épine noire, parceque cette espèce d'épine pousse très loin ses racines, qui seroient nuisibles à l'héritage voisin.

L'article dit, *au vignoble*; sa disposition n'a donc pas lieu dans les autres lieux du bailliage.

La coutume ne s'étant expliquée que sur les ormes, chênes et noyers, on observe, à l'égard des autres arbres, la distance de cinq pieds, requise par la loi romaine.

L'esprit de cette disposition étant d'empêcher que les racines ne portent préjudice à l'héritage voisin, si l'héritage voisin, auprès duquel les arbres sont plantés, étoit une cour de maison, ou une autre place à laquelle les racines qui s'y étendroient ne portent aucun préjudice, le

voisin étant en ce cas sans intérêts, ne devrait pas être écouté à se plaindre que ces arbres ne sont pas dans la distance requise par la coutume.

243. Les lois romaines avoient eu attention que les arbres qu'on plante sur son héritage ne pussent être nuisibles à l'héritage voisin, non seulement par les racines qu'ils y pousseroient, mais aussi par l'ombre qu'ils y porteroient. C'est pourquoi, quoiqu'un arbre fût planté dans la distance de cinq pieds requise par la loi; pour que l'arbre n'incommodât pas par son ombre l'héritage voisin, le propriétaire de l'arbre étoit obligé de couper les extrémités des branches jusqu'à quinze pieds de hauteur; *tit. ff. de arb. cœd.* Parmi nous, le voisin n'a d'autre droit que de couper les extrémités des branches qui s'étendroient sur son héritage: c'est ce que nous apprenons d'Automne *ad d. tit.*, qui dit: *Hic titulus non est in usu; nam hodiè licet excindere solùm quod excurrit.*

244. C'est sur le même principe que la loi 13, ff. *fin. reg.*, ci-dessus citée, veut qu'on ne puisse bâtir une maison qu'à deux pieds, et un simple mur qu'à un pied de l'héritage voisin, afin que les gravois qui peuvent tomber des murs ne tombent pas sur l'héritage voisin, auquel ils pourroient porter préjudice en tombant.

Il y avoit encore une autre raison pour que le voisin dût laisser cet espace; c'est afin que le propriétaire de la maison ou du mur eût de quoi poser ses échelles sur son terrain, lorsqu'il y auroit des réparations à faire; c'est pour cela que cet espace que celui qui bâtit laisse au-delà de son bâtiment, est appelé *tour d'échelle*.

Nos coutumes n'ont pas admis cette disposition de la loi romaine: c'est ce que supposent manifestement les dispositions de nos coutumes, dont nous parlerons *infra*, §. 3, qui permettent de bâtir contre le mur non mitoyen de son voisin, en lui payant la moitié du prix du mur: car en accordant cette permission, elles supposent évidemment que ce mur non mitoyen contre lequel je veux bâtir, est bâti sur la dernière extrémité du terrain de mon voisin, et qu'il touche immédiatement mon terrain: autrement, si au-delà

de ce mur il y avoit un espace qui fit encore partie du terrain de mon voisin, ne pouvant pas bâtir sur un terrain qui ne m'appartiendroit pas, je ne pourrois pas appuyer au mur de mon voisin le bâtiment que je me propose de faire.

Ajoutez que l'acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 15 août 1707, déclare en termes formels qu'on peut bâtir sur son héritage, jusqu'à l'extrémité d'icelui.

Il dit plus; car il dit que si le contraire ne paroît, le bâtiment est présumé avoir été construit sur l'extrémité du terrain de celui à qui il appartient, et que le propriétaire du bâtiment ne peut prétendre avoir au-delà de son bâtiment un espace de terrain qu'on appelle *le tour d'échelle*, s'il ne justifie par des titres que lui ou ses auteurs, lorsqu'ils ont construit le bâtiment, ont laissé cet espace de terrain au-delà.

Le même acte de notoriété décide que le tour d'échelle, lorsqu'on a titre pour le prétendre, et que la quantité de l'espace n'est pas déclarée par ce titre, est de trois pieds de distance du pied du mur au rez-de-chaussée. Il faut suivre, sur l'étendue du tour d'échelle, l'usage des différents lieux.

245. Les lois du bon voisinage me défendent bien de rien faire passer de mon héritage sur l'héritage voisin, qui puisse lui nuire; mais elles ne m'empêchent pas de le priver d'une commodité qu'il retiroit de mon héritage. Par exemple, si l'héritage voisin tiroit du jour de mon héritage, je puis, en élevant un bâtiment sur mon héritage, priver l'héritage voisin du jour qu'il en avoit tiré jusqu'alors : *Cum eo qui tollendo obscurat vicini cedes quibus non serviat, nulla competit actio*; l. 9, ff. de servit. urb. præd.

§. II. Seconde espèce d'obligation.

246. Une autre espèce d'obligation que forme le voisinage est, que si mon voisin a un besoin indispensable de faire passer par ma maison ses ouvriers pour bâtir ou pour réparer sa maison, je suis obligé de le souffrir, à la charge par lui de réparer en diligence ce que ses ouvriers m'auroient gâté. Notre coutume d'Orléans, art. 240, en a une disposition.

C'est par une raison semblable, que lorsque la voie publique est absolument impraticable, le voisin doit prêter passage sur son héritage, jusqu'à ce que l'empêchement soit cessé; *Quùm via publica vel fluminis impetu, vel ruinâ amissa est, vicinus proximus viam præstare debet;* l. 14, §. 1, ff. *quemadm. serv. amit.*

§. III. Troisième espèce d'obligation.

247. C'est encore une obligation que forme le voisinage, que quoique régulièrement personne ne soit obligé de vendre, soit pour le tout, soit pour partie, une chose qui lui appartient, néanmoins le propriétaire d'un mur contigu à l'héritage de son voisin est tenu, si ce voisin souhaite bâtir contre ce mur, de lui en vendre la communauté, suivant l'estimation qui en sera faite.

La coutume de Paris, *art. 194*, en a une disposition. Elle s'exprime ainsi : « Si quelqu'un veut bâtir contre un mur non mitoyen, faire le peut, en payant la moitié tant dudit mur que fondation d'icelui jusqu'à son héberge; ce qu'il est tenu de payer auparavant que rien démolir ni bâtir; en estimation duquel mur est comprise la valeur de la terre sur laquelle ledit mur est assis, au cas que celui qui a fait le mur, l'ait tout pris sur son héritage. »

Notre coutume d'Orléans, *art. 235*, et plusieurs autres ont la même disposition.

Rien de plus équitable : car étant de mon intérêt de retirer de mon voisin qui veut bâtir contre mon mur, la moitié du prix qu'il m'a coûté, et de n'être plus tenu que pour moitié des réparations qui y surviendront, ce ne pourroit être que par une pure malice que, contre mon propre intérêt, je refuserois de lui vendre la communauté de mon mur, pour le constituer en dépense, et l'obliger à en construire un sur son terrain au long du mien, qui seroit entièrement à ses frais. Or une telle malice, contraire aux devoirs d'amitié que se doivent des voisins, ne doit pas être soufferte : *Malitiis non est indulgendum.*

248. Ces termes de la coutume, *si aucun veut bâtir contre, etc.*, donnent lieu à la question de savoir si le voisin qui,

sans vouloir bâtir contre le mur contigu à son héritage, voudroit en acquérir la communauté, pourroit obliger le propriétaire du mur à la lui vendre. Il peut avoir intérêt de l'acheter, pour avoir la liberté d'y attacher ses espaliers, ou pour empêcher, en le rendant mitoyen, qu'on n'y puisse ouvrir des vues. Desgodets rapporte un arrêt du 15 février 1655, qui a jugé pour la négative. La raison est, que cette disposition de la coutume étant contraire au droit commun, qui ne permet pas qu'on puisse être obligé à vendre pour le tout ou pour partie sa propre chose, paroît devoir être restreinte au cas qu'elle a exprimé.

Cet arrêt n'a pas été suivi. L'Annotateur de Desgodets rapporte un arrêt contraire du 12 juillet 1670, rendu sur les conclusions de M. Talon, qui a jugé que ces termes, *si aucun veut bâtir contre, etc.*, n'étoient pas restrictifs, mais seulement énonciatifs du cas le plus ordinaire.

249. On fait une autre question, si la disposition de la coutume doit avoir lieu à la campagne comme à la ville. Il me semble que la coutume n'ayant pas fait à cet égard de distinction entre la ville et la campagne, nous n'en devons pas faire : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* : d'autant plus qu'il paroît y avoir même raison pour la campagne que pour la ville. Desgodets, sur l'article 210 de Paris, suppose comme chose constante, que cela se peut. Néanmoins j'ai vu quelque part la note d'un arrêt du 7 septembre 1736, de la première des enquêtes, par lequel on prétend avoir été jugé que la disposition de notre coutume d'Orléans, pareille à celle de Paris, ne devoit pas avoir lieu dans le bourg de Châteauneuf.

250. Le propriétaire du mur contigu à mon héritage, à qui je demande qu'il me vende la communauté à la partie de ce mur contre laquelle je veux bâtir, ne peut pas m'obliger d'acquérir la communauté de tout le mur. Si je ne veux acheter la communauté qu'à la partie du mur dont j'ai besoin, il est obligé de me la vendre. Par exemple, si ce mur est de six toises de longueur et de douze toises de hauteur, et que le bâtiment que je veux construire contre soit de trois toises de longueur et de quatre toises de hauteur, je

n'acquerrai la communauté, et je ne paierai la moitié de la valeur que des quatre toises de hauteur du mur sur les trois toises de longueur dont je me veux servir.

Je dois aussi acquérir la communauté et payer la moitié de la valeur du terrain, et la fondation du mur dans la longueur des trois toises dont je me veux servir; car j'ai besoin pour le bâtiment que je veux construire, de ce terrain et de la fondation, puisque le mur contre lequel je veux bâtir ne pourroit pas soutenir mon bâtiment, s'il n'étoit pas fondé.

Mais si le propriétaire du mur, qui a des caves le long de la partie de ce mur contre laquelle je veux bâtir, avoit, pour ces caves, fait la fondation de ce mur beaucoup plus profonde qu'il n'est nécessaire pour soutenir mon bâtiment, ne voulant point avoir de caves de mon côté, je ne serai obligé de payer la moitié de la valeur de la fondation que jusqu'à concurrence de la partie nécessaire pour soutenir mon édifice; et l'ancien propriétaire du mur demeurera seul propriétaire du surplus de cette fondation, jusqu'à ce qu'il me plaise de faire aussi des caves de mon côté; auquel cas je serai tenu de payer la moitié de la valeur du surplus de cette fondation qui me deviendra nécessaire. C'est ce qu'observe fort judicieusement Desgodets, sur l'article 194, n. 17.

Vice versa, si le propriétaire du mur dont je veux acquérir la communauté n'avoit point de caves le long de ce mur, et que je voulusse en avoir, je serois tenu de faire seul à mes dépens, par sous-œuvre, la fondation nécessaire pour cela, et j'en serois seul propriétaire; Desgodets, *ibid.* n. 8.

251. Lorsque le mur contre lequel le voisin veut bâtir, est un mur d'une grosse épaisseur, qui soutient un édifice considérable, Desgodets, *ibid.* n. 28, prétend que le voisin qui veut bâtir contre, et qui, pour l'édifice qu'il veut y construire, n'a pas besoin d'une si grosse épaisseur de mur, n'est obligé d'acheter la communauté à ce mur que dans la partie de l'épaisseur de ce mur dont il a besoin, et non dans toute son épaisseur; de même qu'il n'est obligé d'acheter la communauté au mur que dans la longueur et dans la hauteur dont il se veut servir. Il décide en conséquence qu'il n'est obligé de payer que la moitié du prix de dix-huit pou-

ces d'épaisseur ou largeur, tant du mur que du terrain.

Cette décision me paroît souffrir difficulté; car il profite de toute l'épaisseur.

Ce qu'il ajoute, que lorsque le mur est un mur de pierres de taille, le voisin qui voudroit bâtir contre ne seroit tenu de payer que la moitié de la valeur d'un bon mur de moellon, me paroît souffrir encore plus de difficulté: car le droit que la coutume accorde par cet article au voisin qui veut bâtir contre le mur contigu à son héritage, est celui d'acheter du propriétaire la communauté de ce mur, et de le forcer à la lui vendre; mais il ne peut acheter la communauté qu'au mur de pierres de taille qui existe, et non pas la communauté à un mur de moellon qui n'existe pas; et c'est le prix du mur qui existe, et dont il achète la communauté, qu'il doit pour la part qu'il y acquiert, non le prix d'un mur de moellon qui n'existe pas, et qu'il n'acquiert pas.

252. *Vice versa*, si le mur contre lequel je veux bâtir, quoique suffisant pour le soutien, n'est pas suffisant pour soutenir ceux que je veux construire contre; après que j'aurai acheté la communauté au mur en l'état qu'il est, et que j'en aurai payé le prix, je serai encore obligé, avant que de pouvoir commencer mon bâtiment, de fortifier le mur de mon côté, de manière qu'il soit suffisant pour le supporter, ce qui sera fait aux dépens de moi seul; sauf que si l'ancien propriétaire veut aussi par la suite élever de son côté de nouveaux bâtiments, pour le soutien desquels le mur, dans son ancien état, ne seroit pas suffisant, il devra à son tour me payer la moitié de la valeur de l'augmentation que j'ai faite à ce mur.

Si le mur contre lequel je veux bâtir, indépendamment des bâtiments que je veux construire contre, étoit mauvais, et devenu insuffisant pour le soutien de ceux à qui il appartient, ayant acquis la communauté de ce mur par la vente que le propriétaire est obligé de m'en faire, je pourrois l'obliger à contribuer aux frais de la réparation, et même, s'il étoit besoin, de la reconstruction de ce mur, comme nous avons vu qu'y pourroient être obligés les propriétaires des murs mitoyens; *suprà*, n. 220.

253. Quand même le mur non mitoyen auroit été autrefois mitoyen et commun, et qu'il ne seroit devenu non mitoyen que par l'abandon que l'un des voisins auroit fait à l'autre de son droit de communauté, pour se décharger des réparations, le voisin qui a fait l'abandon, lorsqu'il voudra bâtir contre, ou pour quelque autre raison rentrer dans la communauté du mur, sera obligé de rembourser au propriétaire du mur la moitié non seulement du prix du mur, mais aussi du fonds d'icelui : la coutume de Paris, *art. 212*, le décide ainsi. Il ne peut pas, pour s'en dispenser, opposer que la moitié du fonds lui appartenait autrefois ; car il suffit que la propriété du fonds aussi bien que du mur appartienne aujourd'hui en entier au voisin, pour qu'il doive être tenu d'en payer la moitié du prix, s'il veut rentrer dans la communauté.

254. Il nous reste à observer que le prix que la coutume oblige celui qui veut bâtir contre le mur contigu à son héritage, de payer au propriétaire du mur, étant le prix de la communauté à ce mur, qu'elle oblige le propriétaire à lui vendre, ce prix doit s'estimer, non eu égard à ce que ce mur a coûté à construire, mais eu égard à sa valeur présente ; le prix d'une chose qu'on vend étant celui qu'elle vaut au temps où on la vend.

TRAITÉ

DES CHEPTELS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

LA THAUMASSIÈRE, en sa Préface sur le titre des Cheptels de la Coutume de Berry, distingue trois espèces de contrats de cheptels; le cheptel simple et ordinaire, le cheptel à moitié, et le cheptel de fer.

SECTION PREMIÈRE.

Du cheptel simple et ordinaire.

1. Le cheptel simple et ordinaire est un contrat par lequel l'une des parties, qui est le bailleur, donne à l'autre, qui est le preneur, un cheptel, c'est-à-dire, un fonds de bétail, pour le soigner et gouverner pendant un certain temps, à la charge qu'à l'exception des profits de laitages, graisses ou fumiers et labeurs, qui sont laissés en entier au preneur, tous les profits qu'il y aura sur le cheptel, tant de laines, que des croits et des améliorations des bêtes, seront communs entre les parties par moitié; comme aussi que si, par des cas fortuits, il se trouvoit, à la fin du temps, de la perte sur le cheptel, elle seroit pareillement supportée en commun par les parties.

La principale différence entre ce cheptel simple et le cheptel à moitié, dont nous traiterons dans la section suivante, est que, dans le cheptel simple, le fonds entier du cheptel est fourni par le bailleur seul; au lieu que dans le cheptel à moitié, chacune des parties en fournit la moitié.

Nous traiterons dans un premier article, de la nature et de la forme de ce contrat: nous examinerons dans un second, si ce contrat de cheptel simple, tel que nous l'avons décrit, est licite, soit dans le for de la conscience, soit

dans le for extérieur : dans un troisième, nous traiterons des clauses qui sont réprochées dans ce contrat : nous traiterons dans un quatrième, des obligations qui en naissent : nous verrons dans un cinquième, quand le partage du cheptel peut être demandé, et comment il se fait.

ARTICLE PREMIER.

De la nature de ce contrat, et de sa forme.

Ce contrat peut être considéré de deux différentes manières, ou sous deux différents points de vue, suivant que peut paroître avoir été l'intention des parties contractantes. Nous traiterons dans les deux premiers paragraphes, de la nature du contrat de cheptel, considéré sous chacun de ces points de vue : nous ajouterons un troisième paragraphe, où nous traiterons de la forme de ce contrat.

§. I. De la nature du contrat de cheptel considéré sous un premier point de vue.

2. Le premier point de vue sous lequel ce contrat de cheptel peut être considéré, est celui par lequel on le considère comme un contrat de société de bestiaux que les parties ont intention de faire.

Par ce contrat de société, le preneur n'ayant pas le moyen de fournir à la société sa moitié du fonds des bestiaux qui doit composer ce cheptel, et qu'il doit fournir pour pouvoir être associé pour moitié, le bailleur la fournit pour lui, et la lui avance; de laquelle avance le preneur doit faire raison au bailleur lors de la dissolution de la société.

En considérant le contrat sous ce point de vue, le bailleur est censé fournir à la société le cheptel, tant pour lui que pour le preneur; savoir, la moitié pour lui et en son nom, et l'autre moitié pour le preneur à qui il en fait l'avance.

Au moyen de cette avance, le fonds du cheptel devient commun entre les deux parties : le preneur en est fait propriétaire pour moitié, et est seulement débiteur envers le

bailleur, du prix de la moitié du cheptel que le bailleur lui a avancé.

On dira peut-être que le preneur n'a pas besoin, pour être associé pour moitié, d'apporter à la société la moitié des bestiaux qui en doivent composer le fonds, puisque se chargeant seul de la garde du bétail, et même de la nourriture et de l'hébergement, lorsqu'il n'est pas le métayer du bailleur, ces choses lui doivent tenir lieu de la part qu'il doit apporter à la société.

La réponse est, que le preneur est suffisamment récompensé par la société, pendant qu'elle dure, par les profits des laitages, fumiers et labours des animaux, lesquels lui sont laissés pour la récompense de ces choses, et ne tombent point en partage entre les parties. C'est pourquoi le preneur, pour être associé pour moitié, et avoir droit à la moitié des profits de la tonte des laines, des croûts et de l'amélioration des animaux, doit fournir à la société la moitié des bestiaux qui doivent composer le fonds du cheptel.

Cela se prouve par l'exemple du contrat de cheptel à moitié, dont nous traiterons dans la section suivante. Dans ce cheptel à moitié, quoique le preneur soit chargé seul de la garde des troupeaux et des mêmes choses que dans le cheptel simple, néanmoins, parcequ'il en doit être récompensé par la société, de la manière dont nous venons de le dire, il ne laisse pas de fournir à la société la moitié du fonds du cheptel.

Dans le contrat à cheptel, ou c'est un étranger, qui n'est pas le propriétaire de la métairie où le cheptel doit être placé, qui est le bailleur du cheptel, ou c'est le propriétaire de la métairie.

Dans le premier cas, le preneur, à la vérité, outre sa part du cheptel qui est avancée pour lui par le bailleur, fournit seul à la société la garde et le gouvernement du cheptel, l'usage de ses pâturages et de ses logis, pour la nourriture et l'hébergement des bêtes qui le composent. Mais, comme nous l'avons déjà dit, il est payé de cela par la société pendant qu'elle dure, par le profit des laitages, par celui des fumiers dont il se sert pour l'engrais de ses

terres, et par les labours des animaux; tous lesquels profits sont laissés en entier au preneur, sans que le bailleur y participe en rien.

Dans le second cas, lorsque le contrat de cheptel se fait entre un propriétaire de métairie et son métayer, ce qu'on appelle *cheptel de métairie*, la condition du métayer, qui est le preneur, est bien plus avantageuse. S'il fournit seul la garde du cheptel, le bailleur, de son côté, fournit l'usage de ses pâturages et de ses logis, pour la nourriture et l'hébergement du cheptel, ce qui équipolle pour le moins à la garde du cheptel que le preneur fournit: d'où il suit que dans ce cheptel, le preneur ne fournissant pas plus que le bailleur à la société, les menus profits du bétail, tels que ceux des laitages qu'on lui laisse, sont un bénéfice et une gratification que le bailleur lui fait.

3. Il reste à observer que la société que renferme le cheptel ordinaire, considéré sous ce premier point de vue, aussi bien que celle que renferme le cheptel à moitié, dont nous parlerons dans l'article suivant, ont cela d'exorbitant des sociétés ordinaires, que la mort de l'un des associés n'en opère pas la dissolution, et que le droit et la qualité d'associé qu'avait l'associé défunt, passe à ses héritiers. Cela n'empêche pas qu'elles ne soient de vraies sociétés: car s'il est de la nature de la société qu'elle soit dissoute par la mort de l'un des associés, cela n'est pas de son essence, puisque par le droit romain, dans la société contractée pour la ferme des impôts, on pouvoit valablement convenir que les héritiers de l'associé qui mourroit dans le cours de la société, succédroient en sa place à la société pour le temps qui en restoit à courir.

§. II. Du second point de vue sous lequel peut être considéré le cheptel simple.

4. Le cheptel simple et ordinaire peut être considéré sous un second point de vue. Lorsque l'intention du bailleur a été de demeurer seul propriétaire du fonds du cheptel, le cheptel doit, en ce cas, être considéré comme un contrat in-nommé, tenant plutôt du bail que de la société, par lequel le bailleur donne pour un certain temps au preneur son

cheptel à garder, et même quelquefois à nourrir et loger, moyennant une certaine récompense ou loyer que le bailleur lui donne, qui consiste dans les profits de laitages, fumiers et labours des animaux : et en outre, pour intéresser et engager davantage le preneur à apporter tous ses soins au cheptel, le bailleur lui accorde par ce contrat la moitié de tous les autres profits, tant de ceux des laines, que de ceux de croîts et améliorations du bétail ; à la charge néanmoins que le preneur se chargera pour la même portion, du risque de la perte qui pourroit arriver sur le cheptel par des cas fortuits.

Il paroît que c'est sous ce second point de vue que les coutumes ont considéré le contrat de cheptel, et que l'intention la plus ordinaire des parties, dans ce contrat, est que le bailleur demeure seul propriétaire du cheptel.

Ce que nous avons dit, que par ce contrat le bailleur donne au preneur son cheptel, non seulement à garder, mais même quelquefois à nourrir et loger, a lieu lorsque c'est un étranger qui est le bailleur du cheptel : car c'est en ce cas le laboureur preneur du cheptel, qui est chargé en entier de la nourriture et du logement du bétail : c'est lui qui fournit les pâturages et les étables. Aussi il doit avoir seul le profit des laitages, fumiers et labours des animaux ; le bailleur n'y doit prendre aucune part. Lorsque le contrat intervient entre un maître de métairie qui est le bailleur, et son métayer qui est le preneur, en ce cas le preneur n'est chargé que de la garde du cheptel, puisque le bailleur fournit les pâturages et l'hébergement.

§. III. De la forme du cheptel ordinaire.

5. Ce contrat n'est proprement assujetti à aucune forme, sinon que dans ce contrat le bailleur devant à la fin du cheptel, au partage qui s'en fera, prélever le montant de la valeur des bestiaux qu'il a donnés à cheptel, il en doit être fait, lors du contrat, une prisée, pour connoître quelle en étoit la valeur lors du contrat.

Cette prisée peut se faire ou à l'amiable entre les parties, ou par des estimateurs que les parties choisissent.

Si un bailleur, profitant du besoin pressant qu'un laboureur a de son bétail pour faire valoir sa métairie, l'a fait consentir à une estimation trop forte du bétail qu'il lui donnoit à cheptel, il est obligé, dans le for de la conscience, de réduire cette estimation à la somme qui étoit le juste prix du cheptel lors du contrat.

Contra vice versâ, si dans un cheptel passé entre un maître de métairie et son métayer, le maître s'en rapportoit, pour la prisée, à ce métayer, ce seroit une injustice, si le preneur la faisoit au-dessous du juste prix.

6. Le contrat de cheptel n'a pas, à la vérité, besoin d'être revêtu d'aucune formalité pour avoir son exécution entre les parties contractantes : il peut vis-à-vis d'elles être passé par un acte sous signature privée : il peut même être fait verbalement, lorsque les parties ne disconviennent pas de la convention. Mais pour que le bailleur puisse justifier le contrat de cheptel, dans le cas d'une saisie des bestiaux du cheptel pour la taille et autres impositions dues par le preneur chez qui les bestiaux se trouvent, et pour que le bailleur puisse en conséquence en obtenir main-levée, l'édit du mois d'octobre 1713, *art.* 17, a assujéti à cet égard les contrats de cheptel à certaines formalités, qui sont, 1° qu'il en sera passé acte devant notaire; 2° que l'acte contiendra le nombre, l'âge et le poil des bêtes du cheptel; 3° qu'ils seront contrôlés dans la quinzaine; 4° qu'ils seront publiés aux prônes des paroisses de la demeure des preneurs (ou, ce qui équipolle, à la porte de l'église, à l'issue de la messe de paroisse, suivant la déclaration du 16 décembre 1698); 5° qu'ils doivent être enregistrés sans frais au greffe de l'élection, dans les deux mois de leur date.

Par l'article 18, il est défendu aux officiers des élections d'avoir aucun égard aux baux à cheptel, s'ils ne sont revêtus desdites formalités, sans qu'ils puissent en admettre la preuve par écritures privées, ni par témoins, à peine de nullité. Lorsque le contrat de cheptel est revêtu de toutes les susdites formalités, le bailleur peut, en le représentant, obtenir la main-levée de la saisie qui auroit été faite des bestiaux de

son cheptel, même pour la taille et les autres impositions dues par le preneur; sauf néanmoins que la saisie peut tenir et être suivie pour un cinquième du cheptel pour le taux de taille du preneur, sans que pour les autres impositions elle puisse tenir pour aucune portion; *art. 19.*

ARTICLE II.

Si le contrat de cheptel simple est permis.

7. L'auteur des Conférences de Paris sur l'usure, prétend que le contrat de cheptel simple et ordinaire, tel que nous l'avons exposé dans l'article précédent, et par lequel le preneur supporte la moitié de la perte, lorsqu'il y en a, comme il a la moitié du profit, est un contrat illicite et usuraire, contraire au droit naturel, et aux coutumes du royaume qui ont traité de cette manière.

Nous établirons au contraire dans un premier paragraphe, que ce contrat, dans les provinces où il est autorisé et pratiqué, est équitable, et n'a rien de contraire au droit naturel.

Nous établirons dans un second paragraphe, qu'il est expressément autorisé par les coutumes qui ont traité des cheptels.

Dans un troisième paragraphe, nous examinerons si le contrat de cheptel, tel que nous l'avons exposé, est licite indistinctement dans tous les pays;

Dans un quatrième, s'il est licite à l'égard de toutes les espèces d'animaux.

§. I. Le contrat de cheptel simple et ordinaire n'a rien de contraire à l'équité naturelle dans les provinces où il est admis.

8. Pour détruire les raisonnements de l'auteur des Conférences contre le contrat de cheptel, il suffit de les rapporter.

Cet auteur distingue deux espèces de contrats de cheptel: celui qu'il appelle *cheptel affranchi*, qui est le cheptel à moitié, dont nous traiterons dans la section suivante, par lequel chacune des parties fournit à la société la moitié des bestiaux qui doivent composer le fonds du cheptel et de la société; et le *cheptel* qu'il appelle *non affranchi*, par lequel le bailleur fournit tout le fonds du cheptel. Il convient que

dans le cas du cheptel affranchi, la perte qui arrive sur le cheptel par des cas fortuits, doit être supportée en commun par les deux parties, à qui le fonds du cheptel appartient en commun; mais il soutient que dans notre espèce de cheptel simple, qu'il appelle le cheptel *non affranchi*, le bailleur qui a fourni tout le fonds du cheptel doit en supporter seul la perte, s'il en arrive par des cas fortuits, et qu'on ne peut sans injustice en faire porter aucune part au preneur.

Suivant le système de cet auteur, le preneur qui n'a pas fourni sa part des bestiaux qui doivent composer le cheptel, et qui d'ailleurs n'apporte rien de plus que ce qu'un preneur qui a fourni sa part des bestiaux apporte outre sa part, est néanmoins de meilleure condition que le preneur qui a fourni sa part; car celui-ci n'a la moitié des profits qu'à la charge de supporter la moitié de la perte; au lieu que le preneur qui n'a pas fourni sa part des bestiaux, a la même part dans les profits que celui qui l'a fournie, sans être, comme lui, sujet à supporter sa part de la perte, lorsqu'il en arrive. Qui ne sent l'absurdité d'un pareil système?

Lorsque je fais un plaisir à quelqu'un, en lui faisant un prêt ou une avance, il ne m'est pas permis, à la vérité, de retirer aucun lucre du bienfait que je lui fais; mais néanmoins ce bienfait ne doit pas m'être préjudiciable; *Officium suum nemini debet esse damnosum*. Dans le système de l'auteur des Conférences, le bailleur, pour faire au preneur le plaisir d'avancer pour lui la part des bestiaux qu'il doit fournir à la société, se feroit un préjudice considérable, puisque dans ce système il se chargeroit pour le total du risque de la perte sur le cheptel, qu'il n'auroit supporté que pour moitié, s'il n'eût pas fait au preneur cette avance, et que le preneur eût apporté la part qu'il devoit apporter. Qui ne sent, encore un coup, l'absurdité d'un pareil système?

9. Tout l'argument de cet auteur se réduit à dire, que c'est un principe de droit naturel, que les choses doivent être aux risques de ceux à qui elles appartiennent; que la perte, lorsqu'elle arrive par un cas fortuit, en doit donc être supportée par eux, *Res perit domino*, et qu'on ne peut sans injustice la faire supporter par d'autres.

De là il conclut que dans le cheptel ordinaire, qu'il appelle *cheptel non affranchi*, le bailleur ayant seul fourni les bestiaux, et en étant par conséquent seul propriétaire, il doit seul en supporter la perte, et qu'il ne peut sans injustice en faire supporter aucune part au preneur.

Il est facile de répondre à son argument. 1° Lorsque le cheptel simple est considéré sous le premier point de vue sous lequel nous avons vu, en l'article précédent, qu'il pouvoit être considéré, le bailleur étant dans ce cas censé fournir pour le preneur la moitié dans le fonds du cheptel que le preneur doit fournir, et lui avancer cette moitié, le fonds du cheptel n'est pas moins, dans ce cas, commun entre les deux parties, que dans le cas du cheptel à moitié, que l'auteur des Conférences appelle *cheptel affranchi*; et par conséquent, même suivant le principe de cet auteur, la perte qui arrive par cas fortuit sur le cheptel doit être supportée en commun, comme dans le cas du cheptel affranchi. La seule différence entre le cheptel simple, considéré sous le premier point de vue, et le cheptel à moitié ou affranchi, est que dans le cheptel simple, le preneur est débiteur envers le bailleur, du prix de la moitié du fonds du cheptel, que le bailleur est censé avoir fourni pour lui, et lui avoir avancé. Mais quoique le preneur soit débiteur du prix de cette moitié, il ne laisse pas d'être propriétaire de cette moitié, et elle doit par conséquent être à ses risques, même suivant le principe de l'auteur des Conférences.

10. 2° En considérant le cheptel simple sous le second point de vue, suivant lequel le bailleur demeure seul propriétaire du fonds du cheptel, il est encore facile de répondre à l'argument de l'auteur des Conférences. Une chose, dit-il, doit être aux risques de celui à qui elle appartient, et il en doit supporter la perte, lorsqu'elle arrive par cas fortuit; *Res perit domino*. Je réponds que ce principe souffre des exceptions. Il seroit trop long de les rapporter toutes; il suffit de rapporter celle qui sert à la décision de la question présente, qui est que le propriétaire d'une chose peut licitement, et sans blesser la justice, se décharger du risque de sa chose, et charger de ce risque une autre personne.

en payant à cette personne le prix du risque dont il la charge.

C'est ce qui arrive dans le cas du contrat d'assurance, par lequel les propriétaires d'un navire et les propriétaires des marchandises qui y sont chargées, chargent des assureurs des risques que doivent courir leur vaisseau ou leurs marchandises pendant le cours d'une navigation, en donnant à ces assureurs une certaine somme pour le prix du risque dont ils les chargent.

Pareillement, dans notre contrat de cheptel simple, le bailleur peut par ce contrat, sans blesser la justice, se décharger, pour moitié, du risque de son cheptel, et en charger le preneur pour cette moitié, en lui accordant pour le prix de ce risque dont il le charge, la moitié dans les profits des laines, croît et améliorations des bêtes, qui ne lui seroient pas dus sans cela, étant d'ailleurs suffisamment payé de ce qu'il fournit pour le cheptel, par les profits de laitages, graisses et labeurs qu'on lui laisse.

§. II. Le cheptel simple est autorisé par les coutumes.

11. Le cheptel simple, par lequel le preneur a part à la perte comme aux profits, bien loin d'être contraire aux lois et coutumes du royaume, comme se l'est imaginé l'auteur des Conférences, est au contraire expressément autorisé par les coutumes qui ont traité de la matière des cheptels; et nous le défions d'en citer aucune qui l'ait condamné.

Nous commencerons par la coutume de Berry. Cette coutume, *art. 5*, traite de la manière dont se fait le partage après l'expiration du temps que doit durer le bail à cheptel. Il est évident que dans cet article la coutume traite du cheptel simple; car il est parlé du prélèvement que doit faire le bailleur de son cheptel, ce qui ne peut avoir lieu que dans le cheptel simple. Dans le cheptel à moitié, par lequel chacune des parties a fourni sa moitié, il ne peut y avoir un prélèvement du cheptel à faire.

Cet article 5 est pour le cas auquel il se trouve du profit dans le cheptel: l'article 4 qui suit, est pour le cas auquel il s'y trouve de la perte.

Il est évident par la connexion et l'opposition qui est entre

l'article 4 et l'article 5, qu'il est parlé dans l'article 4 de la même espèce de cheptel dont traitait l'article 5, et par conséquent du cheptel simple. Or voici comme s'explique la coutume audit article 4 : « Et si ladite appréciation desdites
 « bêtes est moindre que le cheptel que doit prendre le bail-
 « leur (c'est-à-dire, que la somme à laquelle monte, suivant
 « la première prisée faite lors du bail, le fonds de bestiaux
 « fourni en entier par le bailleur), la perte qui est sur le
 « cheptel doit être divisée par moitié; et de la moitié sera
 « tenu le preneur en rembourser le bailleur. »

Cette perte que l'article 4 fait supporter en commun par le bailleur et le preneur, est celle qui est arrivée par des cas fortuits; car à l'égard de celle qui seroit arrivée par la faute du preneur, la coutume en charge en entier le preneur. C'est pourquoi, après la première partie de l'article 4 que nous venons de rapporter, la coutume ajoute : « Et si par la faute,
 « coulpe et négligence du preneur, ladite diminution et dé-
 « térioration des bêtes sont provenues, il est tenu aux dom-
 « mages et intérêts du bailleur. »

L'auteur des Conférences, qui ne peut se tirer de cet article 4 de la coutume de Berry, qui décide dans les termes les plus formels, « que dans le cheptel simple (que cet
 « auteur appelle non affranchi), la perte, lorsqu'il s'en
 « trouve, est supportée en commun par le bailleur et le pre-
 « neur, a cru pouvoir éluder cet article en disant, *page 457*,
 « qu'il devoit être restreint au seul cas d'un partage qui au-
 « roit été *intempestivement demandé.* » Mais cette interpré-
 tation est divinatoire et ridicule. Il n'y a ni dans l'article 4,
 ni dans ce qui le précède, ni dans ce qui le suit, aucun vestige de ce cas d'un partage intempestivement demandé, qu'a imaginé l'auteur des Conférences. Au contraire, l'article 5, avec lequel l'article 4 a une connexion évidente, s'exprime en termes formels du cas d'un partage demandé après l'expiration du temps que doit durer le cheptel. Voici ses termes : *En cheptel, celui qui veut exiger après le temps conventionnel ou de la coutume passé.* Donc pareillement dans l'article 4, qui y est relatif, il est question du cas du compte du cheptel qui se rend *après le temps conventionnel ou de la*

coutume passé, et non pas du cas d'un partage *intempestivement demandé*, comme a osé l'avancer l'auteur des Conférences, sans aucun fondement.

12. Quand même le texte de la coutume de Berry ne seroit pas aussi clair qu'il l'est, l'usage de la province, qui l'a toujours entendu dans le sens dans lequel nous l'entendons, ne devroit laisser aucun doute.

Cet usage ne peut mieux être justifié que par la jurisprudence de la province, et les jugements qui ont été rendus; l. 24, ff. *de legibus*. Or La Thaumassière, dans ses Décisions, *centur.* 11, *chap.* 46, nous rapporte plusieurs sentences du présidial de Bourges, qui même dans les temps des guerres civiles, dans lesquels les bestiaux de la province étoient pillés par les différents partis, ont jugé que les preneurs, dans les cheptels simples, devoient supporter la moitié de ces pertes.

13. La coutume de Bourbonnois n'est pas moins formelle que celle de Berry, pour autoriser le contrat de cheptel simple, par lequel le preneur à qui on accorde la moitié dans le profit du cheptel fourni en entier par le bailleur, doit supporter la moitié de la perte, lorsque par des cas fortuits, au lieu de profit, il y a de la perte.

Voici comme elle s'exprime en l'article 454 : « Si au temps de la prise les bêtes sont moins prises que du prix pour lequel elles ont été baillées à cheptel et croît, le bailleur prendra icelles bêtes ou la somme du prix entièrement; et lesdits bailleur et preneur seront tenus chacun par moitié de la perte; de laquelle moitié ledit preneur est tenu de rembourser ledit bailleur. » L'auteur des Conférences ne peut pas dire que cet article doit être entendu du cheptel affranchi : ces termes de l'article, *de laquelle moitié ledit preneur est tenu de rembourser le bailleur*, y résistent; car dans le cas du cheptel affranchi, en cas de perte, le preneur, lors du partage du cheptel, n'a rien à rembourser au bailleur : il supporte pour sa part la perte en ce qu'il retire moins qu'il n'a apporté.

L'auteur des Conférences ne peut pas non plus disconvenir que cette perte dont la coutume fait supporter la moitié

au preneur, ne soit celle qui est arrivée sans la faute du preneur; car à l'égard de celle qui arrive par sa faute, il ne la doit pas seulement supporter pour moitié, mais en total. C'est pourquoi la coutume ajoute à la fin de l'article : *Mais si la détérioration est arrivée par fraude, dol ou malversation du preneur, il est tenu des dommages et intérêts envers le bailleur.*

14. Passons à la coutume de Nivernois. Bien loin qu'elle proscrive le contrat de cheptel par lequel la perte comme le profit, lorsqu'il y en a sur le cheptel, se partage en commun entre le bailleur qui a fourni tout le cheptel, et le preneur, au contraire elle l'autorise formellement.

Cette coutume, au titre des Droits et Cheptels des Bêtes, après avoir dit en l'article 2, que le contrat de cheptel est de telle nature que le bailleur baille et fournit le bétail, s'exprime ainsi en l'art. 3 : « Et doit le preneur telle garde
« audit bétail, que s'il périt par ses dol, faute et coulpe, le
« dommage se prend sur lui ; mais si c'étoit par fortune ou
« inconvénients non prévus, ou qui ne se pourroient prévoir,
« il n'en sera tenu ; mais est le péril ou perte commun. »

L'article 4 qui suit, dit : « Aussi est le péril dudit bétail
« commun, régulièrement entre le preneur et le bailleur,
« tout ainsi que le croît qui en procède. »

La coutume de Nivernois autorise bien formellement par ces articles notre contrat de cheptel, par lequel la perte comme le profit se partage également entre le bailleur qui a fourni tout le cheptel, et le preneur.

15. L'auteur des Conférences donne, à son ordinaire, la torture à ces articles : il dit que cette dernière phrase de l'article 3 doit être détachée de l'article 3, et placée au commencement de l'article 4; et que cet article 4, ainsi que la fin de l'article 3, qui y doit être portée, sont dans le cas du cheptel affranchi, et non dans le cas du cheptel non affranchi, dont les articles 2 et 3 ont parlé : Autrement, dit cet auteur, ces termes, *mais est le péril ou perte commun,* formeroient une contradiction avec ceux-ci qui précèdent, *il n'en sera tenu.*

Je réponds que ces termes, *mais est le péril ou perte*

commun, ne contredisent pas ceux qui précèdent. *il n'en sera tenu*. Ils servent à les expliquer, et à faire connoître que ces termes doivent s'entendre seulement en ce sens, que le preneur *n'est pas tenu* de la perte qui arrive par fortune et sans sa faute, de la même manière qu'on venoit de dire qu'il étoit tenu de celle arrivée par sa faute; *qu'il n'en est pas tenu* seul; *qu'il n'est pas tenu* d'en dédommager le bailleur : mais cela ne veut pas dire qu'il n'en doit pas supporter sa part, comme ayant part à la perte ainsi qu'au profit. Ainsi nulle contradiction dans l'article 3, et nul besoin d'en détacher la fin.

La coutume de Bergerac, dont le texte est rapporté *infra*, n. 18, s'exprime de la même manière, et sert à confirmer notre interprétation.

16. Quant à ce que dit l'auteur des Conférences, que cette fin de l'article 3, *mais est le péril ou perte commun*, et l'article 4, ne doivent pas s'entendre du cheptel non affranchi, dont il avoit été parlé auparavant, mais du cheptel affranchi, cela est dit sans aucun fondement. Ce n'est qu'en l'article 5 que la coutume commence à parler de l'affranchissement du cheptel que le preneur peut faire pendant le cours du bail, en laissant prélever au bailleur le prix des bêtes et des laines qui se vendent, jusqu'à concurrence de la prisée du cheptel; et lorsque le bailleur se trouve ainsi payé du prix du cheptel, *le bétail dudit cheptel*, dit l'article 6, *ensemble tout le croît, sont communs entre les parties, et en conséquence sont communs les dommages et profits*.

L'effet de cet affranchissement est, suivant cet article, qu'au lieu qu'auparavant le bétail qui fait le fonds du cheptel appartenoit en entier au bailleur, qui avoit au moins le droit d'en prélever le prix, au contraire, depuis qu'il se trouve affranchi et acquitté par le prélèvement que le preneur a laissé faire au bailleur, des profits, jusqu'à concurrence du prix entier du cheptel, le bétail qui fait le fonds de ce cheptel devient entièrement commun entre les parties, de manière que le preneur y a autant que le bailleur.

A l'égard de ces derniers termes, *et en conséquence sont*

communs les dommages et profits, le sens est, que tout étant commun, les dommages et profits sont communs comme ils l'étoient avant l'affranchissement : mais ces termes n'ont pas ce sens que l'auteur des Conférences leur attribue, que le dommage qui peut survenir par cas fortuits, ne devient commun que depuis que le cheptel a été acquitté et affranchi.

La raison est, 1^o que si dans cette phrase, *et en conséquence sont communs les dommages et profits*, on devoit conclure de ces termes *en conséquence*, que le dommage ne devoit être commun que depuis l'affranchissement, et en conséquence de l'affranchissement et acquittement du cheptel, il y auroit lieu d'en conclure pareillement que le profit ne doit être commun que depuis l'affranchissement, et en conséquence de l'affranchissement et de l'acquittement du cheptel; car dans la phrase les termes *en conséquence* ne tombent pas plus sur *le dommage* que sur *le profit*. Or on ne conteste pas que dès avant l'affranchissement, le profit étoit commun, et qu'il ne fait que continuer de l'être; donc pareillement le dommage ne fait que continuer d'être commun.

2^o Il est contre la raison de penser que l'affranchissement et l'acquittement du cheptel que fait le preneur, ne servent qu'à rendre sa condition beaucoup plus mauvaise que s'il ne l'eût pas acquitté, en le rendant sujet au risque de la perte, sans qu'il ait dans le profit rien de plus que ce qu'il auroit eu sans courir le risque d'aucune perte, s'il n'eût pas affranchi le cheptel.

17. L'auteur des Conférences se prévaut beaucoup de l'autorité de Coquille. Il est vrai que Coquille, en son Commentaire sur la coutume de Nevers, et dans ses questions sur cette coutume, *art. 84*, a pensé que dans le cheptel simple, tant qu'il n'avoit pas été affranchi et acquitté par le preneur, la perte qui arrivoit par cas fortuits sur le cheptel, si elle n'étoit réparée et supplée par les profits, devoit, en cas qu'elle excédât les profits, être supportée par le bailleur, qui étoit pour le total propriétaire du cheptel, les choses devant être aux risques de ceux à qui elles appartenoient, *Res perit domino*. C'est cette autorité de Co-

quille qui a induit en erreur l'auteur des Conférences, et les autres casuistes. Mais quelque respectable que soit l'autorité de Coquille, elle n'est, sur cette question, rien moins que décisive. 1° Cet auteur convient que son opinion est une opinion singulière, et que l'interprétation qu'il donne à sa coutume, est une interprétation contraire à celle qu'on y avoit toujours donnée jusqu'alors. La Thaumassière, au lieu ci-dessus cité, la combat, et établit qu'elle n'a pas été suivie dans la pratique. 2° Coquille, pour soutenir son opinion, est obligé de donner la torture au texte de la coutume. Suivant lui, ces termes de la coutume, *est le péril ou perte commun*, doivent s'entendre en ce sens, que chacun doit supporter la perte pour la part qu'il a dans le cheptel; que le preneur n'ayant part que dans les croits et profits, il ne doit supporter pour sa part que la perte qui arrive sur les croits, et non celle qui arrive sur les bêtes qui font le fonds du cheptel, dans lequel fonds le preneur n'a rien. Cette interprétation forcée est démentie par l'art. 4 qui suit : *Aussi est le péril dudit bestail commun entre lesdits preneur ou bailleur, tout ainsi que le croist et profit qui en procède*. Peut-on dire plus formellement que ce n'est pas seulement le péril du croit et profit qui est commun entre le preneur et le bailleur, mais que le péril *du bestail*, c'est-à-dire, des bêtes qui composent le fonds du cheptel, est pareillement commun entre eux? 3° Coquille n'appuie son opinion sur aucun raisonnement solide. On ne sait ce qu'il veut dire lorsqu'il dit que ce seroit une société léonine, si on faisoit supporter au preneur une part de la perte du fonds du cheptel qui appartient en entier au bailleur. On appelle *société léonine*, suivant la loi 20, §. 2, ff. *pro soc.*, celle par laquelle un des associés seroit sujet à porter sa part de la perte, sans qu'il pût jamais avoir part au profit. Mais dans notre contrat de cheptel, le preneur n'étant sujet à porter sa part de la perte que parcequ'on lui accorde une pareille part dans le profit, on ne peut pas dire qu'il renferme une société léonine. Le seul argument sur lequel Coquille appuie son opinion, est de dire que les choses doivent être aux risques de ceux à qui elles appartiennent, et que

Res perit domino. Nous avons, au paragraphe précédent, répondu à cet argument, d'une manière que nous croyons satisfaisante. Nous y renvoyons.

18. Nous pouvons encore rapporter, pour autoriser notre contrat de cheptel simple à moitié de profit et de perte, l'autorité d'une ancienne coutume de Bergerac, rédigée en latin. Voici comme elle s'explique : *Si contingat aliqua de dictis animalibus seu omnia mori, et hoc sit sine culpâ nutritoris, dictus nutritor non tenetur de morte animalium; sed duntaxat restituet domino medietatem sui CABAL : si autem moriantur ob culpam nutritoris aut ejus familiæ, nutritor domino restituere tenebitur CABAL.*

Les autres coutumes n'ont aucune disposition qui autorise ni qui proscrive notre cheptel simple à moitié de profit et de perte.

§. III. Si le contrat de cheptel simple à moitié de perte et de profit, est licite dans tous les pays.

19. Quoique le contrat de cheptel dont nous traitons, par lequel le preneur a part à la perte comme au profit, soit équitable et licite, non seulement dans le ressort des coutumes qui l'ont expressément autorisé, telles que sont celles de Berry, de Bourbonnois et de Nivernois, mais même dans plusieurs autres provinces où il est en usage, quoique les coutumes de ces provinces ne s'en soient pas expliquées, telle qu'est la province de Sologne, tant orléanoise que blaisoise, il n'en faut pas conclure qu'il soit de même équitable et licite dans tous les autres pays. L'équité de ce contrat dépend des différentes circonstances des lieux. Dans les provinces abondantes en pâturages, où la nourriture du bétail qu'on donne au preneur à garder et à nourrir, lui coûte peu, et où il en est suffisamment payé par les laitages, fumiers et labours des animaux, on peut licitement, et sans blesser l'équité, charger le preneur de la moitié du risque de la perte qui peut arriver par des cas fortuits sur le cheptel, en lui donnant pour le prix de ce risque la moitié dans les profits que les parties espèrent faire, tant par les laines, que par les croûts et l'amélioration des bêtes, dans lesquels

profits il n'auroit pas droit, sans cela, d'avoir aucune part.

Au contraire, dans les provinces où il y a peu de pâturages, où la nourriture du bétail est très coûteuse au preneur à qui on le donne à nourrir, et où en conséquence la moitié de tous les profits que le preneur perçoit, est à peine le prix de ses frais de nourriture et de garde, on convient que dans ces provinces, la convention par laquelle on le chargerait d'une partie du risque de la perte qui peut arriver sur le fonds du cheptel par des cas fortuits, seroit une convention injuste et illicite, parcequ'il ne recevrait rien pour le prix de ce risque dont on le chargerait.

20. L'équité du contrat de cheptel simple à moitié de perte et profit, étant dépendante des différentes circonstances, des différents lieux, on ne peut pas conclure de ce que ces contrats seroient réprouvés dans quelques provinces, qu'ils ne pussent être licites et équitables dans les provinces dans lesquelles ils sont admis par les lois municipales, et dans celles dans lesquelles les mêmes raisons qui les ont fait admettre, se rencontrent.

Cela répond aux autorités des conciles de Milan et de Bordeaux, tenus dans le seizième siècle, que l'auteur des Conférences allègue pour son opinion; car quand même nos contrats de cheptel simple à moitié de perte et profit, ne seroient pas licites dans les provinces où se sont tenus ces conciles, il ne s'ensuivroit pas qu'ils ne pussent l'être dans les nôtres. D'ailleurs, je ne voudrois pas être garant de l'exactitude des décisions de ces conciles sur les règles des contrats; cette matière étant plus du ressort des jurisconsultes, que des théologiens qui ont formé les décisions de ces conciles.

Par exemple, dans le concile de Bordeaux, cité par l'auteur des Conférences, on trouve au titre de *Contractibus illicitis*, un canon qui, suivant un ancien préjugé, proscriit, comme usuraires, les contrats de constitution de rente, lorsque la rente n'est pas assignée par le constituant sur un certain héritage dont le revenu égale au moins la rente. Néanmoins il n'est pas douteux aujourd'hui qu'on

peut licitement constituer des rentes à prix d'argent, sans qu'elles soient assignées sur aucun fonds d'héritage.

On trouve encore au même titre ce canon : *Ne in societate, in quâ alter pecuniam confert, alter operam, lucrum aliter quàm ex æquis partibus dividatur.*

Il est évident que cette décision est au moins louche, et qu'elle ne doit avoir lieu que dans le cas auquel le prix des services que l'un des associés doit rendre à la société, est d'égale valeur à l'argent ou au prix des marchandises que l'autre associé y apporte. Mais si ces services sont d'une valeur moindre ou plus forte que ce que l'autre associé y apporte, le profit ne doit pas se partager par portions égales ; mais la portion de chacun des associés doit être proportionnée à ce que chacun a conféré à la société.

§. IV. Si notre contrat de cheptel est licite à l'égard de toutes sortes d'animaux.

21. Dans les provinces où le contrat de cheptel simple, à moitié de perte et de profit, est approuvé, il ne l'est qu'à l'égard des bêtes qu'il est d'usage de donner de cette manière à cheptel, telles que sont les bêtes à laine, les chèvres, les bêtes aumailles, c'est-à-dire, les bœufs, vaches, chevaux et juments.

C'est pourquoi La Thaumassière, en sa préface sur le *Traité des Cheptels*, décide que dans la coutume de Berry, qui autorise le cheptel simple à moitié de perte et de profit, à l'égard des bêtes à laine et aumailles, un cheptel de porcs, qui seroit fait pareillement à moitié de profit et de perte, y seroit illicite. Il rapporte une sentence du présidial de Bourges qui l'a jugé tel. La raison est, que la nourriture de ces animaux dont on charge le preneur, étant très coûteuse, et la moitié des croits qu'on lui donne étant en conséquence à peine suffisante pour le récompenser des frais de garde et de nourriture, cette moitié du croit ne peut plus payer le preneur, du prix du risque de la perte du cheptel par cas fortuits, dont on le chargeroit pour moitié. Or il n'est pas juste que le bailleur, que ce risque concerne en entier comme propriétaire du cheptel, s'en décharge pour moitié

sur le preneur, sans payer au preneur le prix de ce risque.

22. La Thaumassière observe que si, dans le cheptel de porcs, le bailleur fournissoit une partie considérable de la nourriture, le preneur pourroit être licitement chargé, pour moitié, du risque de la perte par cas fortuits, parceque le preneur n'ayant plus à fournir qu'une part de la nourriture, la moitié des croits pourroit, en ce cas, être suffisante pour le payer, tant de cette part de la nourriture, que du risque dont on le charge.

Même dans le cas auquel ce preneur fourniroit seul la nourriture, le preneur pourroit encore être licitement chargé de ce risque, s'il en étoit payé d'ailleurs; *putà*, en augmentant sa portion dans les croits, et lui en donnant les deux tiers au lieu de la moitié; ou bien encore mieux, si le bailleur abandonnoit à la société le fonds du cheptel, en ne se réservant point la faculté d'en prélever la valeur, lors du partage à la fin du bail.

23. Le même auteur observe que le cheptel de porcs à moitié de perte et de profit, qui est réprouvé lorsque le preneur n'est pas le métayer du bailleur, doit au contraire être exécuté, et ne peut être critiqué, lorsqu'il est fait à un métayer par le bail d'une métairie; parceque le cheptel, en ce cas, fait partie du bail à ferme de la métairie, et que le risque dont le fermier se charge pour moitié fait partie du prix de la ferme, qui, sans cela, auroit pu être affermée davantage.

ARTICLE III.

Des conventions qui sont réprochées dans les contrats de cheptel.

24. Les coutumes proscrivent, comme inique, dans un contrat de cheptel, la convention par laquelle le preneur seroit chargé pour le total du risque de la perte qui peut arriver par les cas fortuits. Celle de Berry, *art. 11*, s'en explique ainsi : « Tous contrats de bêtes à cheptel, duquel le « bailleur doit prendre profit et émolument du fruit, s'il « est dit en iceux que les bêtes seront aux périls et fortunes « du preneur entièrement, et que le cas fortuit adenant sur

« icelles sera soutenu du tout par icelui preneur , sont réputés nuls , comme illicites. »

25. Le contrat de cheptel est inique , non seulement lorsqu'on fait porter au preneur toute la perte , mais même lorsqu'on lui en fait porter une plus grande part que celle que la coutume lui fait porter ; à moins qu'il n'en soit récompensé d'ailleurs , par une plus grande part qu'on lui accorderoit dans le profit.

Par exemple , si dans le Berry , ou dans le Nivernois , et dans les provinces où l'usage a adopté la disposition de ces coutumes qui font porter au preneur la moitié de la perte , lorsqu'il y en a , de même qu'il a la moitié du profit , lorsqu'il y en a , il étoit stipulé par le contrat de cheptel , que le preneur en supporteroit les trois cinquièmes ou les deux tiers , le contrat seroit inique , et ne devoit pas être exécuté. C'est ce qui est décidé par l'article 15 de la coutume de Nivernois , article dans lequel cette coutume , après avoir réglé par les articles précédents ce qui doit être pratiqué dans le contrat de cheptel , dit : « S'il y a autres conventions que les dessus dites , par lesquelles il y ait *inégalité de profit et de dommage*. . . lesdites convenances sont réputées illicites , et les bailleurs punis comme usuriers. »

Mais si le preneur à qui , par le contrat , on feroit porter dans la perte une part plus grande que celle que la coutume fait porter aux preneurs , en étoit récompensé par une part pareille qu'on lui accorderoit dans le profit , le contrat ne renfermeroit aucune injustice.

Par exemple , si le contrat qui fait supporter au preneur les deux tiers dans la perte , lui accorderoit les deux tiers dans le profit , le contrat ne contiendroit aucune injustice. L'article 15 de la coutume de Nivernois , que nous avons rapporté ci-dessus , ne condamne que *l'inégalité de profit et de dommage*.

26. *Vice versâ* , le contrat par lequel , en chargeant le preneur de la moitié de la perte , dont la coutume le charge , on lui retrancheroit quelque chose de la moitié qu'elle lui accorde dans le profit , seroit un contrat inique ; car la coutume , par l'article ci-dessus rapporté , réproouve toute *inégalité de profit et de dommage*.

Par exemple, ce seroit une clause illicite, s'il étoit dit que le preneur n'auroit que les deux cinquièmes de profit, et qu'il porteroit néanmoins la moitié de la perte, s'il y en avoit.

Ce seroit pareillement une clause illicite, s'il étoit dit que le preneur seroit obligé de céder sa part dans les toisons au bailleur, pour un prix qui seroit au-dessous du juste prix.

Il y auroit pareillement iniquité dans le contrat de cheptel, si on retranchoit au preneur quelque chose des profits du laitage, des fumiers et labeurs des bêtes, profits qui lui sont accordés par les coutumes pour les frais de nourriture et de garde. Selon ce principe, les clauses par lesquelles le bailleur stipule que le preneur lui donnera une certaine quantité de fromages, ou de livres de beurre, ou quelques charretées de fumier, sont des clauses illicites.

27. Le contrat est encore illicite, lorsque le bailleur se réserve de prélever au partage, à la fin du bail, quelque chose de plus que la valeur du cheptel qu'il a fourni, suivant la prisée qui en a été faite lors du contrat, ou quelque chose de différent.

Par exemple, s'il étoit dit que le bailleur pourroit, à son choix, prélever ou le montant de la prisée, ou le même nombre de bêtes qu'il a apporté, sans faire raison au preneur de ce qu'elles vaudroient de plus que lors du bail, cette convention seroit manifestement injuste : car en prélevant ainsi en nature le nombre des bêtes qu'il a fournies, il auroit l'augmentation du prix survenue depuis le contrat sur le prix de ces bêtes, sans être exposé à souffrir, dans le cas contraire, la diminution du prix des bêtes, pouvant prendre la valeur entière de la prisée qui en a été faite lors du contrat.

28. La Thaumassière pense que toutes les clauses illicites que nous venons de rapporter, ne le sont que dans les contrats de cheptel qui ne sont pas *cheptels de métairie*; mais que dans les contrats *de cheptel de métairie* qui interviennent entre un propriétaire de métairie et son fermier, et qui font partie du bail à ferme de la métairie, le preneur n'est pas écouté à s'en plaindre, et qu'il est obligé de les

exécuter ; parcequ'on l'en doit présumer indemnisé par les conditions du bail à ferme de la métairie , le bailleur étant censé avoir pour cela affermé sa ferme pour un prix moindre que celui pour lequel il eût pu l'affermier.

Cet auteur dit l'avoir fait juger par une sentence du présidial de Bourges , infirmative de celle d'Issoudun , dans l'espèce d'une clause par laquelle le bailleur , dans le bail à ferme fait à son métayer , se réservoir de prélever à la fin du bail , à son choix , ou la prisée , ou le même nombre de bêtes , sans faire raison de leur plus-value.

Suivant ce principe , il décide sur l'article onzième de sa coutume , que le bail à cheptel par lequel on fait supporter toute la perte au preneur est valable , lorsqu'il fait partie du bail de la métairie.

Cette décision me paroît souffrir beaucoup de difficulté , sur-tout lorsqu'un fermier est un fermier partiaire , à qui , par le bail , on n'assigne que la part ordinaire qu'il est d'usage dans le pays d'assigner au fermier dans les fruits ; car on ne peut pas dire , en ce cas , qu'il a été indemnisé du risque qu'on lui fait supporter.

A l'égard de la clause par laquelle le bailleur exigeroit du preneur , du beurre ou des fromages , il n'est pas douteux qu'elle n'est défendue que dans les baux à cheptel qui ne sont pas cheptels de métairie. La coutume de Nivernois la permet bien formellement dans ceux qui se passent entre un maître de métairie et son métayer ou fermier ; car après avoir dit en l'art. 4 , que *les graisses , labeurs , laitages des bêtes appartiennent au preneur* , elle ajoute , *hormis en métairie , dont sera usé comme l'on a accoutumé , et qu'il sera convenu.*

29. La Thaumassière dit avoir vu mettre en question , si le contrat de cheptel étoit licite , par lequel un laboureur , après avoir vendu à un marchand un fonds de bétail pour une somme qui lui étoit payée comptant , prenoit incontinent le même fonds de bétail à titre de cheptel du marchand , à qui il venoit de le vendre. Des personnes qui croient apercevoir de l'usure par-tout , pensoient que ces contrats renfermoient un prêt usuraire déguisé de la somme comp-

tée par le marchand au laboureur, dont le marchand retiendrait les intérêts jusqu'à ce qu'il en fût payé, en la prélevant à la fin du bail, lors du partage de cheptel. Il a été jugé au contraire par un arrêt de 1615, que La Thaumassière rapporte, qu'il n'y avoit rien d'illicite dans ce contrat. On ne peut pas dire qu'il contienne un prêt déguisé, puisque le marchand qui a compté la somme peut n'en avoir pas en entier la répétition, ce qui arriveroit en cas de perte du cheptel.

ARTICLE IV.

Des obligations qui naissent du contrat de cheptel simple; et du droit de suite.

Par le contrat de cheptel les parties contractent l'une envers l'autre des obligations réciproques. Nous traiterons dans un premier paragraphe, de celles du bailleur; dans un second, de celles du preneur: nous traiterons dans un troisième paragraphe, du droit de suite que les coutumes accordent au bailleur.

§. I. De l'obligation du bailleur de faire jouir le preneur.

30. Le bailleur, par le contrat de cheptel, contracte envers le preneur l'obligation de le faire jouir du cheptel pendant le temps que doit durer le bail.

Lorsque ce bail a été fait par un maître de métairie à son fermier ou métayer, le bail à cheptel est censé fait pour le temps que doit durer le bail de la métairie.

A l'égard des autres baux à cheptel simple, lorsque le temps que doit durer le bail n'a pas été exprimé, il est de trois ans, suivant l'article premier de la coutume de Berry; et si, après l'expiration des trois années, quinze jours se passent sans que l'une ni l'autre des parties demande le partage, il se fait, suivant ledit article, une tacite reconduction jusqu'au jour de Saint-Jean suivant.

31. Le bailleur n'est obligé de laisser jouir le preneur du cheptel qu'autant que le preneur en jouit en bon père de famille. Si le bailleur étoit en état de justifier que le preneur en mésuse et le laisse dépérir, il pourroit demander

la résolution du bail à cheptel, et la restitution de son cheptel, ensemble ses dommages et intérêts ; de même que tout conducteur doit être privé de la jouissance de la chose qui lui a été louée, lorsqu'il en mésuse.

32. L'obligation que contracte le bailleur, de faire jouir du cheptel le preneur pendant le temps du bail, lorsqu'il n'en mésuse pas, non seulement l'empêche de le retirer avant la fin du bail, mais elle l'oblige encore à défendre le preneur contre les tiers qui apporteroient du trouble à sa jouissance. Le bailleur doit à cet égard la même garantie qu'un locateur doit au conducteur par le contrat de louage, et que nous avons expliquée dans notre *Traité du Contrat de Louage, part. 2, chap. 1, sect. 2.*

C'est pourquoi si un tiers, se prétendant propriétaire des bestiaux que vous m'avez donnés à cheptel, a formé la demande contre moi pour que je les lui délaisse, je serai bien fondé à former contre vous l'action pour que vous soyez tenu de faire cesser le trouble, sinon condamné en mes dommages et intérêts. Cette action est l'action *præscriptis verbis*, qui naît de l'obligation que vous avez contractée par le bail à cheptel, de me faire jouir.

Par la même raison, il n'est pas douteux que si les créanciers du bailleur avoient, pour les dettes du bailleur, saisi et exécuté les bêtes qu'il a baillées à cheptel, le preneur troublé dans sa jouissance par cette saisie, auroit action contre le bailleur pour qu'il lui en rapportât main-levée.

35. Mais c'est une question, si le preneur n'est pas fondé à former lui-même opposition à la saisie, et à demander que les bêtes ne puissent être vendues qu'à la charge par l'adjudicataire d'entretenir le bail à cheptel. Coquille, qui propose cette question à la fin de son Commentaire sur l'article 16 du *titre des Cheptels de la coutume de Nivernois*, la décide pour l'affirmative. Sa raison est, que les créanciers du bailleur ne peuvent pas avoir plus de droit dans le cheptel que n'en a le bailleur leur débiteur : ils ne peuvent pas plus que le bailleur, par la saisie et la vente qu'ils en font, priver le preneur de la jouissance du cheptel pendant le temps du bail, ce droit qu'a le preneur de jouir du chep-

tel, étant, selon Coquille, un droit qu'a le preneur *in re ipsâ*.

Au contraire, La Thaumassière, en sa préface sur le *titre des Cheptels de la coutume de Berry*, décide que les créanciers du bailleur peuvent, sans attendre la fin du bail, saisir et vendre les bêtes du cheptel qui appartiennent au bailleur leur débiteur, et que le preneur ne peut y former opposition que pour la part qu'il a dans les croits et profits, s'il s'y en trouve alors; sauf au preneur son action en dommages et intérêts contre son bailleur.

La raison de sa décision est, que le bailleur demeure propriétaire du cheptel; que l'obligation qu'il contracte envers le preneur de l'en faire jouir, n'est, de même que celle qui résulte d'un bail à loyer ou à ferme, qu'une obligation personnelle, laquelle, selon la nature des obligations personnelles, ne donne au preneur envers qui elle est contractée, qu'une créance et une action personnelle contre le bailleur et ses héritiers, et ne lui donne aucun droit dans la chose qui fait l'objet de l'obligation. Le preneur n'ayant aucun droit dans le cheptel, ne peut donc être fondé à s'opposer à la saisie qui en est faite par les créanciers du bailleur à qui le cheptel appartient, ni en empêcher la vente. La décision de La Thaumassière me paroît plus conforme aux principes du droit.

Observez que si les bestiaux qu'un laboureur tient à cheptel d'un étranger, se trouvoient dans une métairie que le laboureur tient à ferme, le propriétaire de la métairie seroit bien fondé, dans nos provinces, à s'opposer à la saisie qu'en auroient faite les créanciers du bailleur, et à en demander la main-levée; car ces bestiaux qui garnissent la métairie, devant répondre des obligations du bail de la métairie, et d'ailleurs étant nécessaires pour son exploitation, le propriétaire de la métairie a droit d'empêcher qu'ils n'en soient déplacés.

54. Une seconde espèce d'obligation que le bailleur contracte par le contrat de cheptel, est celle de partager avec le preneur ce qu'il y a à partager entre eux, soit après la fin du bail, soit même durant le bail. Nous remettons à en

parler dans l'article suivant, où nous parlerons du partage du cheptel.

§. II. Des obligations du preneur.

Première espèce d'obligation du preneur.

35. Le preneur, par le contrat du cheptel, s'oblige d'apporter à la garde et au gouvernement du bétail qui lui est confié, le soin d'un bon père de famille.

C'est pourquoi si par sa faute, ou par celle de ses pâtres, quelque bête du cheptel avoit reçu quelque dommage, il seroit tenu à cet égard des dommages et intérêts du bailleur.

L'espèce de faute dont il est tenu est la faute légère, comme dans le contrat de louage et dans celui de société; le contrat de cheptel étant, de même que ces contrats, un contrat qui se fait pour l'intérêt réciproque des parties.

Seconde espèce d'obligation.

36. Le preneur ne doit divertir ni vendre aucune des bêtes du cheptel à l'insu et sans le consentement du bailleur. C'est ce qui lui est expressément défendu par l'article 7 de la coutume de Berry, qui dit : « Les preneurs ne peuvent vendre les bêtes par eux prises, soit à cheptel, moitié ou autrement, si ce n'est du vouloir ou consentement exprès du bailleur; et s'ils font le contraire, sont amendables envers justice, à la discrétion d'icelle, et sont aussi tenus aux maîtres en tous leurs dommages et intérêts. »

Cela a lieu quand même les bêtes seroient vieilles, de manière qu'il fût de l'intérêt de la société qu'elles fussent vendues et remplacées; le preneur, même en ce cas, ne peut le faire que de concert avec le bailleur. Si le bailleur refusoit d'en consentir la vente, le preneur devroit l'assigner pour la faire ordonner par le juge. Il pourroit même prétendre des dommages et intérêts contre le bailleur, si le bailleur, par son refus, avoit laissé passer le temps de la vente.

S'il paroissoit que pendant un temps considérable, le maître a souffert que son métayer vendit les vieilles bêtes sans le consulter, je pense que le maître devroit être censé

persévérer dans cette tolérance, jusqu'à ce qu'il le lui eût défendu expressément, et qu'en conséquence il ne devrait pas être écouté à faire casser le marché qui auroit été fait par son fermier seul.

57. Quoique cet article ne parle que des bêtes *prinses à cheptel*, c'est-à-dire, de celles qui composent le fonds du cheptel, néanmoins le preneur ne peut pas non plus vendre les croits sans le consentement du bailleur, avant que le partage en ait été fait. La Thaumassière, sur l'article 5, atteste que c'est l'usage.

Mais si, après avoir pris dans les croits les bêtes nécessaires pour remplacer ce qui manquoit dans le fonds du cheptel, le surplus des croits a été partagé entre le preneur et le bailleur, le preneur peut seul disposer, comme bon lui semble, des bêtes de croit qui lui sont échues pour sa part.

58. Le preneur ne peut pas non plus disposer des laines sans le consentement du bailleur, avant que le partage en ait été fait. Mais s'il a partagé les toisons avec le bailleur, il peut disposer de sa part comme bon lui semble.

59. Il est sur-tout défendu au preneur de tirer de la laine des bêtes avant le temps de la tonte. L'article 5 de la coutume de Berry dit : « Le preneur des bêtes à cheptel, « moitié ou autrement, ne peut, avant le temps qu'elles « doivent être tondues, en tirer ne prendre aucunement « la laine, et attendra le temps qu'elles doivent être ton- « dues ; et après qu'elles seront tondues, partiront la laine « également. »

L'article 6 ajoute : « Toutefois, si en autre temps qu'à « la saison qu'on a accoutumé tondre les bêtes, étoit be- « soin, pour la santé et entretenement desdites bêtes, leur « ôter et prendre de la laine en aucuns endroits, lesdits « preneurs le pourront faire, en le dénonçant au bailleur. » On appelle ces laines *des écailles*.

Ces dispositions de coutume, qui n'étoient pas exactement observées par les chepteliers, ont été confirmées par des lettres-patentes en forme de règlement, du mois d'août 1759, registrées en parlement, dont nous avons transcrit

ici le dispositif. Il porte : *Voulons que les articles V et VI du titre XVII de la coutume de Berry soient exécutés dans toute l'étendue des lieux régis par ladite coutume ; et en conséquence, faisons très expresses inhibitions et défenses à tous fermiers, métayers, chepteliers, et autres preneurs de bêtes à laine, à moitié ou autrement, de prendre sur lesdites bêtes aucune laine avant le temps auquel elles doivent être tondues en entier, à peine contre chacun des contrevenants, de vingt livres d'amende, et de dix sous de dommages-intérêts envers le propriétaire, pour chaque bête à laine qui aura été tondue en contravention des présentes : leur faisons pareilles défenses, sous les mêmes peines, de s'attribuer par préciput aucunes laines sous le nom d'écouailles, ou sous quelque dénomination que ce puisse être, lesquelles seront partagées entre les preneurs et les bailleurs, ainsi que les autres laines, à proportion de la part que chacun y doit avoir : défendons aussi à tous preneurs de bêtes à laine, à moitié ou autrement, même aux propriétaires, de vendre ou exposer en vente aux marchés, foires, et dans les maisons particulières, aucunes écouailles avant le dix du mois de juin de chaque année, à peine de pareille amende que dessus, et de confiscation desdites écouailles au profit de l'hôpital le plus voisin, préalablement déduits les frais de saisie et exécution, et paiement des impositions de celui à qui lesdites écouailles se trouveront appartenir; auxquelles peines voulons pareillement que soient sujets et condamnés les drapiers, bonnetiers, cardeurs et autres fabricants ou traficants en laine chez qui sera trouvé des écouailles avant ledit temps, à moins qu'elles ne soient de l'année précédente, ou provenues des bêtes dont ils seroient eux-mêmes propriétaires. Ordonnons qu'en cas que pour la santé et entretienement des bêtes à laine, il faille les tondre avant le temps ordinaire de la tonte, les preneurs ne puissent le faire qu'en le dénonçant au propriétaire, et de son consentement, à l'effet de partager entre eux lesdites laines tirées avant ledit temps, le tout sous les mêmes peines de vingt livres d'amende, et dix sous de domma-*

ges et intérêts par chaque bête à laine envers le propriétaire d'icelle. Si donnons en mandement, etc.

§. III. Du droit de suite.

40. Nous avons vu au paragraphe précédent, que la coutume de Berry défendoit au preneur de vendre et divertir, de quelque manière que ce soit, aucune bête du cheptel, sans le consentement exprès du bailleur. S'il le fait, la coutume, en l'article 8, donne au bailleur le droit de suite, tant contre ceux qui auroient acheté ces bêtes, que contre ceux qui s'en trouveroient en possession. Voici ses termes :

« Et pourra au cas susdit le bailleur poursuivre lesdites
« bêtes, et les faire arrêter sur l'acheteur; et lui seront
« délivrées par provision, en baillant caution, en faisant
« par lui apparoir sommairement qu'elles lui appartiennent. Et néanmoins l'acheteur, s'il est trouvé qu'il sût
« que lesdites bêtes eussent été baillées à cheptel à celui
« qui les lui aura vendues, sera puni selon droit et raison. »

Ce droit de suite qui est accordé par cet article au bailleur, est l'action de revendication qu'a par le droit le propriétaire d'une chose contre ceux qui s'en trouvent en possession.

Il paroît que les coutumes considèrent le cheptel ordinaire sous le second point de vue sous lequel nous avons vu *suprà*, n. 4, qu'il pouvoit être considéré; c'est-à-dire qu'elles considèrent le bailleur, dans le cas de ce cheptel, comme propriétaire, pour le total, du fonds du cheptel.

En conséquence, le droit de suite et revendication des bêtes vendues est accordé au bailleur par cet article indéfiniment et pour le total, et non pas seulement pour la moitié.

41. On a demandé si le bailleur avoit le droit de suite pour les croits que le preneur a vendus, comme il l'a pour les chefs qui font le fonds capital du cheptel. La Thaumassière, sur l'article 8, dit que le sentiment de Labbe étoit que le bailleur n'avoit pas ce droit de suite pour les croits, mais seulement pour les bêtes qui font le capital du chep-

tel, parce que l'article 8, qui donne ce droit de suite, doit s'entendre des bêtes dont il est parlé en l'article 7 qui le précède, et avec lequel il a une relation exprimée par ces termes : *Et pourra au cas susdit, etc.* Or les bêtes dont il est question dans l'article 7, et que l'article 7 défend au preneur de vendre, sont les bêtes *par eux prises à cheptel*; c'est-à-dire, selon Labbe, celles qui font le capital du cheptel : d'où il conclut que le droit de suite n'a lieu que pour ces bêtes. La Thaumassière, qui rapporte cette opinion de Labbe, nous apprend qu'elle n'a pas été suivie, et que ces termes de l'article 7, *par eux prises à cheptel*, ont été entendus dans l'usage, non seulement des bêtes qui sont les chefs du cheptel, mais généralement de toutes celles qui le composent; et que, suivant l'usage constant de la province, il n'est pas plus permis au preneur de vendre les croîts que les chefs à l'insu du bailleur, qui a le droit de suite pour les uns comme pour les autres. L'opinion de Labbe doit être rejetée avec d'autant plus de raison, qu'elle seroit souvent impossible dans la pratique, les croîts se confondant avec les chefs, de manière à ne pouvoir plus souvent les distinguer.

42. L'article 8, ci-dessus rapporté, ne limite point le temps dans lequel le bailleur peut exercer ce droit de suite. Ragueau et La Thaumassière disent qu'il peut l'exercer, même après plusieurs années : bien entendu, pourvu qu'il n'y ait aucune circonstance qui puisse faire présumer un consentement tacite.

Ledit article 8 dit, *pourra faire arrêter sur l'acheteur.* Il faut suppléer, *et sur quiconque s'en trouvera en possession*; car le droit de suite est une revendication que le bailleur fait de ses bêtes, comme à lui appartenantes, le preneur n'ayant pu, par la vente qu'il en a faite, le dépouiller de son droit de propriété. Or, suivant les principes du droit, la revendication s'exerce sur quiconque possède la chose revendiquée; *Inst. tit. de act. in princ.*

45. Il est à remarquer que, par cet article, la coutume n'exige du bailleur qu'une justification sommaire et imparfaite de son droit sur les bêtes par lui revendiquées, pour

qu'il puisse en obtenir la restitution provisoire, en donnant caution : ce qui a été introduit par une raison de faveur, contre la règle ordinaire qui s'observe à l'égard des demandes en revendication, dans lesquelles le demandeur n'obtient la restitution de la chose par lui revendiquée qu'en définitif, après qu'il a pleinement justifié de son droit.

44. La coutume, à la fin de cet article, ordonne que *s'il est trouvé que l'acheteur sût que les bêtes eussent été baillées à cheptel à celui qui les lui a vendues, il soit puni selon droit et raison*; car en ce cas l'acheteur est un recéleur du vol qu'a commis le preneur en vendant les bêtes du bailleur à son insu.

45. Le bailleur a le droit de suite, non seulement dans le cas d'une vente extrajudiciaire, faite de gré à gré, des bêtes du cheptel par le preneur à son insu, mais même dans le cas d'une vente judiciaire desdites bêtes, faite sur une saisie exécutoire des créanciers du preneur. Les coutumes de Berry, *tit. 17, art. 10*, et de Nivernois, *tit. 21, art. 16*, lui accordent ce droit de suite. Voici les termes de l'article 10 de la coutume de Berry : « Si avant le cheptel payé, « le preneur souffre que, par exécution ou autrement, « l'on vende les bêtes par lui prises, sans en avertir le « bailleur; en ce cas ledit bailleur a droit de suite sur les- « dites bêtes, et les peut revendiquer comme à lui appar- « tenantes, nonobstant ladite revendication faite par souf- « france du preneur. Et en faisant apparoir sommairement « qu'elles lui appartiennent, lui seront délivrées par provi- « sion, en baillant caution, sans que ledit bailleur soit tenu « de payer aucuns frais de la nourriture desdites bêtes; et « n'est depuis qu'elles auront été nourries aux dépens de « l'acheteur de bonne foi, jusques au temps qu'elles auront « été arrêtées par le bailleur; et sera le preneur, qui a « souffert ladite vente sans en avertir le bailleur, amen- « dable envers justice, et condamné aux dépens, dom- « mages et intérêts du bailleur. »

Celle de Nivernois dit en substance les mêmes choses.

46. Ces coutumes disent, *si avant le cheptel payé*: car si le preneur, qui avoit droit de demander sa part des pro-

fits du croit et des laines , avoit , pendant un certain temps , laissé le bailleur prélever tous les profits , de manière que le bailleur se trouvât par-là payé , et rempli de la prisée du cheptel , le bailleur n'ayant plus rien à prélever , et le cheptel appartenant *æquo jure* au bailleur et au preneur , pour chacun moitié , les créanciers du preneur auroient droit en ce cas de saisir et exécuter le cheptel pour la moitié qui en appartient au preneur leur débiteur , sans néanmoins pouvoir procéder à la vente qu'après avoir fait régler le partage des bestiaux avec le bailleur.

Si le cheptel étoit un cheptel de métairie , intervenu entre le seigneur de métairie et son métayer , le bailleur , quoique rempli de la prisée du cheptel par les profits qu'il a prélevés , pourroit , en sa qualité de seigneur de métairie , s'opposer à la saisie qui seroit faite par les créanciers du preneur , de la part appartenante au preneur leur débiteur ; car en sa qualité de seigneur de métairie , il a droit d'empêcher que les bestiaux qui servent à l'exploitation de sa métairie n'en soient divertis.

47. Ces coutumes n'obligent point le bailleur à rendre à celui qui s'est rendu de bonne foi adjudicataire des bêtes du cheptel , le prix qu'il a baillé pour son adjudication. L'adjudicataire évincé par le bailleur n'a , pour se faire rendre le prix qu'il a payé , d'autre voie que celle de se pourvoir contre le saisissant , qui a touché ce prix , ou contre le preneur. Les coutumes n'obligent le bailleur à autre chose qu'à rendre à l'acheteur de bonne foi les frais qu'il a faits pour la nourriture des bêtes.

Si cet adjudicataire avoit retiré quelque profit de ces bêtes , les frais de nourriture ne lui seroient dus que sous la déduction du profit qu'il en auroit retiré.

Si le profit que l'adjudicataire en a retiré excédoit les frais de nourriture , cet adjudicataire n'auroit , à la vérité , aucuns frais de nourriture à répéter ; mais il ne seroit pas tenu de rien rendre du profit qu'il auroit perçu : car un possesseur de bonne foi n'est pas tenu à la restitution des fruits , pendant qu'il a été possesseur de bonne foi. Le bailleur n'auroit à cet égard que des dommages et intérêts

à prétendre contre le preneur, qui a laissé vendre les bêtes sans l'avertir.

Suivant cet article, l'adjudicataire de bonne foi ayant été mis, par la demande ou saisie du bailleur, en demeure de restituer les bêtes, ne peut pas répéter les frais de nourritures qu'il leur a fournies depuis qu'elles ont été arrêtées par le bailleur.

48. Ces coutumes ayant accordé au bailleur le droit de suite des bêtes de son cheptel, même sur ceux qui s'en sont rendus adjudicataires sur une vente judiciaire, sans obliger le bailleur à leur rendre le prix, c'est une conséquence que, dans ces coutumes, le bailleur doit avoir le même droit à l'égard des acheteurs qui ont acheté de bonne foi en foire les bêtes de son cheptel; car il ne peut y avoir de vente plus favorable et plus authentique que la vente judiciaire, *nec enim facile convelli debet judicialis hæræ fides*. Si donc la vente judiciaire ne met pas l'acheteur à couvert du droit de suite, les marchés faits en foire, quelque favorables qu'ils soient, ne peuvent mettre à couvert ceux qui ont acheté en foire. Coquille, sur l'article 16, est néanmoins d'avis contraire; mais son opinion n'a pas été suivie, au moins dans le Berry. La Thaumassière, *cent. 11, chap. 48*, rapporte plusieurs jugements qui établissent que la jurisprudence y est constante d'admettre le bailleur à revendiquer les bêtes de son cheptel contre un acheteur qui les a achetées de bonne foi et en foire, sans l'obliger à rendre à cet acheteur le prix qu'elles lui ont coûté.

49. Dans les coutumes qui n'ont pas, comme celles de Berry et de Nivernois, une disposition expresse qui accorde au bailleur, propriétaire du cheptel, le droit de suivre et de revendiquer les bêtes de son cheptel, lorsque les bêtes ont été saisies et vendues par les créanciers du preneur, le bailleur peut bien, jusqu'à la vente, s'opposer à la saisie, et obtenir la récréance de ses bêtes: mais j'aurois peine à croire que n'ayant pas formé d'opposition, il pût, après la vente, les suivre et revendiquer sur l'acheteur judiciaire: *nec enim convelli debet judicialis hæræ fides*.

50. Il y a plus de difficulté à l'égard des bêtes qui ont

été achetées de bonne foi, sur-tout lorsque c'est en foire ou marché public. Plusieurs prétendent que le propriétaire des choses dérobées, tel qu'est dans notre espèce le bailleur du cheptel, ne peut se les faire rendre par un tel acheteur, qu'en lui rendant le prix qu'il a payé.

Cette opinion est ancienne : elle a été suivie par les coutumes de Beauvoisis, rédigées par Philippes de Beaumanoir, en 1285. Il y est dit au chapitre 25 : « Se chil qui a la
« chose l'achète el marchié quemun. en cel
« cas, chil qui poursuit sa chose que il perdit, ou qui li fut
« emblée, ne la raura pas, se il ne rend l'argent que li
« acheteures en paya ; car puisqu'il l'acheta sans fraude et
« en marchié, il ne doit pas recevoir la perte de son argent
« pour autrui meffait. Mais s'il l'avoit achetée hors du mar-
« chié par mendre prix que la chose ne vauroit, le tiers ou
« la moitié, et il ne pouvoit trouver son garant, li demau-
« dierres rauroit sa chose sans l'argent de la vente payer,
« parceque l'en doit avoir grand présomption contre cheus
« qui ainssint achatent. »

Cette opinion a été pareillement suivie par les coutumes de Toulouse, rédigées par écrit en latin, en 1285. Il y est dit au titre *de emptione venditione*, art. 5 : *Est usus et consuetudo Tolosæ, quòd si aliquis emerit res mobiles in Tòlosà in carrerià (1) publicà vel foro. quòd emptor debet recuperare pretium ab illo cujus res est, et qui petit rem, quamvis res sit furtiva.*

Cette opinion a été suivie par Godefroy, en ses notes sur la loi 2, *Cod. de furt.* ; par Coquille, sur l'article 16 du titre des cheptels de la coutume de Nivernois ; par Brodeau, sur l'article 176 de la coutume de Paris, et par plusieurs autres.

Soefve, *cent. 2, chap. 96*, rapporte un arrêt du 9 décembre 1698, confirmatif d'une sentence du châtelet, qui a condamné le propriétaire d'un diamant, à rendre à l'orfèvre qui l'avoit acheté de bonne foi dans sa boutique, le prix qu'il l'avoit acheté. Il observe qu'il fut rendu contre les conclusions de M. Bignon.

(1) *CARRERIA, est via lata per quam cursus transire possunt.*

Les moyens sur lesquels on se fonde pour autoriser l'acheteur de bonne foi à exiger la restitution du prix qu'il a payé, du propriétaire qui réclame sa chose, sont, 1^o la bonne foi de l'acheteur, qui ne doit pas souffrir du vol qui a été fait de cette chose, auquel il n'a pas de part, ni par conséquent perdre le prix qu'il a payé.

C'est la seule raison sur laquelle paroissent se fonder les coutumes de Beauvoisis, suivant qu'il résulte du texte que nous en venons de rapporter. Cette raison n'étant pas suffisante, comme nous le verrons *infra*, d'autres y ajoutent celle-ci, savoir, que celui qui a acheté en foire une chose dérobée, a procuré, en l'achetant, au propriétaire, la faculté de la recouvrer; parceque si le voleur n'eût pas trouvé à la vendre, il l'auroit menée plus loin, où il auroit été beaucoup plus difficile, et souvent impossible au propriétaire de la recouvrer. Or, dit-on, cette faculté est quelque chose d'appréciable, et elle devient, lorsqu'elle est réduite à l'acte, de la valeur de la chose même. La propriété d'une chose que conserve celui qui l'a perdue, ou à qui elle a été dérobée, est quelque chose qui est de nulle valeur, si elle n'est jointe à la faculté de la recouvrer. Si donc on m'a dérobé une chose de valeur de dix écus, je souffre une diminution de dix écus dans mes biens, tant que je n'ai pas la faculté de la recouvrer : celui qui me procure cette faculté, fait rentrer dans mes biens cette valeur de dix écus, il m'enrichit de dix écus. Mais comme, en me procurant la faculté de recouvrer ma chose par l'achat qu'il en a fait, il lui en a coûté quelque chose, savoir, le prix qu'il a payé pour l'achat, je dois lui rendre ce prix, l'équité ne permettant pas que je sois enrichi à ses dépens : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento locupletari*; l. 206, ff. de R. J.

En cela, dit-on, les choses mobilières sont différentes des héritages. Lorsqu'un propriétaire revendique son héritage sur un acheteur de bonne foi, qui s'en trouve en possession, il n'est pas obligé de lui rendre le prix de son achat; car mon héritage, dont j'ai perdu la possession, ne pouvant changer de place, on ne peut pas de même dire

que l'achat que quelqu'un en a fait, m'a procuré ni même facilité le moins du monde la faculté de le recouvrer.

On tire aussi argument, pour cette opinion, de la loi 6, ff. *de capt.*, où il est dit que celui qui avoit racheté des barbares une captive, devoit être remboursé du prix du rachat par le fisc, à qui cette captive appartenoit et devoit être rendue, ayant été condamnée, avant sa captivité, à travailler à perpétuité aux ouvrages publics.

Enfin on fonde cette opinion sur la faveur des foires. Cette faveur, dit-on, doit, pour y attirer un grand concours de vendeurs et d'acheteurs, procurer au commerce qui s'y fait, toutes les sûretés possibles; et par conséquent les acheteurs doivent être assurés qu'en cas de réclamation des marchandises qu'ils y auront achetées, par ceux qui s'en prétendroient propriétaires, ils ne perdront pas le prix qu'ils auront payé, et qu'ils ne seront tenus de les rendre, si on ne leur rend ce prix.

L'opinion contraire de ceux qui tiennent que le propriétaire peut revendiquer la chose, sans rendre le prix qu'elle a coûté au possesseur, quoiqu'il l'ait achetée de bonne foi, et en foire ou marché public, a aussi beaucoup de sectateurs. L'ancienne coutume de Bretagne, *art.* 199, a suivi cette opinion. Il y est dit : « Et posé qu'il les eût achetées « en foire ou marché, si celui qui auroit égaré ou perdu « les marchandises, les pouvoit prouver siennes, il les auroit; et perdroit l'acheteur ce qu'il auroit mis, sauf son « recours sur celui qui les auroit vendues. »

Cette opinion est fondée sur plusieurs lois. La loi 2, *Cod. de furt.*, dit : *In civilem rem desideras ut agnitas res furtivas non prius reddatis quam pretium fuerit solutum à dominis.* La loi 25, *Cod. de rei vindic.*, dit pareillement : *Si mancipium tuum per vim vel furtum ablatum alii ex nullâ justâ causâ distraxerunt, vindicanti tibi dominium, solvendi pretii nulla necessitas irrogetur.* Ces lois sont dans l'espèce d'un acheteur de bonne foi : car si l'acheteur eût été de mauvaise foi, il n'y auroit pas eu lieu à la question sur laquelle ont été consultés les empereurs. Elles décident en termes généraux, que cet acheteur n'est pas fondé à prétendre

que le propriétaire qui revendique sa chose doit lui rendre le prix, sans distinguer où il l'a achetée, si c'est dans une foire ou marché public, ou ailleurs.

La justice de la décision de ces lois est évidente. Le droit de propriété que je conserve de la chose qui m'a été dérobée, renferme essentiellement le droit de la revendiquer par-tout où je la trouve, et de me la faire rendre par celui qui s'en trouve être le possesseur; et la loi naturelle, qui ne permet pas de retenir sciemment le bien d'autrui, oblige ce possesseur de me la rendre, lorsque je lui ai fait connoître qu'elle m'appartenoit. Au contraire, on ne peut assigner aucune cause d'où pourroit naître de ma part l'obligation de rendre au possesseur le prix qu'il a payé de ma chose à celui qui la lui a vendue: il n'est intervenu entre nous aucun contrat ni quasi-contrat d'où pourroit naître cette obligation. Le paiement qu'il a fait indûment de ce prix à celui qui lui a vendu ma chose, est un fait qui ne peut obliger à la restitution de ce prix, que celui qui l'a reçu indûment, mais qui ne peut pas m'y obliger, parceque c'est un fait qui m'est absolument étranger.

Il est facile de répondre aux moyens allégués pour la première opinion. A l'égard du premier, qui consiste à dire que l'acheteur ne doit pas perdre la somme qu'il a payée, parcequ'il n'est pas juste qu'il souffre du vol de cette chose, auquel il n'a pas eu de part, la réponse est, que s'il ne doit pas souffrir du vol qui m'a été fait, auquel il n'a pas eu de part, je ne dois pas non plus souffrir de la vente qui lui a été faite indûment de ma chose, ni du paiement qu'il a fait mal-à-propos du prix à celui qui la lui a vendue. Or, si j'étois obligé de lui rendre ce prix, c'est moi qui souffrirois de cette vente, et du paiement qu'il a fait mal-à-propos; choses dont je ne dois pas souffrir, n'y ayant pas eu de part. Au contraire, on ne peut pas dire qu'en ne lui rendant pas le prix, je le fais souffrir du vol qui m'a été fait; car ce n'est pas le vol, mais c'est l'achat qu'il a fait de la chose volée, et le paiement qu'il a fait mal-à-propos, qui lui ont fait souffrir la perte de la somme d'argent qu'il a payée; et bien loin que ce soit moi qui lui aie fait souffrir cette perte, c'est

lui-même qui se l'est procurée par son propre fait , par le paiement qu'il a fait mal-à-propos.

Dans les demandes en revendication d'héritages , jamais un acheteur de bonne foi ne s'est avisé de prétendre que le demandeur qui a justifié de son droit de propriété , dût , pour lui faire délaissier cet héritage , lui restituer le prix qu'il a payé. Pourquoi l'acheteur d'une chose mobilière auroit-il plus de droit ?

A l'égard du second moyen , qui consiste à dire que le voleur eût emmené la chose plus loin , si elle n'eût pas été achetée ; que l'acheteur , par l'achat qu'il en a fait , ayant procuré au propriétaire la faculté de la recouvrer , le propriétaire doit le rembourser de ce qu'il lui en a coûté pour cet achat , ce raisonnement pêche par le principe. Il est faux que ce soit l'achat que l'acheteur a fait de la chose qui m'a été volée , qui m'ait procuré la faculté de la recouvrer : j'avois cette faculté avant l'achat , et indépendamment de l'achat qu'il en a fait , puisque je pouvois la revendiquer entre les mains du voleur , ou de telle autre personne que ce soit qui la lui a vendue , de même qu'entre les siennes : c'est une chose très incertaine où le voleur eût porté la chose , si elle n'eût pas été achetée. On ne peut donc pas assurer qu'il l'eût portée dans un lieu si éloigné , qu'il m'eût été très difficile , ou même impossible de l'y suivre ; ce ne seroit tout au plus qu'une conjecture , qui ne suffit pas pour fonder l'acheteur à répéter de moi le prix que ma chose lui a coûté.

Il en est autrement du cas auquel quelqu'un auroit racheté ma chose , qui avoit été prise par des ennemis ou par des barbares. Il n'a fait , en la rachetant , que ce que j'eusse été obligé de faire moi-même pour la recouvrer ; car j'eusse été moi-même obligé de la racheter de ces ennemis ou barbares , contre lesquels je n'avois pas d'action pour la revendiquer. Il est donc juste que je rende le prix du rachat à celui qui l'a rachetée. Cela répond au troisième moyen , tiré de la loi 6 , ff. *de capt. et postlim.* , et fait connoître la disparité entre le cas de cette loi , et celui de la question que nous traitons.

A l'égard de l'argument tiré de la faveur des foires , et de

la sûreté qu'on doit procurer au commerce qui s'y fait, la réponse est, que cette sûreté ne concerne que le libre accès qu'on doit procurer aux marchands pour venir à la foire avec leurs marchandises, et pour s'en retourner; la prompte expédition des contestations qui pourroient s'élever sur les marchés qui s'y font, etc. Mais cette sûreté ne doit pas aller jusqu'au point de dispenser ceux qui ont acheté dans la foire des choses volées, de les rendre au propriétaire, s'il ne leur rend le prix qu'elles leur ont coûté. C'est la réponse que donne Menoch., *præsumpt. V. 29, 12. Nundinæ sunt tutæ quoad accessum et recessum, et ne quis aliquâ in eis molestiâ afficiatur; non tamen in eo sunt privilegiatæ, ut mercator non debeat cautè negotiari.*

La faveur des foires n'est donc pas suffisante pour dispenser les acheteurs des choses volées de les rendre, si on ne leur rend le prix : il faudroit une loi précise qui les en dispensât. Bien plus : plusieurs canonistes pensent que même dans les lieux où il y auroit une loi qui autoriseroit expressément ceux qui ont acheté en foire de bonne foi des choses volées, à s'en faire rendre le prix par les propriétaires des choses volées, ces acheteurs ne pourroient pas en conscience exiger des propriétaires cette restitution du prix, parce que ces lois étant contraires à la loi naturelle, qui défend de retenir le bien d'autrui, elles ne doivent pas être suivies dans le for de la conscience. C'est le sentiment d'Hostiensis, *de pœnit. et remiss.*; d'Aufrerius, *q. 151*, qui le décide ainsi à l'égard de l'article 5 de la coutume de Toulouse, qui a été ci-dessus rapporté.

Enfin, nous apprenons de M. de Cambolas, *11, 5*, que le parlement de Toulouse, après avoir jugé conformément à sa coutume, par arrêt du 7 mai 1594, rendu à son rapport, en a depuis reconnu l'iniquité, et a jugé le contraire par arrêt du 7 mai 1623.

51. Il nous reste une question, de savoir si le bailleur, après que les bêtes de son cheptel vendues à son insu ne sont plus extantes, a encore action pour en demander le prix à l'acheteur qui en a profité. La Thaumassière, *cent. 11, chap. 48*, tient l'affirmative, et rapporte un jugement qui a condamné un boucher à rendre à un particulier le prix

d'une vache de son cheptel, quoiqu'il y eût trois ans que ce boucher l'eût achetée, et qu'il l'eût consommée.

Le même auteur, en son Recueil de décisions, *liv. 4, chap. 22*, étend cette décision, même au cas auquel le boucher auroit été acheteur de bonne foi, et rapporte pour son opinion un jugement du présidial de Bourges.

Je pense au contraire que le boucher qui a acheté, tué et débité la bête, ne doit être condamné à en restituer le prix au bailleur que dans le cas auquel il auroit été acquéreur de mauvaise foi, ayant eu connoissance que la vache étoit une vache de cheptel, que le preneur vendoit à l'insu du bailleur. Dans cette supposition, il étoit sujet à la revendication du bailleur; car la revendication d'une chose a lieu, non seulement contre celui qui la possède, mais aussi contre celui qui, par dol, a cessé de la posséder; l. 56, ff. *de rei vindic.* Or ce boucher qui, au lieu de restituer la vache au bailleur, à qui il savoit qu'elle appartenoit, l'a tuée et débitée, a cessé par dol de la posséder: il est par conséquent sujet à l'action de revendication du bailleur à qui la vache appartenoit; et faute par ce boucher de pouvoir la lui représenter, il doit être condamné à lui en payer le prix.

Il n'en est pas de même d'un acheteur de bonne foi, qui ignoreoit que les bêtes qu'il a achetées fussent des bêtes de cheptel. Lorsqu'il a cessé de les posséder, soit en les revendant, soit en les consommant, il ne reste au bailleur aucune action contre lui: il ne peut avoir contre lui l'action de revendication, qui n'a lieu que contre les possesseurs, ou contre celui qui a cessé par dol de posséder. Or, on ne peut pas dire que cet acheteur a cessé par dol de posséder les bêtes, puisqu'on le suppose acheteur de bonne foi. Le bailleur ne peut avoir non plus aucune action personnelle contre cet acheteur de bonne foi, pour la restitution du prix de ces bêtes; car les actions personnelles naissent d'une obligation: mais d'où naît cette obligation en la personne de cet acheteur? Il n'est intervenu aucun contrat ni quasi-contrat; ni délit ni quasi-délit d'où elle puisse naître; et on ne peut pas dire qu'elle naît de cette règle de l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui;

car on ne peut pas dire que l'acheteur de bonne foi, en revendant ou consommant les bêtes de votre cheptel, qu'il ignoroit vous appartenir, se soit enrichi à vos dépens, puisqu'il en avoit payé le prix.

ARTICLE V.

Du partage du cheptel.

52. Le bailleur et le preneur, par le contrat de cheptel, contractent l'un envers l'autre, pour le partage du cheptel, des obligations respectives. Le preneur contracte l'obligation de représenter toutes les bêtes qui composent le cheptel, pour en faire le partage; ou lorsque, par sa faute, il ne peut en représenter quelqu'une, il est obligé de faire raison du prix qu'elles vaudroient, si elles ne fussent pas mortes, ou n'eussent pas été perdues par sa faute.

Lorsqu'elles sont mortes de maladie, ou qu'elles ont été ravies par quelque accident de force majeure, que le preneur n'a pu empêcher, le preneur est déchargé de cette obligation.

De là naît la question, si, dans l'incertitude de la cause de la mort des bêtes, c'est le preneur qui doit justifier la maladie ou autre accident de force majeure qui a causé cette mort; ou si c'est, au contraire, le bailleur qui doit établir que les bêtes sont périées par la négligence du preneur. La Thaumassière, *cent. 11, art. 47*, pense que c'est le preneur qui doit être chargé de la preuve, et que pour être déchargé de son obligation, il ne suffit pas qu'il représente les peaux des bêtes.

Parcillemeut, si quelqu'une des bêtes étoit estropiée, ou autrement détériorée, le preneur, suivant le sentiment de La Thaumassière, doit justifier de l'accident de force majeure, par lequel il prétendrait que cette détérioration est arrivée; sinon, suivant le principe de cet auteur, elle doit être présumée arrivée par sa faute, et il en doit faire raison au bailleur.

Ce sentiment de La Thaumassière est conforme à celui de Coquille, sur l'*art. 3* de Nivernois; d'Auroux et des autres commentaires par lui cités, sur l'*art. 54* de Bourbonnois.

Néanmoins j'ai été informé par des magistrats très éclairés de la province du Berry, que l'usage de la province étoit, que si le bailleur n'étoit pas en état de faire la preuve de la faute et de la négligence du preneur, les bêtes devoient être présumées mortes par maladie, ou autre accident allégué par le preneur, lequel en conséquence étoit déchargé de les représenter, en représentant leurs peaux. Cette présomption est fondée sur ce que le cas de maladie est le cas le plus ordinaire de la perte des bestiaux, et que les preneurs ayant un grand intérêt à la conservation des bêtes, par rapport à la part qu'ils ont dans le profit et la perte du cheptel, le cas de négligence des preneurs doit être un cas très rare.

55. Enfin le preneur s'oblige, dans le cas auquel, lors du partage, il se trouveroit de la perte sur le cheptel, d'en supporter la perte pour moitié, et de faire raison de cette moitié.

Réciproquement le bailleur s'oblige, dans le cas contraire, auquel, lors du partage, il se trouveroit du profit sur le cheptel, d'en faire part pour moitié au preneur.

54. Ce partage peut être demandé, soit par le preneur au bailleur, soit par le bailleur au preneur : chacune des parties a le droit de l'exiger de l'autre; c'est ce qui paroît avoir fait donner à ce partage le nom d'*exig*, *quasi ab exigendis rationibus*.

Ragueau, dans son Indice, donne une autre étymologie : *Romani rustici*, dit-il, *pecudes exigere dicebant, quum à stabulis educebant : eductis pecudibus solvitur societas qua de pecore pascendo in commune contracta est*.

Pour que l'une et l'autre des parties puisse exiger de l'autre le partage du cheptel, il faut qu'elle attende la fin du temps que doit durer le bail à cheptel. (Voyez quel est ce temps, *suprà*, art. 4, §. 1.) Elle ne peut pas l'exiger toutes fois et quantes bon lui semblera, à moins qu'il n'y eût par le bail une clause expresse qui le permet. Coquille, sur l'art. 9 de la coutume de Nevers, et en la 85^e de ses questions, pense que cette clause n'est licite et valable que lorsqu'elle est réciproque. La Thaumassière, cent. 11, chap. 44, prétend, au contraire, que la clause par laquelle

le bailleur stipule la faculté d'exiger le partage toutes fois et quantes bon lui semblera, est valable, quoiqu'elle ne soit pas réciproque, et que pareille faculté ne soit pas accordée au preneur; il observe même que dans sa province, de son temps, elle se trouvoit dans presque tous les baux à cheptel.

Cette décision de La Thaumassière ne peut souffrir de difficulté à l'égard des cheptels qui font partie d'un bail de métairie : mais dans un bail fait par un étranger à un laboureur, cette clause pourroit souffrir difficulté, si l'avantage qui résulte de cette clause au bailleur n'étoit pas compensé par quelque autre avantage qui fût fait au preneur, et qu'on ne lui accordât par le bail que ce qu'il doit avoir, suivant la nature de ce contrat.

Cette clause, que le bailleur pourra exiger et demander le partage du cheptel toutes fois et quantes il voudra, doit s'interpréter *civiliter*, c'est-à-dire, de manière néanmoins qu'il le demande *tempore opportuno* : c'est pourquoi le bailleur ne pourroit, en vertu de cette clause, sans un juste sujet, l'exiger dans le fort des moissons ou des labou-rages. C'est la remarque que font Coquille, sur l'article 9 du titre 21 de Nivernois, et Auroux, sur l'article 553 de Bourbonnois. Ce dernier cite un arrêt du 16 juillet 1622, qui a jugé dans sa coutume, que le bailleur ne pouvoit, en vertu de cette clause, exiger qu'à la Saint-Martin d'hiver.

55. Il y a une forme particulière de procéder au partage du cheptel, prescrite par les coutumes de Berry, de Bourbonnois et de Nivernois. L'article 4 de celle de Berry dit : « En cheptel, celui qui veut exiger après le temps
« conventionnel ou de la coutume passé, et qui demande
« partage, soit le bailleur ou le preneur, doit estimer et
« priser les bêtes; et selon icelle prisée, pourra celui le-
« quel on somme d'exiger, retenir lesdites bêtes, ou les
« laisser pour ledit prix à celui qui les a estimées, dedans
« la huitaine ensuivant, lequel priseur, où lesdites bêtes
« seront laissées pour ledit prix, sera tenu payer comp-
« tant; à savoir, si le preneur les a prises, et lui demeu-
« rent, de payer ledit droit de cheptel au bailleur, et la

« moitié de ce que montera ladite prisée , outre ledit droit
« de cheptel; et si elles demeurent au bailleur , sera tenu
« icelui bailleur déduire son droit de cheptel; et s'il y a
« gain , bailler la moitié d'icelui au preneur. »

Supposons , par exemple , que le bailleur a fourni au preneur un cheptel ou fonds de bestiaux , qui , par la prisée qui en a été faite lors du bail , s'est trouvé de valeur de 1,200 livres. Si , à la fin du temps du cheptel , l'une des parties , *putà* , le preneur , qui aura provoqué l'autre à partage , estime le cheptel , en l'état qu'il se trouve alors , valoir 2,000 livres , le bailleur a le choix de le prendre pour ce prix. S'il n'en veut point pour ce prix , il demeure au preneur pour ce prix qu'il y a porté ; et le preneur est en conséquence tenu de payer comptant au bailleur , 1° 1,200 livres pour la prisée du cheptel qu'il a fourni , que le bailleur a droit de prélever ; 2° 400 livres pour la moitié de celle de 800 livres qui se trouvent de profit sur le cheptel. Si , au contraire , le bailleur choisit de prendre le cheptel pour le prix de 2,000 livres , auquel il a été porté , il retiendra sur cette somme les 1,200 livres qu'il a droit de prélever , et il devra seulement payer au preneur la somme de 400 livres pour la moitié que le preneur doit avoir dans le profit.

Le motif des coutumes qui ont prescrit cette forme , a été de procurer l'égalité par une estimation juste. La partie qui fait l'estimation a intérêt de la faire juste , ayant lieu de craindre que si elle la faisoit trop foible , l'autre partie ne prit le cheptel pour cette estimation ; et qu'au contraire , si elle la faisoit trop forte , l'autre partie ne lui laissât le cheptel pour cette estimation.

Cette manière de partager le cheptel est très bonne , lorsque les parties sont l'une et l'autre bien en argent comptant. Mais comme il arrive très souvent que l'une des parties en est dépourvue , elle a un très grand inconvénient , et elle donne un grand avantage à celui qui a de l'argent , sur la partie qui en est dépourvue : car celui qui a de l'argent , en faisant une estimation du cheptel , quoique beaucoup au-dessous du juste prix , forcera l'autre partie , qui

ne pourra le prendre, n'ayant pas d'argent pour le payer, à le lui laisser pour ce prix inique. C'est pourquoi cette manière de procéder au partage du cheptel, prescrite par les coutumes, ne me paroît pas devoir être adoptée hors de leur territoire. On a même mis en question si, dans la coutume de Berry, la disposition de la coutume qui prescrit cette forme de procéder au partage ne devrait pas souffrir exception à l'égard des cheptels de métairie. Le bailleur propriétaire de métairie disoit, que si on suivoit pour le partage de ces cheptels la forme prescrite par la coutume, il arriveroit souvent que les métairies seroient dégarnies de bestiaux, ou que les propriétaires, pour les conserver, seroient obligés de les porter à un prix au-dessus de leur valeur. Car si c'est le propriétaire qui provoque au partage à la fin d'un bail, et qui fait l'estimation du cheptel, s'il ne la fait qu'au juste prix, le fermier sortant, par dépit, et pour dégarnir la métairie, prendra le cheptel pour ce prix. Au contraire, si c'est le fermier qui fait l'estimation, il la portera à un prix beaucoup au-dessus du juste prix; et le propriétaire, qui a intérêt de conserver le cheptel dans sa métairie, pour ne la pas dégarnir, et parceque les bêtes y ont été élevées, se trouvera forcé de les prendre pour ce prix, quoique inique, et beaucoup au-dessus du juste prix.

Quoique ces raisons paroissent très bonnes, néanmoins La Thaumassiere, *cent. 11, chap. 45*, rapporte une sentence de la conservatoire de Bourges, qui a jugé que la forme de procéder au partage des cheptels, prescrite par la coutume, auroit lieu à l'égard des cheptels de métairie, de même qu'à l'égard des autres.

Mais les parties peuvent, par une clause du bail, déroger à cette disposition de la coutume, et convenir que la prise se fera par des experts que les parties choisiront. La Thaumassiere, au lieu cité, conseille aux propriétaires de ne pas manquer de faire apposer cette clause dans leurs baux.

M. Auroux des Pommiers, dans son Commentaire sur l'article 553 de la coutume de Bourbonnois, qui est semblable à l'article de la coutume de Berry ci-dessus rapporté, nous apprend que cette disposition de sa coutume

n'est plus en usage dans le Bourbonnois, sur-tout à l'égard des cheptels de métairie, et que l'usage de cette province est aujourd'hui, qu'à la fin du bail, pour parvenir au partage du cheptel, on fait une nouvelle prisée ou estimation par des experts convenus entre les parties, de chacune des bêtes qui composent le cheptel. Cette prisée étant faite, le bailleur doit prélever le même nombre de bêtes de chaque espèce qu'il a fourni pour composer le cheptel ; sauf que si, par la nouvelle prisée qui en a été faite, elles se trouvent améliorées, et d'un plus grand prix que lors du bail, il doit faire raison au preneur de la moitié de l'augmentation du prix ; et au contraire, si, suivant la nouvelle prisée, les bêtes se trouvoient de moindre prix que lors du bail, le preneur doit lui faire raison de la moitié de ce qui s'en manque : le surplus, qui est le croît du cheptel, se partage en deux lots entre le bailleur et le preneur. Si le nombre des bêtes de quelque espèce se trouve moindre qu'il n'étoit par le bail, le preneur doit faire raison de la moitié du prix de celles qui se trouvent de manque, suivant la prisée faite lors du bail.

Cet usage de la province de Bourbonnois, suivant lequel le bailleur peut, lors du partage du cheptel, prélever, de la manière ci-dessus dite, le même nombre de bêtes de chaque espèce qu'il a donné par le bail, a été confirmé par un arrêt du 20 août 1716. M. Auroux, au profit de qui il a été rendu, le rapporte à la fin de son Commentaire.

Cet usage me paroît très régulier, et conforme à la nature du contrat de cheptel, considéré selon le second point de vue que nous avons exposé *suprà*, n. 4, et qui est celui sous lequel il est ordinairement considéré. Dans le contrat de cheptel, considéré sous ce point de vue, le bailleur qui donne des bêtes à cheptel, en demeure le propriétaire : il n'accorde de part au preneur que dans les croîts et profits du cheptel, à la charge que le preneur se chargera réciproquement de la perte pour une pareille part : il est donc juste que, lors du partage du cheptel, le bailleur prélève les bêtes qu'il a données à cheptel, dont il est toujours demeuré seul propriétaire, ou celles qui leur ont été substi-

tuées, et qui les représentent, à la charge de faire raison au preneur de la moitié du profit, s'il y en a.

Lorsque le bail ayant duré long-temps, et le cheptel ayant beaucoup fructifié, les mêmes bêtes d'une certaine espèce qui ont été données à cheptel, ne se trouvent plus, et qu'il s'en trouve un beaucoup plus grand nombre de cette espèce, que celui porté par le bail; le bailleur doit, à la vérité, selon le principe d'Auroux, avoir le droit de prendre, parmi les bêtes de cette espèce, un nombre de bêtes pareil à celui porté par le bail, pour les remplacer. Mais aura-t-il le choix de prendre les meilleures, en offrant de tenir compte au preneur de la moitié de ce qu'elles se trouveront valoir de plus par la nouvelle prisée, que ne valoient celles qu'il a baillées, suivant la première prisée? Je ne crois pas qu'il doive avoir ce choix, mais plutôt que le nombre des bêtes qu'il a droit de prélever doit lui être fourni par les experts choisis pour faire la prisée et le partage du cheptel, lesquels ne doivent lui donner ni les meilleures ni les plus mauvaises, mais conserver l'égalité. Après cette délivrance, les parties doivent se faire respectivement raison de ce que la prisée des bêtes données pour le remplacement excéderoit le prix de celles données par le bail, ou lui seroit inférieure.

Lorsque le bailleur, pendant le cours du bail, s'est payé d'une partie du prix de son cheptel, par des prélèvements qu'il a faits sur les profits du cheptel, il est évident que, lors du partage du cheptel, il ne doit plus prélever des bêtes que jusqu'à concurrence de ce qui lui reste dû sur le prix du cheptel; et s'il s'étoit ainsi payé du total, il n'auroit plus de prélèvement à faire.

Si au contraire, au lieu de se payer sur les profits, il avoit, à ses propres dépens, augmenté le cheptel, en fournissant de nouveaux bestiaux; en ce cas, il prélèveroit, outre les bêtes qu'il a données par le bail à cheptel, celles qu'il a fournies depuis pendant le cours du bail.

La justice de l'usage de la province de Bourbonnois, sur la manière de procéder au partage du cheptel, tel que nous venons de le rapporter d'après Auroux, l'ayant fait prévaloir à une disposition de la coutume de cette province, qui

prescrivait une forme de partager différente, à plus forte raison doit-on l'adopter dans les provinces, telles que notre Sologne, où il n'y a ni loi ni usage bien certain qui ait établi une différente forme de partage.

SECTION II.

Des autres espèces de cheptels.

ARTICLE PREMIER.

Du cheptel à moitié.

56. Quoiqu'on m'ait assuré que le cheptel à moitié, dont nous allons traiter, n'étoit plus en usage dans le Berry, néanmoins cette espèce de cheptel pouvant avoir lieu dans d'autres provinces, et les coutumes de Berry et de Nivernois en ayant traité, il est à propos d'exposer les principes de ces coutumes sur cette espèce de cheptel.

57. Le cheptel à moitié est un vrai contrat de société de bestiaux, à laquelle chacune des parties contractantes fournit la moitié des bestiaux qui la doit composer, pour en retirer en commun le profit.

Par ce contrat l'une des parties charge l'autre de la nourriture, de la garde et du gouvernement des bestiaux de leur société.

La partie qui en charge l'autre, s'appelle *le bailleur*; celle qui en est chargée, s'appelle *le preneur*.

58. Le preneur fournit à la société plus que le bailleur, puisqu'outre la moitié des bestiaux qu'il apporte de même que le bailleur, il fournit seul le logement, la nourriture, et ses soins pour la garde des bestiaux: il en doit donc être récompensé. On lui laisse pour cela, 1° les graisses, c'est-à-dire le fumier, dont il profite seul pour fumer ses terres; 2° tout le profit du laitage, c'est-à-dire le lait des brebis et des vaches, sauf celui qu'il leur doit laisser lorsqu'elles ont des agneaux ou des veaux à nourrir; 3° les labours, c'est-à-dire qu'il peut se servir des bêtes à cornes et des chevaux pour labourer ses terres.

Ces espèces de profits étant la récompense de ce que le

preneur apporte à la société de plus que le bailleur, on doit les laisser en entier au preneur; et le bailleur ne peut, sans injustice, en exiger aucune part: il doit se contenter de partager par moitié avec le preneur, tous les autres profits qui proviennent des laines et des croits.

Lorsque ce contrat intervient entre le propriétaire de l'héritage et le laboureur son métayer, le laboureur, en ce cas, ne fournissant, outre sa moitié du cheptel, que ses soins pour la garde des troupeaux qui le composent, lesquels se compensent avec les logis et les pâturages que le maître fournit de son côté, pour l'hébergement et la nourriture; le profit des laitages n'est pas dû, en ce cas, en rigueur au fermier seul, et le propriétaire peut, sans blesser la justice, stipuler que le laboureur lui donnera une certaine quantité de fromages ou de livres de beurre, pour la part que le propriétaire de métairie doit avoir dans les laitages.

A l'égard des fumiers, étant employés à fumer les terres, dont les fruits se recueillent en commun par le maître et par le métayer, ils sont employés au profit commun des associés: il en est de même des labours des animaux qui sont employés à labourer les terres.

59. Par ce contrat, chacune des parties contracte envers l'autre l'obligation de garantie des bêtes qu'elle a apportées pour fournir sa part dans le fonds de la société, telle que la contractent les associés dans tous les autres contrats de société. C'est pourquoi, en cas d'éviction de quelques bêtes apportées à la société par l'un des associés, que des tiers qui s'en sont dits propriétaires, et qui l'ont justifié, se sont fait délaisser, l'associé qui les avoit apportées est tenu de les remplacer en d'autres bêtes de pareille valeur; sinon il est débiteur envers la société de la somme que valoient les bêtes dont la société a souffert l'éviction, et des intérêts; et au partage de la société, il en doit faire raison à son associé. *Voyez notre Traité du Contrat de Société, n. 115.*

60. Le bailleur contracte par le contrat de cheptel à moitié, de même que par le contrat de cheptel ordinaire, l'obligation de laisser jouir de tout le cheptel le preneur, à

la charge que ce preneur en rendra compte pendant tout le temps que la société doit durer, sans que le bailleur puisse, pendant tout ce temps, retirer sa part, à moins que le preneur n'en méusât.

61. Le preneur, de son côté, par le contrat de cheptel à moitié, contracte les mêmes obligations que par le contrat de cheptel ordinaire.

Il est tenu d'apporter le même soin au gouvernement du bétail; il est tenu de la même espèce de faute. Il est compris dans la défense qui est faite aux preneurs, par l'article 5 de la coutume de Berry, de tirer des laines des bêtes avant la tonte.

62. Le preneur de cheptel à moitié est aussi compris dans la défense qui est faite aux preneurs par la coutume de Berry, art. 7, de vendre aucune bête du cheptel sans le consentement du bailleur. Il est dit par cet article : « Les preneurs ne peuvent vendre les bêtes par eux prises à cheptel, soit à moitié ou autrement, si ce n'est du vouloir et consentement exprès du bailleur, etc. » Cela est conforme aux principes généraux du contrat de société, suivant lesquels un associé ne peut, sans le consentement de l'autre, disposer d'aucune des choses communes, si ce n'est seulement pour la part qu'il y a : *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare*. Le preneur, dans le cheptel à moitié, n'étant donc propriétaire que pour moitié de chacune des bêtes qui composent le cheptel, il ne peut disposer d'aucune pour le total, sans le consentement du bailleur. S'il le fait, la coutume de Berry donne, par l'article 8, au bailleur, de même que dans le cas du cheptel simple, le droit de suite et de revendication des bêtes que le preneur a vendues. Mais comme dans le cheptel à moitié le bailleur n'est propriétaire que pour moitié de ces bêtes, il ne doit avoir la revendication de ces bêtes que pour la moitié qui lui en appartient.

63. A l'égard du temps de la durée du cheptel à moitié, lorsque le cheptel est un cheptel de métairie, soit que ce soit un cheptel simple, soit que ce soit un cheptel à moitié,

par lequel le métayer fournit la moitié des bestiaux, il doit avoir la même durée que celle du bail de la métairie dont il fait partie.

Lorsque le cheptel est fait par un bailleur étranger, ou le temps qu'il doit durer est réglé par le contrat, ou il ne l'est pas. Lorsqu'il est fixé par le contrat, le partage ne peut être exigé avant ce temps, de part ni d'autre; et il n'y a à cet égard aucune différence entre le cheptel à moitié et le cheptel simple. Mais lorsque le temps n'est pas fixé par le contrat, ces cheptels diffèrent. En effet, dans le cheptel simple, lorsque le temps n'est pas fixé, le partage peut en être demandé par l'une ou par l'autre des parties au bout de trois ans, suivant l'article premier de la coutume de Berry: au contraire, le partage du cheptel à moitié, lorsque le temps n'est pas fixé, ne peut, suivant l'article second, être demandé qu'au bout de cinq ans. Voici les termes de cet article: « Si lesdites bêtes ont été baillées à moitié, « sera tenu le preneur les nourrir, et persévérer audit con- « trat, sans pouvoir exiger, c'est-à-dire, faire partage, l'es- « pace et temps de cinq ans entiers, lesquels finis, pourra « exiger et faire ledit partage, pourvu que dedans quinzaine « après lesdits cinq ans finis, il somme et requière le bail- « leur de ce faire: et autrement sera tenu, s'il plaît au bail- « leur, les nourrir encore jusqu'à un an après le bail fini, « s'il n'y a convention au contraire. »

Ragueau, en expliquant ces termes, *ont été baillées à moitié*, dit, « *Nempé*, quand le preneur fournit autant de « chefs que le bailleur, qui doivent être gardés et nourris « par le preneur; » ce qui exprime le contrat de cheptel à moitié, tel que nous l'avons décrit au commencement de cet article.

Quoique la coutume, dans la défense qu'elle fait par cet article, d'exiger le partage avant l'expiration des cinq ans, ne parle que du preneur, il y a néanmoins lieu de croire que le bailleur ne peut pas non plus, sans une juste cause, exiger le partage et dissoudre la société malgré le preneur, avant l'expiration de ce temps: il est de l'équité que la condition de chacune des parties soit égale à cet égard.

C'est en ce sens que La Thaumassière a entendu cet article, en son commentaire sur ledit article.

La coutume établit un tacite renouvellement de société qui doit durer un an, lorsque le partage de société n'a pas été demandé par l'une ou par l'autre des parties, dans la quinzaine depuis l'expiration des cinq ans : s'il n'est demandé qu'après l'expiration de la quinzaine, il est demandé à tard, et l'autre partie peut, *si bon lui semble*, n'y pas consentir, et prétendre le renouvellement de la société.

64. A cette différence près sur le temps au bout duquel le partage peut être demandé, lorsqu'il n'est pas réglé par le contrat, tout ce qui a été dit dans la section précédente, du partage du cheptel simple, peut s'appliquer à celui du cheptel à moitié; sauf que dans ce cheptel à moitié, le bailleur n'ayant fourni que sa part, il ne prélève pas, comme dans le cheptel simple, ce qu'il a apporté.

ARTICLE II.

Du cheptel de fer.

65. Le cheptel de fer est celui qui fait partie d'un bail de métairie, par lequel le bailleur donne à ferme sa métairie, avec les bestiaux dont elle est garnie, sous une estimation qui en est faite, à un fermier qui doit en avoir seul le profit pendant tout le temps du bail, et qui s'oblige de laisser, à la fin du bail, une quantité de bestiaux d'une valeur égale à la somme à laquelle monte l'estimation de ceux qui lui ont été donnés lors du bail.

On appelle cette espèce de cheptel, *cheptel de fer*, ou *bêtes de fer*, parceque ce cheptel est attaché à la métairie; le fermier étant obligé de laisser dans la métairie, à la fin du bail, pour autant de bestiaux qu'il y en avoit lors du bail qui lui a été fait.

66. C'est une question, si par ce contrat la propriété des bêtes est transférée au fermier, de manière que le seigneur de métairie ne soit que créancier de la quantité des bestiaux que le fermier doit laisser à la fin du bail. Pour l'affirmative, on peut dire que c'est une maxime de droit, que

æstimatio facit venditionem; que suivant cette maxime, l'estimation sous laquelle on donne au fermier les bêtes qui composent ce cheptel, renferme une espèce de vente qui lui est faite de ces bêtes : on peut alléguer la loi 3, ff. *locat.* qui dit : *Quùm fundus locatur, et æstimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus; sicuti fieret quùm quid æstimatum in dotem daretur.* Or, dira-t-on, les bestiaux qui sont dans une métairie, sont *instrumentum fundi*, étant donnés au fermier par le bail par estimation : cette estimation, aux termes de cette loi, renferme une vente qui en est faite au fermier, par laquelle la propriété en est transférée au fermier. Nonobstant ces raisons, La Thaumassière, liv. 4 de ses Décisions, *ch.* 20, tient la négative, et son opinion est la meilleure.

La maxime, *Æstimatio facit venditionem*, alléguée pour l'affirmative, souffre une distinction, qui se tire de la différence de la fin pour laquelle se fait la prisée. Lorsqu'elle se fait afin que celui à qui une chose est donnée par estimation, puisse la retenir en payant l'estimation, et soit plutôt débiteur de l'estimation que de la chose même, c'est le cas auquel *æstimatio facit venditionem*; comme lorsque chez les Romains la femme donnoit à son mari en dot une chose qui étoit, entre les parties, prisée à une certaine somme; l. 5, *Cod. de jur. dot.* Pareillement, dans l'espèce de la loi 3, ff. *locat.*, qui a été opposée, la chose servant à l'exploitation de l'héritage avoit été, par le bail à ferme, donnée pour une certaine somme au fermier, dans la vue qu'il rendroit, à la fin du bail, cette somme au lieu de la chose; c'est le cas auquel *æstimatio facit venditionem*. Mais lorsque celui à qui la chose est donnée par estimation, doit la rendre, et n'a pas le choix de la retenir en payant la somme qui a été estimée; lorsque l'estimation se fait, non afin que celui qui reçoit la chose par estimation, puisse la retenir en payant l'estimation, mais afin de constater en quel état est la chose lorsqu'il la reçoit, et de constater par ce moyen de combien elle se trouvera détériorée ou améliorée, comme dans l'espèce de la loi 2, *Cod. de jur. dot.*,

on ne peut pas dire en ce cas que *æstimatio facit venditionem*: la prisée ne se fait pas en ce cas *venditionis causâ*, mais *intertrimenti causâ*, pour connoître le déchet qui peut survenir sur la chose. Or, la prisée qui se fait dans notre cheptel de fer, est dans ce cas. Le fermier à qui les bestiaux ont été donnés par estimation, n'a pas le droit de les emmener à la fin du bail, en offrant de payer la somme à laquelle ils ont été prisés lors du bail. Cela seroit contraire à la nature de ce cheptel, qui n'est appelé *cheptel de fer* que parcequ'il est comme attaché à la métairie; et que les fermiers sont obligés, en sortant, de laisser un fonds de bestiaux de valeur égale à la prisée. La prisée ne se fait donc pas *venditionis causâ*; elle se fait seulement *intertrimenti causâ*, afin de pouvoir constater par une nouvelle prisée qui s'en fera à la fin du bail, de combien le cheptel qui lui a été donné par le bail, se trouvera alors ou diminué ou augmenté.

67. Lorsque la prisée qui se fait à la fin du bail ne monte pas plus haut que celle qui a été faite lors du bail, tout le cheptel doit rester dans la métairie, le fermier n'en peut rien emmener; et à plus forte raison lorsque la nouvelle prisée ne monte qu'à une somme moindre: le fermier doit même en ce cas payer en argent au bailleur ce qui s'en manque, quand même la diminution du cheptel seroit arrivée par des cas de force majeure, et sans sa faute; car devant avoir tout le profit lorsqu'il y en a, il doit supporter la perte.

Lorsque la nouvelle prisée se trouve monter à une plus grande somme que celle qui a été faite lors du bail, il suffit au fermier de laisser dans la métairie des bestiaux jusqu'à concurrence du montant de la première prisée; il peut emmener le surplus, ce surplus étant un profit qui doit lui appartenir.

68. Le bailleur demeurant propriétaire du cheptel de fer qu'il a donné par estimation à son fermier, La Thaumassière, *liv. 4, chap. 20* de ses Décisions, en conclut que les créanciers du bailleur peuvent le saisir et faire vendre par exécution, sans que le fermier puisse l'empêcher; sauf à

lui son recours pour ses dommages et intérêts contre le bailleur. Il dit que c'est la jurisprudence du présidial de Bourges, et il en rapporte plusieurs sentences. L'auteur des notes sur les Décisions de La Thaumassière dit que la jurisprudence du présidial de Moulins est contraire, et qu'on y juge le fermier fondé à s'opposer à la saisie du cheptel, faite par les créanciers du bailleur, et à en demander la main-levée, sauf auxdits créanciers à saisir et arrêter les fermes. Pour attester cette jurisprudence, il cite Auroux des Pomniers, commentateur de la coutume de Bourbonnois : je n'ai rien trouvé de cela dans le Commentaire d'Auroux, sur le titre des cheptels. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence du présidial de Bourges me paroît plus conforme aux principes de droit. Le bail à ferme ne donnant au fermier qu'une simple créance personnelle contre le bailleur, pour qu'il soit tenu de le faire jouir de la chose qu'il lui a louée, et ne lui donnant aucun droit réel dans cette chose, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Louage*, n. 285; il s'ensuit que le fermier n'a qu'une créance personnelle contre le bailleur, pour le faire jouir du cheptel, et qu'il n'a aucun droit réel dans le cheptel, qui puisse servir de fondement à l'opposition à la saisie qui en est faite par les créanciers du bailleur, à qui le cheptel appartient.

Il est très certain que ce fermier ne pourroit empêcher les créanciers du bailleur de saisir réellement et de vendre la métairie qu'il tient à ferme. Par la même raison, il ne peut les empêcher de saisir et vendre les bestiaux, puisque les bestiaux, comme la métairie, appartiennent au bailleur, et que le fermier n'a aucun droit réel dans les bestiaux, comme il n'en a point dans la métairie.

Tout ce que le fermier peut demander, lorsque le cheptel est saisi et vendu par les créanciers de son bailleur, est que s'il est vendu plus que la prisée qui en a été faite lors du bail, ce surplus du prix de la vente lui soit délivré; car le bailleur ne s'est retenu la propriété du cheptel que jusqu'à concurrence du montant de la prisée : ce qui s'en trouve de plus, est un profit qui appartient au fermier, et qui lui a été

cédé par le bail à cheptel ; le prix de ce surplus doit donc lui appartenir.

Les créanciers ne peuvent , en ce cas , retenir sur ce surplus du prix qui appartient au fermier , aucune partie de leurs frais de saisie , de garnison et de vente ; car n'ayant le droit de saisir que ce qui appartient à leur débiteur , ils doivent prendre tous ces frais sur la partie du prix de ce qui appartenait dans le cheptel au bailleur leur débiteur.

Le fermier , dans le cas auquel le cheptel est augmenté , peut aussi demander que les créanciers qui l'ont saisi en vendent les bêtes par détail , et faire cesser la vente lorsqu'il en aura été vendu pour le montant de la prisée ; car le surplus étant un profit qui appartient au fermier , les créanciers du bailleur n'ont pas droit de le vendre.

Le fermier peut aussi demander qu'il soit sursis à la vente des bêtes qui lui sont les plus nécessaires , jusqu'à ce que le surplus ait été vendu , et qu'elles ne soient vendues que dans le cas auquel la vente du surplus ne rempliroit pas le montant de la prisée.

Sur le droit qu'ont les créanciers d'un bailleur , de saisir et vendre les bestiaux par lui donnés à cheptel , voyez ce que nous avons dit *suprà* , n. 55 , dans le cas du cheptel ordinaire.

69. Le fermier devant avoir tout le profit du cheptel de fer , il peut vendre à son profit les croits , sauf ce qui est nécessaire pour remplir les chefs qui sont morts , ou les bêtes qu'il faut vendre parcequ'elles sont trop vieilles : mais si , hors ce cas , il vendoit les chefs et diminueoit le fonds du cheptel , le bailleur auroit le droit de suite.

70. Il nous reste à justifier le cheptel de fer contre les casuistes qui le prétendent usuraire , lorsque le bailleur de la métairie et du cheptel afferme sa terre pour un prix plus fort qu'il ne l'affermeroit si elle étoit sans bestiaux. L'auteur de la Théologie morale de Grenoble , tom. 1 , tit. 4 , du prêt et de l'usage , chap. 15 , dit , qu'il est sans difficulté que le bailleur commet une usure , puisqu'il prétend recevoir quelque chose en donnant du bétail , ce qui n'est qu'un pur prêt.

Je ne vois aucune injustice dans ce contrat, ni rien qui ressemble à un prêt. Le contrat de prêt, *mutuum*, ne peut se faire que de choses qui se consomment par l'usage, telles que de l'argent, du blé, du vin, etc.; du bétail n'en peut être la matière.

Je ne vois donc dans ce contrat rien autre chose qu'un contrat de louage d'une métairie embétaillée.

Si le bailleur afferme sa métairie embétaillée pour un prix plus cher qu'elle ne le seroit si elle étoit dénuée de bétail, il n'y a rien en cela que de très juste : une métairie doit être d'autant plus affermée qu'elle est plus fructueuse. Or, il n'est pas douteux qu'une métairie bien embétaillée ne soit infiniment plus fructueuse que si elle étoit dénuée de bétail, puisque ce sont les engrais qui procurent aux terres la fécondité : il est donc très juste qu'elle soit affermée davantage.

La convention par laquelle le fermier s'oblige à laisser à la fin du bail un fonds de bétail de même valeur que celui qu'il a trouvé, n'a rien aussi que de très équitable.

Un fonds de bétail est du nombre de ces choses *quæ ex naturâ suâ augmentum et detrimentum recipiunt*. Si le fonds de bétail se trouve à la fin du bail augmenté, l'augmentation appartiendra au fermier : il est donc juste que s'il y a de la diminution, ce soit lui qui la souffre. Cela est conforme aux premiers principes de l'équité : *Æquum est ut qui sentit lucrum, sentiat et damnum*.

On oppose que toute l'augmentation qui peut arriver dans le fonds du bétail, devant se compenser avec le risque de la perte qui peut arriver par la diminution dont le fermier se charge, on commet une injustice envers le fermier, en lui affermant la métairie plus cher que si elle n'étoit pas embétaillée ; parceque par cet excédant de ferme, on lui fait payer en partie une seconde fois le prix de l'augmentation du bétail qu'il peut espérer, et qu'il a déjà payé par le risque de la diminution dont il est chargé.

Réponse. Indépendamment du profit que le fermier a lieu d'espérer de l'augmentation qui se fait par les croits dans le fonds du cheptel, le fermier trouve encore un autre

avantage très considérable d'avoir une métairie bien embétaillée; et cet avantage consiste, comme on l'a dit, en ce qu'une métairie bien embétaillée est infiniment plus fertile qu'une métairie dénuée des engrais nécessaires pour procurer aux terres la fécondité. En accordant que le fermier ait payé le profit des croits par le risque des mortalités dont il se charge, il lui reste encore cet autre avantage qu'on ne peut pas dire qu'il ait payé, et pour raison duquel on peut avec justice lui affermer la métairie plus cher que si elle n'étoit pas embétaillée.

Il y a plus, à l'égard du bétail blanc : outre le profit des croits qu'on veut bien compenser et regarder comme payé par le risque des mortalités dont le fermier se charge, le fermier ne tire-t-il pas encore un profit très considérable des laines? Ce profit, déduction faite du prix de ses soins pour la garde, peut encore avec justice entrer en considération pour l'augmentation de la ferme.

Je vais plus loin, et je dis à l'égard du gros bétail, qu'il n'est pas indistinctement vrai que le profit des croits doit être censé compensé et entièrement payé par le risque des mortalités dont le fermier se charge : cela ne doit être qu'autant qu'il n'y auroit pas plus de profit à espérer des croits, que de pertes à craindre par les mortalités. Mais si l'expérience apprend que le profit qu'il y a à espérer par les croits, est, suivant les différents pays, en proportion double et triple avec la perte qui est à craindre, la compensation du profit à espérer et de la perte à craindre ne doit se faire que jusqu'à due concurrence; et ce dont le profit à espérer excède la perte à craindre, est encore une raison légitime pour augmenter le prix de la ferme d'une métairie embétaillée.

ARTICLE III.

D'une autre espèce de cheptel.

71. Il y a une espèce de cheptel fort usitée dans notre vignoble d'Orléans. Un particulier donne une vache à un vigneron pour la loger et la nourrir : le bailleur conserve la propriété de sa vache, et elle est à ses risques. Il a le

profit des veaux qui en naissent, et il cède au preneur, pour la récompense de la nourriture que le preneur fournit, et de ses soins, le profit du laitage, sauf de celui qui est nécessaire pour la nourriture du veau, depuis que la vache a vêlé, jusqu'à ce que le veau soit en âge d'être sevré. Il lui cède aussi le profit du fumier, à la charge par le preneur de se fournir à ses dépens de chaume pour faire la litière.

Ce contrat n'est pas un contrat de société : car il est de l'essence du contrat de société, que les parties contractantes mettent chacune quelque chose en commun, et qu'elles contractent dans la vue de faire un gain en commun; ce qui ne se trouve pas dans l'espèce de notre contrat. Les parties ne mettent rien en commun : elles n'ont pas pour objet de faire quelque gain en commun : elles n'ont rien à partager ensemble, le profit des veaux devant appartenir au bailleur seul, et celui des laitages et fumiers au preneur seul.

Ce contrat n'est pas non plus un contrat de louage, étant de l'essence du contrat de louage qu'il y ait une chose louée, et un loyer qui consiste en une somme d'argent, ou en une quotité des fruits de la chose louée, ce qui ne se trouve pas dans ce contrat-ci.

Ce contrat ne peut donc être qu'un contrat innommé, de la classe de ceux *do ut facias*, par lequel le bailleur donne au preneur les profits du lait et des fumiers de sa vache, pour qu'il la nourrisse et en prenne soin.

72. Le bailleur, par ce contrat, contracte l'obligation de laisser jouir le preneur des profits de la vache, qu'il lui a cédés, et par conséquent de le laisser jouir de tout le lait de la vache, sauf de celui qui est nécessaire pour allaiter le veau depuis que la vache a vêlé, jusqu'à ce que le veau soit en état d'être sevré et vendu.

C'est pourquoi, aussitôt que le veau est en état d'être vendu, le bailleur est obligé de retirer le veau pour le vendre, à peine d'être tenu des dommages et intérêts du preneur, résultants de la privation du profit du lait, qu'il a pu souffrir pendant le temps que le bailleur a été en demeure de retirer son veau.

Le preneur, pour mettre le bailleur en demeure, doit

l'assigner pour retirer le veau. L'âge auquel on estime qu'un veau est en état d'être vendu, est celui de quatre semaines au plus tard.

73. Lorsqu'il y a, par le contrat, un temps fixé pendant lequel la vache doit être chez le preneur, le bailleur est obligé de la lui laisser pendant tout ce temps; à moins que le bailleur ne fût en état de justifier que le preneur en méseuse, et n'en a pas le soin qu'il en doit avoir, auquel cas il lui seroit permis de la retirer avant le temps; ce qui est conforme aux règles du contrat de louage, que nous avons établies en notre Traité, n. 522 et 525.

Ordinairement, dans notre vignoble d'Orléans, il n'y a pas de temps fixé par le contrat pendant lequel la vache doit demeurer chez le preneur: en ce cas, le bailleur peut la retirer quand bon lui semble, pourvu néanmoins que ce soit *tempore opportuno*.

Ce ne seroit pas retirer la vache *tempore opportuno*, si le bailleur vouloit la retirer incontinent après qu'il a retiré le veau, étant juste que le preneur qui a été privé du profit du laitage pendant le temps que la vache a nourri son veau, jouisse de la vache depuis qu'elle n'a plus de veau, pendant un temps suffisant pour se dédommager.

Ce ne seroit pas non plus retirer la vache *tempore opportuno*, si le bailleur qui a donné la vache à l'entrée de l'hiver, vouloit la retirer dans le mois d'avril suivant.

Il ne seroit pas juste que le preneur, après avoir nourri la vache pendant tout l'hiver, qui est le temps le plus dur, où la nourriture coûte beaucoup, et où les vaches produisent moins de lait, ne pût en jouir dès que le temps devient favorable. Il est, en ce cas, à l'arbitrage du juge de fixer un temps pendant lequel le bailleur laissera la vache au preneur, qui soit suffisant pour le dédommager de la charge qu'il en a eue pendant l'hiver.

74. Le preneur, de son côté, contracte par ce contrat l'obligation de nourrir la vache, et d'en avoir le même soin qu'un bon père de famille a des siennes. Si, faute par le preneur de satisfaire à cette obligation, la vache étoit détériorée, il seroit tenu des dommages et intérêts du bailleur.

S'il survient par cas fortuit quelque maladie à la vache, le preneur en doit donner avis au bailleur; et s'il est besoin d'avoir recours à ceux qui se mêlent de la cure des maladies de ces animaux, le bailleur doit la faire traiter à ses dépens, le preneur ne s'obligeant qu'à fournir la nourriture ordinaire.

Le bailleur étant toujours censé par ce contrat se réserver le profit des veaux, le preneur est tenu de mener la vache au taureau pour l'empreigner lorsqu'elle est en chaleur.

75. Lorsque le temps pendant lequel la vache doit être chez le preneur, est réglé par le contrat; de même qu'elle ne peut être retirée, elle ne peut pas non plus être rendue avant l'expiration de ce temps, que par le consentement réciproque des parties.

Néanmoins, si avant l'expiration de ce temps il survenoit à la vache une maladie habituelle qui la privât de son lait, le preneur seroit recevable à la rendre avant l'expiration du temps : car ne s'étant chargé de la nourriture de la vache que pour avoir le profit de son lait, il ne seroit pas équitable que ne pouvant plus avoir ce profit, il continuât de supporter la charge.

76. Quoiqu'il n'y ait pas de temps fixé par le contrat, de même que le bailleur ne peut retirer la vache, si ce n'est *tempore opportuno*, de même le preneur n'est pas recevable à la rendre, si ce n'est *tempore opportuno*.

Ce ne seroit pas la rendre *tempore opportuno*, si le preneur offroit de la rendre lorsqu'elle est prête à véler : car le profit du lait ne lui étant accordé par le contrat, qu'à la charge que celui qui seroit nécessaire pour la nourriture du veau, en seroit excepté, il ne seroit pas juste qu'il pût, après avoir joui de ce profit, se soustraire à la charge, en rendant le veau lorsque la vache est prête à véler.

Ce ne seroit pas non plus la rendre *tempore opportuno*, si la vache lui ayant été donnée au commencement du printemps, après en avoir joui pendant tout le beau temps, il attendoit à l'hiver pour la rendre.

77. Quoique ordinairement par ce contrat la vache soit entièrement aux risques du bailleur qui en demeure le pro-

priétaire, et qui a le profit entier des veaux, néanmoins j'ai vu quelque exemple de convention par laquelle on accordeoit au preneur la moitié du profit des veaux, et on le chargeoit en conséquence pour moitié du risque des cas fortuits qui pourroient causer la perte de la vache. Je ne trouve rien que de très équitable dans cette convention. La moitié dans le profit des veaux, que le preneur n'auroit pas sans cela, est un prix suffisant du risque de la moitié de la perte de la vache dont on le charge, sur-tout lorsque la vache à l'égard de laquelle la convention intervient, est une jeune vache, bien vigoureuse, qui promet une longue vie, et un grand nombre de veaux. Cette convention seroit inique, si elle intervenoit à l'égard d'une vieille vache.

TRAITÉS

DES

CONTRATS DE BIENFAISANCE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

LES contrats de *bienfaisance* sont ceux qui ne se font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes : en cela ils diffèrent des contrats *intéressés de part et d'autre*, dont nous avons traité jusqu'à présent, lesquels se font pour l'intérêt et l'utilité réciproque de l'une et de l'autre partie.

La principale espèce de contrat de bienfaisance est le contrat de *donation*. Mais comme les donations ne se font pas toujours par un contrat, nous réservons à traiter ailleurs séparément de la matière des donations, tant entre vifs que testamentaires.

Les autres espèces de contrats de bienfaisance sont le *Prêt à Usage* et le *Précaire*, qui composeront la matière de ce traité : le *Prêt de Consommation* et les matières qui y ont rapport feront l'objet d'un second traité : le *Dépôt* fera la matière d'un troisième traité : et le *Mandat*, avec le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, feront la matière d'un quatrième.

TRAITÉ

DU PRÊT A USAGE,

ET DU PRÉCAIRE.

LE *prêt à usage* est un contrat par lequel un des contractants donne gratuitement à l'autre une chose, pour s'en servir à un certain usage; et celui qui la reçoit, s'oblige de la lui rendre après qu'il s'en sera servi.

C'est ce contrat qu'on appelle, en terme de droit, *commodatum*.

On appelle *prêteur* celle des parties contractantes qui donne la chose à l'autre, soit qu'elle lui en fasse par elle-même la tradition, soit qu'elle se serve du ministère d'une autre personne, qui fait cette tradition au nom et de la part de la partie contractante.

On appelle *emprunteur*, l'autre partie contractante qui reçoit la chose, soit que la tradition lui en soit faite à elle-même, soit qu'elle soit faite de son ordre à un autre.

Nous traiterons dans un premier chapitre, de la nature de ce contrat, des personnes entre lesquelles il peut intervenir, et des choses qui en peuvent être la matière. Dans le second, du droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur, et de ses obligations. Dans le troisième, de celles du prêteur. Le quatrième concernera le *précaire*, et quelques autres espèces de prêt, différentes du *prêt à usage*.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du prêt à usage; entre quelles personnes il peut intervenir; et des choses qui en peuvent être la matière.

SECTION PREMIÈRE.

De la nature du prêt à usage.

1. Nous examinerons dans cette section, 1° quelles choses constituent l'essence du *prêt à usage*; 2° à quelles

classes de contrats il appartient; 3° les rapports qu'il a avec quelques autres contrats; et en quoi il en diffère.

ARTICLE PREMIER.

Quelles choses constituent l'essence du prêt à usage.

2. Il est de l'essence du contrat de *prêt à usage*, qu'il y ait, 1° une chose qui soit prêtée; 2° un certain usage pour lequel la chose soit prêtée.

Il n'importe pour quel usage : car c'est un *prêt à usage*, non seulement lorsqu'une chose est prêtée pour l'usage qui lui est propre; comme lorsque je vous prête un lit pour vous coucher, ou un cheval pour faire un voyage ou pour labourer votre champ; mais aussi lorsque je prête la chose pour quelque autre usage que ce soit. Par exemple, si je vous prête des meubles pour les donner en gage à votre créancier, qui ne veut surseoir à ses poursuites qu'à cette condition, c'est un vrai contrat de *prêt à usage* qui intervient entre nous.

Il en seroit autrement, si c'étoit moi-même qui, à votre prière, les donnasse à votre créancier en nantissement de votre dette. Le contrat qui interviendrait entre nous, seroit un contrat de *mandat*; l. 5, §. 12, ff. *commod.*

3. 3° Il est de l'essence de ce contrat, que l'usage de la chose soit accordé gratuitement. Si, pour vous l'accorder, j'exige de vous quelque récompense, c'est un commerce : ce n'est plus le contrat de *prêt à usage*; c'est une autre espèce de contrat, qui est ou celui de *louage*, si la récompense consiste dans une somme d'argent, ou un contrat sans nom, tenant plus du contrat de louage que du prêt, lorsque c'est quelque autre chose que vous vous obligez de me donner, ou lorsque vous vous obligez de faire pour moi quelque chose.

C'est pourquoi, lorsque je vous prête mon bœuf pour dix jours, à la charge que vous me prêterez ensuite le vôtre pour autant de temps, Ulpien décide que ce n'est pas le contrat de *prêt à usage*, mais une autre espèce de contrat sans nom : *Commodati non competit actio, quia non fuit*

gratuitum commodatum, verum præscriptis verbis agendum est; l. 59, §. 3, ff. de præscr. verb.

4 4°. Il est de l'essence du contrat de prêt à usage, que l'emprunteur s'oblige à rendre la même chose *in individuo* qui lui est prêtée, après qu'il s'en sera servi, et conséquemment que cette chose lui soit délivrée, si elle n'est déjà par-devers lui; car l'obligation qu'il doit contracter de la rendre, suppose nécessairement qu'elle est par-devers lui.

5° Il est de l'essence de ce contrat que l'emprunteur ne reçoive la chose prêtée que pour s'en servir à l'usage pour lequel elle lui est prêtée, et que le prêteur en conserve non seulement la propriété, s'il en est le propriétaire, mais même la possession par le ministère de l'emprunteur, qui est censé ne détenir la chose qu'au nom de celui qui la lui a prêtée: *Rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus*; l. 8, ff. commod. *Nemo enim commodando, rem facit ejus cui commodat*; l. 6, ff. d. tit.

6° Enfin, il est de l'essence du contrat que le consentement des parties intervienne sur la chose prêtée, sur l'usage pour lequel elle est prêtée, et sur la restitution qui en doit être faite.

ARTICLE II.

A quelles classes de contrats appartient le prêt à usage.

5. Il est évident que le *prêt à usage* est de la classe des contrats de bienfaisance, étant de son essence d'être gratuit. Il renferme un bienfait que le prêteur fait à l'emprunteur, en lui accordant gratuitement l'usage de sa chose.

6. Il est aussi de la classe des contrats *réels*, c'est-à-dire, de ceux qui ne se forment que par la tradition de la chose.

En effet, on ne peut concevoir de contrat de *prêt à usage*, si la chose n'a été délivrée à celui à qui on en accorde l'usage; l'obligation de rendre la chose, qui est de l'essence de ce contrat, ne pouvant pas naître avant que la chose ait été reçue.

On dira peut-être que dans notre droit françois, où toutes les conventions, même celles que le droit romain appelloit *nuda pacta*, sont valables, et produisent des obligations civiles, la convention par laquelle je serois convenu avec

vous de vous prêter dans un tel temps une certaine chose, est valable par le seul consentement des parties, dès avant que je vous aie délivré la chose; et cette convention produit une action contre moi, pour m'obliger à vous délivrer la chose dans le temps convenu. Je réponds que cette convention n'est pas le contrat de *prêt*; c'est seulement une promesse de prêter, qui diffère du contrat de prêt comme une promesse de vendre diffère du contrat de vente. Le contrat de prêt ne se formera que lorsqu'en exécution de de cette promesse, je vous aurai délivré la chose.

Il est vrai que si la chose est déjà par-devers l'emprunteur, *putà*, parcequ'elle avoit été mise en dépôt chez lui, ou de quelque autre manière que cela se soit fait, le contrat de prêt reçoit, en ce cas, sa perfection par le seul consentement des parties. Mais si ce consentement suffit alors, c'est que la tradition s'est faite d'avance; et il est toujours vrai de dire que le contrat de prêt est un contrat *réel*, qui ne peut se former que par une tradition ou actuelle, ou qui ait précédé. En un mot, il faut que la chose prêtée, ou soit remise par le contrat entre les mains de l'emprunteur, ou qu'elle se trouve déjà par-devers lui.

7. Le *prêt à usage* est un contrat synallagmatique, qui produit de part et d'autre des obligations. Il n'est pas néanmoins de la classe de ceux qui sont parfaitement synallagmatiques, dans lesquels l'obligation de chacun des contractants est également principale, tels que sont les contrats de *vente*, de *louage*, de *société*. Il est de la classe de ceux qui sont moins parfaitement synallagmatiques: car dans ce contrat il n'y a que l'obligation de l'emprunteur qui soit l'obligation principale du contrat, laquelle est pour cet effet appelée *obligatio commodati DIRECTA*, et d'où naît l'action *commodati DIRECTA*, que le prêteur envers qui elle est contractée a contre l'emprunteur. Au contraire, l'obligation du prêteur n'est regardée que comme une obligation incidente et indirecte, laquelle pour cet effet est appelée *obligatio commodati CONTRARIA*; d'où naît l'action *commodati CONTRARIA*, que l'emprunteur envers qui elle est contractée a contre le prêteur; voyez notre *Traité des Obligations*, n. 9.

8. Enfin le prêt à usage est de la classe des contrats qu'on appelle *contractus juris gentium*; car il se régit par les seules règles du droit naturel, et il n'est assujéti à aucune formalité par le droit civil.

Si, de même que tous les autres contrats, il doit être rédigé par écrit, lorsque la chose qui en fait la matière est d'une valeur qui excède cent livres, ce n'est que pour la preuve du contrat que cette forme est requise, et non pour sa substance; *Traité des Obligations*, n. 15.

ARTICLE III.

Du rapport qu'a le contrat de prêt à usage avec d'autres contrats; et en quoi il en diffère.

9. Le *prêt à usage* tient quelque chose de la donation. Il contient un bienfait, et le prêteur; comme dans la donation, donne gratuitement quelque chose à l'emprunteur: mais il diffère de la donation, en ce que dans celle-ci la chose même est donnée, le donateur en transfère la propriété au donataire; au lieu que dans le *prêt à usage*, ce n'est pas la chose même que le prêteur donne, il n'en donne que l'usage; il conserve la propriété de la chose qu'il prête: il en conserve même la possession, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 5, et l'emprunteur s'oblige de la lui rendre.

10. Le *prêt à usage* a aussi de l'analogie avec le prêt de consommation qu'on nomme *mutuum*: ils renferment l'un et l'autre un bienfait qui n'est qu'imparfait, parceque, dans l'un et dans l'autre contrat, l'emprunteur s'oblige de rendre. Mais ces contrats diffèrent en ce que, dans le *prêt à usage*, le prêteur conserve la propriété de la chose prêtée; et c'est cette chose elle-même *in individuo*, que l'emprunteur s'oblige de lui rendre. Au contraire, dans le *prêt de consommation*, les choses prêtées étant des choses dont on ne peut faire aucun usage qu'en les consommant, telles que sont de l'argent, du blé, du vin, etc., le prêteur transfère à l'emprunteur la propriété des choses prêtées, pour que cet emprunteur les consume à son gré; et il devient seulement créancier d'une somme ou quantité égale à celle qu'il a prêtée, que l'emprunteur s'oblige de lui rendre.

11. Enfin le contrat de *prêt à usage* a du rapport avec le contrat de *louage*, et avec les contrats *sans nom*, par lesquels le prêteur exige de l'emprunteur quelque récompense. Ce rapport consiste en ce que c'est l'usage d'une chose que l'une des parties accorde à l'autre, qui fait la matière de ces contrats, de même que du *prêt à usage*. Mais la gratuité du *prêt à usage* est le caractère qui le distingue de ces contrats, en sorte qu'étant si essentiellement différents du *prêt à usage*, ils ne produisent pas les mêmes obligations.

12. La convention avec laquelle le prêt à usage, *commodatum*, dont nous traitons, a le plus de rapport, est la convention de *précaire*, qui est une espèce de prêt à usage. Nous en ferons voir les différences au chapitre quatrième, où nous traiterons de cette convention.

SECTION II.

Des personnes entre lesquelles peut intervenir le contrat de prêt; et des choses qui en peuvent être la matière.

ARTICLE PREMIER.

Des personnes entre lesquelles peut intervenir le contrat de prêt.

13. Le contrat de prêt n'a rien à cet égard de particulier : il peut intervenir entre toutes les personnes qui sont capables de contracter, et il est évident qu'il ne peut intervenir entre celles qui en sont incapables. C'est pourquoi, si j'ai emprunté d'un fou une chose que j'ai reçue de lui, il n'est intervenu par là aucun contrat de prêt; et nous n'avons pas contracté de part ni d'autre les obligations qui naissent du contrat de prêt. Si je suis obligé de rendre la chose, ce n'est pas en vertu d'un contrat de prêt, puisqu'il n'en est pas intervenu, mais en vertu de la loi naturelle qui oblige tous ceux qui possèdent sans cause la chose d'autrui, de la rendre à celui à qui elle appartient : et pareillement si le fou est obligé de me rembourser les impenses extraordinaires que j'aurois faites pour la conservation de la chose que j'ai reçue de lui, et dont il a profité, ce n'est pas par un contrat de prêt qu'il y est obligé, n'y en ayant

eu aucun, mais par la seule équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem* ; l. 206, ff. de *R. Jur.*

Il faut dire la même chose du prêt qu'une femme sous puissance de mari auroit fait à quelqu'un sans être autorisée : étant incapable de contracter, il n'y a point, en ce cas, de contrat de prêt ; et tout ce que nous avons dit dans l'espèce précédente, reçoit une entière application dans cette espèce.

Il n'en est pas de même d'un mineur qui, quoiqu'encore sous la puissance de tuteur, a passé l'âge de l'enfance, et est en âge de savoir ce qu'il fait : les contrats de ce mineur ne sont pas absolument nuls, comme ceux d'une femme mariée qui contracte sans être autorisée. Quoique ce mineur ne s'oblige pas en contractant sans l'autorité du tuteur, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'il profite du contrat, néanmoins il oblige ceux qui contractent avec lui, et le contrat subsiste de la part de ceux qui contractent avec lui ; *Instit. tit. de autoritate tutorum.*

C'est pourquoi il n'est pas douteux que le prêt fait par un mineur à quelqu'un, quoique sans l'autorité de son tuteur, est valable, et qu'il produit dans l'emprunteur toutes les obligations qui naissent du contrat de prêt.

Sur les personnes qui sont capables ou incapables de contracter, voyez notre *Traité des Obligations, part. 1, chap. 1, sect. 1, art. 4.*

ARTICLE II.

Des choses qui peuvent être la matière du contrat de prêt.

14. Toutes les choses qui sont dans le commerce, et qui ne se consomment point par l'usage qu'on en fait, peuvent être l'objet de ce contrat.

Ce sont le plus communément les meubles qui en font l'objet : on prête tous les jours un carrosse, un cheval, un livre, une tapisserie et autres choses semblables.

Néanmoins les immeubles en peuvent aussi être l'objet :

tous les jours un ami prête à son ami sa cave, son grenier, un appartement dans sa maison.

15. Non seulement les choses profanes peuvent être la matière du contrat de *prêt à usage*; les choses consacrées à Dieu, qui, pour cette raison, sont hors du commerce, en peuvent être aussi la matière, pourvu que ce soit pour des usages religieux qu'elles soient prêtées. Par exemple, lorsqu'il y a un catafalque à faire dans une église pour une cérémonie funèbre, ce qui exige un grand nombre de chandeliers d'argent, on emprunte les chandeliers d'argent des autres églises de la ville; c'est un vrai contrat de prêt à usage.

Si, pendant que les réparations qui sont à faire à une église paroissiale la rendent inexploitable, des religieux voisins ont une convention avec les paroissiens, par laquelle ils permettent aux paroissiens de faire, jusqu'à ce que leurs réparations soient finies, leur office paroissial dans leur église, à des heures différentes de celles auxquelles ils font le leur, cette convention est un vrai contrat de prêt à usage que ces religieux font de leur église à ces paroissiens.

16. Les écrits dont le roi ou les magistrats ont ordonné la suppression, ne peuvent être la matière d'un contrat de prêt légitime. L'arrêt qui défend à toutes personnes de les retenir, et enjoint de les porter au greffe de la cour, défend, à plus forte raison, de les prêter: le prêt qui en est fait est donc une contravention à l'arrêt, et par conséquent c'est un contrat nul, qui ne peut de part ni d'autre produire aucune obligation, ni donner aucune action: *Pacta quæ contrà leges constitutionesque vel contrà bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est*; l. 6, *Cod. de pact.*

Les mauvais livres dont on ne peut se servir pour aucun usage honnête, tels que ceux qui ne contiennent rien autre chose que des ordures et des impuretés, quoiqu'il n'y ait aucun arrêt qui en ait ordonné formellement la suppression, ne peuvent être la matière d'un contrat de prêt légitime: un tel contrat de prêt est contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent nul, suivant la loi ci-dessus citée.

Il y a néanmoins de mauvais livres qui peuvent être prêtés pour un usage bon et légitime, tels que sont ceux qui attaquent la foi et la saine morale, lorsqu'on les prête à quelqu'un qui les emprunte pour les réfuter : un tel prêt est honnête et légitime. Mais prêter ces livres à des personnes dont la lecture de ces livres peut corrompre le cœur et l'esprit, c'est un crime qui surpasse celui d'un empoisonneur, autant que l'âme surpasse le corps.

17. Il est évident que les choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, ne peuvent être l'objet de ce contrat; car étant de la nature de ce contrat, suivant la définition que nous en avons donnée, que celui à qui la chose est prêtée, s'oblige à la rendre elle-même *in individuo*, après qu'il s'en sera servi, il en résulte que les choses dont on ne peut se servir qu'en les consommant et en les détruisant, ne peuvent être l'objet de ce contrat.

Par exemple, de l'argent comptant, du vin, du blé, de l'orge, de l'huile, etc., ne peuvent être l'objet du contrat de *prêt à usage*, mais seulement du *prêt de consommation*, dont nous parlerons dans le Traité suivant.

Néanmoins ces choses même qui sont de nature à se consommer par l'usage, peuvent quelquefois faire l'objet du contrat de *prêt à usage*; savoir, lorsqu'elles sont prêtées, non pour l'usage naturel auquel ces choses sont destinées, mais seulement pour la montre, *ad ostentationem* : car ces choses ne se consommant point par cette espèce d'usage, rien n'empêche qu'elles ne puissent être l'objet du contrat de *prêt à usage*. C'est la décision des lois (l. 3, §. *fin.*; et l. 4, ff. *commod.*) *Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat; sæpè etiam ad hoc commodantur pecunie, ut ostendantur.* C'est ce qu'ont coutume de faire les receveurs infidèles qui, ayant donné à usure l'argent de leur caisse, empruntent de leurs amis des sacs d'argent, lorsqu'ils savent qu'on doit venir visiter leur caisse, pour la faire paroître remplie, et les rendent *in individuo*, aussitôt que la visite a été faite.

18. Il n'importe que la chose prêtée appartienne ou non

à celui qui la prête. Si un voleur prête à quelqu'un la chose qu'il a volée, c'est un vrai contrat de prêt, qui n'oblige pas moins celui à qui elle est prêtée de la rendre au voleur qui la lui a prêtée, que s'il lui eût prêté sa propre chose; l. 15 et 16, ff. *d. tit.* Voyez une limitation, *infra*, ch. 2, sect. 2, art. 1, §. 4.

19. Mais on ne peut prêter à quelqu'un sa propre chose : *Commodatum rei suæ esse non potest.*

C'est pourquoi, si quelqu'un qui a ma chose, me la prête sans que je sache qu'elle m'appartient, le contrat est nul, et je ne contracte aucune obligation de la rendre.

Cette règle, qu'on ne peut prêter à quelqu'un sa propre chose, souffre exception, lorsque c'est celui qui a le droit de la posséder ou d'en jouir, qui la prête au propriétaire. Par exemple, si le créancier à qui j'ai donné ma tapisserie en nantissement, me la prête pour quelque occasion, c'est un prêt de ma propre chose, qui est valable : car n'ayant pas le droit de la posséder, quoiqu'elle m'appartienne, puisque je l'ai donnée en nantissement, on peut valablement me la prêter, et je contracte valablement l'obligation de la rendre au créancier qui me l'a prêtée, et qui a droit de la posséder.

Par la même raison, celui qui jouit en usufruit de ma maison, peut me la prêter en tout ou en partie.

CHAPITRE II.

Du droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur; et de ses obligations.

SECTION PREMIÈRE.

Du droit de l'emprunteur.

20. Le droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur de se servir de la chose qui lui a été prêtée, de même que celui que le contrat de louage donne au locataire, n'est pas un droit dans la chose, mais un droit purement personnel contre le prêteur, qui naît de l'obligation que le prêteur a contractée de le laisser se servir de la chose pendant le temps et pour l'usage pour lequel il la lui a prêtée.

Ce droit lui donne une action contre le prêteur et ses héritiers, s'ils apportent quelque trouble à l'usage qu'il a droit de faire de la chose.

Nous traiterons de cette action au chapitre suivant.

Il lui donne aussi une exception contre la demande que le prêteur feroit *intempestivè* pour se faire rendre la chose prêtée : nous en traiterons aussi *infra*.

21. Ce droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur, se borne à l'usage pour lequel la chose lui a été prêtée : il ne lui est pas permis de s'en servir pour aucun autre usage, à moins qu'il n'ait un juste sujet de croire que le prêteur y consentiroit s'il le savoit.

Par exemple, si quelqu'un m'a prêté à Orléans un cheval pour aller à Beaugency, je ne puis pas m'en servir pour aller plus loin. Mais si, étant arrivé à Beaugency, il m'est survenu une affaire plus loin, que je n'avois pas prévue lorsque j'ai emprunté le cheval, et que les relations d'amitié que j'ai avec celui qui me l'a prêté, et la connoissance que j'ai de son caractère obligeant, me donnent lieu d'être persuadé qu'il ne m'auroit pas refusé son cheval pour aller jusqu'au lieu où cette affaire m'est survenue, je puis licitement m'en servir pour aller jusque-là.

Il faudroit décider autrement, si lorsque j'ai emprunté le cheval pour aller à Beaugency, je savois déjà que je pourrois en avoir besoin pour aller plus loin, et que je ne l'aie pas déclaré à celui de qui j'ai emprunté le cheval : cette réticence de ma part prouve que je n'étois pas bien assuré qu'il eût voulu me prêter son cheval pour aller plus loin.

22. Lorsque l'emprunteur, à l'insu et contre le gré du prêteur, se sert de la chose prêtée à un autre usage que celui pour lequel elle lui a été prêtée, non seulement il contrevient à la bonne foi requise dans le contrat de prêt, qui ne permet pas d'user de la chose prêtée pour un autre usage, mais il commet un vol de l'usage de cette chose. C'est ce qu'enseigne Paul en la loi 40, ff. *de furt. Qui jumenta sibi commodata longius duxerit, alienave re invito domino usus sit, furtum facit*. Ulpien décide la même chose en la loi 5, §. 8, ff. *commod.*

Il ne fait pas, à la vérité, un vol de la chose même qui lui a été prêtée; mais il fait un vol de l'usage de cette chose: car le vol peut tomber sur l'usage de la chose comme sur la chose même, le vol étant défini, *Contractatio rei fraudulosa..... vel rei, vel etiam usûs ejus, possessionisve*; l. 1, §. *fin. ff. de furt.*

SECTION II.

Des obligations de l'emprunteur.

23. Les obligations que l'emprunteur contracte par le prêt à usage, sont celles de rendre la chose qui lui a été prêtée, et celle de la conserver. Nous traiterons de ces deux obligations dans les deux premiers articles de cette section. Nous examinerons dans un troisième article, si l'emprunteur est obligé d'indemniser le prêteur, des cas fortuits qui ont causé la perte ou la détérioration de la chose prêtée. Enfin, dans un quatrième article, nous traiterons de l'action *commodati DIRECTA*, qui naît de l'action de l'emprunteur.

ARTICLE PREMIER.

De l'obligation de rendre la chose prêtée.

Il faut voir, 1° quand l'emprunteur est obligé de rendre la chose prêtée; 2° à qui; 3° où, et en quel état il la doit rendre; 4° quels moyens il peut opposer pour se défendre de la rendre.

§. I. Quand l'emprunteur doit-il rendre la chose?

24. L'emprunteur n'est obligé de rendre la chose qu'après le temps porté par le contrat; et lorsque le contrat n'en porte aucun, qu'après celui qui lui a été nécessaire pour l'usage pour lequel elle lui a été prêtée.

Le prêteur ne peut sans injustice en demander plus tôt la restitution: car quoiqu'il eût pu sans injustice ne la point prêter du tout, ayant bien voulu la prêter pour un certain usage, il s'est obligé de la laisser à l'emprunteur pendant tout le temps nécessaire; autrement il tromperoit l'emprunteur, qui a compté sur ce prêt, et qui auroit pu, sans cela, pren-

dre d'autres mesures, et trouver d'autres occasions d'emprunter d'autres personnes la chose dont il avoit besoin. C'est ce qu'enseigne Paul en la loi 17, §. 5, ff. *commod.* *Sicut voluntatis et officii magis quàm necessitatis est commodare; ita modum commodati finemque præscribere ejus est qui beneficium tribuit: quoniam autem id fecit, id est, postquàm commodavit, tunc finem præscribere et retrò agere, atque intempestivè usum commodatæ rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta est obligatio inter dandum accipiendumque..... adjuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet.*

25. Cette décision a lieu, quand même pendant ce temps le prêteur se trouveroit avoir besoin lui-même de la chose qu'il a prêtée, pourvu que ce fût un besoin qu'il a pu prévoir, et qui peut se remettre; car en la prêtant, il a tacitement consenti à se priver de l'usage de sa chose pendant le temps pour lequel il l'a prêtée, même dans le cas où il en auroit lui-même besoin, lorsqu'il a pu le prévoir.

Mais si le besoin que le prêteur a de la chose prêtée, étoit un besoin pressant et imprévu, il seroit, en ce cas, fondé à demander que la chose lui fût rendue, quoique avant l'expiration du temps pour lequel il l'a prêtée; car personne n'étant présumé vouloir faire plaisir à un autre à son préjudice, celui qui prête sa chose à quelqu'un, est censé ne la vouloir prêter qu'autant qu'il croit qu'il pourra lui-même s'en passer; et le cas d'un besoin pressant et imprévu qu'il auroit lui-même de cette chose, doit toujours être censé tacitement excepté de la permission qu'il a accordée à l'emprunteur de s'en servir pendant le temps convenu. C'est le sentiment de Puffendorf, qui me paroît très équitable.

Néanmoins, même dans le cas d'un besoin pressant et imprévu que j'aurois de la chose que je vous ai prêtée, si vous ne pouviez me la rendre sans courir risque de vous causer un grand préjudice, vous pourriez être reçu à satisfaire par équipollence à l'obligation de me la rendre, en me fournissant à vos dépens une chose semblable pour m'en servir à la place de la mienne, jusqu'à ce que vous puissiez

me la rendre , et que je puisse , de mon côté , vous rendre celle que vous m'avez fournie.

Par exemple , si pendant que les étais que je vous ai prêtés servent à soutenir les planchers de votre maison , dont on reconstruit le mur , j'ai besoin tout-à-coup de mes étais pour soutenir ma maison , et que je vous les redemande , vous devez être reçu dans vos offres de m'en fournir d'autres à vos dépens , pour m'en servir à la place des miens , que vous ne pouvez retirer sans risque , jusqu'à ce que votre mur qu'on reconstruit soit achevé.

26. Il y a un second cas auquel le prêteur peut demander la restitution de la chose qu'il a prêtée , avant le temps pour lequel il l'a prêtée ; c'est lorsque l'usage pour lequel il l'a prêtée , se trouve entièrement achevé. Par exemple , si je vous ai prêté un manuscrit pour quinze jours , afin d'en tirer une copie , et qu'au bout de huit jours vous ayez achevé cette copie , je puis vous demander que vous me rendiez mon manuscrit , sans attendre la fin des quinze jours ; car l'ayant entièrement copié et collationné , et par conséquent en ayant fait tout l'usage pour lequel je vous l'avois prêté , vous n'avez plus aucun sujet de le retenir : le temps de quinze jours n'a été fixé qu'afin que vous n'excédassiez pas ce temps à le copier , mais non pour que vous puissiez le retenir après l'avoir copié plus tôt.

Mais si le temps avoit été apposé à la convention , non seulement pour que vous n'excédassiez pas le temps à faire l'usage que vous voulez faire de la chose que je vous ai prêtée , mais par une autre raison , *putà* , parceque m'ayant emprunté la chose pour la porter à la campagne , d'où vous comptiez être de retour au bout de quinze jours , on a réglé le temps auquel vous devriez me la rendre , sur celui auquel vous deviez être de retour ; je ne dois pas en ce cas , sans un besoin pressant , quoique vous ayez fait tout l'usage de la chose que vous deviez faire , demander avant le temps , que vous me la renvoyiez par un exprès qui vous constitueroit en dépense ; mais je dois attendre le temps porté par notre convention , auquel vous pourrez me la rapporter vous-même à votre retour de la campagne.

27. Un troisième cas auquel je puis, avant l'expiration du temps porté par la convention, demander la restitution de la chose que j'ai prêtée, c'est lorsque celui à qui je l'avois prêtée pour un usage qui lui étoit personnel, est mort avant l'expiration de ce temps. Par exemple, si j'ai prêté à un savant un livre pour un an, afin qu'il s'en servît à la composition d'un ouvrage auquel il travailloit, et qu'il soit mort au bout de six mois, je puis incontinent, sans attendre l'expiration du temps porté par la convention, redemander mon livre à ses héritiers, qui n'ont aucun sujet de le garder; l'usage pour lequel je l'avois prêté, étant un usage qui étoit personnel au défunt.

Il en seroit autrement si l'usage pour lequel j'ai prêté une chose à mon ami, ne lui étoit pas personnel: en ce cas, ses héritiers pourroient se servir, comme lui, de ma chose à l'usage pour lequel je l'ai prêtée, et je ne pourrois leur en demander la restitution qu'après qu'ils auroient achevé de s'en servir à cet usage. Par exemple, si j'ai prêté à mon ami mon cheval pour tout le temps que dureroient ses vendanges, pour s'en servir à mener les raisins de ses vignes à son pressoir, et qu'il soit mort avant la fin de la vendange, ses héritiers auront droit de se servir, comme lui, de mon cheval, à l'usage pour lequel je l'ai prêté, et je ne serai fondé à leur demander qu'ils me le rendent, qu'après la fin de la vendange pour laquelle je l'ai prêté. La raison est que, dans le contrat de prêt à usage, de même que dans tous les autres contrats, nous sommes censés contracter pour nous et pour nos héritiers. C'est pourquoi les obligations qui naissent de ces contrats, et les droits qui en résultent, passent à nos héritiers, lorsqu'ils sont de nature à pouvoir leur passer.

28. Quoique régulièrement celui à qui la chose a été prêtée, ne puisse pas la retenir après le temps pour lequel elle lui a été prêtée, néanmoins s'il avoit besoin encore de quelques jours pour achever de s'en servir à l'usage pour lequel elle lui a été prêtée, et que le prêteur ne souffrit aucun préjudice du retard, le prêteur devroit lui laisser encore la chose pendant ce temps.

Mais quand même le prêteur souffriroit quelque préjudice du retard; si celui que souffriroit l'emprunteur, en rendant incontinent la chose prêtée, étoit beaucoup plus grand, on devroit encore, en ce cas, lui laisser la chose, à la charge par lui d'indemniser le prêteur du préjudice qu'il souffre de ce retard. Les devoirs de l'amitié, qui ont porté le prêteur à faire le prêt, exigent de lui ces tempéraments.

§. II. A qui la chose prêtée doit-elle être rendue ?

29. La chose prêtée doit être rendue au prêteur.

Lorsque le prêteur en a fait, par le ministère d'un autre, la tradition à l'emprunteur, ce n'est pas à celui du ministère duquel le prêteur s'est servi pour la faire, que la chose doit être rendue : car ce n'est pas lui qui est le prêteur ; c'est celui à qui il a prêté son ministère, et au nom de qui la tradition a été faite, qui est le prêteur, et à qui la chose doit être rendue ; *suprà*, n. 2.

30. La chose est censée rendue au prêteur, lorsqu'elle est rendue à celui qui avoit pouvoir de lui de la recevoir, suivant cette règle de droit, *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset* ; l. 180, ff. *de R. J.* Cela est conforme aux principes généraux que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, *part. 3, chap. 1, art. 2, §. 2*, où nous renvoyons.

31. Suivant les mêmes principes, la chose est censée rendue au prêteur, lorsqu'elle est rendue à quelqu'un qui a qualité pour la recevoir pour lui. Par exemple, une chose est censée rendue au mineur qui l'a prêtée, lorsqu'elle est rendue à son tuteur; une chose est censée rendue à une femme, lorsqu'elle est rendue à son mari; voyez notre *Traité des Obligations*, *part. 3, chap. 1, art. 2, §. 3*.

32. Quelquefois ce n'est pas à la personne même qui a fait le prêt, que la chose prêtée doit être rendue : cela arrive, 1° lorsque cette personne a, depuis le prêt, perdu la vie civile. Si c'est par la profession religieuse, la chose ne peut plus être valablement rendue qu'à ses héritiers ou autres successeurs universels qui ont recueilli sa succession, à laquelle sa profession a donné ouverture. Si c'est par une

condamnation à une peine capitale que le prêteur a perdu la vie civile, la chose ne peut plus être valablement rendue qu'au seigneur au profit de qui la confiscation de ses biens a été prononcée.

33. 2° On ne peut plus rendre valablement la chose prêtée à la personne qui l'a prêtée, lorsque, depuis le prêt, elle a changé d'état. Par exemple, lorsqu'une fille m'a prêtée une chose, et que depuis le prêt elle s'est mariée, et a passé sous puissance de mari, ce n'est plus à elle, c'est à son mari que je dois rendre la chose qu'elle m'a prêtée : la restitution que je lui en ferois à elle-même, ne me déchargerait pas de mon obligation de la rendre, si ce n'est dans le cas auquel elle seroit parvenue à son mari, ou dans le cas auquel je la lui aurois rendue du consentement de son mari, ou enfin dans le cas auquel j'aurois eu une juste ignorance de son changement d'état. Par la même raison, si le prêteur a été, depuis le prêt, interdit, soit pour cause de folie, soit pour cause de prodigalité, ce n'est plus à lui, c'est à son curateur que la chose prêtée doit être rendue.

34. Quand même le prêteur qui est devenu fou ne seroit pas encore interdit, l'emprunteur qui auroit connoissance de sa folie ne devoit pas lui rendre la chose qu'il lui a prêtée ; et en la lui rendant, il ne seroit pas déchargé de l'obligation qu'il a contractée de la rendre. En cela le fou est différent du prodigue : celui-ci n'est privé de l'administration de son bien que par la sentence d'interdiction ; jusqu'à cette sentence, il peut valablement recevoir ce qui lui est dû, et en décharger son débiteur ; et par conséquent, la restitution de la chose prêtée, qui lui est faite par l'emprunteur avant la sentence d'interdiction, est valable.

Il n'en est pas de même du fou : c'est sa folie qui par elle-même le rend incapable d'administrer son bien, et non la sentence d'interdiction, qui sert seulement à constater sa folie : car les actes d'administration supposent une volonté délibérée, une connoissance de ce qu'on fait, qui ne se trouve pas dans une personne qui a perdu l'usage de la raison : *Furiosi voluntas nulla est* ; l. 47, ff. de acq. hæred. Un fou, même avant qu'il soit interdit, est donc incapable de

recevoir ce qui lui est dû, et d'en décharger son débiteur; *Furiosus nullum negotium contrahere potest*; l. 5, ff. de R. J.; et par conséquent l'emprunteur qui ayant, ou ayant pu avoir connoissance de la folie du prêteur, lui auroit restitué, quoiqu'avant son interdiction, la chose prêtée, ne seroit pas libéré; et si ce fou à qui il l'a mal-à-propos rendue, venoit à la perdre, les héritiers du fou, ou le fou même, s'il avoit depuis recouvré la raison, ou son curateur, pourroient en demander le prix à l'emprunteur.

Observez néanmoins que si l'emprunteur, lorsqu'il a rendu au fou qui n'étoit pas encore interdit, la chose qu'il lui avoit prêtée, non seulement ne s'étoit pas aperçu, mais n'avoit pu s'apercevoir de la folie du prêteur, parceque c'étoit une folie qui ne s'apercevoit pas facilement; quoique cette restitution ne fût pas un paiement valable, par l'incapacité du prêteur à qui elle est faite, néanmoins l'emprunteur est déchargé de l'obligation de rendre la chose prêtée; car il suffit pour cela qu'il ne l'ait plus, et que ce soit sans aucune faute de sa part qu'il ait cessé de l'avoir.

Lorsque l'emprunteur, après s'être servi de la chose prêtée pour l'usage dont il en avoit besoin, veut s'en décharger, n'y ayant personne à qui il puisse la rendre, parceque le prêteur, est devenu fou, et n'a pas de curateur, il peut, à sa requête, faire assembler les parents, ou au défaut de parents, les voisins du prêteur, pour lui faire nommer un curateur à qui il puisse la rendre : c'est le moyen qu'ont tous les débiteurs qui veulent se libérer.

35. Lorsque celui qui a prêté une chose est un mineur, si la chose qu'il a prêtée est une chose à son usage, que son père ou son tuteur lui laissoit entre ses mains; quoiqu'il l'ait prêtée à l'insu de son père ou de son tuteur, l'emprunteur peut rendre la chose au mineur qui la lui a prêtée, aussi bien qu'à son père ou à son tuteur; comme lorsqu'un écolier a prêté à quelqu'un un de ses livres de classe. C'est pourquoy, quand même le mineur auroit depuis perdu cette chose, l'emprunteur qui la lui a rendue, n'en demeureroit pas moins valablement déchargé, et on ne pourroit pas lui opposer ce principe de droit, qu'un mineur ne peut pas, sans

le consentement de son tuteur , recevoir ce qui lui est dû , et se décharger son débiteur : *Pupillo sine tutoris auctoritate solvi non potest* ; l. 15 , ff. *de solut.* Car le père ou le tuteur , en laissant cette chose entre les mains du mineur , a virtuellement consenti que ceux à qui il la prêteroit passent la lui remettre entre les mains.

Mais si la chose que le mineur a prêtée n'étoit pas une chose qui fût à son usage , et que le tuteur laissât entre les mains du mineur ; cette chose, quoique prêtée par le mineur, qui avoit trouvé le moyen de l'avoir , et quoiqu'elle appartienne au mineur , ne doit pas lui être rendue , mais à son tuteur ; et l'emprunteur , en la rendant au mineur sans le consentement du tuteur , n'en seroit pas valablement déchargé , si le mineur venoit à la perdre.

Voyez au paragraphe quatrième , d'autres cas auxquels la chose ne doit pas être rendue à celui qui l'a prêtée.

§. III. Où , et en quel état la chose prêtée doit-elle être rendue ?

36. Lorsque le lieu où la chose prêtée doit être rendue est exprimé par la convention , c'est en ce lieu qu'elle doit être rendue.

Lorsque les parties ne s'en point expliquées , la chose prêtée doit être rendue au prêteur en sa maison , à moins que , par la destination du prêteur , la chose n'eût coutume d'être dans un autre lieu , *putà* , dans une de ses maisons de campagne , d'où le prêteur l'a retirée pour la prêter ; auquel cas , elle doit être rendue au lieu où elle a coutume d'être.

37. Si , depuis le prêt , le prêteur avoit transféré sa demeure très loin , l'emprunteur ne seroit pas obligé de lui rendre la chose prêtée ailleurs qu'au lieu où étoit la demeure du prêteur lors du prêt ; car ce n'est que dans ce lieu qu'il a entendu s'obliger de la rendre. La translation de la demeure du prêteur dans un autre lieu , est un fait qui lui est étranger , et qui ne doit pas l'obliger , pour la restitution de la chose prêtée , à plus qu'il n'a entendu s'obliger. Par exemple , si je vous ai prêté mon cheval à Orléans , pour faire le voyage de Reims , et que , pendant votre voyage , j'aie été nommé à un emploi à la Rochelle , pour lequel j'aie

été obligé d'y transférer ma demeure; de retour de votre voyage, vous n'êtes pas obligé de me rendre mon cheval ailleurs qu'à Orléans : vous devez seulement me donner avis de votre retour, et attendre mes ordres, ou pour me renvoyer à mes frais le cheval à la Rochelle, ou pour le vendre à Orléans pour mon compte.

Si la nouvelle demeure du prêteur étoit peu éloignée de celle où la chose a été prêtée, l'emprunteur à qui elle est connue doit être obligé de rendre la chose au prêteur en sa nouvelle demeure : il auroit mauvaise grâce à dire qu'il ne s'est obligé de la rendre qu'au lieu où étoit la demeure du prêteur lors du prêt, et qu'il n'a pas prévu que le prêteur changeroit de demeure; car la nouvelle demeure en étant peu éloignée, on doit présumer qu'il avoit, lors du prêt, non pas, à la vérité, une volonté formelle et explicite, mais une disposition de volonté d'y rendre la chose, s'il eût prévu le changement de demeure : d'ailleurs, celui qui a reçu un bienfait ne doit pas être écouté à chicaner son bienfaiteur.

38. La chose prêtée doit être rendue en l'état auquel elle se trouve. Si elle se trouvoit détériorée, l'emprunteur n'est pas tenu des détériorations, à moins qu'elles ne proviennent de quelque faute de sa part, ou des personnes dont il est responsable.

Mais si la détérioration provient du fait d'une autre personne, que l'emprunteur n'a pu prévoir ni empêcher, il n'en est pas plus tenu que de celles qui proviennent des accidents de force majeure. C'est ce qu'enseigne Julien, en la loi 19, ff. *commod. Ad eos qui servandum aliquid conducunt, aut utendum accipiunt, damnum injuriâ ab alio datum non pertinere procul dubio est : quâ enim curâ aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis injuriâ det?*

39. L'emprunteur n'est pas même tenu des détériorations qui seroient un effet inévitable de l'usage pour lequel la chose a été prêtée; car le prêteur, en la prêtant pour cet usage, a implicitement consenti de souffrir ces détériorations. Par exemple, si j'ai prêté ici à Orléans, à un mar-

chand, un manteau neuf, pour s'en servir pendant un voyage qu'il a à faire à Leipsick; quoique ce manteau, lorsqu'il me le rendra au retour de son voyage, ne se trouve pas de même valeur qu'il étoit lorsque je le lui ai prêté, je ne pourrai pas m'en plaindre, parcequ'en le lui prêtant pour faire ce long voyage, j'ai consenti à la détérioration de mon manteau, qui en étoit un effet inévitable.

Pomponius rapporte cet autre exemple : Je vous ai prêté mon cheval pour aller dans un certain lieu fort éloigné. Si, sans aucune faute de votre part, la fatigue du voyage a déprécié mon cheval, vous n'en êtes pas tenu; car c'est plutôt moi qui suis en faute, de n'avoir pas connu de quoi mon cheval étoit capable, et de vous l'avoir prêté pour faire un voyage qui étoit au-dessus de ses forces : *Ego in culpâ ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit; l. 23, ff. d. t.*

§. IV. Des exceptions que peut opposer celui à qui la chose a été prêtée, pour se défendre de la rendre.

40. Le principal moyen que peut opposer celui à qui une chose a été prêtée, pour se défendre de la rendre, c'est celui qui résulte de ce que, sans aucune faute de sa part, il a cessé de l'avoir, soit qu'elle soit périée par quelque accident de force majeure, soit qu'elle lui ait été ravie. Sur les fautes dont est tenu l'emprunteur, et sur les cas de force majeure dont il n'est pas tenu, voyez l'art. suivant.

Suivant les principes établis en notre Traité des Obligations, n. 656, *in fine*, l'emprunteur qui se défend par ce moyen de rendre la chose qui lui a été prêtée, est tenu de justifier l'accident de force majeure qu'il prétend avoir causé la perte de la chose.

41. L'emprunteur est sur-tout déchargé de l'obligation de rendre au prêteur la chose prêtée, lorsqu'il est en état de justifier qu'il l'a rendue à celui qui est venu la quérir de la part du prêteur, quand même elle ne seroit pas parvenue au prêteur; car l'emprunteur, en la rendant à cette personne, est censé l'avoir rendue au prêteur lui-même, sui-

vant cette règle de droit, *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset*; l. 180, ff. de R. J.

C'est ce qu'enseigne Ulpien, en la loi 12, §. 1, ff. *commodatam rem missus qui repeteret, quum recepisset, aufugit. Si dominus ei dari jusserat, domino perit.*

Au reste, l'emprunteur doit bien prendre garde si la personne qui vient demander la chose prêtée a ordre de la recevoir; car si cette personne n'étoit envoyée que pour avertir l'emprunteur de la rendre, et que l'emprunteur la lui remit, il n'en seroit pas déchargé envers le prêteur, si la chose ne lui parvenoit pas; *d. §. 1.*

42. Un second moyen que peut opposer l'emprunteur, non pour se dispenser entièrement de rendre la chose, mais pour la retenir quelque temps, c'est celui qui résulte de ce qu'il ne peut la rendre incontinent, sans s'exposer à un grand dommage : nous en avons parlé *suprà*, n. 26.

43. Un troisième moyen est celui qui résulte des impenses qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée, dont il a la répétition; car il a droit de retenir la chose jusqu'à ce que le prêteur l'ait remboursé de ces impenses. L'emprunteur a cela de commun avec tous ceux qui ont fait des impenses pour la conservation d'une chose qui se trouve en leur possession, qu'ils ont un droit de rétention de cette chose, pour s'en faire rembourser, la chose étant censée obligée par lesdites impenses, *veluti quodam pignoris jure*. Voyez *infra*, chap. 3, quelles sont les impenses dont il a la répétition.

44. Il n'en est pas de même de ce que le prêteur me doit pour quelque autre cause que ce soit : je ne puis pas retenir pour ce qu'il me doit, la chose qu'il m'a prêtée, ni me dispenser de la lui rendre aussitôt que je m'en suis servi à l'usage pour lequel il me l'a prêtée. C'est ce que décident Dioclétien et Maximien : *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur*, l. *fin. Cod. commodati*.

La raison est que, suivant les principes que nous avons établis en notre Traité des Obligations, n. 530, sur la matière de la compensation, on ne peut opposer de com-

pensation contre la dette d'un corps certain , telle qu'est la dette de la restitution de la chose prêtée.

Mais si , faute par l'emprunteur de pouvoir la rendre , parcequ'elle seroit périée , ou auroit été perdue par sa faute , la dette s'étoit convertie en une dette de dommages et intérêts liquidés à une somme d'argent , elle seroit susceptible de compensation , de même que les autres dettes de sommes d'argent.

45. Il y a des circonstances dans lesquelles l'emprunteur ne doit pas rendre la chose à celui qui la lui a prêtée au moment qu'il la redemande , mais où il en doit différer la restitution. Supposons , par exemple , qu'une personne m'a prêté ses pistolets chargés pour un voyage. Au retour de ce voyage , le prêteur , en sortant d'avoir une grosse querelle , vient , tout enflammé de colère , me la raconter , et me redemander ses pistolets. Si j'ai lieu de soupçonner que le prêteur , que je connois pour un homme violent , en veut faire un mauvais usage , je dois attendre , pour les lui rendre , que ses mouvements de colère soient passés.

46. L'emprunteur ne peut pas , pour se dispenser de rendre la chose prêtée , opposer au prêteur qu'elle ne lui appartient pas : car tant qu'elle n'est pas réclamée par un tiers , entre les mains de l'emprunteur , le prêteur est en droit de la répéter , quand même il l'auroit volée ; l. 16. ff. *commod.*

Mais si elle étoit arrêtée entre les mains de l'emprunteur par quelqu'un qui s'en prétend le propriétaire , ou qui se prétend créancier du prêteur , l'emprunteur doit dénoncer l'arrêt au prêteur , et ne rendre la chose que lorsque le prêteur aura obtenu main-levée de l'arrêt.

Quoique la personne à qui la chose a été volée ne l'ait pas encore arrêtée entre les mains de l'emprunteur , lorsque l'emprunteur vient à en avoir connoissance , il doit , avant que de rendre la chose à celui qui la lui a prêtée , avertir cette personne que la chose est entre ses mains , afin qu'elle puisse l'arrêter : car l'obligation qu'il a contractée de la rendre à celui qui la lui a prêtée , doit céder à l'obligation de la rendre à celui à qui elle appartient. C'est ce que les lois décident à l'égard du dépositaire , comme nous

le verrons *infra*; et leur décision reçoit une entière application à l'emprunteur, y ayant une entière parité de raison.

47. Enfin l'emprunteur et ses héritiers ne peuvent opposer aucune prescription de temps pour se dispenser de rendre la chose prêtée, lorsqu'elle se trouve en leur possession, quand même il y auroit plus de trente ans que le prêt en eût été fait : car la possession en laquelle quelqu'un est d'une chose, est toujours censée continuer au même titre auquel elle a commencé, tant que le contraire ne parroit pas, suivant la règle, *Nemo potest ipse sibi mutare causam possessionis suæ*. L'emprunteur ayant une fois commencé à avoir la possession de la chose à titre d'emprunt, lui et ses héritiers sont toujours censés continuer de l'avoir à ce titre; et cette possession à titre d'emprunt, en laquelle ils sont censés être, réclame perpétuellement pour la restitution de la chose, qui doit être faite à celui qui l'a prêtée, ou à ses successeurs.

Mais si la chose prêtée n'étoit plus par-devers l'emprunteur ou ses héritiers, l'action du prêteur seroit sujette à la prescription ordinaire de trente ans, à laquelle sont sujettes les autres actions.

ARTICLE II.

De l'obligation de conserver la chose.

48. L'obligation que l'emprunteur contracte par le contrat de prêt à usage, l'oblige à apporter tout le soin possible à la conservation de la chose qui lui a été prêtée.

Il ne suffit pas qu'il y apporte un soin ordinaire, tel que celui que les pères de famille ont coutume d'apporter aux choses qui leur appartiennent : il doit y apporter tout le soin possible, c'est-à-dire, celui qu'apportent à leurs affaires les personnes les plus soigneuses; et il est tenu à cet égard, non seulement de la faute légère, mais de la faute la plus légère.

C'est ce qu'enseigne Gaius, en la loi 1, §. 4, ff. de *obl. et act.* *Exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur; nec sufficit ei eandem diligentiam ad-*

hibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit.

Ceci est une suite du principe qui se trouve en la loi 5, §. 2, ff. *commod.*, et que nous avons rapporté en notre *Traité des Obligations*, n. 142, que dans les contrats qui se font pour le seul intérêt de celui qui reçoit la chose qui fait l'objet du contrat, celui qui la reçoit est tenu d'apporter à la conservation de cette chose, non seulement un soin ordinaire, mais tout le soin possible, et qu'il est tenu par conséquent de la faute la plus légère, *de levissimâ culpâ* : d'où il suit que le contrat de *prêt à usage* se faisant pour le seul intérêt de celui à qui la chose est prêtée, cet emprunteur est tenu de ce soin très exact.

49. Si celui à qui la chose a été prêtée n'étoit pas capable de ce soin très exact, devoit-on l'exiger de lui? Pour la négative, on dira que personne n'est tenu à l'impossible : *Impossibile nulla obligatio est*; l. 85, ff. de *R. J.* Néanmoins il faut décider que cet emprunteur n'est pas moins obligé à ce soin très exact, quoiqu'il en soit incapable, et qu'il est responsable de la perte ou de la détérioration de la chose prêtée, auxquelles a donné lieu le défaut de ce soin : car, comme nous l'avons observé en notre *Traité des Obligations*, n. 156, la règle que personne n'est tenu à l'impossible n'est véritable qu'à l'égard de ce qui est absolument impossible, et non de ce qui étant possible en soi, est seulement impossible à la personne qui s'y est témérairement obligée, laquelle doit s'imputer de s'y être obligée sans consulter ses forces. Suivant ce principe, quelque incapable que soit celui à qui la chose a été prêtée, du soin très exact que les règles du contrat de *prêt à usage* exigent de l'emprunteur, il n'est pas moins tenu de ce soin, parceque c'est sa faute d'avoir emprunté sans être capable du soin que les lois exigent des emprunteurs, et que le prêteur pouvoit ne pas connoître le caractère d'esprit de l'emprunteur, qui le rendoit incapable de ce soin.

On doit néanmoins avoir égard à la qualité de la personne à qui la chose a été prêtée, pour régler l'étendue du soin qu'elle doit apporter à la conservation de la chose.

C'est sur ce principe que Dumoulin, en son *Traité de eo quod interest*, n. 185, décide qu'on ne doit pas exiger le même soin d'un écolier à qui on a prêté un cheval, que d'un écuyer ou d'un maréchal; car le prêteur, ne pouvant ignorer que cet écolier n'a pas la connoissance des chevaux, qu'ont les gens du métier, ne peut être censé avoir exigé de lui d'autre soin que celui dont peuvent être capables des personnes qui ne sont pas du métier.

50. Le principe que l'emprunteur est obligé au soin le plus exact, et est tenu *de levissimâ culpâ*, reçoit deux exceptions.

La première est lorsqu'il y a convention expresse au contraire; car s'il a été convenu que l'emprunteur ne seroit obligé qu'à un soin ordinaire, on ne pourroit pas en exiger de lui davantage; et même s'il étoit convenu qu'il ne seroit obligé à rien pour la conservation de la chose prêtée, on ne pourroit exiger de lui que de la bonne foi. C'est ce qu'enseigne Ulpien, en la loi 5, §. 10 : *Interdum dolum solum in re commodatâ qui rogavit præstabit, ut putâ si quis ita convenit.*

51. La seconde exception est lorsque, contre l'ordinaire, l'usage pour lequel la chose est prêtée ne concerne pas l'intérêt seul de l'emprunteur : car si elle est prêtée pour un usage auquel le prêteur et l'emprunteur ont un intérêt commun, l'emprunteur, en ce cas, ne sera obligé qu'à un soin ordinaire, et ne sera pas tenu *de levissimâ culpâ* mais seulement de la faute ordinaire, *de levi culpâ*, comme dans les autres contrats qui interviennent pour l'utilité réciproque des parties. C'est ce qu'enseigne Gaius, en la loi 18, ff. *commod.* Après avoir dit que l'emprunteur est obligé à tout le soin possible, il ajoute : *Hæc ita si duntaxat accipientis gratiâ commodata sūt res; at si utriusque, veluti si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus curam suscepisses, et ego tibi argentum (mon argenterie) commodaverim..... culpæ fit æstimatio sicut in rebus pignori datis, et dotalibus, æstimari solet.*

Cela est conforme au principe établi en notre *Traité des Obligations*, n. 142, suivant lequel on doit aussi décider

que si le prêt étoit fait à quelqu'un pour s'en servir à un usage qui concerneroit l'intérêt du prêteur plutôt que le sien, l'emprunteur, en ce cas, ne seroit pas même tenu de la faute légère. C'est ce qu'enseigne Ulpien en la loi 5, §. 10. *Interdum dolum solum in re commodata qui rogavit prestabit.... si sua duntaxat causa commodavit sponsæ fortè suæ vel uxori, quò honestiùs culta ad se deduceretur; vel si quis ludos edens prætor scenicis commodaverit, vel ipsi prætori quis ultrò commodavit.*

52. Despeisses apporte pour troisième exception, le cas auquel le prêteur a prêté la chose avant d'en être prié : il prétend qu'en ce cas l'emprunteur n'est tenu que *de dolo et latâ culpâ*. Je ne suis pas de son avis. Le bienfait que le prêteur me fait en me prêtant la chose dont il sait que j'ai besoin, sans attendre que je l'en prie, en est d'autant plus grand : il n'est pas raisonnable que la grandeur du bienfait doive diminuer l'obligation où je suis d'apporter à la chose prêtée tout le soin possible. L'argument que Despeisses prétend tirer des derniers termes de la loi ci-dessus rapportée, n'est pas juste. S'il y est dit que celui qui a prêté *ultrò* quelque chose au magistrat pour rendre le spectacle plus brillant, n'est tenu que *de latâ culpâ*, ce n'est pas précisément parcequ'il a fait le prêt sans attendre qu'on l'en priât ; mais c'est parcequ'il paroît que le prêteur a fait ce prêt pour sa propre satisfaction, et pour jouir d'un beau spectacle où il s'attendoit d'assister, plutôt que pour l'intérêt du magistrat, qui auroit pu se passer des choses qu'il lui a prêtées.

53. Hors ces cas d'exception, l'emprunteur est obligé au soin le plus exact pour la conservation et la garde de la chose qui lui a été prêtée. C'est pourquoi comme le simple vol d'une chose ne peut guère arriver sans quelque défaut de soin et de précaution de la part de celui à qui il est fait, si la chose prêtée a été dérobée à l'emprunteur, il en est responsable envers celui qui la lui a prêtée ; l. 21, §. 1, ff. *commod.*

Il n'importe par qui elle lui ait été dérobée : quand même ce seroit par les enfants ou les domestiques du prêteur,

l'emprunteur n'en seroit pas moins responsable envers lui ;
d. §. 1.

Il peut néanmoins arriver que la chose prêtée soit dérobée sans qu'il y ait aucune faute de la part de l'emprunteur ; et en ce cas l'emprunteur est déchargé. Julien, en la loi 20, ff. *commod.*, nous en donne cet exemple : *Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ut te perferendum, ut non debuerit quis æstimare futurum ut à quibusdam malis hominibus deciperetur ; tamen non meum detrimentum erit, si id mali homines interceptissent.* Dans l'espèce de cette loi il n'y a aucune faute de la part de l'emprunteur : il falloit qu'il renvoyât au prêteur l'argenterie qu'il lui avoit prêtée ; il ne pouvoit faire mieux que de la renvoyer par un domestique de confiance, et dont la fidélité étoit très connue. Il ne pouvoit pas prévoir que ce domestique rencontreroit en chemin des filous qui lui escamoteroient cette argenterie. A plus forte raison, lorsque la chose prêtée a été volée à l'emprunteur à force ouverte, par le moyen d'une effraction faite à sa maison, et au coffre où il la tenoit enfermée, l'emprunteur n'en doit pas être responsable ; c'est un cas de force majeure.

54. Celui qui a emprunté une chose est tenu d'apporter tout le soin possible, non seulement à cette chose qu'il a empruntée, mais aussi à celles qui accompagnoient cette chose, et qu'il a reçues avec elle : *Usque adeò diligentia in re commodatâ præstanda est, ut etiam in eâ quæ sequitur rem commodatam præstari debeat : ut putà, equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur ; etiam pulli te custodiam præstare debere, veteres responderunt ; l. 5, §. 9, ff. commod.*

ARTICLE III.

Si celui à qui la chose a été prêtée est tenu d'indemniser le prêteur de la perte ou détérioration de la chose prêtée, lorsqu'elle est arrivée par un cas fortuit, ou force majeure.

55. Lorsque la chose prêtée est périée ou a été détériorée par quelque accident que l'emprunteur n'a pu ni prévoir ni empêcher, et qui auroit également causé la perte ou

la détérioration de la chose prêtée, quand même elle n'auroit pas été prêtée, et seroit restée chez le prêteur; comme si le cheval que vous m'avez prêté est mort de maladie, sans qu'on ait pu y apporter remède; personne ne doute que celui à qui la chose a été prêtée n'est pas tenu de cette perte, puisque ce n'est pas le prêt qui y a donné lieu.

Il n'y a lieu à la question que lorsque c'est le prêt qui a donné lieu à l'accident, auquel, sans cela, la chose prêtée n'auroit pas été exposée. On demande si, en ce cas, celui à qui la chose a été prêtée doit indemniser le prêteur de la perte causée par cet accident, qui est arrivé sans aucune faute de sa part.

Par exemple, si vous m'avez prêté votre cheval pour faire un voyage, et que les voleurs m'aient attaqué dans une forêt, et l'aient tué ou emmené, serai-je obligé de vous payer le prix de votre cheval, qui n'auroit point été perdu si vous ne me l'aviez pas prêté? Les jurisconsultes romains décident pour la négative: *Is qui utendum accepit*, dit Gaius (en la loi 1, §. 14, ff. de oblig. et act.), *si majore casu cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruinâ, naufragio rem amiserit, securus est.*

La même décision se trouve dans plusieurs autres textes; et leur raison est, que les choses sont aux risques de ceux à qui elles appartiennent; que le service que rend le prêteur à l'emprunteur, oblige bien l'emprunteur à avoir tout le soin dont un homme est capable, pour la conservation de la chose qui lui est prêtée, mais qu'il ne doit pas l'obliger à se charger des cas fortuits, et de la force majeure; *Casus enim fortuiti à nemine præstantur*; que le prêteur, en consentant que la chose fût employée à l'usage pour lequel il l'a prêtée, s'est volontairement exposé aux risques qu'elle devoit courir étant employée à cet usage; que s'étant volontairement soumis à ce risque, on ne peut pas dire que le prêt qu'il a fait lui ait fait aucun tort que la bonne foi doive obliger l'emprunteur de réparer; *Volenti enim non fit injuria.*

Quelques auteurs, et entre autres Puffendorf, et son annotateur Barbeyrac, ont néanmoins cru devoir s'écarter de la décision des lois romaines. Ils disent que *Iniquum est officium suum cuique esse damnosum* : d'où ils concluent que les risques auxquels donne lieu le prêt, et que le prêteur n'auroit pas courus s'il n'eût pas fait le prêt, doivent plutôt être courus et supportés par l'emprunteur à qui on rend service, que par le prêteur qui le lui rend, lequel ne doit rien souffrir du service qu'il rend. Ils ajoutent, qu'on doit présumer dans le prêt une condition tacite d'indemniser le prêteur de la perte de la chose prêtée, s'il arrivoit que le prêt donnât lieu à cette perte : que comme chacun doit être présumé ne pas vouloir souffrir du plaisir qu'il fait, cette condition doit toujours être présumée tacitement imposée par le prêteur à l'emprunteur ; et que l'emprunteur doit être tacitement présumé se soumettre à la condition de se charger de ce risque incertain, qui est compensé par l'utilité qu'il retire du prêt. Puffendorf met seulement cette modification à son sentiment, savoir, que si la chose empruntée a péri dans un incendie, ou par quelque autre accident, avec tout le bien de l'emprunteur, il seroit trop dur, en ces cas, d'exiger de l'emprunteur qui a perdu son bien, le prix de la chose prêtée. Titius et Wolfius rejettent le sentiment de Puffendorf, et s'en tiennent à la décision des lois romaines.

Il me paroît qu'on peut facilement répondre aux arguments ci-dessus rapportés pour l'opinion de Puffendorf, que la règle *Iniquum est suum cuique officium esse damnosum*, oblige bien celui à qui on a rendu service, à indemniser celui qui le lui a rendu, de ce qu'il lui en a coûté pour le rendre, lorsque le service rendu est la cause productrice de ce qu'a souffert celui qui l'a rendu; et même il faut encore, pour cela, que celui qui a rendu le service ne se soit pas volontairement soumis à supporter ce dommage. Suivant ce principe, nous avons vu ci-dessus que l'emprunteur devoit indemniser le prêteur de ce qu'il a souffert de la privation de sa chose, pour quelque besoin pressant et imprévu qu'il en a eu pendant que l'emprunteur

s'en servoit; car le prêt est la vraie cause de la privation de l'usage que le prêteur a eue de sa chose, et par conséquent de ce qu'il a souffert de cette privation, par la nécessité dans laquelle elle l'a mis d'en louer une autre. Mais lorsque le service rendu a été l'occasion plutôt que la cause de la perte qu'a soufferte celui qui l'a rendu, il n'en doit point être indemnisé par celui à qui il l'a rendu.

Comme dans l'espèce proposée, lorsque le cheval que je vous ai prêté pour un voyage, a été volé dans une forêt par laquelle il falloit passer, ce prêt que je vous ai fait de mon cheval, n'a été que l'occasion de la perte que j'en ai faite. C'est la violence employée par les voleurs qui en a été la cause; je n'en dois donc pas être indemnisé; j'en dois porter la perte; parcequ'une chose prêtée, ne cessant pas d'appartenir au prêteur, ne cesse pas d'être à ses risques.

Il est vrai que si je n'eusse pas prêté mon cheval, je n'aurois pas couru le risque qu'il fût volé; mais j'en aurois pu courir d'autres, moindres, à la vérité, que celui-là, et je me suis soumis à courir celui-là, en le prêtant pour passer par la forêt.

Quant à ce qu'on dit qu'on doit supposer dans le prêt une condition tacite, imposée par le prêteur à l'emprunteur, de l'indemniser de la perte de la chose à laquelle le prêt pourroit donner lieu, parceque cette volonté doit être présumée dans le prêteur; la réponse est, que quand le prêteur auroit eu, comme on le présume, la volonté d'imposer cette condition à l'emprunteur (ce qu'on ne peut pas néanmoins assurer), cela ne suffiroit pas pour supposer que le prêt a été fait sous cette condition: car il faudroit encore que l'emprunteur eût eu la volonté de se soumettre à cette condition, un engagement ne se contractant que par le concours des volontés des deux parties. Or sur quel fondement assurera-t-on que l'emprunteur a eu cette volonté? Beaucoup de personnes aimeroient mieux ne pas emprunter une chose, que de se soumettre aux risques d'en porter la perte qui arriveroit sans leur faute, et trouveroient acheter trop cher à ce prix le prêt qu'on leur feroit de la chose.

Ce pacte tacite entre le prêteur et l'emprunteur est donc une pure supposition destituée de fondement. Si le prêteur avoit effectivement la volonté que l'emprunteur l'indemnît des pertes de la chose, auxquelles le prêt pourroit donner occasion, il devoit s'en expliquer avec l'emprunteur lors du contrat : s'il ne l'a pas fait, il doit s'en prendre à lui-même, *in cujus potestate fuit legem apertius dicere.*

Je crois qu'il faut s'en tenir, sur cette question, au principe des lois romaines, duquel Puffendorf me paroît s'être mal-à-propos écarté.

56. Observez néanmoins que ce principe ne décharge l'emprunteur des accidents de force majeure, que lorsqu'il n'a pu sauver de ces accidents les choses qui lui ont été prêtées, et qu'il n'a pas occasioné l'accident par sa faute.

C'est pourquoi Ulpien, en la loi 5, §. 4, ff. *commod.*, dit : *Si incendio vel ruinâ aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur; nisi fortè, quum posset res commodatas salvas facere, suas prætulit.*

Quand même l'emprunteur n'auroit eu le loisir de sauver de l'incendie de sa maison, arrivé par le feu du ciel, qu'une partie des effets qui y étoient, il seroit responsable, envers le prêteur, de la perte des choses prêtées qui y étoient, si pouvant les sauver, comme il pouvoit sauver les siennes, il avoit préféré de sauver les siennes : car s'étant obligé au soin le plus exact des choses qui lui ont été prêtées, il contrevient à son obligation lorsqu'il en a moins de soin que des siennes, et qu'il leur préfère la conservation des siennes.

Cette décision doit sur-tout avoir lieu, si les choses qui lui ont été prêtées étoient plus précieuses que les siennes qu'il a sauvées : car le soin le plus exact qu'il doit aux choses qui lui ont été prêtées, l'oblige à en avoir au moins le même soin que si elles lui appartenoient. Or, si elles lui eussent appartenu, il n'auroit pas manqué de les sauver préférablement à celles qu'il a sauvées, qui étoient moins précieuses : il n'a donc pas eu le soin qu'il en devoit avoir, en les laissant périr pour sauver celles qu'il a sauvées.

Quid, vice versâ, si les choses qui appartenoient à l'emprunteur, et qu'il a sauvées, étoient plus précieuses que celles qui lui ont été prêtées, et qu'il a laissé périr, ne pouvant pas sauver les unes et les autres, est-il en ce cas responsable de la perte des effets qui lui ont été prêtés? Il y a plus de difficulté : néanmoins, on peut soutenir que, même en ce cas, il est responsable de leur perte. Il est vrai qu'on ne peut pas, dans ce cas-ci, lui reprocher de n'avoir pas eu pour les choses qui lui ont été prêtées, le même soin que pour les siennes : car quand même les choses qui lui ont été prêtées lui auroient appartenu, il les auroit de même laissé périr, et leur auroit préféré celles qu'il a sauvées, puisqu'on les suppose plus précieuses. On ne peut pas non plus dire que l'emprunteur ait commis une infidélité envers le prêteur, en sauvant, dans cette circonstance, ses effets préférablement aux choses qui lui avoient été prêtées. La réponse est, que l'obligation d'un emprunteur ne se borne pas à apporter de la fidélité à l'égard des choses qui lui ont été prêtées : elle ne se borne pas non plus à apporter, pour la conservation de ces choses, le même soin qu'il y eût apporté, si elles lui eussent appartenu : il est tenu d'y apporter tout le soin possible, *tenetur adhibere exactissimam diligentiam*. L'emprunteur se rend responsable, par le contrat de prêt, de la perte des choses qui lui sont prêtées, hors le seul cas auquel la perte seroit causée par une force majeure : *Prestat omne periculum, præter casus fortuitos, seu vim majorem*. Or, la force majeure étant définie *vis major cui resisti non potest*; quoique l'emprunteur n'ait pu sauver les choses prêtées qu'aux dépens des siennes, il suffit que, de quelque manière que ce soit, elles aient pu être sauvées de cet incendie, pour qu'on ne puisse pas dire que la perte arrivée par cet incendie soit arrivée par un cas de force majeure, dont l'emprunteur ne soit pas responsable. Mais si le tumulte a été si grand qu'il n'a pas été possible de faire aucun choix des effets qui étoient dans la maison incendiée, et qu'on n'ait pu sauver qu'à la hâte quelques effets au hasard, et comme ils se sont présentés sous la main, l'emprunteur, en ce cas, ne sera

pas tenu de la perte des choses qui lui ont été prêtées, quoiqu'il n'en ait sauvé aucunes : car en ce cas il est vrai de dire que les choses prêtées qui ont péri, n'ont pu absolument être sauvées, n'étant pas celles qui se sont présentées sous la main.

57. Le second cas auquel l'emprunteur est tenu de la perte ou détérioration de la chose prêtée, quoique arrivée par un accident de force majeure, est lorsqu'il a, par sa faute, occasioné cet accident : *Commodatarius et in majoribus casibus, si culpa ejus interveniat, tenetur*; l. 1, §. 4, ff. de oblig. et act.

Par exemple, si vous m'avez prêté votre cheval pour aller à un certain bourg, et qu'au lieu de le mener par le chemin ordinaire, qui est une route sûre et fréquentée, j'aie pris, pour arriver plus tôt, un chemin de traverse, où j'ai été attaqué par des braconniers, qui, après m'avoir volé, ont tué ou emmené le cheval que vous m'aviez prêté; je suis tenu de la perte de votre cheval, quoique arrivée par un accident de force majeure; car c'est par ma faute que je l'ai occasionée, en quittant la grande route.

Il en est de même si j'ai, à la vérité, suivi la grande route, mais à des heures dangereuses, après le jour failli.

58. Je suis sur-tout censé avoir, par ma faute, occasioné l'accident, lorsqu'il est arrivé pendant que je me servois de la chose à un usage pour lequel elle ne m'avoit pas été prêtée; car c'est ma faute de m'en être servi pour cet usage. Par exemple, si vous m'avez prêté ici (à Orléans) une chese pour m'en servir, et que, contre votre gré et à votre insu, je l'aie portée à la campagne, je suis responsable de tous les accidents de force majeure qui pourront lui arriver sur le chemin; car c'est ma faute de l'y avoir exposée en la portant à votre insu à la campagne. C'est ce que nous enseigne Gaius, en la loi 18, ff. commod., où il dit : *Quod de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam peregrè secum ferat; alioquin, si cui ideò argentum commodaverim, quod is amicos ad cœnam invitaturum se diceret, et id peregrè secum portaverit, sine*

ullâ dubitatione etiam piratarum, latronum et naufragii easum præstare debet.

59. Il y a un troisième cas auquel je penserois que l'emprunteur devoit indemniser le prêteur de la perte de la chose prêtée, quoique arrivée par un accident de force majeure auquel l'exposoit l'usage pour lequel elle lui a été prêtée ; c'est lorsque l'emprunteur a emprunté la chose de son ami pour ne pas exposer la sienne, en taisant à son ami qu'il en avoit une qui pouvoit lui servir à l'usage pour lequel il empruntoit celle de son ami. Par exemple, j'ai emprunté à mon ami un cheval de bataille pour le mener au combat, en lui taisant que j'en avois un qui étoit aussi propre à mener au combat que le sien. Si ce cheval que mon ami m'a prêté est tué au combat, je dois être tenu de la perte ; car c'est un dol de ma part d'avoir dissimulé à mon ami que j'avois un cheval dont je pouvois me servir à l'usage pour lequel je lui demandois le sien à emprunter, et de l'avoir, par cette réticence, porté à me prêter son cheval, qu'il n'auroit peut-être pas voulu me prêter, s'il eût su que j'en avois un. D'ailleurs, si je n'étois pas obligé d'indemniser mon ami, je m'enrichirois à ses dépens en sauvant mon cheval aux dépens du sien : *Hactenus enim sum locupletior, quatenus propriæ rei peperci* ; ce que l'équité ne permet pas : *Neminem æquum est cum alterius jacturâ locupletari.*

Mais si j'avois avoué de bonne foi à mon ami, en lui empruntant son cheval, que je le faisais pour sauver le mien du risque du combat, n'ayant pas le moyen d'en acheter un autre si je le perdois ; mon ami ayant, en ce cas, voulu exposer son cheval aux risques du combat pour lequel il me le prêtoit, s'il y étoit tué, je ne serois pas obligé de l'indemniser : c'est une générosité qu'il a bien voulu exercer envers moi.

60. Un quatrième cas, dans lequel l'emprunteur est responsable de la perte de la chose prêtée, qu'un accident de force majeure a causée, est lorsque cet accident n'est arrivé que depuis que l'emprunteur a été en demeure de rendre la chose prêtée, qui n'auroit pas été exposée à cet accident, s'il l'eût rendue au temps marqué : c'est l'effet de la de-

meure; et l'emprunteur a cela de commun avec tous les débiteurs de corps certains, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n. 663 et 664.

61. Enfin l'emprunteur est tenu des accidents de force majeure qui ont causé la perte ou la détérioration de la chose prêtée, lorsqu'il s'y est volontairement soumis, et que le prêt a été fait expressément à cette condition. C'est ce que nous enseignent les empereurs Dioclétien et Maxilien : *Eà quidem que vi majore auferuntur, detrimento eorum quibus res commodantur imputari non solent : sed quum is qui à te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, preces provinciæ, si probaveris eum indemnitate tibi promississe, placitum conventionis implere eum compellet*; l. 1, *Cod. commod.*

Cette convention n'a rien de contraire à l'équité. Le prêteur n'étant pas obligé de prêter sa chose, ni par conséquent de l'exposer aux risques auxquels le prêt l'expose, peut très licitement ne l'exposer à ces risques qu'à la charge que l'emprunteur l'en indemniserait. D'un autre côté, si l'emprunteur se charge de ce risque, il en reçoit le prix par l'usage de la chose qui lui est accordée.

62. C'est une question sur laquelle les docteurs sont partagés, si lorsqu'une chose est prêtée sous l'estimation d'une certaine somme, l'emprunteur doit être censé s'être chargé du risque des accidents de force majeure qui pourroient causer la perte ou la détérioration de la chose prêtée. Accurse, dans la glose sur la loi 5, §. 3, ff. *commod.*, tient l'affirmative; sauf dans le cas auquel le prêt n'auroit pas été fait pour le seul intérêt de l'emprunteur. Barthole, en son Sommaire sur les paragraphes 2 et suivants de cette loi, tient aussi l'affirmative indistinctement; et il a été suivi par Davezan en son *Traité de Contractibus*, par Domat, *liv. 1, tit. 5, §. 2, n. 9*, et par d'autres. Ces auteurs pensent que l'estimation ne peut paroître s'être faite que dans la vue que l'emprunteur seroit tenu à tout événement de rendre ou la chose prêtée, ou le prix; et que dans les cas

auxquels il ne pourroit rendre la chose , parcequ'elle seroit périe ou perdue par quelque cas fortuit , il seroit tenu de rendre la somme à laquelle on l'a pour cet effet estimée. Ces auteurs se fondent principalement sur la loi 5, §. 3, ff. *commod.*, où Ulpien, après avoir dit, au §. 2, que dans le prêt à usage qui se fait pour le seul intérêt de l'emprunteur, l'emprunteur est tenu *de levissimâ culpâ*, il ajoute au §. 3, *Et si fortè res æstimata data sit, tunc periculum præstandum ab eo qui æstimationem se præstaturum recepit.*

Ces auteurs conviennent que le terme *periculum* est en soi ambigu, et que s'il se prend pour le péril *ex casibus fortuitis proveniens*, il se prend aussi quelquefois dans les lois pour le péril *ex culpâ duntaxat proveniens* : mais ils soutiennent que dans ce texte, ces termes, *omne periculum*, ne peuvent s'entendre que du péril des cas fortuits ; car Ulpien, en traitant depuis le §. 2, de l'étendue de l'obligation de l'emprunteur, ne rapporte, dans le §. 3, le cas du prêt fait sous l'estimation d'une certaine somme, que pour observer que cette estimation ajoute quelque chose à l'étendue de l'obligation de l'emprunteur. Or, à moins qu'on n'entende ces termes, *omne periculum*, de la garantie des cas fortuits, l'estimation n'ajoute rien à l'obligation de l'emprunteur, lequel sans cela, et par la seule nature du contrat de prêt, est tenu *de levissimâ culpâ*, *adeòque præstat omne periculum, solis fortuitis casibus exceptis*. Ce raisonnement est celui de la glose sur ce paragraphe.

On dit encore pour ce sentiment, que lorsque dans les contrats une chose est donnée sous une estimation, l'effet de cette estimation est *ut faciat venditionem, et periculum transferat in accipientem*

Le sentiment opposé est soutenu par Panorme, sur le chapitre unique des Décrétales, *de empt. vend.* ; par Connanus, par Zoëzius, par Brunneman, et par Guillaume Prousteau, ancien professeur de notre université d'Orléans, dans son beau Traité *ad l. contractus, ff. de R. J.*, etc. Ce dernier sentiment me paroît le plus raisonnable. En effet, l'emprunteur n'étant pas chargé, par la nature du contrat,

des cas fortuits et accidents de force majeure qui peuvent causer la perte de la chose prêtée; pour qu'on puisse le charger du risque de ces accidents, il faut qu'il soit prouvé qu'il a consenti de s'en charger. Or l'estimation qui est faite de la chose prêtée lors du prêt, n'est pas seule capable de prouver cela, si les parties ne se sont pas expliquées que cette estimation se faisoit pour que l'emprunteur fût tenu de payer au prêteur cette estimation, de quelque manière qu'il arrivât qu'il ne pût rendre la chose: car dans les contrats, lorsqu'on donne une chose à quelqu'un sous une estimation, l'estimation ne se fait pas toujours *venditionis causâ, et animo transferendi periculi in accipientem*; elle se fait aussi quelquefois *intertrimenti causâ duntaxat*, pour régler ce que celui qui reçoit la chose sous cette estimation aura à payer au cas que, par sa faute, la chose soit ou détériorée ou périée, comme dans l'espèce de la loi 2, *cod. de jur. dot.* Il y a même lieu de présumer que dans les contrats dont la nature n'est pas de transférer la propriété, tels que sont le louage et le prêt à usage, l'estimation ne se fait pas *venditionis causâ*, mais plutôt de cette seconde manière, *intertrimenti causâ*: et quand même on n'admettroit pas cette présomption, on ne peut pas disconvenir qu'il est au moins incertain laquelle de ces deux vues les parties qui ne s'en sont pas expliquées, ont eue en faisant faire l'estimation de la chose prêtée: il suffit que cela soit incertain pour que cette estimation seule ne puisse pas prouver que les parties sont convenues que l'emprunteur seroit chargé des accidents de force majeure; et n'étant pas prouvé qu'on en soit convenu, on ne l'en doit pas charger. Ce raisonnement me paroît suffisant pour détruire la première opinion, quel que puisse être le sens de la loi 5, §. 3, qui lui sert de fondement; les décisions des lois romaines n'ayant force de loi dans nos provinces coutumières, qu'autant qu'elles sont trouvées conformes aux principes du droit naturel.

Nous n'abandonnons pas néanmoins ce paragraphe

d'Ulpien aux partisans de la première opinion. Pour le leur enlever, ceux de l'opinion contraire lui ont donné différentes interprétations.

La première est de ceux qui disent qu'il n'est point du tout question, dans ce paragraphe, du contrat du *prêt à usage*, mais d'une autre espèce de contrat sans nom, dont il est traité dans le titre du Digeste, *De aestimatoriâ*.

La seconde interprétation est de ceux qui, en accordant qu'il est question, dans ce paragraphe, du *prêt à usage*, et que les termes *omne periculum* s'entendent du péril des cas fortuits, prétendent que la décision de ce paragraphe n'est pas générale pour tous les cas auxquels une chose est prêtée sous l'estimation d'une certaine somme, mais seulement du cas auquel les parties se sont expliquées, ou ont suffisamment donné à entendre que cette estimation se faisoit pour charger des cas fortuits l'emprunteur. C'est l'interprétation qu'a suivie Bachovius *ad Treutler. disput. 24, Th. 5*.

La troisième interprétation, qui me paroît la plus plausible, et qui est la plus suivie, est celle de ceux qui disent que, dans ce paragraphe, ces termes doivent s'entendre de *PERICULO ex quo vis culpa genere proveniente*, et non du péril des cas fortuits; ce qui paroît démontré par ce qui suit dans la loi; car tout de suite il est dit : *Quod verò senectute contigit vel morbo vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum recepit*. Ces termes *quo d' verò*, qui lient le §. 4 avec le §. 3, démontrent évidemment que le §. 3 ne doit pas être entendu des cas fortuits. Ulpien, après avoir dit en général, dans le §. 2, que l'emprunteur est tenu de la faute la plus légère, dit que cela doit sur-tout avoir lieu lorsque la chose prêtée a été donnée sous l'estimation d'une certaine somme.

Quelques auteurs, cités par Brunneman, ont donné à ce paragraphe une quatrième interprétation; savoir, que dans le cas de ce paragraphe, l'emprunteur est tenu de la faute la plus légère indistinctement, soit que le prêt ait été fait pour l'intérêt seulement de l'emprunteur, soit qu'il ait été

fait pour l'intérêt commun des deux parties, quoique hors le cas de ce paragraphe l'emprunteur ne soit tenu de cette faute que lorsque le prêt est fait pour son intérêt seul. Je ne crois pas cette interprétation véritable. L'estimation ne me paroît pas devoir rien ajouter au degré de faute dont l'emprunteur doit être chargé, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées; l'estimation devant, en ce cas, n'être censée faite que pour régler ce que l'emprunteur devra payer au cas que la chose se trouve détériorée ou perie par une faute de la qualité de celles dont il est tenu.

63. Il n'y a lieu à cette question que lorsque le contrat porte simplement une estimation de la chose prêtée, comme lorsqu'il est dit, simplement que je reconnois que vous m'avez prêté votre cheval, *qui est de valeur de cinquante pistoles*. Ce n'est que pour ce cas que nous avons décidé, suivant la seconde des deux opinions ci-dessus rapportées, que l'estimation portée au contrat ne faisoit pas tomber sur l'emprunteur la perte de la chose prêtée, qui arriveroit par quelque accident de force majeure.

Il en seroit autrement s'il étoit dit que *je reconnois* que vous m'avez prêté votre cheval, que je promets vous rendre dans un certain temps, ou la somme de tant, à laquelle nous avons estimé le prix du cheval. Par ces termes, je contracte une obligation formelle de payer la somme, si je ne rends pas le cheval. Mon obligation est une obligation alternative, ou de la restitution du cheval, ou du paiement de la somme. La perte du cheval, quoique causée par une force majeure, ne me décharge pas de mon obligation : elle subsiste pour le paiement de la somme, suivant les principes sur les obligations alternatives que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, n. 250.

ARTICLE IV.

De l'action *commodati* DIRECTA, qui naît des obligations de l'emprunteur.

64. Des obligations que l'emprunteur contracte envers le prêteur par le contrat de prêt, naît l'action *commodati* DIRECTA, qu'a le prêteur contre l'emprunteur.

Nous verrons sur cette action, 1° contre qui elle procède; 2° quels sont les objets de cette action.

§. I. Contre qui procède cette action.

65. Le prêteur a l'action *commodati directa* contre l'emprunteur et ses héritiers.

Lorsqu'il a prêté à deux ou à plusieurs personnes, peut-il intenter cette action contre chacune d'elles? Ulpien, en la loi 4, §. *fin.*, dans l'espèce du prêt d'une voiture, qui avoit été fait à deux personnes pour s'en servir à faire ensemble un voyage, décide que le prêteur peut intenter cette action solidairement contre chacune d'elles: car quoique chacune d'elles n'ait occupé que sa place dans la voiture, et ne se soit servie de la voiture que pour sa part, il n'en est pas moins vrai que le prêteur a entendu prêter à chacune d'elles sa voiture entière, et par conséquent obliger chacune d'elles solidairement à la restitution de sa voiture entière.

Africanus, dans l'espèce de la loi 21, §. 1, ff. *dict. tit.*, paroît décider au contraire, que lorsqu'un prêt a été fait à plusieurs, chacun des emprunteurs n'est tenu que pour sa part: *In exercitu contubernaliibus vasa utenda communi periculo dedi... habiturum me commodati actionem cum contubernaliibus pro cuiusque parte, etc.*

Hotomam, *Illustr. Quæst.* 19; Cujas, *ad Afric.*; Duren, *ad tit. commod.*, cap. 8; Pacius, *cent.* iv, n. 14, et tous les autres interprètes, concilient cette loi 21 avec la loi 5, §. *fin.*, ci-dessus rapportée, en supposant, dans l'espèce de cette loi 21, une clause particulière que les emprunteurs ne seroient chargés de la chose prêtée qu'en commun, chacun pour leur part, et non solidairement, comme dans la thèse générale; et ils font résulter cette clause de ces termes de la loi 21, *communi periculo*.

66. Cette action étant une action divisible, la chose prêtée qui en est l'objet étant susceptible de parties, au moins intellectuelles, lorsque l'emprunteur a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est tenu de cette action que pour la part dont il est héritier de l'emprunteur. Cela est con-

forme aux principes sur la nature des obligations divisibles, que nous avons expliqués en notre *Traité des Obligations*.

Il y a néanmoins certains cas dans lesquels celui qui n'est héritier que pour partie, est tenu de cette action pour le total. Le premier est lorsque la chose qui avoit été prêtée au défunt est, depuis sa mort, périée ou détériorée par le fait particulier de l'un de ses héritiers. Cet héritier, en ce cas, est tenu pour le total des dommages et intérêts du prêteur, résultants de cette perte ou détérioration : car quoiqu'un héritier ne soit tenu des obligations du défunt et des faits du défunt que pour la part dont il est héritier, il est tenu pour le total de son propre fait; *Traité des Obligations*, n. 30.

Le second cas est lorsque la chose prêtée se trouve par-devers l'un des héritiers : le prêteur peut conclure contre lui pour le total à la restitution de la chose prêtée; car ayant la faculté de faire au prêteur la restitution de cette chose qu'il a par-devers lui, il ne peut avoir de raison de s'en dispenser; *Traité des Obligations*, n. 304.

67. Cette action étant une action purement personnelle, ne peut avoir lieu que contre l'emprunteur qui a contracté l'obligation d'où elle naît, et contre ses héritiers. C'est pourquoi, si l'emprunteur ou ses héritiers avoient diverti la chose prêtée, et l'avoient vendue à un tiers, le prêteur n'auroit pas cette action contre ce tiers; mais comme il conserve la propriété de la chose prêtée, il auroit l'action de revendication contre ce tiers chez qui la chose se trouveroit.

§. II. Quels sont les objets de cette action ?

68. Le principal objet de l'action *commodati* DIRECTA est la restitution de la chose prêtée.

Si l'emprunteur, condamné sur cette action à rendre la chose prêtée, l'a par-devers lui, et refuse de la rendre, le juge doit l'y contraindre *manu militari*, en permettant au prêteur de la saisir par le ministère d'un sergent, et de l'enlever.

Lorsque l'emprunteur ne peut rendre la chose qu'il a perdue, ou qui a péri par sa faute, il doit être condamné à

en payer le prix, eu égard à ce qu'elle vaudrait au temps de la condamnation, suivant l'estimation qui en sera faite par experts qui auront connu la chose : *In hâc actione... rei judicandæ tempus quanti res sit observatur*; l. 5, §. 2, ff. *commod.*

L'emprunteur ayant payé au prêteur le prix de la chose prêtée qu'il a perdue, est subrogé aux actions du prêteur pour la revendiquer contre ceux qu'il en trouvera en possession; et en se la faisant délaissier, il en acquiert la propriété. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce qui est dit en la loi 5, §. 1 : *Si quis hâc actione egerit et oblatam litis æstimationem susceperit, rem offerentis facit* : ce qui ne doit pas s'entendre en ce sens, *ut continuo rem ejus faciat, neque enim potest dominium citra traditionem transferri*, mais dans le sens que nous avons dit.

L'emprunteur qui a payé au prêteur le prix de la chose prêtée qu'il avoit perdue, peut-il, l'ayant depuis recouvrée, répéter le prix qu'il a payé, en offrant de lui rendre sa chose? Non : l'emprunteur doit garder la chose, et en disposer comme bon lui semblera. Il n'est pas recevable à offrir de la rendre au prêteur, qui peut n'en avoir plus besoin, et s'être pourvu d'une autre.

69. Les objets accessoires de l'action *commodati directa* sont, 1° la condamnation des dommages et intérêts du prêteur, auxquels l'emprunteur doit être condamné lorsque la chose prêtée se trouve détériorée par sa faute. Ces dommages et intérêts font partie de l'obligation que l'emprunteur contracte, par le contrat, de rendre la chose prêtée; carce n'est pas satisfaire pleinement à cette obligation que de la rendre détériorée : *Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita quæ deterior facta redditur, nisi quod interest præstetur; propriè enim dicitur res non reddita quæ deterior redditur*; l. 5, §. 1, ff. *commod.*

Ce qui doit s'entendre, lorsque c'est par la faute de l'emprunteur qu'elle a été détériorée; car lorsqu'elle a été détériorée sans sa faute, il ne doit être condamné à aucuns dommages et intérêts, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 55.

70. Les docteurs agitent la question, si le prêteur peut conclure, en ce cas, à ce que pour les dommages et intérêts qui lui sont dus, l'emprunteur soit condamné à lui payer le prix entier de la chose, aux offres de la lui abandonner; ou s'il peut seulement demander la somme dont on estimera que sa chose est dépréciée. Il faut, sur cette question, user d'une distinction. Lorsque la détérioration est considérable, et telle que le prêteur ne pourroit plus se servir commodément de la chose prêtée; comme si par votre faute le cheval que je vous ai prêté est devenu borgne; en ce cas le prêteur peut exiger en entier le prix de la chose prêtée, en la laissant et l'abandonnant à l'emprunteur. Mais lorsque la détérioration est peu considérable, et n'empêche pas l'usage de la chose prêtée, comme lorsque vous avez répandu de l'encre sur un livre que je vous avois prêté, le prêteur ne peut, en ce cas, exiger autre chose que la somme dont la chose est dépréciée.

71. On fait encore une question à l'égard du chef de l'action *commodati*, qui a pour objet les détériorations de la chose prêtée, faites par la faute de l'emprunteur. On demande si, après que l'emprunteur la lui a restituée, et que le prêteur l'a reçue sans faire aucune protestation, il est encore recevable à intenter l'action *commodati* pour raison desdites détériorations. On a coutume de faire cette distinction, savoir, que si la détérioration étoit apparente, et que le prêteur ait dû s'en appercevoir lorsque la chose lui a été rendue, il est non recevable à s'en plaindre. Mais s'il a pu ne pas s'en apercevoir, il peut assigner l'emprunteur pour raison des détériorations, pourvu qu'il le fasse peu de jours après; car s'il avoit laissé passer un temps un peu plus considérable, il seroit censé s'être contenté de l'état dans lequel la chose lui a été rendue; *Wissembach, ad h. t., n. 15.*

72. 2° Un autre objet accessoire de l'action *commodati*, ce sont les dommages et intérêts que le prêteur a soufferts du retard apporté par l'emprunteur à la restitution de la chose prêtée. Lorsqu'il a été mis en demeure de la rendre, par une demande donnée contre lui après l'expiration du

temps pour lequel la chose lui avoit été prêtée, ces dommages et intérêts sont dus au prêteur, et il peut, par l'action *commodati*, conclure à ces dommages et intérêts, et y faire condamner l'emprunteur.

Quoique ce soit avant l'expiration du temps pour lequel la chose a été prêtée, que le prêteur a donné la demande, si c'est dans les cas rapportés *suprà*, n. 25 et 26, dans lesquels il n'est pas tenu d'attendre l'expiration du temps pour lequel la chose a été prêtée, il peut encore conclure au paiement de ses dommages et intérêts résultants du retard apporté à la restitution de la chose, et y faire condamner l'emprunteur.

Le juge renvoie les parties pour régler ces dommages et intérêts par-devant des personnes dont elles conviendront, ou quelquefois il les arbitre lui-même d'office.

A l'égard des dommages et intérêts que le prêteur a pu souffrir de la privation de sa chose avant qu'il ait donné une demande judiciaire pour se la faire rendre, il n'y peut pas faire condamner l'emprunteur. Mais, dans le for de la conscience, l'emprunteur à qui le prêteur a demandé la restitution de sa chose, quoique extrajudiciairement, doit l'indemniser de ce qu'il a souffert de la privation de l'usage de sa chose depuis la demande qu'il en a faite extrajudiciairement, pourvu qu'il eût droit de la faire.

73. Un troisième objet accessoire de cette action, est la restitution des fruits qui sont nés chez l'emprunteur, lorsque la chose prêtée étoit une chose frugifère. Par exemple, si on m'a prêté pour un certain temps une jument, et qu'elle ait pouliné chez moi, le prêteur peut conclure et me faire condamner par cette action à lui rendre la jument avec le poulain : *In deposito et commodato fructus quoque præstandi sunt* ; l. 58, §. 10, ff. de usur.

Pareillement, si celui à qui j'avois prêté une chose afin qu'il s'en servît pour son usage, l'a louée à un autre et en a retiré un loyer ; ce loyer qu'il en a retiré est un fruit civil de ma chose, qui doit m'appartenir, et qu'il doit me rendre, ne la lui ayant pas prêtée pour qu'il en retirât des loyers.

74. Enfin on doit mettre au rang des objets de l'action

commodati la restitution de toutes les autres choses accessoires de la chose prêtée; comme si on m'a prêté une jument accompagnée de son poulain qui la suivait, le prêteur conclura de même à la restitution du poulain.

Si ces choses accessoires se trouvoient détériorées par la faute de l'emprunteur; comme il doit en avoir le même soin que de celle qui fait l'objet principal du prêt, le prêteur conclura aussi, par cette action, aux dommages et intérêts résultants de ces détériorations.

CHAPITRE III.

Des obligations du prêteur.

75. Le prêteur contracte aussi, par le contrat de prêt à usage, des obligations qu'on appelle *obligationes commodati* CONTRAIRE. Elles sont ainsi appelées parce que l'obligation que l'emprunteur contracte de rendre la chose, fait seule l'obligation principale de ce contrat; les obligations que le prêteur contracte ne sont qu'implicites ou incidentes.

De ces obligations nait l'action *commodati* CONTRARIA qu'a l'emprunteur contre le prêteur pour en exiger l'exécution.

Nous allons rapporter les différentes espèces de ces obligations.

PREMIÈRE ESPÈCE.

76. Le prêteur ne contracte pas, à la vérité, une obligation formelle et positive de faire jouir l'emprunteur de la chose prêtée, telle qu'un locateur en contracte envers le conducteur de le faire jouir de la chose qu'il lui a louée; mais au moins le prêteur contracte envers l'emprunteur une obligation négative de n'apporter de sa part, ni de celle de son héritier, aucun trouble ni empêchement à l'usage que l'emprunteur doit avoir de la chose qu'il lui a prêtée, pendant tout le temps pour lequel il la lui a prêtée. Si le prêteur ne s'oblige pas absolument, comme le locateur, *prestare uti licere*, il s'oblige au moins *per se hæredemque suum non fieri quominus commodatario uti liceat*.

Cette obligation naît du consentement que le prêteur a donné en prêtant la chose, à ce que l'emprunteur s'en servit à l'usage et pendant tout le temps pour lequel il la lui a prêtée, et de la bonne foi qui ne permet pas qu'il puisse rétracter un consentement qu'il a donné volontairement.

77. De cette obligation naît une exception contre la demande que le prêteur feroit pour la restitution de la chose prêtée avant l'expiration du temps pour lequel il l'a prêtée, sauf dans le cas auquel il seroit survenu au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose : car, en ce cas, l'obligation du prêteur, d'en laisser jouir l'emprunteur pendant le temps pour lequel il la lui a prêtée, cesse d'avoir lieu, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 25.

78. De cette obligation naît aussi l'action *contraria commodati*, que l'emprunteur a contre le prêteur ou ses héritiers, lorsque, par quelque voie de fait, ils apportent du trouble à l'usage que l'emprunteur doit avoir de la chose qui lui a été prêtée.

Ulpien rapporte un exemple de ce trouble en la loi 5, §. 8, ff. *commod.*, dans l'espèce suivante. Vous étiez sur le point de prêter de l'argent à une personne; mais n'ayant point de papier pour lui faire écrire sa promesse de vous le rendre, je vous ai prêté un registre, pour qu'à défaut d'autre papier vous lui fissiez écrire dessus sa promesse. Si ensuite j'efface sur ce registre sa promesse avant qu'elle ait été acquittée, c'est un trouble que je fais à l'usage pour lequel je vous avois prêté mon registre, qui donne lieu à l'action *commodati CONTRARIA*. *Si tibi codicem commodavero, et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris, egoque hoc interlevero; si quidem ad hoc tibi commodavero ut caveretur tibi in eo, teneri, me tibi contrario judicio.*

L'emprunteur conclut par cette action à ce qu'il soit fait défenses au prêteur de le troubler dans l'usage qu'il doit avoir de la chose qu'il lui a prêtée, et à ce qu'il soit condamné aux dommages et intérêts qu'il a soufferts du trouble.

79. Il résulte de ces principes, qu'il n'y a lieu à l'action

contraria commodati, que lorsque le trouble arrive de la part du prêteur ou de ses héritiers. S'il arrive de la part d'un tiers, l'emprunteur n'a aucune action contre le prêteur, qui a prêté la chose de bonne foi. Par exemple, si je vous ai prêté pour un certain temps un magasin que je croyois de bonne foi m'appartenir, et que peu après y avoir logé vos marchandises, et long-temps avant la fin du temps pour lequel je vous en avois accordé l'usage, le véritable propriétaire du magasin, ayant justifié de son droit de propriété, vous ait contraint de déloger vos marchandises, vous n'avez aucun recours contre moi pour le tort que vous souffrez du délogement de vos marchandises, et du trouble qui a été fait à l'usage que je vous avois accordé du magasin.

En cela le prêt à usage diffère du contrat de louage : car si je vous avois loué le magasin, il n'est pas douteux que vous auriez contre moi une action de garantie pour les dommages et intérêts que vous souffrez de l'éviction de la jouissance du magasin.

La raison de différence vient de la différente nature de ces contrats. Le contrat de louage est un contrat commutatif intéressé de part et d'autre : or, il est de la nature de tous ces contrats, qu'ils produisent l'obligation de la garantie, étant juste que celui qui reçoit ou doit recevoir de moi le prix ou l'équivalent de ce qu'il me donne, ou de ce qu'il s'oblige de me donner, en soit garant envers moi : l'égalité, qui est l'âme de ces contrats, l'exige ainsi.

Au contraire, le prêt à usage n'est pas un contrat commutatif; il est entièrement lucratif vis-à-vis de l'emprunteur. Or, c'est un principe que, dans tous les titres lucratifs, il n'y a pas lieu à l'obligation de garantie : celui qui donne quelque chose à ces titres, ne recevant rien pour ce qu'il donne, il est censé ne la donner que telle qu'il l'a.

80. Cela a lieu lorsque le prêt a été fait de bonne foi. Mais si ayant connoissance, lors du prêt, que la chose que vous me prêtiez ne vous appartenoit pas, et que celui à qui elle appartenoit pourroit bien la réclamer dans peu, vous me l'avez dissimulé en me la prêtant; si le propriétaire m'a obligé de la lui rendre, j'aurai action contre vous pour

les dommages et intérêts que j'en ai soufferts, et que je n'eusse pas soufferts si vous m'en aviez donné connoissance, parceque j'aurois pris d'autres mesures, et que je ne vous aurois pas emprunté cette chose.

Cela doit avoir lieu non seulement si c'est par malice, et pour me mettre dans l'embarras, que vous ne m'en avez pas averti, mais même dans le cas où ce seroit à la vérité sans malice, mais par une lourde faute que vous ne m'aurez pas averti; *putà*, si lors du prêt vous étiez déjà instruit du droit du propriétaire, et de la demande qu'il devoit donner.

SECONDE ESPÈCE.

81. Une seconde espèce d'obligation que le prêteur contracte envers l'emprunteur, c'est celle de rembourser l'emprunteur des impenses extraordinaires qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée.

L'emprunteur est bien tenu des impenses ordinaires qui sont une charge naturelle du service que l'emprunteur tire de la chose qui lui a été prêtée; mais il n'est pas tenu des extraordinaires. La chose prêtée continuant d'appartenir au prêteur, et d'être à ses risques, c'est lui qui doit supporter ces impenses; et l'emprunteur qui les a faites en a la répétition contre le prêteur, à moins qu'elles ne fussent modiques.

Par exemple, si je vous ai prêté mon cheval pour faire un voyage, vous êtes obligé de le nourrir et de l'entretenir de fers à vos dépens, cette dépense ordinaire étant une charge de la jouissance que vous en avez. Mais s'il lui est survenu, pendant le cours du voyage, une maladie qui ait duré un temps considérable, les dépenses faites pour cette maladie sont des dépenses extraordinaires dont vous devez avoir la répétition contre moi. Il en est de même si le cheval vous ayant été ravi par des voleurs, vous avez fait des frais pour faire courir après les voleurs qui emmenoient le cheval, et pour le ramener: ces frais sont une dépense extraordinaire, dont vous avez la répétition. Si néanmoins le cheval n'avoit été malade qu'un jour ou deux, et n'eût eu besoin que de quelques petits remèdes peu coûteux; ou

si, les voleurs ayant abandonné le cheval, il ne vous en eût coûté qu'une bagatelle que vous avez donnée à ceux qui l'ont ramené, vous ne seriez pas reçu à rien demander au prêteur pour cela. C'est ce que nous apprenons de Gaius en la loi 18, §. 2, dans une espèce à-peu-près semblable, qui est l'espèce de prêt qui a été fait d'un esclave : *Possunt justæ causæ intervenire ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet; veluti de impensis in valetudinem servi factis, quæve post fugam, requirendi reducendique ejus causâ, factæ essent; nam cibariorum impensæ naturali scilicet ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset. sed et id quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus, ad majores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eum pertineant.*

Par la même raison, si je vous ai prêté une chambre pour l'occuper, vous êtes tenu, de même qu'un locataire, des réparations locatives; mais je suis chargé de toutes les autres.

82. L'emprunteur, pour le remboursement qui lui est dû des impenses extraordinaires qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée, a un privilège sur cette chose pour ces impenses : il a même le droit de la retenir, *veluti quodam pignoris jure*, jusqu'à ce que le prêteur qui demande la restitution de sa chose les lui ait remboursées, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 43.

83. L'emprunteur a aussi, pour se faire rembourser de ses impenses, l'action *contraria commodati* contre le prêteur.

Le prêteur ne peut pas, pour s'en décharger, abandonner la chose.

Il n'en est pas non plus déchargé par la perte de la chose prêtée qui seroit arrivée par quelque accident de force majeure, sans la faute de l'emprunteur.

La restitution volontaire que l'emprunteur auroit faite au prêteur, sans exiger pour lors de lui le remboursement de ces impenses, n'opère, en faveur du prêteur, aucune fin de non recevoir contre la demande qu'a l'emprunteur pour s'en faire rembourser.

La sentence qui auroit condamné l'emprunteur à rendre la chose prêtée, sans faire mention du remboursement des impenses, n'opère aucune fin de non recevoir.

C'est ce que nous apprenons de Gaius, qui nous dit que, dans tous ces cas, l'emprunteur ne pouvant pas obtenir le remboursement de ses impenses par la voie de la rétention, doit avoir recours à l'action *commodati CONTRARIA*. *Quod contrario judicio consequi quisque potest*, nous dit-il, *id etiam* (1) *recto judicio quo cum eo agitur, potest saluum habere jure pensationis: sed fieri potest ut amplius esset quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non* (2) *habeat, aut ideò de restituendâ re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est, dicemus necessariam esse contrariam actionem; l. 18, §. 4, ff. commod.*

TROISIÈME ESPÈCE.

84. Une autre espèce d'obligation du prêteur envers l'emprunteur, c'est celle de lui donner avis des défauts de la chose qu'on lui demande à emprunter, lorsqu'il en a connoissance, et que ces défauts peuvent causer du dommage à l'emprunteur. Le prêteur, faute d'avoir satisfait à cette obligation, est tenu, *actione contrariâ commodati*, de tout ce que l'emprunteur a souffert du vice de la chose prêtée, dont il n'a pas été averti. Il y en a un exemple en la loi 18, §. 5, où il est dit : *Qui sciens vasa vitiosa commodavit: si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.*

En général, le prêteur doit donner avis à l'emprunteur de tout ce qu'il a intérêt de savoir par rapport à la chose qu'il lui prête; et si, par dol ou par une faute lourde, il manque de lui en donner connoissance, il est tenu envers lui, *actione contrariâ commodati*, de ses dommages et intérêts; Voyez un exemple de cette règle, *suprà, n. 80.*

(1) *Id est directo.*

(2) Soit parceque la demande incidente n'en a pas été formée, ou parcequ'ayant été formée, le juge a omis d'y statuer. Mais s'il y avoit statué en mettant hors de cour, l'emprunteur ne pourroit plus le demander. *obstante rei judicte exceptione.*

85. Lorsque l'emprunteur, ayant perdu par sa faute la chose qui lui avoit été prêtée, en a payé le prix au prêteur, le prêteur, qui depuis a recouvré la chose, est obligé de lui rendre ou cette chose, ou ce qu'il a reçu pour le prix : *Rem commodatam perdidit, et pro eâ pretium dedi; deindè res in potestate tuâ venit: Labeo ait contrario judicio aut rem mihi præstare te debere, aut quod à me accepisti reddere; l. 17, §. 5, ff. commod.*

CHAPITRE IV.

DU PRÉCAIRE, et de quelques autres prêts différents du prêt à usage.

ARTICLE PREMIER.

Du précaire.

86. Il y a deux espèces de *Précaire* : la première, par laquelle on accorde précairement à quelqu'un la possession d'une chose; la seconde, par laquelle on en accorde seulement l'usage. Nous ne traitons que de cette seconde espèce de précaire, à cause du rapport qu'elle a avec le *prêt à usage*.

87. On peut définir cette espèce de précaire, une convention par laquelle, à votre prière, je vous donne une chose pour vous en servir tant que je voudrai bien le permettre, et à la charge de me la rendre à ma réquisition : *Precairium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu is qui concessit patitur; l. 1, ff. de precar.*

Cette convention tient beaucoup du prêt à usage. Elle renferme, de même que le prêt à usage, un bienfait, et un bienfait qui a pour objet plutôt l'usage de la chose que la chose même : *Est genus liberalitatis, d. l. §. 1, et est simile commodato; nam et qui commodat, sic commodat rem ut non faciat accipientis, sed ut ei uti re permittat; d. l. §. 2.*

Cette convention de précaire n'est pas néanmoins le vrai contrat de prêt à usage, qu'on appelle *Commodatum*; et la différence essentielle qui les distingue, c'est que dans le vrai contrat de prêt à usage, la chose est prêtée pour un certain usage déterminé, ou pour un certain temps; et la restitution n'en peut être demandée qu'après l'expiration du temps convenu, ou nécessaire pour que l'emprunteur puisse s'en servir à l'usage pour lequel elle lui a été prêtée; au lieu que dans la convention du précaire, celui qui reçoit une chose précairement, la reçoit pour s'en servir indistinctement, et à la charge de la rendre incontinent au prêteur, toutes fois et quantes il la demandera.

88. Dans les principes du droit romain, il y avoit encore d'autres différences. Le prêt à usage étoit un contrat du nombre de ceux qu'on appelloit *Contrats nommés*; et il produisoit conséquemment, de part et d'autre, des obligations civiles. Au contraire, le précaire n'étoit pas un contrat nommé; et même, selon l'opinion de plusieurs docteurs, il n'étoit pas en tout contrat ni quasi-contrat. Celui qui avoit accordé précairement l'usage de la chose, n'avoit, pour se la faire rendre, que des remèdes prétoriens, tel que celui qu'on appelloit *Interdictum de precario*. C'est ce que nous apprenons de Paul, en la loi 14, ff. de *precar.*, où il est dit : *Interdictum de precario meritò introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset; magis enim ad donationis et beneficii causam, quàm ad negotii contracti precarii conditio.*

Celui qui avoit accordé précairement l'usage de la chose, outre l'*interdictum de precario*, avoit aussi une action *præscriptis verbis*; l. 2, §. 2; et l. 19, §. 2, ff. *d. tit.* Mais cette action n'étoit qu'une action *utile*, c'est-à-dire, qui n'avoit son fondement que dans l'équité et la juridiction prétorienne.

C'est en conséquence de ces différences, qu'au lieu que, dans le prêt à usage, l'emprunteur est tenu *de levissimâ culpâ*, parcequ'il contracte une obligation civile de rendre la chose, et d'en avoir tout le soin possible : dans le précaire, suivant le droit romain, celui à qui l'usage d'une

chose étoit accordé précairement, ne contractant aucune obligation civile, et celui qui la lui avoit donnée, n'ayant contre lui que des remèdes prétoriens, qui n'avoient pour but que d'empêcher sa mauvaise foi, il n'étoit tenu que de *dolo et de latâ culpâ quee dolo comparatur*.

89. Ces principes du droit romain n'étant pas reçus parmi nous, et toute convention par laquelle les parties, ou l'une d'elles, promet à l'autre de lui donner, ou de faire, ou de ne pas faire quelque chose, étant, selon la simplicité de notre droit, un vrai contrat, la convention de *précaire* n'est pas moins un vrai contrat que le *prêt à usage*. Il produit des obligations semblables à celles que produit le prêt à usage; sauf que, dans le *précaire*, celui qui a accordé précairement l'usage d'une chose n'est pas obligé, comme dans le prêt à usage, de la laisser pendant un certain temps à celui à qui il l'a accordé; mais il peut en demander la restitution dès le lendemain, et toutes fois et quantes il lui plaira.

Si néanmoins celui qui tient la chose précairement ne pouvoit, au moyen de l'usage auquel il l'a employée, la rendre sur-le-champ sans se causer un très grand préjudice, celui qui la lui a accordée, et qui en demande la restitution, seroit tenu d'attendre; sauf à se faire indemniser de ce qu'il auroit souffert du retard.

90. Le *précaire* se faisant, de même que le prêt à usage, pour le seul intérêt de celui à qui l'usage de la chose est accordé, il doit, dans notre droit, être tenu de la faute la plus légère, de même que l'emprunteur dans le prêt à usage. La différence que le droit romain avoit établie à cet égard entre le *précaire* et le prêt à usage, ne doit pas être reçue parmi nous, n'étant fondée que sur des subtilités qui n'ont pas lieu dans notre droit.

91. Quoique l'usage d'une chose qui est accordé précairement ne soit pas déterminé, celui à qui il a été accordé ne peut néanmoins se servir de la chose qu'à des usages auxquels elle est propre et destinée.

92. Étant obligé de la rendre à celui de qui il l'a reçue, aussitôt qu'il la demandera, il ne doit pas la transporter au

loin, puisqu'il se mettroit par là hors d'état de satisfaire à cette obligation.

Si la chose étoit périée ou perdue par un accident de force majeure dans le lieu où il l'a indûment transportée, il seroit tenu de cette perte, parcequ'il est en faute de l'y avoir transportée.

ARTICLE II.

De quelques espèces de prêts différents du prêt à usage.

93. Nous donnons quelquefois à un autre une chose pour qu'il la voie et l'examine, et quelquefois pour qu'il en fasse l'estimation; cette personne, en la recevant, s'oblige, au moins tacitement, de nous la rendre après qu'il l'aura examinée.

Nous donnons aussi quelquefois à quelqu'un une chose pour qu'il l'essaie. C'est ce qui arrive lorsque celui à qui on propose l'achat d'une chose, veut, avant de se déterminer à l'achat qu'on lui propose, connoître la bonté de la chose par l'essai qu'il en fera.

Ces conventions sont des espèces de *prêt* : elles ont cela de commun avec le *prêt à usage*, que celui qui donne à quelqu'un sa chose pour la voir et l'examiner, ou bien pour l'essayer, en retient, de même que dans le prêt à usage, non seulement la propriété, s'il en est le propriétaire, mais même la possession; celui qui reçoit la chose ne la détient qu'au nom de celui de qui il l'a reçue; et celui qui reçoit la chose s'oblige, en la recevant, de même que dans le prêt à usage, de la rendre *in individuo* à celui de qui il l'a reçue.

94. Ces conventions ne sont pas néanmoins le véritable contrat de *prêt à usage*; car il est de l'essence de ce contrat que celui qui reçoit la chose, la reçoive pour s'en servir à un certain usage pour lequel elle lui est prêtée; au lieu que celui à qui on donne une chose pour la voir et l'examiner, la reçoit pour une fin différente. C'est pourquoi il est dit dans la loi 1, §. 1, ff. *de preser. verb.* : *Si quis pretii explorandi causâ rem tradat, neque depositum neque commodatum erit.*

Pareillement celui à qui on donne une chose pour l'essayer, la reçoit pour une autre fin ; car quoiqu'il doive s'en servir à quelque usage, ne pouvant l'essayer qu'en s'en servant, néanmoins cet usage n'est pas la fin pour laquelle la chose lui a été donnée ; ce n'est qu'un moyen pour parvenir à cette fin, qui est d'essayer la chose, et d'en connoître la bonté ou les défauts. C'est pourquoi il est dit dans la loi 20, ff. *de præscr. verb.*, que lorsqu'une chose a été donnée à quelqu'un pour l'essayer, il y a lieu à l'action *de præscr. verb.*

95. Ces différentes espèces de prêt produisent des obligations semblables à celles qui naissent du prêt à usage. Celui qui reçoit la chose se rend, de même que dans le prêt à usage, en la recevant, débiteur de la restitution de cette chose même *in individuo*. S'il en avoit perçu quelques fruits, il seroit tenu, de même que dans le prêt à usage, d'en faire raison à celui de qui il a reçu la chose. C'est la décision de Pomponius : *Si quem quæstum fecit is qui experiendum quid acceperit ; veluti si jumenta fuerint, ea que locata sint, idipsum præstabit ei qui experiendum dedit : neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet priusquam periculo ejus ; l. 13, §. 1, ff. commod.*

S'il n'avoit fait ces profits que depuis que l'achat de la chose a été conclu, ces profits lui appartiendroient. Aussitôt après la conclusion du marché, la chose est aux risques de l'acheteur, et par conséquent à son profit.

96. A l'égard du soin que doit apporter à la conservation de la chose celui à qui on l'a donnée pour la voir et l'examiner, il faut avoir recours à la règle ordinaire, rapportée *suprà*, n. 48 et suiv., et dans notre *Traité des Obligations*, n. 142.

Suivant cette règle, il faut dire que lorsqu'une chose a été donnée à quelqu'un pour la voir, si c'est pour l'intérêt seul de celui qui l'a donnée, *puta*, afin que celui à qui il l'a donnée l'estimât, et lui en dit la valeur, qu'il étoit bien aise de savoir ; en ce cas, celui à qui on a donné la chose pour la voir, n'est tenu d'apporter à la conservation de cette chose que de la bonne foi : il n'est tenu à cet égard

que *de dolo et de latâ culpâ*. Au contraire, si la chose qu'on a donnée à voir à quelqu'un ne lui a été donnée qu'à sa prière, et uniquement pour satisfaire sa curiosité; le prêt étant fait, en ce cas, *in gratiam solius accipientis*, celui à qui on a donné la chose à voir, doit être, de même que dans le prêt à usage, obligé au soin le plus exact, et être tenu *de levissimâ culpâ*.

C'est ce que nous enseigne Ulpien, en la loi 10, §. 1, ff. *commod.*, où il est dit : *Si rem inspectorî dedi, an similis sit ei cui commodata res est quæritur? et si quidem meâ causâ dedi dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum præstabit; si sui, et custodiam.*

Papinien décide la même chose en la loi 17, §. 2, ff. *de præscr. verb.* *Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causâ, sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstandum esse dico, periculum non; si verò meî duntaxat causâ datum est, dolum solum, quia propè depositum hoc accedit.*

Observez que Papinien ne joint ensemble le cas auquel la chose a été donnée à voir à quelqu'un en faveur seulement de celui à qui on l'a donnée à voir, et celui auquel on l'a donnée à voir pour l'intérêt commun des deux parties, que pour décider que dans l'un et dans l'autre cas, il ne suffit pas à celui à qui on a donné la chose à voir, d'apporter de la bonne foi; mais que, dans l'un et dans l'autre cas, il est tenu de la faute, c'est-à-dire, du défaut de soin. Cependant il n'en faut pas conclure que ce soit d'un même degré de faute. Il est tenu de la faute la plus légère, *de levissimâ culpâ*, lorsque c'est en sa faveur seulement qu'on lui a donné la chose à voir; il n'est tenu que de la faute légère, *de levi culpâ*, lorsque c'est pour l'intérêt des deux parties qu'on la lui a donnée à voir.

On peut donner pour exemple du cas auquel on a donné à quelqu'un une chose à voir pour l'intérêt commun des parties, celui où j'aurois donné une chose à quelqu'un avec qui je serois en pourparler pour la lui vendre; car c'est pour parvenir à un marché qui devoit se faire pour notre intérêt commun, que je la lui ai donnée à voir.

97. On doit faire les mêmes distinctions à l'égard de celui à qui on a donné la chose à essayer. Si c'est pour l'intérêt commun de lui et de celui qui la lui a donnée à essayer, il doit apporter à cette chose le soin qu'a coutume d'apporter un bon père de famille aux choses qui lui appartiennent, et être tenu *de levi culpâ*. On peut de même apporter pour exemple le cas auquel je donne une chose à essayer à quelqu'un avec qui je suis en pourparler pour la lui vendre.

Mais si c'est pour mon intérêt seul que j'ai donné une chose à essayer à quelqu'un, je n'ai droit d'exiger de lui que la bonne foi, et il n'est tenu que *de dolo et latâ culpâ*; comme dans le cas auquel, voulant savoir si je pouvois sûrement monter un cheval dont on m'a fait présent, je l'ai donné à essayer à un de mes amis, bon écuyer, pour connaître s'il n'étoit pas peureux, s'il avoit les jambes sûres, s'il étoit assez doux pour que je le pusse monter sûrement, etc.

TRAITÉ

DU CONTRAT

DE PRÊT DE CONSOMPTION,

ET DES MATIÈRES QUI Y ONT RAPPORT.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

LES matières qui ont rapport au contrat de prêt de consommation sont : 1° l'usure, parceque c'est dans ce contrat qu'elle se commet; 2° le quasi-contrat appelé, en termes de droit, *promutuum*; et l'action appelée *condictio indebiti*. Le prêt de consommation fera le sujet de la première partie de ce Traité; l'usure fera le sujet de la seconde; le *promutuum* et l'action *condictio indebiti* de la troisième.

PREMIÈRE PARTIE.

Du contrat de prêt de consommation.

1. Le contrat de prêt de consommation est celui qu'on appelle *MUTUUM*. On peut le définir un contrat par lequel l'un des contractants donne et transfère la propriété d'une somme d'argent, ou d'une certaine quantité d'autres choses qui se consomment par l'usage, à l'autre contractant, qui s'oblige de lui en rendre autant.

Celui qui la donne à l'autre, à la charge qu'il lui en rendra autant, s'appelle *le prêteur*. Celui qui la reçoit, en s'obligeant d'en rendre autant, est *l'emprunteur*.

Nous traiterons dans un premier chapitre, de la nature de ce contrat; dans un second, de l'obligation que l'emprunteur contracte, et de l'action qui en naît.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du contrat de prêt de consommation ; et des choses qui en sont susceptibles.

Pour bien entendre la nature de ce contrat, il faut voir d'abord quels sont les caractères qui font son essence, et ensuite à quelles classes on doit le rapporter. Nous examinerons après cela les choses qui sont susceptibles du *prêt de consommation*.

ARTICLE PREMIER.

De ce qui constitue l'essence du contrat de prêt de consommation.

Il est de l'essence du contrat de prêt de consommation, 1° qu'il y ait ou une somme d'argent, ou une certaine quantité d'autres choses qui se consomment par l'usage, qui en soit la matière, et qu'elle soit prêtée pour être consommée ; 2° que la délivrance en soit faite à l'emprunteur ; 3° que la propriété lui en soit transférée ; 4° qu'il s'oblige d'en rendre autant ; 5° enfin que le consentement des parties intervienne sur toutes choses.

§. I. Il faut qu'il y ait une chose qui soit la matière de ce contrat, et qui soit prêtée pour être consommée.

2. Il est évident qu'il ne peut y avoir de contrat de prêt de consommation, s'il n'y a une certaine quantité de choses susceptibles de ce contrat, qui soit prêtée par le prêteur à l'emprunteur, et qui soit la matière du contrat.

Nous verrons, dans l'article 2, quelles sont les choses susceptibles de ce contrat.

Il est aussi de l'essence de ce contrat, que ces choses soient prêtées pour être consommées : car si elles étoient prêtées seulement pour la montre, *ad ostentationem*, ce ne seroit pas le contrat de prêt de consommation, *mutuum* ; ce seroit le contrat de prêt à usage, *commodatum*, comme nous l'avons vu dans le traité précédent, n. 17.

§. II. De la délivrance de la chose prêtée.

3. Il est de l'essence du contrat de prêt de consommation , que le prêteur fasse à l'emprunteur la tradition de la chose prêtée.

Il est évident que ce principe doit souffrir exception dans le cas auquel la chose que je veux prêter à quelqu'un , est déjà par-devers lui. Par exemple , si je vous avois donné en dépôt un sac de 1,000 liv. , et que je voulusse ensuite vous faire un prêt de cette somme ; ne pouvant pas vous faire une tradition réelle d'une chose qui est déjà par-devers vous , la convention par laquelle je conviendrois avec vous de vous transférer la propriété de ce sac de 1,000 liv. dont vous pourriez en conséquence disposer , à la charge de m'en rendre autant , seroit seule suffisante pour vous transférer la propriété de cette somme , et pour opérer le contrat de prêt que je vous en fais ; l. 9 , §. 9 ; ff. *de reb. cred.* Cette convention renferme une espèce de tradition feinte , que les interprètes appellent *traditio brevis manûs* , par laquelle on suppose que vous m'avez rendu le sac de 1,000 liv. que vous aviez à titre de dépôt , et que je vous l'ai remis pour que vous l'ayez à titre de prêt : cette tradition feinte suffit pour la translation de propriété , et pour opérer par conséquent le prêt de la somme , sans qu'il soit besoin d'aucune tradition réelle. C'est de ce cas et autres semblables que Justinien , aux Institutes , *tit. de r. div.* , §. 46 , dit : *Interdum et sine traditione nuda hominis voluntas sufficit ad rem transferendam.*

Observez que cette convention que nous venons de rapporter , par laquelle je conviens avec vous de vous prêter un sac de 1,000 liv. qui est par-devers vous , vous l'ayant précédemment mis en dépôt , est très différente de celle par laquelle , en vous donnant cet argent en dépôt , je vous permettrois de vous en servir , dans le cas où vous vous trouveriez en avoir besoin. Dans la première espèce , la convention renferme un contrat de prêt que je vous fais de la somme que vous aviez en dépôt , lequel est parfait et consommé par cette seule convention ; la propriété de l'argent

vous en est transférée, et il commence d'être à vos risques : au contraire, dans la seconde espèce, la convention ne contient pas un prêt présent, mais un prêt qui ne doit avoir lieu que dans le cas auquel, par la suite, vous viendriez à vous servir de l'argent que je vous ai donné en dépôt, et qui ne sera parfait que du moment que, pour vous servir du sac d'argent, vous l'aurez retiré du lieu où vous le gardiez en dépôt. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti : Nerva Proculus etiam antequàm moveantur condicere quasi mutua tibi hæc posse aiunt, et est verum.... Quòd si ab initio, quàm deponere, uti tibi, si voles ; permisero, creditam non esse antequàm mota sit ; l. 9, §. fin. et l. 10, ff. de reb. cred.*

§. III. De la translation de propriété.

4. Il est de l'essence du contrat de prêt de consommation, que la propriété de la chose prêtée soit transférée à l'emprunteur : il ne suffit pas qu'il lui en ait été fait une tradition réelle, si cette tradition ne lui en a pas transféré la propriété.

C'est cette translation de propriété qui fait le caractère essentiel et distinctif du prêt de consommation ; c'est ce qui le distingue du prêt à usage, et c'est de là que lui vient le nom de *mutuum* ; car, comme dit Paul : *Appellata mutui datio ab eo quòd de meo tuum fiat ; et ideò si non fiat, non nascitur obligatio ; l. 2, §. 2, ff. de reb. cred.*

De là il suit que, pour que le prêt soit valable, il faut que le prêteur soit le propriétaire de la chose qu'il prête ; ou s'il ne l'est pas, que ce soit du consentement du propriétaire qu'il en fasse le prêt, puisqu'autrement il ne pourroit pas en transférer la propriété : *In mutui datione oportet dominum esse dantem ; l. 2, §. 4, ff. de reb. cred.*

Quoique le prêteur soit propriétaire de la chose qu'il prête, il faut encore, pour que le prêt soit valable, qu'il ait le droit d'aliéner : c'est pourquoi un prêt qui seroit fait par un mineur ou par un interdit, ne seroit pas valable.

5. Quoique le prêt de consommation ne soit pas valable tant que la propriété des choses n'a point été transférée à

l'emprunteur, soit que le prêteur n'en fût pas le propriétaire, soit qu'il ne fût pas capable de les aliéner, et qu'en conséquence l'emprunteur n'acquière point le droit de s'en servir et de les consommer, qu'il ne contracte point non plus l'obligation propre à ce contrat, qui est de rendre une pareille somme ou pareille quantité, mais qu'il demeure seulement tenu de rendre les mêmes choses individuellement qu'il a reçues, comme l'est tout possesseur de la chose d'autrui; néanmoins si, de fait, l'emprunteur a de bonne foi consommé l'argent ou les autres choses qu'il a reçues, cette consommation supplée à ce qui manquoit à la validité du contrat, et oblige l'emprunteur envers le prêteur à la restitution d'une pareille somme ou quantité que celle qu'il a reçue, de la même manière que si le contrat eût eu toute sa perfection, et que la propriété des choses qu'il a reçues lui eût été transférée : *Omnino qui alienam pecuniam credendi causâ dat, consumptâ eâ habet obligatum qui acceperit*; l. 19, §, 1; *et si fur dedit..... consumptis eis nascitur conditio*; l. 15. La raison de ceci est sensible. Si la translation de la propriété des choses prêtées est nécessaire dans le contrat de prêt de consommation, c'est afin que l'emprunteur puisse se servir des choses prêtées; ce qu'il ne peut faire qu'en les consommant, et ce qu'il n'a pas droit de faire, s'il n'en est pas le propriétaire. Mais lorsque, dans le fait, quoiqu'il n'en eût pas le droit, il s'est servi des choses qui lui ont été prêtées, et les a consommées, il est dès-lors indifférent que la propriété lui en ait été transférée ou non : le prêt, par la consommation de bonne foi qui a suivi, lui a causé la même utilité que s'il lui avoit transféré effectivement la propriété de ces choses, et par conséquent il doit produire de sa part la même obligation que si la propriété lui eût été transférée.

6. En effet, la translation de propriété de ces choses ne lui eût procuré que le pouvoir de s'en servir en les consommant, sans être tenu à autre chose qu'à en rendre autant au prêteur. S'en étant servi, il se trouve au même état que si la propriété lui en eût été transférée : il ne peut être tenu à autre chose qu'à en rendre autant au prêteur; car il n'est

tenu à rien envers celui qui étoit le véritable propriétaire de ces choses, lequel ne peut avoir d'action que contre ceux qui les possédoient, ou auroient, par dol, cessé de les posséder; le propriétaire n'en a plus par conséquent contre lui, puisque les ayant consommées de bonne foi, il n'en est plus le possesseur, et n'a pas cessé, par dol, de les posséder.

7. Il en seroit autrement si l'emprunteur, lorsqu'il s'est servi de ces choses, et qu'il les a consommées, avoit la connoissance que la propriété ne lui en avoit pas été transférée: il n'est pas, en ce cas, mis au même état par la consommation qu'il en a faite, que si la propriété lui en eût été transférée, puisque cette consommation étant supposée faite de mauvaise foi, il est tenu de la représentation de ces choses envers celui qui en étoit le propriétaire, lequel a contre lui l'action *ad exhibendum*, et celle de revendication, qui ont lieu contre ceux *qui dolo desierunt possidere*; la consommation ne peut donc pas, en ce cas, rendre le prêt valable, et donner au prêteur contre lui l'action *ex mutuo*; à moins que le prêteur n'offre de le garantir de ce qu'il peut avoir à craindre du propriétaire des choses prêtées.

Si la somme prêtée appartenoit au prêteur, qui étoit incapable de l'aliéner, il n'importeroit que la consommation qu'en auroit faite l'emprunteur, eût été faite de bonne foi, ou de mauvaise foi. De quelque manière qu'elle eût été faite, l'emprunteur par cette consommation contracteroit envers le prêteur l'obligation de la lui rendre, telle que celle qui naît *ex mutuo*.

8. Les principes que nous venons d'exposer sur la nécessité de la translation de la propriété de la chose prêtée pour la perfection du contrat *mutuum*, que nous avons puisés dans les textes des jurisconsultes romains, et que ces jurisconsultes avoient eux-mêmes puisés dans la nature même des choses, ont été attaqués dans le siècle dernier par Saumaise.

Cet auteur très érudit, et grand littérateur, mais nullement jurisconsulte, a fait une dissertation par laquelle il s'efforce de prouver qu'il n'intervient aucune aliénation dans le contrat *mutuum*, et que le prêteur retient le *domi-*

nium, ou la propriété de la somme ou quantité qu'il a prêtée, non pas, à la vérité, des corps et individus dont la somme ou quantité étoit composée, mais de la somme ou quantité considérée *indeterminatè et abstrahendo à corporibus*, qui doit lui être rendue par l'emprunteur à qui il n'en a accordé que l'usage.

9. Cette opinion a été solidement réfutée aussitôt qu'elle a paru. Elle renverse tout le système de la science du droit, confondant le *jus in re* et le *jus ad rem*, dont la distinction en est un des principaux fondements.

Le *jus in re* dont le droit de *dominium* est une des principales espèces, est un droit que nous avons dans une chose; le *jus ad rem* est un droit de créance personnelle que nous avons contre une personne qui s'est obligée à nous donner une chose, pour la contraindre à nous donner cette chose, dans laquelle nous n'avons encore aucun droit jusqu'à ce qu'il nous l'ait donnée.

Le *jus in re* suit la chose, en quelques mains qu'elle passe, et il donne à celui qui a ce droit, lorsque la chose n'est pas par-devers lui, une action pour réclamer la chose, ou le droit qu'il a dans la chose, contre tous ceux qui se trouvent la posséder.

Au contraire, le *jus ad rem*, qui est un droit de créance personnelle, suit la personne qui a contracté l'obligation de donner la chose. Il ne donne d'action que contre la personne qui a contracté l'obligation de la donner, et contre ses héritiers ou autres successeurs universels qui ont succédé à son obligation: il n'en donne aucune contre des tiers qui posséderaient la chose qu'on s'est obligé de nous donner.

Un droit de créance personnelle peut bien être d'une chose que l'on conçoive *abstrahendo ab omni corpore*, et qui ne doive se déterminer que par le paiement qui en sera fait, aux corps certains qui auront été donnés en paiement.

Au contraire, il ne peut y avoir un *jus in re*, et sur-tout un droit de *dominium*, qui en est une des principales espèces, sans un corps certain et déterminé qui en soit le sujet: ce droit renfermant celui de suivre la chose en quel-

ques mains qu'elle passe, et de la réclamer entre les mains de quiconque s'en trouve en possession, on ne peut concevoir ce droit, sans un corps certain et déterminé qui en soit le sujet, qui puisse passer en différentes mains, et qu'on puisse suivre sur ceux qui s'en trouveroient en possession.

Ce n'est qu'en confondant toutes ces idées, que Saumaise veut faire passer le droit qu'a le prêteur d'une somme d'argent, de la répétition de l'emprunteur, pour le droit de *dominium* de la somme prêtée qu'il retient. Ce droit qu'a le prêteur, étant un droit qu'il n'a que contre la personne de l'emprunteur qui s'est obligé de la lui rendre, et contre les héritiers et autres successeurs universels de cet emprunteur, qui ont succédé à ses obligations, est, suivant les notions que nous en avons données ci-dessus, un droit de créance personnelle, et non le droit de *dominium*, lequel est, au contraire, un droit qui suit la chose, et non la personne.

Tout *jus in re*, et sur-tout le *dominium* étant, suivant les notions ci-dessus données, un droit dans un certain corps, qu'on ne peut par conséquent concevoir sans quelque corps certain qui en soit le sujet, c'est de la part de Saumaise renverser les idées et les notions du *dominium*, que de supposer dans le prêteur un *dominium indeterminatè et abstrahendo à corporibus* de la somme qu'il a prêtée.

Quand même la somme prêtée seroit périée par force majeure entre les mains de l'emprunteur, et que l'emprunteur n'auroit pas de quoi la rendre, le droit qu'a le prêteur de demander à l'emprunteur une somme pareille à la somme prêtée, ne laisse pas de subsister. Le droit du prêteur n'est donc pas le *dominium* de la somme prêtée que le prêteur retienne, puisque le *dominium* est un *jus in re*, qui ne peut subsister sans une chose qui en soit le sujet, et que dans l'espèce proposée la somme prêtée ne subsiste plus, ni rien qui puisse être censé la remplacer.

10. Saumaise tire argument pour son opinion, des termes *locare pecuniam*, qui se trouvent dans quelques auteurs : d'où il infère que dans le prêt, le prêteur d'une somme d'argent en retient la propriété, de même que dans le contrat

de louage le locateur retient la propriété de la chose qu'il a louée. Mais les textes de ces auteurs dans lesquels ces termes de *locare pecuniam* sont employés dans un sens impropre, ne doivent pas prévaloir sur les textes des jurisconsultes, qui, en parlant *ex professo* du *mutuum*, disent formellement que dans le *mutuum* la propriété de la chose prêtée est transférée de la personne du prêteur en celle de l'emprunteur, et que sans cette translation de propriété le contrat ne peut recevoir sa perfection, ni produire d'obligation : *Appellata est mutui datio ab eo quod de meo tuum fit, et ideò si non fiat tuum, non nascitur obligatio*, comme il est dit en la loi 2, §. 2, ff. de R. cr., qui a déjà été rapportée ci-dessus.

11. L'auteur d'une dissertation faite en faveur de l'opinion de Saumaise, a cru trouver une autorité en faveur de cette opinion dans la loi 55, ff. de solut., où il est dit : *Qui sic solvit ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi qui sic dantur ut recipiantur*. Mais cet auteur n'a pas entendu cette loi, ou n'a pas voulu l'entendre. Il n'est pas question, dans la fin de cette loi, du *mutuum*, mais d'un prêt d'espèces d'argent qui a été fait à quelqu'un, non pour les dépenser, mais pour les montrer, et les rendre ensuite *in individuo*; comme lorsqu'un receveur, averti que le juge doit venir visiter sa caisse, emprunte de son ami des sacs d'argent, pour les faire paroître dans sa caisse lors de la visite, et les rendre *in individuo* incontinent après la visite; ce qui est le contrat *commodatum*, et non le *mutuum*. Le sens de cette loi est, que pour qu'un paiement soit valable et qu'il acquitte la dette, il faut qu'il transfère la propriété de la chose qui est payée, au créancier à qui elle est payée; en conséquence duquel principe la loi décide que la tradition qu'un débiteur qui veut faire accroire à des tiers qu'il a acquitté sa dette, fait à son créancier, de la chose qu'il lui doit, avec une pac-tion secrète entre son créancier et lui, que son créancier la lui rendra, n'est pas un véritable paiement, et n'a pas libéré le débiteur, parceque, par une telle tradition, il n'a pas transféré la propriété de la chose à son créancier; de même

que celui qui prête à quelqu'un des espèces d'argent seulement pour la montre, et à la charge qu'on les lui rendra *in individuo*, n'en transfère pas la propriété.

12. On tire un autre argument de ce que dans le langage ordinaire on dit, que ce qui différencie le contrat de constitution, du prêt, c'est que dans le contrat de constitution, le sort principal, qui a été le prix de la constitution, est aliéné. Donc, au contraire, dit-on, dans le contrat de prêt la somme prêtée n'est pas aliénée; la propriété n'en est donc pas transférée à l'emprunteur. Je réponds que l'aliénation, qui fait le caractère distinctif de la constitution de rente et du prêt, n'est pas une simple translation de propriété de la somme payée pour le prix de la constitution, mais une translation de propriété faite sans la charge d'en rendre autant. Dans le prêt la propriété des espèces prêtées est bien transférée à l'emprunteur, mais à condition qu'il s'oblige d'en rendre autant au prêteur; au lieu que dans le contrat de constitution de rente, la propriété des espèces payées pour le prix de la constitution est transférée à celui qui constitue la rente, sans qu'il s'oblige d'en rendre autant: il ne s'oblige qu'à la prestation de la rente qu'il a constituée; il ne s'oblige point à rendre la valeur des espèces qu'il a reçues pour le prix de la rente, qu'on appelle *le sort principal de la rente*; la restitution de ce sort principal n'est pas *in obligatione*, elle n'est qu'*in facultate lutionis*.

§. IV. De l'obligation de rendre autant.

13. Il est de l'essence du contrat de prêt de consommation, que celui qui reçoit la chose prêtée s'oblige, en la recevant, à en rendre autant.

Il ne doit pas s'obliger à rendre les mêmes choses *in individuo* qui lui ont été prêtées; car le prêt lui en étant fait pour s'en servir, et ces choses étant de nature à se consommer par l'usage qu'on en fait, il n'est pas possible qu'il les rende *in individuo*; mais il doit s'obliger à en rendre *autant*, c'est-à-dire, une pareille quantité de choses de la même espèce que celles qu'il a reçues: *Mutuum damus*,

recepturi non eandem speciem quam dedimus, alioquin commodatum erit aut depositum, sed idem genus; l. 2, ff. de R. cred.

Il faut, comme nous venons de le dire, que l'emprunteur s'oblige de rendre une pareille quantité de choses, qui soient de la même espèce que celles qu'il a reçues : *Nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuuum; d. l. 2.* Ce n'est pas, en ce cas, un prêt; c'est un échange qui est fait du blé contre le vin, que celui qui a reçu le blé s'oblige de donner à la place; et si, pour le blé qu'il a reçu, il s'obligeoit de rendre une somme d'argent, ce ne seroit pas un contrat de prêt, mais ce seroit un contrat de vente de blé, qui seroit faite pour le prix de la somme d'argent qu'il s'oblige de rendre à la place du blé.

14. Il faut que ce que l'emprunteur s'oblige de rendre par ce contrat, soit précisément autant que ce qu'il a reçu.

S'il s'obligeoit à rendre plus; comme si ayant reçu cent livres, il s'obligeoit de rendre dans un an cent cinq livres; si ayant reçu trente pintes de vin, il s'obligeoit, au bout d'un certain temps, d'en rendre trente-deux, le contrat de prêt et l'obligation qui en naît, ne seroit valable que jusqu'à concurrence de la somme ou de la quantité que l'emprunteur a reçue; le contrat, pour le surplus, seroit nul et usuraire: et non seulement il ne produiroit pas d'obligation pour ce surplus; mais si l'emprunteur avoit payé ce surplus, il en auroit la répétition.

Si l'emprunteur s'obligeoit à rendre moins que la somme ou quantité qu'il a reçue; comme si je vous comptois une somme de vingt écus, à la charge de m'en rendre seulement quinze, le contrat ne seroit contrat de prêt que jusqu'à concurrence de la somme que l'emprunteur se seroit obligé de rendre: à l'égard du surplus, ce seroit une donation qui auroit été faite de ce surplus, et non un contrat de prêt.

15. Lorsque le prêt n'est pas d'une somme d'argent, mais d'une certaine quantité de quelque autre chose fongible; *putà*, lorsque je vous ai prêté un tonneau de vin, à la charge que vous m'en rendriez un de pareille qualité; quoique depuis le prêt, le prix des vins soit considérable-

ment augmenté, ou considérablement diminué, et que le tonneau de vin qui ne valoit que vingt écus lorsque je vous l'ai prêté, en vaille quarante lorsque vous me le rendez; néanmoins vous me rendez *autant*, et rien de plus ni de moins que ce que je vous ai prêté; car il n'y a que le prêt d'une somme d'argent qui ait pour objet une valeur numérique, dont la monnoie est le signe: les prêts des autres choses fongibles, au contraire, n'ont pour objet que la quantité de la chose prêtée, et non la valeur numérique de la chose prêtée. Lorsque je vous prête un tonneau de vin qui vaut vingt écus, ce n'est pas vingt écus que je vous prête, c'est la quantité d'un tonneau de vin; et par conséquent dans ces prêts, l'obligation de rendre *autant* ne se réfère pas à la valeur numérique de ce qui a été prêté; et c'est rendre *autant*, que de rendre la même quantité, sans qu'on doive considérer si elle est d'une plus grande ou d'une moindre valeur qu'au temps du prêt.

§. V. Du consentement.

16. Enfin il est de l'essence de ce contrat, de même que de tous les autres, que le consentement des parties contractantes intervienne sur tout ce qui a formé la substance du contrat: il doit donc intervenir sur la chose qui est prêtée, sur la translation de la propriété de cette chose, et sur l'obligation d'en rendre *autant*.

C'est pourquoi si vous avez reçu de moi une somme d'argent, que vous croyiez recevoir à titre de prêt, et que je comptois ne vous donner qu'en dépôt, il n'y aura pas de contrat de prêt, parceque le consentement des parties n'est pas intervenu sur la translation de propriété de cette somme, n'ayant pas eu la volonté de vous la transférer, puisque je comptois ne la donner qu'en dépôt.

Vice versâ, si vous croyiez me donner à titre de *mutuum* une somme d'argent, que j'ai reçue croyant que c'étoit à titre de *commodatum* que je la recevois; ne vous l'ayant demandée que pour la faire voir, il n'y aura pas encore de contrat de prêt, n'y ayant pas eu de consentement sur la translation de la propriété de cette somme:

car si vous avez eu la volonté de me la transférer, comptant me donner cette somme à titre de *mutuum*, je n'ai pas eu, de mon côté, la volonté d'acquérir cette propriété, ayant compté ne la recevoir qu'à titre de *commodatum*. C'est ce que décide Ulpien : *Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est : idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratiâ accepero ;* l. 18, §. 1, ff. de R. cred.

N'y ayant point de contrat de *prêt* dans l'une et dans l'autre de ces hypothèses, ni de translation de propriété de la somme qui a été comptée, il s'ensuit que cette somme demeure aux risques de celui qui l'a comptée, à qui elle continue d'appartenir. C'est pourquoi, tant que la somme que je vous ai comptée sera par-devers vous, je pourrai bien vous en demander la restitution par action de revendication, comme d'une chose à moi appartenante. Mais si elle vous a été volée dans un pillage, ou que par quelque autre accident de force majeure vous ayez cessé de l'avoir, vous n'êtes tenu à rien envers moi : cette somme d'argent, dont la propriété ne vous a pas été transférée, n'étoit pas à vos risques ; mais elle étoit aux miens, puisqu'elle a continué de m'appartenir.

Dans l'une et dans l'autre des hypothèses ci-dessus, si vous avez dépensé l'argent que je vous ai compté, la consommation que vous en avez faite *reconciliat mutuum* : elle nous met l'un et l'autre au même état que si la propriété de cet argent vous eût été transférée, et elle me donne la même action contre vous, que m'eût donnée le contrat de prêt, pour vous faire rendre la somme que je vous ai comptée : *In utroque casu consumptis nummis... conditioni locus erit ;* d. §.

La raison est, que le consentement sur la translation de propriété de cette somme, qui manquoit pour la formation du contrat de prêt, et de l'obligation qui en naît, ne vous auroit procuré autre chose, s'il fût intervenu, que le pouvoir de vous servir de cet argent en le consommant. Vous en étant servi, vous avez joui de tout ce que vous eût pro-

curé ce consentement; et par conséquent cette consommation que vous en avez faite rétablit le contrat, ou plutôt est quelque chose d'équivalent, qui doit produire la même obligation que le contrat de prêt eût produite.

17. Passons à présent à un autre cas, qui est celui auquel le consentement des parties est intervenu sur la translation de propriété de la somme que l'une des parties a comptée à l'autre, mais n'est pas intervenu sur l'obligation d'en rendre autant: il est évident que ce défaut de consentement empêche qu'il n'y ait un contrat de prêt; l'obligation de rendre, et le consentement des deux parties qui l'a produit, étant de l'essence de ce contrat.

On peut apporter pour exemple le cas auquel je vous ai compté une somme d'argent, dans l'intention de vous la donner absolument, tandis que vous l'avez reçue dans l'opinion que c'étoit à titre de prêt que vous la receviez. Quoique vous l'avez reçue dans l'intention de vous obliger de me la rendre, néanmoins ma volonté n'ayant pas concouru avec la vôtre pour former cette obligation, il n'est pas intervenu de consentement pour cette obligation, ni par conséquent de contrat de prêt. C'est ce que nous apprend Ulpien: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam pecuniam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit videndum? et puto nec mutuam esse; d. l. 18.*

De là naît la question, si, dans cette espèce, la propriété de l'argent que je vous ai compté, vous a été transférée au moins efficacement. La loi décide pour la négative par ces termes: *Magisque nummos accipientis non fieri, quàm aliâ opinione acceperis.* La raison est, que quoique nos volontés aient concouru pour que la propriété de mon argent vous fût transférée, ce qui pourroit suffire pour qu'elle pût paroître, selon la subtilité du droit, vous avoir été transférée, néanmoins elle n'a pu vous être transférée efficacement, parceque n'ayant point été d'accord sur le titre en vertu duquel elle vous seroit transférée, ayant voulu, moi vous la transférer à titre de donation, et vous l'acquérir à titre de *mutuum*, il n'est intervenu, faute de

consentement, ni donation, ni *mutuum*. N'y ayant donc aucun titre en vertu duquel vous puissiez dire avoir acquis de moi la propriété de l'argent que je vous ai compté, j'ai une action personnelle contre vous pour la répéter, qu'on appelle en droit, *Condictio SINE CAUSA; tanquam hanc pecuniam à me sine causâ acceperis*.

Ceci sert à concilier cette loi 18 avec la loi 36, ff. de *acq. rer. dom.*, où il est dit : *Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratiâ, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quòd circa causam dandi et accipiendi dissenserimus*. On les concilie très-bien en disant que la loi 36, par ces termes : *constat proprietatem ad te transire*, ne considère que la subtilité du droit, selon laquelle il y a une translation de propriété, quoique l'action *condictio sine causâ* que j'ai contre vous, la rende inefficace : au lieu que la loi 18, en disant *magis nummos accipientis non fieri*, considère l'effet de cette translation de propriété, et elle ne regarde pas comme une véritable translation de propriété celle qui, par l'action *condictio sine causâ*, est rendue inefficace. C'est ainsi que Vinnius, *Select. Quæst.* 11, 35, concilie ces deux lois.

Ulpien observe que, si celui qui a reçu l'argent l'a dépensé avant que celui qui l'a compté, dans l'intention de le donner, ait changé de volonté, ce dernier n'est plus recevable à le répéter par l'action *condictio sine causâ*. *Si eos (nummos) consumpserit, licet condictione (sine causâ) teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti*; d. l. 18. Il pouvoit, à la vérité, pendant que la chose étoit encore entière, changer de volonté, et répéter l'argent par l'action *condictio sine causâ*; mais après qu'il a souffert que la chose cessât d'être entière, et que celui à qui il a donné l'argent, l'ait dépensé, en persévérant toujours dans la volonté de le lui donner, et de ne le point répéter, la bonne foi ne permet plus qu'il change de volonté.

ARTICLE II.

A quelle classe de contrats doit-on assigner le prêt de consommation?

18. Le contrat de *prêt de consommation*, *MUTUUM*, est de la classe des contrats du droit des gens; car il se régit par les seules règles du droit naturel: il n'est, quant à sa substance, assujéti à aucune formalité par le droit civil. Il peut intervenir avec des étrangers de même qu'avec des citoyens.

19. Ce contrat *mutuum* est, de même que le prêt *commodatum*, de la classe des contrats bienfaisants: il renferme un bienfait que le prêteur fait à l'emprunteur, en lui accordant gratuitement la faculté de se servir de ce qu'il lui prête, sans que le prêteur retire aucune utilité du contrat qui se fait pour le seul intérêt de l'emprunteur.

Les jurisconsultes romains avoient porté si loin ce principe, qu'ils en avoient tiré la conséquence, qu'un prêt n'étoit pas un véritable contrat de prêt, lorsque le prêteur ne le faisoit pas de son plein gré, *nullo jure cogente*, mais en exécution d'une obligation qu'il avoit précédemment contractée de faire le prêt, parcequ'en ce cas le prêt n'étoit pas un bienfait, mais l'acquittement d'une dette.

C'est ce que Julien décide en la loi 21, ff. de *R. cred.*, dans l'espèce d'une donation faite d'une somme d'argent, à la charge que le donataire la prêteroit au donateur. Il décide que le prêt qu'en fait le donataire en exécution de la clause de la donation, n'est pas un véritable prêt, *Creditum non esse, quia exsolvendi causâ magis daretur, quàm alterius obligandi*. Mais cette décision n'étoit fondée que sur une subtilité, comme il est dit à la fin de cette loi: *Sed hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum; benignius tamen est utrumque (tàm donationem quàm mutuum) valere; d. l. 20.*

Dans notre droit, d'où nous avons banni toutes les subtilités, il n'est pas douteux qu'un prêt est un vrai contrat de prêt, quoique le prêteur l'ait fait en exécution d'une obligation qu'il avoit précédemment contractée de le faire; il n'en produit pas moins la même obligation que s'il eût été fait *nullo jure cogente*. Il est vrai que, dans ce cas, le prêt

ne renferme pas un bienfait que le prêteur fasse à l'emprunteur, et en cela il s'éloigne de la nature du prêt. Mais s'il est ordinaire que le contrat de prêt renferme un bienfait, cela n'est pas absolument de son essence.

A l'égard du prêt que fait un héritier à celui à qui le défunt avoit, par une disposition testamentaire, ordonné qu'il fût fait, il renferme un bienfait, non pas, à la vérité, de la part de l'héritier, mais de la part du testateur qui l'avoit ordonné.

20. Le contrat de prêt, *mutuum*, est de la classe des contrats réels, puisqu'il ne peut se former que par la tradition de la chose qui en fait l'objet, comme il résulte de ce que nous avons vu ci-dessus.

Enfin le contrat de prêt, *mutuum*, est de la classe des contrats unilatéraux; car il ne produit d'obligation que d'un côté. Le prêteur, par ce contrat, oblige envers lui l'emprunteur; mais il ne contracte, de son côté, envers l'emprunteur, aucune obligation.

ARTICLE III.

Des personnes entre lesquelles ce contrat peut intervenir; et des choses qui en sont susceptibles.

§. I. Des personnes entre lesquelles ce contrat peut intervenir.

21. Il est évident que le contrat de *prêt de consommation*, de même que tous les autres contrats, ne peut intervenir qu'entre des personnes capables de contracter: sur quoi voyez notre *Traité des Obligations*, part. 1, chap. 1, sect. 1, art. 4.

C'est pourquoi le prêt d'une somme d'argent qui seroit fait à un fou, à un interdit; à une femme sous puissance de mari, laquelle l'emprunteroit sans être autorisée; à un mineur qui l'emprunteroit sans l'autorité de son tuteur, est nul. Il est vrai que si ces personnes ont profité de la somme, elles sont tenues de la rendre jusqu'à concurrence de ce qu'elles en ont profité. Mais cette obligation ne naît pas proprement du prêt qui leur a été fait, puisque ce prêt est nul: elle naît du précepte de l'équité naturelle, qui ne per-

met pas de s'enrichir aux dépens d'autrui : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius jacturâ locupletari* ; l. 206, ff. de R. J.

Par une disposition des lois romaines, on ne pouvoit pas valablement prêter de l'argent aux fils de famille, quoiqu'ils fussent capables des autres contrats; voyez à cet égard le titre du Digeste *De Senatûs-consulto Macedoniano*.

Le prêteur, pour que le contrat soit valable, doit non seulement être capable de contracter; il doit aussi être capable d'aliéner, et par conséquent être propriétaire des espèces qu'il prête, comme nous l'avons déjà vu *suprà*, n. 6. Mais la consommation qu'en fait l'emprunteur, répare le vice qui naît de l'incapacité que le prêteur avoit de contracter ou d'aliéner, de la manière dont nous l'avons expliqué, *ibid.*

§. II. Des choses qui sont susceptibles du contrat de prêt de consommation.

22. Les termes de *prêt de consommation* donnent assez à entendre que les choses susceptibles de ce contrat sont celles qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

Il y a deux espèces de choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

La première espèce, est de celles dont la consommation qui arrive par l'usage qu'on en fait, est une consommation naturelle et une destruction de ces choses; telles sont les choses qui servent à la nourriture de l'homme ou des animaux, comme le blé, l'orge, l'avoine, l'huile, le vin, et de même le bois à brûler, etc. L'usage qu'on fait du blé, étant d'en faire du pain pour le manger; l'usage qu'on fait du vin, étant de le boire; celui qu'on fait du bois à brûler, étant de le brûler pour préparer la nourriture ou pour se chauffer; il est évident qu'on ne peut faire usage de ces choses qu'en les consommant et en les détruisant.

23. La seconde espèce est de celles dont la consommation qui arrive par l'usage qu'on en fait, n'est pas une consommation naturelle, mais une consommation civile.

Telle est la consommation qui se fait de l'argent comptant, par l'usage qu'on en fait.

L'usage qu'on en fait consiste à le dépenser, ce qui opère,

non pas, à la vérité, une consommation naturelle, puisqu'en le dépensant je ne détruis pas les espèces, mais une consommation civile, qui consiste dans l'aliénation que je fais de l'argent que je dépense, de manière qu'il ne m'en reste plus rien, et qu'il est consommé pour moi, lorsque je l'ai dépensé.

24. Une autre espèce de consommation civile qui arrive par l'usage qu'on fait d'une chose, est celle qui consiste à rendre la chose incapable de servir à d'autres, après qu'on s'en est servi. Telle est celle qui se fait par l'usage qu'on fait du papier; cet usage consiste à écrire dessus. Or cet usage en opère, non une consommation naturelle, puisqu'on ne détruit pas le papier en écrivant dessus; mais il en opère une consommation civile, puisque le papier sur lequel j'ai écrit ne peut plus servir à d'autres.

25. Toutes ces choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, sont aussi connues sous le nom de choses *que pondere, numero et mensurâ constant*, c'est-à-dire, de choses à l'égard desquelles on considère plutôt une certaine quantité de poids, de nombre ou de mesure, que les individus dont cette quantité est composée.

On les appelle aussi pour cette raison choses *fungibles*, du mot latin *fungibiles*, parceque *earum natura est ut alia aliarum ejusdem generis rerum vice fungantur*. De manière que lorsque j'ai reçu une certaine quantité de ces choses, *putà*, une somme de cent livres, deux muids de blé froment, deux tonneaux de vin de tel canton, un cent de pommes de reinette, et que je rends une pareille somme de cent livres, une pareille quantité de deux muids de blé froment, une pareille quantité de deux tonneaux de vin de tel canton, un pareil nombre de pommes de reinette, je suis censé rendre la même chose que j'ai reçue, quoique je ne rende pas les mêmes individus; *reddo idem, non quidem in specie, sed genere idem*.

26. Toutes ces choses fungibles qui se consomment par l'usage qu'on en fait, quelle que soit l'espèce de cette consommation, peuvent être la matière du prêt de consommation: et il est de l'essence de ce contrat que ce soit quelqu'une

de ces choses qui en fasse la matière : *Mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero et mensurâ constant, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie* (1); *nam in cæteris rebus ideò in creditum ire non* (2) *possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest; l. 2, §. 1, ff. de R. cr.*

CHAPITRE II.

De l'obligation que produit le contrat de prêt de consommation; et de l'action qui en naît.

27. Du prêt de consommation naît une obligation que l'emprunteur contracte envers le prêteur, de lui rendre la somme ou la quantité qu'il lui a prêtée; et de cette obligation naît une action personnelle, qu'on appelle *condictio ex mutuo*, qu'a le prêteur contre l'emprunteur pour en exiger le paiement.

Pour développer ceci, nous verrons dans un premier article, par qui l'obligation que produit le contrat de prêt de consommation est contractée, et qui sont ceux contre lesquels l'action qui en naît peut être donnée: dans un second, envers qui cette obligation est contractée, et qui sont ceux par qui cette action peut être intentée: dans un troisième, quel est l'objet, tant de cette obligation, que de l'action qui en naît: dans un quatrième, à qui et en quel lieu la somme ou la quantité prêtée doit être rendue: dans un cinquième, quelles exceptions on peut opposer contre l'action *ex mutuo*. Enfin nous verrons dans le sixième et

(1) *Sensus est: quia in rebus illis, magis genus seu quantitas fungitur munere solvendi quam species: non ipsæ species, non ipsa corpora, sed sola quantitas quam continent consideratur; adeoque idem quod dedi recipere videor; licet non iidem, sed alii ejusdem quantitatis nummi mihi solvantur.*

(2) *In cæteris rebus ideò in tale creditum ire non possumus, qui aliæ aliarum vice non funguntur; v. g. Si mihi debeas tuum equum quem mihi vendidisti, non videris solvere mihi idem quod mihi debes, nisi ipsum tuum equum mihi dederis, non si quemvis alium quantumvis similem; nec teneor illum accipere in solutum, quia aliud, etc.*

dernier article, si le prêteur contracte aussi quelquefois de son côté quelque obligation envers l'emprunteur.

ARTICLE PREMIER.

Par qui l'obligation que produit le contrat de prêt de consommation est-elle contractée; et qui sont ceux qui sont tenus de l'action qui en naît?

28. Le contrat de *prêt de consommation* ne produit d'obligation que d'un côté; c'est l'emprunteur qui, par ce contrat, contracte envers le prêteur l'obligation de lui rendre la même somme, ou la même quantité qui lui a été prêtée.

Une personne est censée l'emprunteur, soit que la somme ou quantité qui fait l'objet du contrat, lui ait été comptée ou délivrée à elle-même, à la charge d'en rendre autant, soit que par son ordre et pour son compte elle ait été comptée ou délivrée à un autre; car ce qui a été compté ou délivré à un autre par notre ordre, est réputé compté ou délivré à nous-mêmes; *Arg. l. 180, ff. de R. J.*

C'est pourquoi, si je vous prie de payer pour moi une somme de 1,000 livres à mon créancier, et que vous la lui ayez payée; si je vous prie de fournir à mon vigneron un muid de blé, et que vous le lui ayez fourni, c'est un vrai *prêt* que vous me faites de cette somme de 1,000 livres, de ce muid de blé; et je contracte par ce prêt l'obligation de vous le rendre.

Pour que je sois l'emprunteur de la somme que vous avez comptée par mon ordre à un autre, il faut que je vous aie donné ordre de la lui compter *pour mon compte*; c'est-à-dire, avec la volonté de m'en rendre moi-même l'emprunteur, comme dans les deux espèces que nous venons de rapporter. Mais si je vous ai donné ordre de compter une somme à Mævius, *non pour mon compte*, mais pour celui de Mævius, qui cherchoit à emprunter cette somme, et à qui je vous ai donné ordre de la prêter, c'est Mævius, à qui vous l'avez comptée et prêtée par mon ordre, qui en est l'emprunteur; ce n'est pas moi qui le suis, je suis seulement *mandator pecuniæ credendæ*; et par l'ordre que je vous ai donné, je contracte envers vous l'obligation *mandati*, qui est accessoire à l'obligation *ex mutuo* que contracte envers vous Mævius.

29. L'action qui naît de l'obligation que contracte l'emprunteur, est une action personnelle qui, selon la nature des actions personnelles, n'a lieu que contre celui qui a contracté l'obligation, c'est-à-dire, contre l'emprunteur et ses héritiers ou autres successeurs universels : elle ne peut avoir lieu contre d'autres, quoiqu'ils aient profité de la somme prêtée.

C'est pourquoi, si je vous ai prêté une somme que vous n'empruntiez que pour la prêter à Pierre, à qui vous l'avez effectivement remise, je n'ai d'action que contre vous qui me l'avez empruntée, je n'en ai aucune contre Pierre. C'est ce qui est décidé par la loi 15, *Cod. si cert. pet.*, où il est dit : *Non adversus te creditores, qui mutuum sumpsisti pecuniam, sed ejus cui hanc credideras hæredes experiri, contra juris formam evidenter postulas.* C'est-à-dire : Vous demandez une chose injuste, lorsque vous demandez que vos créanciers ne soient pas reçus à vous demander la restitution de la somme que vous leur avez empruntée, quoique ce fût pour la prêter vous-même à un autre ; et c'est mal-à-propos que vous voulez les renvoyer à se pourvoir contre les héritiers de celui à qui vous l'avez prêtée.

ARTICLE II.

Envers qui l'obligation que l'emprunteur subit par ce contrat est-elle contractée ; et qui sont ceux par qui l'action qui en naît peut être intentée ?

30. L'obligation que l'emprunteur subit par ce contrat est envers le prêteur, et par conséquent l'action qui naît de cette obligation ne peut être acquise qu'à lui ; et il n'y a que lui, ses héritiers, ou autres successeurs universels, qui aient le droit de l'intenter.

Le prêteur est celui au nom duquel la somme ou chose qui fait l'objet du prêt, a été comptée ou délivrée à l'emprunteur, soit que ce soit lui-même qui l'ait comptée ou délivrée, soit que ce soit un autre qui l'ait comptée ou délivrée pour lui à l'emprunteur.

31. Quand même la somme que vous avez comptée par mon ordre à quelqu'un à qui je la voulois prêter, ne m'au-

roit pas appartenu , mais à vous ; dès que ce n'est pas en votre nom , mais au mien et pour moi que vous la lui avez comptée , je n'en suis pas moins le prêteur ; c'est envers moi que l'obligation de la personne à qui vous avez compté cette somme est contractée , elle n'en contracte aucune envers vous ; c'est moi ou mes héritiers et autres successeurs qui avons droit d'intenter contre elle l'action *ex mutuo* ; pour vous , vous n'avez aucune action directe contre elle.

C'est ce que nous apprend Ulpien en la loi 15 , ff. *de R. cred.* , où il est dit : *Si debitorem meum jussero dare pecuniam , obligaris mihi , quamvis meos (1) nummos non acceperis* ; et en la loi 9 , §. 8 , ff. *d. tit. Non dubitavi quin , si meam pecuniam tuo nomine voluntate tuâ dedero , tibi acquiratur obligatio ; cum quotidie , credituri pecuniam mutuam , ab alio poscamus , ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.*

Observez que dans ce cas auquel j'ai prié un tiers , qui n'étoit point mon débiteur , de vous compter une somme d'argent que vous m'aviez demandée à emprunter , la numération qu'il vous fait par mon ordre et en mon nom de cette somme , renferme deux contrats de prêt ; l'un , par lequel je vous prête cette somme par son ministère , et par lequel vous vous obligez envers moi de me la rendre ; et un autre , par lequel ce tiers me prête cette somme , et me fait contracter envers lui l'obligation de la lui rendre : car en vous la comptant par mon ordre , c'est comme s'il me l'eût comptée à moi-même. Cette numération qu'il vous fait par mon ordre , en renferme deux en abrégé , car c'est comme s'il m'eût d'abord compté cette somme , et que je vous l'eusse ensuite comptée : *Sub unâ traditione duæ traditiones , et duo contractus mutuae pecuniæ occultantur.*

52. Non seulement , lorsque c'est par votre ordre que quelqu'un prête son propre argent en votre nom , vous êtes censé être par son ministère le prêteur de cette somme ;

(1) *Nummi enim quos accepisti , non erant mei nummi , sed nummi debitoris mei qui eos tibi numeravit ; verum sufficit illum tibi eos meo nomine numerasse , ut videar ipse eos mutuo dedisse et obligeris mihi.*

mais il en est de même lorsque le prêt a été fait, ou que la somme a été comptée en votre nom, quoique sans votre ordre et à votre insu : l'obligation de l'emprunteur n'est pas moins censée contractée envers vous, pourvu néanmoins que par la suite vous ratifiez ce prêt qui a été fait en votre nom. C'est de ce cas où il est intervenu une ratification, qu'il faut entendre ce que dit Ulpien : *Si nummos meos tuo nomine dederō velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit, acquiri tibi conditionem; d. l. 9, §. 8, ff. de R. cred.* La raison est, que les ratifications ont un effet rétroactif, et qu'elles équipollent à un mandat; *rati-habitio mandato comparatur; l. 12, §. 4, ff. de solut.* C'est pourquoi, lorsque vous avez ratifié le prêt que j'ai fait en votre nom, c'est comme si d'abord il avoit été fait par votre ordre, et par conséquent vous êtes censé avoir fait vous-même ce prêt par mon ministère.

33. Si l'absent au nom duquel vous avez prêté votre argent à quelqu'un, refuse de ratifier ce prêt de votre argent que vous avez fait en son nom, la tradition de la somme des deniers que vous avez faite à celui qui l'a reçue, n'aura formé aucun contrat de prêt. L'absent au nom duquel vous avez compté vos deniers, ayant refusé de consentir au prêt, on ne peut pas dire qu'il est intervenu entre cet absent et celui qui a reçu l'argent, aucun contrat de prêt; le contrat de prêt, de même que tous les contrats, ne pouvant intervenir que *inter consentientes*. On ne peut pas dire non plus qu'il soit intervenu un contrat de prêt entre vous et celui à qui vous avez compté votre argent au nom de l'absent, parceque vous n'avez pas eu la volonté de lui faire un prêt, mais seulement d'interposer votre ministère pour le prêt que vous croyiez que voudroit lui faire celui au nom duquel vous avez compté l'argent.

L'équité néanmoins exige que vous puissiez vous faire rendre votre argent par celui qui l'a reçu, puisque vous ne pouvez vous le faire rendre par cet absent, qui refuse de ratifier ce que vous avez fait en son nom.

Les jurisconsultes romains avoient pour cela imaginé deux expédients. Le premier étoit, que cet absent qui ne

vouloit pas ratifier et prendre sur son compte le prêt que vous aviez fait en son nom , le ratifiât à vos risques , à l'effet seulement de vous céder , sans garantie , l'action qui naît de ce prêt , pour par vous l'intenter à vos risques contre celui qui a reçu l'argent.

Comme il pouvoit arriver que l'absent ne voulût pas se prêter à cet expédient , quoiqu'il pût vous faire ce plaisir sans courir aucun risque , ils avoient trouvé un second expédient , qui étoit de vous donner , *rectâ viâ* , une action contre celui à qui vous avez compté la somme , pour l'obliger à vous la restituer. Cette action n'est pas *civilis et directa condictio ex mutuo* , puisqu'il n'y a pas eu proprement un contrat de prêt ; mais elle est une action *utilis ad instar* de l'action *ex mutuo* , comme si vous aviez effectivement fait le prêt de cette somme.

La loi 4, *Cod. si cert. , pet.* , fait mention des deux expédients que nous venons de rapporter ; il y est dit : *Si absentis pecuniam nomine ejus fœnori dedisti , et reprobatō nomine mandatis actionibus experiris , præses provinciae jurisdictionem suam præstabit : idem si cessare mandatum animadverterit , utilem tibi adversus debitorem actionem eo nomine competere non negabit.*

Dans notre jurisprudence françoise , où l'on néglige les subtilités , il n'est pas douteux que lorsque celui au nom duquel vous avez prêté votre argent à quelqu'un , refuse de ratifier ce que vous avez fait en son nom , le prêt est , en ce cas , censé fait par vous et pour votre compte : c'est pourquoi , jusqu'à la ratification de celui au nom duquel vous avez compté l'argent , l'obligation de celui qui l'a reçu est en suspens. Si celui au nom duquel vous avez prêté , ratifie , c'est envers lui qu'elle est censée avoir été contractée dès l'instant du contrat ; s'il refuse de ratifier , elle est censée avoir été contractée envers vous. Ainsi c'est vous qui êtes censé le prêteur de la somme que vous avez comptée , et qui avez l'action pour vous la faire rendre contre celui qui l'a reçue.

34. Passons à présent au cas auquel celui qui avoit entre ses mains une somme de deniers , ou une certaine quan-

tité d'autres choses fongibles qui m'appartenoient, l'a prêtée à quelqu'un en son nom, et sans mon consentement, comme chose à lui appartenante. Le prêt, en ce cas, n'est pas valable, faute de translation de propriété, comme nous l'avons vu *suprà*; mais lorsque la consommation que l'emprunteur aura faite de bonne foi de ces choses aura rétabli le prêt, l'obligation que l'emprunteur contracte par la consommation de bonne foi, de rendre une pareille somme ou une pareille quantité, est contractée envers celui qui a prêté en son nom, quoique la chose prêtée ne lui appartint pas; l'emprunteur n'en contracte aucune envers moi, à qui la chose prêtée appartenait; car ce n'est pas avec moi qu'il a contracté, et les contrats ne peuvent produire d'action qu'entre les parties contractantes: c'est pourquoi je n'ai aucune action contre l'emprunteur, pour la restitution de ma chose qui lui a été prêtée, et qu'il a consommée de bonne foi, à moins que celui qui la lui a prêtée en son nom, et qui seul a action pour la restitution d'autant, ne m'ait subrogé à son action. C'est ce que décide Antonin: *Quamvis pecuniam tuam Asclepiades suo nomine crediderit; stipulando tamen, sibi jus obligationis quaesivit; quam pecuniam ut possis petere, mandatis ab eo actionibus consequeris*; l. 2, *Cod. si cert. pet.*

Les jurisconsultes romains avoient apporté une exception à la rigueur de ce principe en faveur des mineurs: lorsque leur tuteur ou curateur avoit prêté en son nom leurs deniers, ils leur donnoient une action utile contre l'emprunteur pour la restitution de pareille somme. Ils avoient accordé aussi le même privilège aux gens de guerre; l. 26, *ff. de reb. cred.*

Dans notre droit, lorsque quelqu'un a prêté en son nom une somme de deniers qui m'appartenoit, je n'ai pas, à la vérité, d'action directe contre l'emprunteur pour la restitution de cette somme; mais j'ai la voie de saisir et arrêter, en vertu d'une permission du juge, entre les mains de l'emprunteur, la somme qu'il doit au prêteur qui lui a prêté en son nom un argent qui m'appartenoit; et sur la demande que je donnerai en consentement d'arrêt contre celui qui a

prêté la somme, en justifiant que les deniers m'appartenoient, je ferai condamner l'emprunteur à me faire délivrance de la somme qu'il lui doit.

Au moyen de cette voie, nous n'avons pas besoin d'avoir recours à l'action *utile* que le droit romain accordoit aux mineurs et aux gens de guerre.

§. I. Quel est l'objet de l'obligation de l'emprunteur; et de l'action qui en naît.

PREMIER CAS.

35. Lorsque c'est une somme d'argent qui a été prêtée, l'obligation de l'emprunteur a pour objet une pareille somme d'argent, dont le prêteur a droit de demander le paiement à l'emprunteur, par l'action *ex mutuo*.

36. C'est une question entre les interprètes, si l'argent prêté doit être rendu sur le pied qu'il vaut au temps du paiement, ou sur celui qu'il valoit au temps du contrat. L'usage est constant dans notre jurisprudence, qu'il doit être rendu sur le pied qu'il vaut au temps du paiement. Notre jurisprudence est fondée sur ce principe, que dans la monnoie on ne considère pas les corps et pièces de monnoie, mais seulement la valeur que le prince y a attachée : *In pecuniâ non corpora quis cogitat, sed quantitatem*; l. 94, §. 1, ff. *de solut.* Les pièces de monnoie ne sont que le signe public de cette valeur qui seule est considérée : *Ea materia formâ publicè percussa usum dominiûmque non tam ex substantiâ præbet, quàm ex quantitate*; l. 1, ff. *de contr. empt.*

Il suit de ce principe, que ce ne sont point les pièces de monnoie, mais seulement la valeur qu'elles signifient, qui fait la matière du prêt, ainsi que des autres contrats. C'est donc la valeur signifiée par les pièces de monnoie, plutôt que les pièces mêmes qui n'en sont que le signe, que l'emprunteur emprunte, et par conséquent c'est cette valeur qu'il s'oblige de rendre; et en rendant cette même valeur, il satisfait à son obligation, quoique le prince ait apporté du changement dans les signes qui la représentent; *putâ*, quoique la monnoie, qui a cours au temps du paiement, soit

d'un moindre aloi ou d'un moindre poids, ou qu'étant survenu une augmentation sur les espèces, il en faille un moindre nombre pour faire cette valeur, que celui qu'il a reçu.

Il faut pourtant convenir que le prêteur à qui on rend la somme qu'il a prêtée en espèces augmentées, souffre un préjudice du prêt qu'il a fait : car outre qu'il auroit profité de l'augmentation, s'il n'eût pas fait le prêt, et qu'il eût gardé ces espèces, c'est que cette valeur qu'on lui rend n'est égale que *nomine tenus* à celle qu'il a prêtée; mais quant à l'effet, elle est moindre, et il se trouve effectivement moins riche qu'il n'étoit avec celle qu'il a prêtée : car comme les marchandises augmentent de prix à mesure que les espèces augmentent, cette somme ou valeur qu'on lui rend ne pourra pas lui procurer des choses dont il aura besoin, autant que pouvoit lui en procurer celle qu'il a prêtée : il n'a donc pas le même moyen; il est donc moins riche; ce n'est donc que *nomine tenus* qu'on lui rend autant qu'il a prêté; et quant à l'effet, on lui rend moins.

On ne peut pas non plus toujours dire que le risque que court le prêteur en prêtant, de perdre l'augmentation survenue sur les espèces qu'il auroit eues, s'il les eût gardées, se compense par l'avantage qu'il a de n'être pas exposé à la perte des diminutions d'espèces, s'il arrivoit de la diminution au lieu d'augmentation; car le prêt peut être fait dans des circonstances telles qu'il y ait beaucoup plus lieu d'attendre des augmentations que des diminutions.

Ces raisons ont fait faire à Barbeyrac une distinction entre le prêt gratuit et le prêt à intérêt. Il pense qu'il suffit, à la vérité, à l'emprunteur dans le prêt à intérêt, de rendre la même somme qui lui a été prêtée, quoiqu'il la rende en espèces de moindre aloi, ou augmentées de valeur, parceque le prêteur retirant du profit du prêt qu'il a fait, par les intérêts qu'il a stipulés, doit courir le risque du préjudice que lui peut causer l'augmentation de la monnaie : mais il prétend qu'il en doit être autrement dans le prêt gratuit; *quum iniquum sit officium suum cuique esse damnosum*. Cette opinion de Barbeyrac pour les prêts gratuits, a quelque apparence d'équité; mais elle n'est pas suivie dans la pratique.

37. Pourroit-on prêter, non une certaine somme, mais une certaine quantité d'écus de six livres, à la charge que l'emprunteur rendroit un pareil nombre de même poids et aloi, soit qu'ils fussent augmentés ou diminués, et que si les espèces qu'il rendroit étoient de moindre poids et aloi, il y suppléeroit; de même qu'en le récompenseroit si elles étoient d'un plus fort poids ou d'un meilleur aloi.

Il semble que cette convention est valable : ce n'est point, en ce cas, la somme qui est la matière du prêt, ce sont les espèces mêmes, *ipsa corpora*, qui sont prêtées; par conséquent on doit rendre pareil nombre d'espèces de pareil poids et qualité. Je trouve néanmoins beaucoup de difficulté à admettre cette convention; car le prince distribuant sa monnaie aux particuliers pour leur servir de signe de la valeur de toutes choses, elle n'appartient aux particuliers que sous ce regard, et ne peut par conséquent que sous ce regard faire la matière des contrats de commerce, tel qu'est le prêt. On ne peut donc prêter la monnaie en elle-même, mais seulement comme signe de la somme qu'il a plu au prince de lui faire signifier, et par conséquent on ne peut obliger l'emprunteur à restituer autre chose que cette somme; et toute convention contraire doit être rejetée, comme contraire au droit public, et à la destination que le prince a faite de la monnaie.

C'est en conséquence de ce principe que, lorsqu'il plaît au roi d'ordonner une nouvelle refonte de monnaie, et d'ordonner qu'il n'y aura que les espèces de la nouvelle refonte qui auront cours, et que les anciennes espèces seront décriées et hors de cours, les particuliers sont obligés de porter aux monnoies ou chez les changeurs publics les espèces qu'ils ont par-devers eux, pour les convertir en nouvelles espèces; car ces espèces n'appartenant aux particuliers que comme signes de la valeur que le prince a voulu qu'elles représentassent, dès lors qu'il plaît au prince que ce ne soient plus ces espèces, mais d'autres qui soient les signes représentatifs de la valeur des choses, les particuliers n'ont plus le droit de retenir ces espèces, mais ils doivent les

porter au roi, qui leur donnera à la place les nouvelles espèces qui doivent servir de signe de cette valeur.

Contre ce que nous venons de décider, qu'on ne peut pas valablement convenir par un contrat de prêt d'argent, que les espèces dans lesquelles la somme prêtée sera rendue, seront payées, non sur le pied de leur valeur au temps du paiement, mais sur le pied de la valeur qu'elles avoient au temps du prêt, on oppose que cette convention est admise en fait de lettres de change. Je réponds que le contrat qui se fait par la lettre de change, est très différent du contrat de prêt, comme nous l'avons établi au long dans notre *Traité des Lettres de Change*, n. 50. Ce contrat est un contrat d'échange, par lequel celui à qui la lettre de change est fournie, échange les espèces qu'il compte au tireur, contre celles qui lui seront comptées dans le lieu où la lettre de change est tirée : on ne peut donc pas argumenter de l'un à l'autre ; voyez notre *Traité du Contrat de Change*, n. 174.

38. Le prêteur a aussi droit de demander les intérêts de la somme prêtée, du jour qu'il a mis son débiteur en demeure de la lui rendre ; voyez notre *Traité des Obligations*, n. 170 et suiv.

SECOND CAS.

39. Lorsque c'est une certaine quantité de choses fongibles, autres que de l'argent, qui a été prêtée, l'objet de l'obligation de l'emprunteur est une pareille quantité de choses du même genre et de pareille qualité, dont le prêteur a droit de lui demander le paiement par l'action *ex mutuo*.

Il ne suffit pas de rendre la même quantité, il faut que la chose que rend l'emprunteur soit de la même qualité que celle qui lui a été prêtée. Par exemple, si je vous ai prêté une douzaine de chapons de Beauce, vous ne satisferez pas à votre obligation en offrant de me rendre une douzaine de chapons de Sologne (qui ont le goût du genêt dont ils se nourrissent) : si je vous ai prêté des volailles engraisées dans l'épinette, vous devez m'en rendre d'engraisées : si je vous ai prêté un tonneau de bon vin vieux, vous devez me rendre un tonneau de vin vieux du même

crû, ou d'un aussi bon crû. C'est ce que nous apprend Pomponius : *Quum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus ut æquè bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriore rem quæ ex eodem genere sit reddere, veluti vinum novum pro veteri : nam in contrahendo, quod agitur pro cauto habendum est; id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis et eadem bonitate solvatur quâ datum sit; l. 3, ff. de reb. cred.*

40. L'emprunteur est condamné à rendre la chose prêtée en pareille quantité et bonté, ou à son défaut, l'estimation. Lorsque le temps et le lieu où le paiement s'en doit faire, sont portés par le contrat, elle se fait eu égard au prix que la chose valoit dans ledit temps ou dans ledit lieu. Lorsque le temps et le lieu ne sont pas portés par le contrat, l'estimation, suivant le droit romain, devoit se faire eu égard au temps de la demande, et eu égard au lieu où elle a été donnée. C'est la décision de Julien : *Vinum quod mutuum datum erat per judicem petitum est..... Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc petitum esset : interrogavi cujus loci pretium sequi oporteat? Respondit si convenisset ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset; si dictum non esset, quanti ubi esset pretium; l. 22.*

41. Cette décision a lieu dans le cas auquel l'emprunteur n'a pas été en demeure de rendre, et auquel les parties, aussitôt que la demande en a été faite, sont convenues entre elles, pour leur commodité réciproque, que l'emprunteur paieroit l'estimation à la place de la chose. Mais lorsque l'emprunteur a été mis en demeure de rendre la chose prêtée, si le prix de la chose qu'il doit rendre est augmenté depuis la demande, il doit être condamné à le payer sur le pied que la chose vaut au temps de la condamnation; car la peine de la demeure est que le débiteur en indemnise le créancier, en lui faisant raison non seulement de la perte que la demeure lui a fait souffrir, mais du profit dont elle le prive. (*Traité des Obligations, n. 143.*) Or il est évident qu'elle le prive de l'augmentation qui est survenue sur le prix; car si le débiteur lui eût livré la

408. TRAITÉ DU PRÊT DE CONSOMPTION,
chose lorsqu'elle lui a été demandée, le créancier qui au-
roit la chose, profiteroit de l'augmentation qui est survenue
sur cette chose. C'est ainsi que Cujas, dans son ouvrage
sur les lois de Julien, concilie cette loi avec la loi 2, ff.
de cond. trit., où il dit que l'estimation de la chose due
se fait eu égard à ce qu'elle vaut au temps de la condam-
nation.

ARTICLE III.

A qui, et où la somme ou la quantité qui a été prêtée doit-elle être rendue ?

42. Ce que nous avons dit dans notre *Traité du prêt à usage, commodatum, chap. 2, sect. 2, art. 1, §. 2*, sur la question de savoir à qui la chose prêtée doit être rendue, peut s'appliquer au prêt de consommation. Nous y renvoyons pour ne pas répéter.

43. Lorsqu'on a prêté une somme d'argent, si les parties ne se sont pas expliquées sur le lieu où elle seroit rendue, c'est au lieu de son domicile que le débiteur qui l'a empruntée doit la payer, suivant les principes généraux établis en notre *Traité des Obligations, n. 549*, sur le paiement des dettes de sommes d'argent.

Lorsque le prêteur a son domicile dans le même lieu, l'emprunteur doit la payer en la maison du prêteur; c'est une déférence qu'il lui doit; *Molin. tract. de usur. quæst. 9.*

44. Lorsque j'ai prêté une somme d'argent, dans le lieu de mon domicile, à quelqu'un qui a son domicile dans un lieu éloigné du mien, je puis licitement stipuler que la somme me sera rendue au lieu de mon domicile où j'ai prêté la somme : s'il en coûte quelque chose à l'emprunteur outre la somme prêtée, pour la remise de cette somme au lieu de mon domicile, on ne peut pas dire que ce soit une usure que j'exige de lui ; car une usure est un profit que le prêteur retire du prêt, *lucrum ex mutuo exactum* (infra, *part. 2*). Or il est évident que la somme que j'ai prêtée, n'étant rendue au lieu où je l'ai prêtée, et où je l'aurois encore si je ne l'avois pas prêtée, je ne retire aucun profit du prêt.

45. Il n'en est pas de même du cas auquel les parties

conviendroient que l'emprunteur feroit à ses frais la remise de la somme dans un lieu différent de celui où elle a été prêtée; comme si un banquier expéditionnaire en cœur de Rome vous prêtoit une somme d'argent à Paris, à la charge que vous la remettiez à vos frais à Rome à son correspondant, cette convention est usuraire et illicite; car il est évident que, par cette convention, ce banquier retireroit un profit du prêt à vos dépens, en vous faisant supporter les frais de la remise de cette somme à Rome, où il en a besoin, qu'il eût été obligé de faire lui-même, s'il ne vous eût pas fait le prêt. C'est pourquoi, en lui faisant des offres à Paris de lui rendre la somme prêtée, s'il refuse de la recevoir, vous êtes fondé à faire déclarer valables vos offres, sans avoir égard à la convention que la somme sera remise à Rome; cette convention sera déclarée nulle.

46. Lorsque le prêt n'est pas d'une somme d'argent, mais d'une certaine quantité d'autres choses fongibles indéterminées, comme d'un tonneau de vin, de cent livres de beurre, etc.; quoique ordinairement les dettes d'une certaine quantité de choses fongibles indéterminées soient, de même que les dettes de sommes d'argent, payables au lieu du domicile du débiteur, néanmoins je pense que ces dettes d'une certaine quantité de choses fongibles indéterminées, lorsqu'elles naissent d'un prêt, doivent être payables au lieu où s'est fait le prêt, plutôt qu'au lieu du domicile du débiteur. La raison est, que la valeur de ces choses étant très-différente dans les différents lieux, leur valeur dans un lieu étant quelquefois de plus du double de leur valeur dans un autre lieu, si celui à qui on a prêté dans un certain lieu une certaine quantité de ces choses, étoit obligé de rendre une pareille quantité dans un autre lieu que celui où le prêt lui a été fait, quand même cet autre lieu seroit celui de son domicile, il rendroit plus que ce qu'on lui a prêté, si ces choses y étoient d'une plus grande valeur que dans le lieu où le prêt lui a été fait; ce qui est contraire au caractère essentiel du prêt, qui ne permet pas qu'on exige du débiteur plus qu'il n'a reçu.

C'est ce qui sera sensible par un exemple. J'ai prêté dans

le canton d'Olivet, près d'Orléans, un tonneau de vin de ce canton à un Parisien, mon voisin de campagne, qui étoit venu passer quelque temps à sa maison de campagne, voisine de la mienne : c'est à Olivet qu'il doit me rendre le tonneau de vin, et non à Paris, qui est le lieu de son domicile ; car un tonneau de vin d'Olivet étant à Paris, est de la valeur du double de ce qu'il vaut à Olivet, par rapport à ce qu'il en coûte pour la voiture et les droits d'entrée. Si mon débiteur étoit obligé de me rendre à Paris le tonneau de vin, je ferois sur le prêt un profit du double, ce qui seroit une usure monstrueuse.

Il faut dire la même chose dans le cas inverse. Si un Orléanois, étant à Paris pour ses affaires, a emprunté d'un Parisien un tonneau de vin d'Olivet, que celui-ci a pris dans sa cave à Paris ; quoique les parties ne se soient pas expliquées sur le lieu où il seroit rendu, on doit présumer que l'intention des parties a été qu'il seroit rendu à Paris, où le prêt a été fait, et non à Orléans, lieu du domicile de l'emprunteur ; car s'il n'étoit obligé de le rendre qu'en sa maison à Orléans, à ceux qui l'y viendroient chercher de la part du prêteur, le prêteur ne recevrait pas la moitié de ce qu'il a prêté, un tonneau de vin à Orléans ne valant pas la moitié de ce que vaut à Paris un tonneau de vin de la même qualité.

On établit parfaitement l'égalité en obligeant l'emprunteur à rendre dans le lieu où s'est fait le prêt, la quantité qui a été prêtée.

ARTICLE IV.

Quelles exceptions l'emprunteur peut-il opposer contre l'action *ex mutuo* ?

47. Lorsque le contrat contient un certain terme dans lequel l'emprunteur s'est obligé de rendre ce qui lui a été prêté, il est évident qu'il a une exception contre l'action du prêteur qui demanderoit avant le terme la restitution de la somme ou de la chose qu'il a prêtée, et que, par cette exception, il doit obtenir le congé de la demande *quant à présent* avec dépens, sauf au prêteur à exercer son action après l'échéance du terme.

48. Quoique le contrat ne porte aucun terme, et que

l'emprunteur se soit même obligé expressément de rendre la somme prêtée à la volonté et à la première réquisition du prêteur, néanmoins le prêteur ne seroit pas reçu à exiger la restitution de la somme prêtée, incontinent après que l'emprunteur a pu s'en servir, *putà*, le lendemain, ou quelques jours après le prêt. Le prêteur, en prêtant cette somme, est censé avoir accordé tacitement un temps convenable dans lequel l'emprunteur pourroit faire de l'argent pour la lui rendre, et l'emprunteur ne l'auroit pas empruntée, s'il eût prévu qu'on l'exigeroit de lui avant ce temps. Si l'emprunteur étoit obligé de rendre incontinent, mieux auroit valu pour lui que le prêt ne lui eût pas été fait : le prêt lui seroit onéreux et nuisible, au lieu de lui être avantageux ; ce qui est contre cette règle de l'équité naturelle : *Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet* ; l. 17, §. 3, ff. *commod.* Il n'est donc pas douteux que le prêteur doit accorder un temps plus ou moins long, selon les circonstances, *arbitrio judicis*, pour la restitution de la somme prêtée, et que l'emprunteur a contre la demande du prêteur, s'il l'intentoit avant ce temps, une exception par laquelle il doit obtenir du juge un délai pour le paiement.

49. Lorsque quelqu'un qui se prétend créancier du prêteur, a fait une saisie-arrêt entre les mains de l'emprunteur, de ce qu'il doit au prêteur, l'emprunteur, en dénonçant au prêteur l'arrêt qui a été fait, a une exception pour se défendre de rendre ce qu'il doit, jusqu'à ce que le prêteur lui ait rapporté une main-levée de l'arrêt.

Il n'importe que cet arrêt soit bien ou mal fondé ; s'il est mal fondé, c'est au prêteur à faire les poursuites nécessaires contre l'arrêtant, pour en faire prononcer la main-levée.

50. Quoique l'emprunteur n'ait pu se servir de la somme d'argent qui lui a été prêtée, *putà*, parcequ'en sortant de chez le prêteur qui venoit de la lui compter, et avant que d'arriver au lieu où il alloit porter cette somme, il a rencontré des voleurs qui la lui ont ravie, il n'est pas pour cela déchargé de la rendre au prêteur ; car étant devenu propriétaire des espèces qui lui ont été comptées, par la tradition qui lui en a été faite, elles sont devenues à ses risques, c'est

412 TRAITÉ DU PRÊT DE CONSOMPTION,
lui qui en doit porter la perte; n'étant pas débiteur de ces
espèces *in individuo*, mais d'une pareille somme, la perte
de ces espèces n'a pu éteindre son obligation; voyez notre
Traité des Obligations, n. 658.

ARTICLE V.

Si le prêteur contracte quelque obligation.

51. Le contrat de prêt de consommation est, comme nous
l'avons déjà dit *suprà*, n. 20, un contrat *unilatéral*,
qui ne produit d'obligation que d'un côté, savoir, du côté
de l'emprunteur. Le prêteur, de son côté, ne contracte
envers l'emprunteur aucune obligation qui naisse de la na-
ture de ce contrat.

Mais la bonne foi qui doit régner dans le contrat de prêt,
de même que dans tous les autres, l'oblige à ne point
tromper l'emprunteur, et à ne lui point cacher les vices
de la chose prêtée qu'il connoît, et que l'emprunteur ne
connoît pas.

52. Suivant ces principes, si vous avez prêté une certaine
quantité de mauvaise huile à quelqu'un qui ne s'y connois-
soit pas, à la charge de vous en rendre autant, et que vous
la lui ayez prêtée comme bonne, ou même que sans assu-
rer expressément qu'elle étoit bonne, vous lui en ayez
dissimulé le vice, non seulement l'emprunteur ne sera pas
obligé de vous rendre de bonne huile, n'étant obligé de
vous en rendre que de la même qualité que celle qu'il a
reçue; mais si l'usage qu'il a fait de cette huile, dont vous
lui avez dissimulé le vice, lui a causé quelque préjudice,
vous devez être tenu de ses dommages et intérêts.

Si vous lui avez prêté, de bonne foi, cette mauvaise huile
que vous croyiez bonne, il ne sera, à la vérité, obligé de
vous en rendre que de même qualité; mais vous ne serez
tenu d'aucuns dommages et intérêts pour le préjudice que
l'usage qu'il a fait de cette huile lui a causé; car vous
n'êtes obligé à rien autre chose qu'à apporter la bonne foi
au contrat.

Si vous m'avez prêté une certaine quantité de choses
fongibles que vous saviez ne vous pas appartenir, et que

vous m'avez prêtées comme choses à vous appartenantes , et qu'après que j'ai fait des préparatifs pour l'usage que j'en voulois faire , lesquels m'ont constitué en dépense , ces choses que je n'avois pas encore employées aient été saisies et arrêtées sur moi par le propriétaire à qui j'ai été obligé de les délaissier , vous serez tenu des dommages et intérêts que j'ai soufferts de cette éviction. Votre obligation ne naît pas, en ce cas, du prêt ; car il n'y a pas eu proprement de contrat de prêt , faute de translation de propriété des choses prêtées , laquelle est de l'essence de ce contrat ; mais elle naît du dol que vous avez commis , en me disant que ces marchandises vous appartenotent.

Si vous me les aviez prêtées de bonne foi, croyant qu'elles vous appartenotent , vous ne seriez alors tenu envers moi d'aucuns dommages et intérêts.

SECONDE PARTIE.

DE L'USURE qui se commet dans le contrat de prêt de consommation.

53. Dans le contrat de prêt de consommation *mutuum*, on appelle *sort principal* la somme d'argent , ou la quantité de choses *fongibles* que l'emprunteur a reçues ; et on appelle *intérêts* ou *usures* tout ce que le prêteur exige de l'emprunteur de plus que le sort principal : *USURA est quidquid ultra sortem mutuam exigitur.*

54. On distingue deux principales espèces de ces intérêts ou usures , savoir : celles qu'on appelle *usurae lucrativæ*, et celles qu'on appelle *usurae compensatoriæ*.

Usurae lucrativæ sont celles qui renferment un profit que le prêteur retire du prêt , et qu'il exige de l'emprunteur , comme une récompense du prêt qu'il lui a fait : *Lucrum supra sortem exactum , tantum propter officium mutationis* ; ou en moins de paroles , *Lucrum ex mutuo exactum.*

Usurae compensatoriæ sont celles qui sont dues par l'emprunteur , comme un dédommagement de la perte ou de

la privation de profit qu'il a causée au prêteur : tels sont, par exemple, les intérêts qui sont dûs par l'emprunteur d'une somme d'argent, du jour que par une interpellation judiciaire il a été mis en demeure de la rendre.

Ce sont les usures de la première espèce, *Usuræ lucratoriæ*, qu'on appelle proprement *usures*.

Celles de la seconde espèce, qu'on appelle *Usuræ compensatoriæ*, ne sont connues que sous le nom d'*intérêts*.

Les usures de la première espèce feront la matière des trois premières sections de cette seconde partie. Nous traiterons dans la première, de l'injustice que renferme l'usure, et de la défense qui en est faite par l'Écriture, la tradition et les lois du royaume. Nous examinerons dans la seconde, si la défense de l'usure doit souffrir exception dans les prêts de commerce qui se font aux marchands, et dans quelques autres cas. Dans la troisième, nous verrons ce que comprend la défense d'exiger rien au-delà du sort principal. La quatrième section traitera des *usures compensatoires*. La cinquième traitera de l'escompte.

SECTION PREMIÈRE.

De l'injustice que renferme l'usure ; de la défense qui en est faite par l'Écriture sainte, par la tradition et par les lois du royaume.

ARTICLE PREMIER.

De l'injustice que renferme l'usure.

55. C'est une règle de l'équité qui doit régner dans tous les contrats, que l'une des parties qui n'a pas intention de faire une donation à l'autre, ne peut être obligée à lui donner que l'équivalent de ce que l'autre, de son côté, lui a donné, ou s'est obligée de lui donner. Si on l'oblige à donner plus, l'équité qui consiste dans l'égalité est blessée, et le contrat est inique.

Par exemple, un contrat de vente est inique, si la chose vendue que le vendeur s'oblige de donner à l'acheteur, étoit de plus grande valeur que le prix qu'il a reçu de lui, ou *vice versa*, si le prix étoit de plus grande valeur que la chose : il y auroit iniquité dans un bail à loyer, si la jouis-

sance de l'héritage donné à loyer étoit de plus grande valeur que le loyer, ou *vice versâ*, si le loyer étoit de plus grande valeur que cette jouissance; il y auroit iniquité dans un contrat aléatoire, si le risque dont je me charge étoit d'une plus grande valeur que le prix de ce risque que j'ai reçu, ou *vice versâ*, si le prix du risque étoit de plus grande valeur que le risque.

Pour faire l'application de cette règle d'équité au contrat de prêt *mutuum*, et pour faire connoître que toute usure, c'est-à-dire, tout ce qui est exigé par le prêteur dans ce contrat, au-delà du sort principal, blesse cette règle d'équité, et renferme par conséquent une injustice, il ne faut que faire attention à la nature des choses *fongibles*, qui font la matière de ce contrat, et à la différence qui est entre ces choses et les choses *non fongibles*.

Les choses *non fongibles* sont susceptibles d'un usage qu'on peut faire de ces choses sans les détruire, *salvâ ipsarum substantiâ*. Cet usage, qu'on peut au moins, par l'entendement, distinguer de la chose même, est appréciable: il a un prix distingué de celui de la chose; d'où il suit que lorsque j'ai donné à quelqu'un une chose de cette nature pour s'en servir, je puis en exiger de lui le loyer, qui est le prix de l'usage que je lui en ai accordé, outre la restitution de la chose qui n'a pas cessé de m'appartenir.

Au contraire, *les choses fongibles*, qui font la matière du prêt *mutuum*, étant de nature à se consommer par l'usage qu'on en fait, on n'y peut pas concevoir un usage de la chose outre la chose, et qui ait un prix outre celui de la chose: d'où il suit qu'on ne peut accorder à quelqu'un l'usage de ces choses, sans lui céder entièrement la chose, et lui en transférer la propriété.

C'est pourquoi, lorsque je vous prête une somme d'argent pour vous en servir comme bon vous semblera, à la charge de m'en rendre autant, vous ne recevez de moi que cette somme d'argent, et rien de plus. L'usage que vous aurez de cette somme d'argent, est renfermé dans le droit de propriété que vous acquérez de cette somme d'argent: ce n'est pas quelque chose que vous ayez outre la somme d'ar-

gent. Ne vous ayant donné que la somme d'argent, et rien de plus, je ne puis donc exiger de vous rien de plus que cette somme, sans violer la règle de l'équité ci-dessus rapportée, qui, dans tous les contrats, ne permet pas à l'une des parties d'exiger plus de l'autre, que ce qu'elle lui a, de son côté, donné, ou s'est obligée de lui donner.

56. Saint Thomas, *quæst.* 78, *art.* 1, en sa seconde Seconde, emploie, pour faire voir l'injustice de l'usure, un argument assez semblable au nôtre. Il dit que les choses *fongibles*, qui font la matière du prêt *mutuum*, étant de nature à se consommer par l'usage qu'on en fait, elles n'ont pas un usage qui soit distingué de la chose même; et il conclut que recevoir quelque chose pour le prix de l'usage qu'on en accorde par le prêt *mutuum*, est une injustice semblable à celle de celui qui vendroit pour un prix quelque chose qui n'existeroit pas. Il ajoute que l'usage de ces choses étant renfermé dans la chose même, et n'étant pas quelque chose qui en soit distingué, exiger des intérêts pour l'usage de ces choses, outre le sort principal, c'est se faire payer deux fois d'une même chose : *Accipere usuram pro pecuniâ mutuâtâ, est secundum se injustum, quia venditur id quod non est; ad cujus evidentiam sciendum, quòd quædam res sunt quarum usus est ipsarum rerum consumptio. . . . In talibus non debet seorsum computari usus rei à re ipsâ, sed cuicumque conceditur usus, ex hoc ipso conceditur res. Si quis ergo seorsum vellet vendere vinum, et seorsum vendere usum vini, venderet eandem rem bis, vel venderet id quod non est. Simili ratione injustitiam committit qui mutuât vinum aut triticum, petens sibi dari duas recompensationes, unam quidem recompensationem æqualis rei, aliam verò pretium usûs, quod usura dicitur.*

Voyez aussi les arguments qu'emploie Domat, l. 1, *tit.* 6.

ARTICLE II.

De la défense qui est faite de l'usure par l'Écriture sainte et la tradition.

57. Nous trouvons la défense de l'usure dans le Deuté. *ch.* 23, *v.* 19 et 20. Il y est dit en termes formels : Vous

ne prêterez point à usure à votre frère : *Non fœnerabis fratri tuo ad usuram pecuniam, nec fruges, nec quamlibet aliam rem; sed... fratri tuo absque usurâ id quo indiget commodabis.*

La même défense se trouve dans le Lévitique, ch. 25, v. 36 et 37 : *Ne accipias usuras ab eo, nec amplius quàm dedisti... pecuniam tuam non dabis ei ad usuram, et frugum superabundantiam non exiges.*

58. Les partisans de l'usure opposent que ce précepte de la loi de Moïse qui défend l'usure, n'obligeoit que les juifs, et n'oblige point les chrétiens, la loi de l'Évangile ayant abrogé celle de Moïse.

La réponse à cette objection est, qu'il faut distinguer dans la loi de Moïse les préceptes moraux et les préceptes cérémoniaux et figuratifs. Ce sont ces derniers que la loi de l'Évangile a abrogés, la vérité de l'Évangile ayant fait cesser toutes les figures. Mais la loi de l'Évangile n'a point abrogé les préceptes moraux de la loi de Moïse; elles les a plutôt confirmés et perfectionnés. Je ne suis pas venu, dit Jésus-Christ, pour abolir la loi, mais pour l'accomplir : *Non veni solvere Legem, sed adimplere.* Or le précepte qui défend l'usure est du nombre des préceptes moraux, comme nous l'établirons par la suite; il oblige donc les chrétiens aussi bien que les juifs.

59. Les partisans de l'usure insistent et disent, que si l'usure étoit injuste en soi, et contraire au droit naturel, Moïse, dans le passage du Deutéronome ci-dessus cité, en défendant aux juifs de prêter à usure à leur frère, ne leur auroit pas permis de le faire aux étrangers : *Non fœnerabis fratri tuo... sed alieno.* Il n'a donc pas défendu l'usure comme une chose injuste en soi, puisqu'elle étoit permise aux juifs envers tout autre que leurs frères. Par conséquent cette défense n'est pas un précepte moral, mais un précepte purement politique, et qui ne regardoit que l'état temporel des juifs.

A cette objection, deux réponses. La première est, que Moïse a permis aux juifs, ou plutôt toléré plusieurs choses, quoique contraires au droit naturel, pour éviter un plus

grand mal, à cause de la dureté de leur cœur. C'étoit une imperfection de la loi de Moïse, qui devoit être perfectionnée par l'Évangile. Nous en avons un exemple dans le divorce que la loi de Moïse permettoit, en observant les formalités prescrites par la loi, quoique Jésus-Christ nous enseigne qu'il est contraire au droit naturel, et que Moïse ne l'avoit permis, ou plutôt toléré, que par condescendance. *Quid ergo*, disoient les juifs, *Moses mandavit dare libellum repudii et dimittere?* Jésus-Christ leur répond : *Quoniam Moses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras; ab initio autem non fuit sic, etc.* Pareillement ce n'est que *ad duritiam cordis* que Moïse paroît permettre aux Israélites de prêter à usure aux étrangers; et ce qu'il dit, doit être entendu en ce sens : Vous ne prêterez pas à usure; et si vous ne voulez pas renoncer entièrement à ce commerce injuste, au moins contentez-vous de prêter à usure à l'étranger, et ne prêtez pas à usure à vos frères.

Cette réponse est celle de saint Thomas, au lieu ci-dessus cité.

Saint Ambroise, dans son Commentaire sur le livre de Tobie, chap. 15, donne une autre réponse : il dit que l'étranger à qui Moïse dit aux Israélites de prêter à usure, doit s'entendre de ces nations que Dieu leur avoit ordonné d'exterminer : *Legis verba considera : Fratri tuo non fenerabis ad usuram, sed alienigenæ... Quis erat tunc alienigena, nisi Amalech, nisi Amorrhæus, nisi hostes? Ibi, inquit, usuram exige.... ab hoc usuram exige quem non sit crimen occidere.*

Mais lorsque les restes de ces peuples, originellement soumis à l'anathème, ont été ou éteints, ou réfugiés dans les villes des Philistins, ou convertis au judaïsme, les prophètes ne mettent plus d'exception à la défense de prêter à usure.

60. David, dans le psaume 14, où il fait le portrait de l'homme juste, sans aucun rapport au culte judaïque, rapporte entre les qualités qui en font le caractère, et qui sont nécessaires pour entrer dans le ciel, celle de ne pas

prêter son argent à usure : *Domine, quis habitabit in tabernaculo tuo, aut quis requiescet in monte sancto tuo?.... Qui pecuniam suam non dedit ad usuram.*

Dans un autre endroit, David met l'usure au rang des injustices, et de niveau avec les fraudes : *Non defecit de plateis ejus usura et dolus.*

Ezéchiel, chap. 18, rapporte aussi parmi les qualités de l'homme juste, celle de ne pas prêter à usure : *Si fuerit justus.... et ad usuram non commodaverit, et amplius non acceperit, hic justus est, et vitá vivet.*

61. On allègue aussi avec raison contre l'usure, ce que Jésus-Christ dit dans l'évangile de saint Luc : *Si mutuum dederitis his à quibus SPERATIS RECIPERE, quæ vobis est gratia? Nam et peccatores peccatoribus fienerantur, ut RECIPiant ÆQUALIA : verumtamen diligite inimicos vestros, benefacite et mutuum date, NIHIL indè SPERANTES.* C'est-à-dire : Si vous ne prêtez qu'à vos amis, et à ceux de qui vous espérez qu'ils vous rendront la pareille, quelle vertu y a-t-il en cela? Les pécheurs en font autant. Aimez même vos ennemis, faites du bien, et prêtez même à ceux de qui vous n'espérez aucun retour ni reconnaissance. Jésus-Christ, en cet endroit, perfectionne la loi de Moïse sur le prêt. Il ne se contente pas qu'il soit gratuit, et que le prêteur n'en exige pas des intérêts, à quoi se terminoit la loi de Moïse; il veut qu'il soit fait par un principe de charité, sans en attendre aucun retour ni reconnaissance : il est donc bien éloigné d'abroger la défense de l'usure, portée par la loi de Moïse.

62. Quand même ces textes ne paroïtroient pas suffisants aux partisans de l'usure pour les persuader que la défense de l'usure, dans la loi de Moïse, est un précepte moral; l'autorité de l'Église, qui dans tous les temps l'a regardé comme tel, ne doit leur laisser aucun doute.

Pour établir le sentiment de l'Église sur ce point, nous commencerons par les canons qui portent ordinairement le nom des apôtres : quoiqu'ils ne soient pas véritablement d'eux, tous conviennent qu'ils sont d'une très grande antiquité, et qu'ils contiennent la discipline qui étoit observée dans l'Église durant les premiers siècles. Or, le quarante-

quatrième de ces canons dit : *Episcopus, presbyter aut diaconus usuras à debitoribus exigens, aut desinat, aut certè damnetur*. Si les auteurs de ces canons n'eussent pas regardé l'usure comme mauvaise en soi, et défendue par un précepte de la loi divine qui obligeoit les chrétiens comme il avoit obligé les juifs, pourquoi auroient-ils prononcé des peines contre les ecclésiastiques qui prêtoient à usure ?

En vain les partisans de l'usure disent-ils que l'usure n'étoit pas défendue aux ecclésiastiques, comme une chose mauvaise en soi, mais par une raison qui leur étoit particulière; savoir, qu'il ne leur étoit pas permis de s'embarasser dans les affaires séculières (1). Je réponds que cette raison milite pour qu'un ecclésiastique ne puisse être ni banquier ni marchand; mais elle ne militeroit pas pour empêcher qu'il ne pût faire un emploi de son bien en billets à intérêt, si ces billets n'avoient rien de mauvais. Cet emploi le détourne moins de ses fonctions ecclésiastiques, que s'il en faisoit l'emploi en fonds de terre, qui sont un genre de bien qui exige plus de soin que n'en exigent des billets. S'ils n'étoient donc pas en soi mauvais et injustes, on ne voit pas pourquoi il n'eût pas été permis à un ecclésiastique de placer son bien de cette manière, comme il lui est permis aujourd'hui de le placer en constitutions de rentes.

65. Quoique ce canon ne prononce des peines que contre les clercs, néanmoins l'usure leur étant défendue par ce canon, comme quelque chose de mauvais en soi, elle ne doit pas être plus permise aux laïques: c'est ce qui parott par le vingtième canon du concile d'Elvire.

Ce concile est très respectable: il est le plus ancien de ceux dont les canons nous sont parvenus, ayant été tenu vers l'an 305. Voici comme il s'exprime: *Si quis clericorum detectus fuerit usuras accipere, placuit eum degradari: si quis etiam laicus accepisse probetur usuras, et promiserit correctus se cessaturum, placuit ei veniam tribui; si verò IN EA INIQUITATE perseveraverit, ab ecclesiâ esse projiciendum.*

(1) Traité des Prêts de Commerce, imprimé à Lille, page 224, c. 2.

Le premier concile d'Arles, tenu l'an 514, condamne pareillement l'usure ; il est dit au canon 12 : *De ministris qui fœnerant, placuit eos, juxtâ formam divinitus datam, à communione abstineri.*

Cette règle de la loi divine dont parle le canon par ces termes *juxtâ formam divinitus datam*, en conséquence de laquelle le concile veut qu'on punisse les ecclésiastiques qui prêtent à usure, ne peut être que le précepte qui défendoit l'usure aux Israélites, et la loi évangélique qui la défend aux chrétiens. Le concile reconnoit donc, en infligeant une aussi grande peine aux ecclésiastiques qui la transgressent, que ce précepte dans l'ancienne loi est un précepte moral ; et que dans la nouvelle, il n'oblige pas moins les chrétiens qu'il n'obligeoit les juifs.

Les partisans de l'usure entendent ces termes *juxtâ formam divinitus datam*, de ce précepte que nous trouvons dans saint Paul : *Nemo militans Deo implicat se negotiis sæcularibus.* Mais cette interprétation est fautive, et nous avons déjà remarqué ci-dessus, que les billets à intérêts étant un genre de biens qui exige moins de soin qu'aucun autre, on ne peut pas dire que celui qui place son bien de cette manière, *se implicat negotiis sæcularibus.*

64. Le concile général de Nicée, tenu en 525, s'exprime ainsi dans le canon 17 : *Quoniam plerique qui in canone recensentur, avaritiam et turpem quæstum sectantes obliviscuntur divinæ scripturæ dicentis : PECUNIAM SUAM NON DEDIT AD USURAM, et fœnerantes centesimas exigunt; æquum censuit sancta synodus, ut si quis inventus fuerit post hanc definitionem usuras sumere ex mutuo, vel aliter eam rem consecrari, vel sescupla exigere, vel omninò aliquid aliud excogitare turpis lucri gratiâ, è clero deponatur.*

Le concile, en apportant pour motif de son décret contre les clercs qui prêtent à usure, la défense de prêter à usure, qui se trouve dans les livres saints, *obliviscuntur divinæ scripturæ dicentis : PECUNIAM SUAM NON DEDIT AD USURAM*, ne déclare-t-il pas ouvertement qu'il regarde cette défense de prêter à usure, non comme un précepte politique qui

ne concernoit que les juifs, mais comme un précepte moral qui oblige les chrétiens ?

Les objections que font les partisans de l'usure contre ce canon, sont des plus frivoles. L'auteur du *Traité des Billets de Commerce*, imprimé à Lille, oppose en premier lieu, que le concile n'a défendu le prêt à intérêt qu'aux clercs; d'où il conclut qu'il est permis aux laïques.

La conséquence est mal tirée. Le concile, en déclarant, dans ce canon, que le prêt à intérêt est défendu par la loi divine dans les saintes Ecritures, déclare suffisamment qu'il n'est pas plus permis aux laïques qu'aux clercs, les laïques n'étant pas moins soumis à la loi de Dieu que les clercs.

De ce que le concile n'a pas prononcé de peine contre les laïques qui prêteroient à intérêt, vouloir en conclure qu'il a permis aux laïques le prêt à intérêt, c'est comme si on vouloit conclure que toutes les autres espèces d'injustices qui se commettent dans le commerce, comme de vendre les choses au-delà de leur juste prix, de vendre pour bon ce qui est mauvais, etc., ne sont pas des injustices, et sont permises, parceque l'Église n'a pas jugé à propos de prononcer des peines contre ceux qui commettent ces injustices. L'Église, dans la punition des crimes par l'excommunication, épargne la multitude; mais elle n'est pas censée pour cela permettre et autoriser les crimes et autres péchés contre lesquels elle ne prononce pas cette peine.

L'auteur oppose, en second lieu, que le concile n'ayant prononcé des peines que contre les clercs qui exerceroient à l'avenir l'usure, il n'a pas cru coupables ceux qui l'avoient exercée auparavant.

Je réponds que le concile dit qu'en prêtant à intérêt, ils commettoient un péché d'avarice, et faisoient un profit déshonnête et condamné par la loi de Dieu : *Avaritiam et turpe lucrum sectantes obliviscuntur divinæ scripturæ dicentis, Qui pecuniam suam non dedit ad usuram*. N'est-ce pas dire bien clairement qu'ils étoient coupables ? S'il ne leur inflige pas des peines pour le passé, c'est que l'Église n'inflige pas des peines à tous les pécheurs, elle ne les inflige qu'à ceux qui sont contumaces.

L'auteur oppose, en troisième lieu, que le concile parle des clercs qui exigeoient l'usure *centésime* de l'argent qu'ils prêtoient; que cette usure qui étoit d'un pour cent par mois, quoique permise par la loi, étoit regardée comme odieuse; qu'il y en avoit de plus modérées, comme celles de six, cinq ou quatre pour cent par an, qui étoient pratiquées par les honnêtes gens, et qu'on appeloit *usura modestæ*.

Je réponds que quoique le concile ait parlé des clercs qui exigeoient l'usure centésime, il n'a pas pour cela restreint la condamnation de l'usure à cette espèce d'usure, mais il les a condamnées toutes, les petites comme les grandes; car il dit indistinctement, *Si quis inventus fuerit post hanc definitionem usuras sumere*; et il se fonde sur la défense de l'usure qui est dans les livres saints, laquelle condamne indistinctement tout ce qui est exigé au-delà du principal.

65. Les conciles tenus depuis celui de Nicée ont pareillement condamné l'usure comme une chose condamnée par la loi de Dieu.

Dans le cinquième canon de la collection des conciles d'Afrique, l'archevêque Aurélius, en proposant de défendre l'usure aux clercs, s'exprime ainsi : *De quibus apertissimè divina Scriptura sanxit non est ferenda sententia, sed potius exequenda; proinde quod in laicis reprehenditur, id multò magis debet in clericis prædamnari. Universum concilium dixit, Nemo contra Prophetas, nemo contra Evangelium facit sine periculo.*

Le concile de Tours, tenu l'an 461, Can. 13, dit : *Ne quis clericus qui negotiandi studium habere voluerit usuras accipiat, quia scriptum est, Qui pecuniam suam non dedit ad usuram : manifestum est enim beatitudinis non posse consequi gloriam, qui à præceptis divinis deviaverit.*

Nous avons, dans le sixième siècle, les conciles d'Agde, de Tarragone, le troisième d'Orléans, qui condamnent l'usure.

Dans le huitième siècle, le concile de Northumberland, tenu l'an 787, condamne les intérêts du prêt, comme étant condamnés par la loi de Dieu; il est dit au canon 17 : *Usu-*

ras prohibemus, dicente Domino ad David, dignum fore habitatorem tabernaculi sui, qui pecuniam suam non dedit ad usuram.

En l'an 789, dans les capitulaires que Charlemagne fit dans une assemblée des évêques et des grands du royaume, tenue à Aix-la-Chapelle, nous trouvons à l'article cinquième le dix-septième canon du concile de Nicée, qui y est inséré tel qu'il a été ci-dessus rapporté.

Dans le neuvième siècle, les conciles de Reims, de Mayence, de Châlons, tenus tous les trois en 812, condamnent les usures, qu'ils appellent *turpia lucra*.

Celui d'Aix-la-Chapelle, tenu l'an 816, en présence de Louis-le-Débonnaire, les condamne aussi, en renouvelant le canon de Nicée.

Celui de Paris, de l'an 829, les condamne aussi, comme condamnées par la loi de Dieu : il y est dit : *Quidam clericorum et laïcorum obliti præceptionis dominicæ quæ dicitur, PECUNIAM TUAM NON DEDISTI AD USURAM, etc.*

Le concile de Meaux, de l'an 845, dit : *Episcopi se ipsos, et maxime ecclesiasticos, cunctosque christianos in suâ parochiâ, perpendentes statuta Nicæni concilii, et cæterorum conciliorum, ab usuris sine excusatione compescant.*

Celui de Pavie, de l'an 850, Can. 21, dit : *Quia terribiliter propheticus sermo minatur ad usuram dantem, et amplius accipientem, non habitaturum in tabernaculo Altissimi.... censemus, etc.*

On trouve les mêmes défenses de l'usure dans les conciles des siècles suivants, notamment dans le second concile de Latran du douzième siècle, comme condamnée *in veteri et in novo Testamento*.

66. Les écrits des Pères concourent, avec les conciles, à établir la tradition de l'Église sur ce point.

Saint Grégoire de Nice, *Epist. Canon. ad Letoium Mitilen. Episc.*, n. 5, dit : *Apud divinam Scripturam, et usura et superabundantia sunt prohibita.*

Saint Jérôme, sur Ezéchiel, l. 6, chap. 18, condamne toute usure, comme défendue par les saintes Ecritures; et il observe que l'usure consiste à recevoir quelque chose que

ce soit outre le sort principal : *Putant quidam usuram tantum esse in pecuniâ; quod prævidens Scriptura divina omni rei aufert superabundantiam, ut plus non accipias quàm dedisti..... Alii solent munuscula accipere, et non intelligunt usuram appellari et superabundantiam, quicquid illud est, si ab eo quod dederint, plus acceperint.*

Saint Ambroise, sur Tob., chap. 15, regarde tout ce qui est exigé au-delà du sort principal, comme défendu par la loi de Dieu : *Et esca usura est, et quodcumque sorti accedit, quod velis nomen imponas, usura est.. Audiant quid Lex dicat : Neque usuram escarum accipies, neque omnium rerum quas feneraveris fratri tuo; fraus ista et circumscriptio Legis est.*

Saint Augustin, sur le ps. 36, serm. 5, n. 6, dit : *Si quodlibet, si plusquàm dedisti expectas accipere, fenerator es... Nolo sitis feneratores, et ideo nolo quia Deus non vult, etc.*

Saint Léon, *Epistola prima ad Episcop.*, cap. 3, dit : *Nec hoc prætereundum esse diximus quosdam turpis lucri cupiditate captos usurariam pecuniam exercere..... quod vindicare acrius in eos qui fuerint confutati, decernimus.*

ARTICLE III.

De la défense de l'usure par les lois du royaume.

67. L'usure a toujours été défendue dans le royaume par les ordonnances de nos rois.

Ce ne sont pas seulement les usures énormes : toute usure, quelque modique qu'elle soit, est défendue par les ordonnances, avec cette seule différence, qu'il n'y a que les usures énormes qui donnent lieu à la poursuite criminelle. C'est ce que nous apprenons d'une déclaration du roi Philippe-le-Bel, donnée à Poissy le 8 décembre 1312, où il est dit : « Pour ce que Nous plus âprement poursuivons les plus grièves usures.... nul homme de sain entendement ne doit entendre que vous en souffriez que nous avons réprimé et défendu expressément; mais à ce

« que ne se donne lieu de doute à aucuns simples , ou malicieux , Nous déclarons que nous avons réprimé et défendu , et encore réprimons et défendons toutes manières d'usures , de quelque quantité qu'elles soient causées , comme étant de Dieu et des Saints Pères défendues ; mais la peine de corps Nous ne mettons mie , fors contre ceux qui les plus grosses usures recevront..... mais pour ce , Nous ne recevrons mie expressément usures de menue quantité , ains voulons être donnée simplement et de pleine barre , défense à tous ceux à qui seront demandées , afin qu'ils ne les soient tenus de payer , et répétition de ceux qui les auront payées , de quelque manière ou quantité soient icelles usures , etc. »

L'ordonnance de Blois , *art. 202* , a renouvelé les défenses de l'usure ; il y est dit : « Faisons défenses à toutes personnes , de quelque sexe ou condition qu'elles soient , d'exercer aucunes usures , prêts de deniers à profit ou intérêts... encore que ce fût sous prétexte de commerce public. »

Nonobstant ces ordonnances , l'usage des prêts à intérêt étoit devenu si commun dans les provinces de Berry et d'Anjou , pendant les troubles du royaume , qu'il porta Henri IV à tirer un voile sur le passé , en validant pour le passé dans ces provinces tous les intérêts illicitement stipulés et exigés par les prêteurs , sans que les débiteurs pussent être reçus à en faire l'imputation sur le principal ; à la charge néanmoins que le principal demeureroit aliéné pour l'avenir , et le prêt converti en une constitution de rente. C'est ce que portent les déclarations de ce prince , du 17 février 1605 pour le Berry , et du 14 mars 1606 pour l'Anjou. Et par l'arrêt d'enregistrement , la permission d'exiger les intérêts courus par le passé , et qui seroient encore dus , est restreinte aux veuves et aux mineurs.

Le prêt à intérêt étant défendu par les ordonnances , quand même il ne seroit pas défendu par le droit naturel et par la loi divine , il ne seroit pas permis , dans le for de la conscience , dans ce royaume , les sujets étant obligés , dans le for de la conscience , d'obéir aux lois du prince.

SECTION II.

Si la défense du prêt à intérêt souffre exception à l'égard du prêt de commerce, et dans quelques autres cas.

ARTICLE PREMIER.

Si elle souffre exception à l'égard du prêt de commerce.

68. Plusieurs auteurs ont prétendu que la défense de stipuler et d'exiger des intérêts, dans le contrat de prêt d'argent, devoit souffrir exception à l'égard des prêts d'argent qui étoient faits à des commerçants qui empruntoient pour employer dans leur commerce la somme qui leur étoit prêtée, et l'y faire fructifier.

C'étoit l'opinion de Calvin, dans ses Institutions : il prétend que la défense de prêter à intérêt, qui se trouve dans les livres saints, ne concerne que les prêts faits aux pauvres.

En conséquence, les lois civiles des États protestants permettent le prêt à intérêt, pourvu que l'intérêt n'excède pas le taux réglé par la loi.

Quelques docteurs catholiques ont aussi entrepris de justifier le prêt à intérêt fait à des commerçants. Il parut, en 1684, une apologie de ces contrats, sous le titre de *Traité de la Pratique des billets et du Prêt d'argent entre les négociants, par un docteur en théologie*. Cet ouvrage, imprimé à Mons, fit beaucoup de bruit, et donna lieu à plusieurs ouvrages qui furent faits pour le réfuter. En 1758, parut un nouveau *Traité des Prêts de Commerce, par un docteur de la faculté de théologie de Paris*, imprimé à Lille, par lequel on s'efforce de faire l'apologie de ces contrats. Nous rapporterons très sommairement, dans un premier paragraphe, les principaux moyens allégués pour légitimer l'usage du prêt de commerce; et dans un second, les réponses qu'on y a faites.

Moyens allégués pour la légitimité des prêts à intérêts, appelés *prêts de commerce*.

69. Le fondement des moyens allégués en faveur des prêts de commerce consiste dans une distinction que fait l'auteur de la *Pratique des Billets*.

Il dit que l'argent que l'on prête est susceptible de deux différentes espèces d'usage : il y a un usage de l'argent qui est un usage de consommation ; il y en a un autre qui est un usage d'emploi et d'accroissement.

Lorsque l'argent est prêté pour l'usage de la première espèce, c'est-à-dire, lorsqu'il est prêté à quelqu'un qui l'emprunte pour le dépenser et se procurer les choses dont il a besoin pour les nécessités de la vie, ces auteurs conviennent qu'il n'est pas permis au prêteur de stipuler ou d'exiger aucuns intérêts outre le sort principal, parcequ'en ce cas, la somme d'argent qui est prêtée étant consommée et détruite par l'emprunteur, par cette espèce d'usage qu'il en fait, on ne peut pas concevoir un usage de cette somme que le prêteur lui ait donné outre cette somme. Le prêteur, en la prêtant pour cet usage, n'a donc rien donné à l'emprunteur outre cette somme ; il ne peut donc rien exiger de plus, l'équité qui doit régner dans les contrats ne permettant pas que l'un des contractants exige de l'autre plus qu'il ne lui a donné.

Les prêts qui sont faits aux pauvres, ne sont faits que pour cette première espèce d'usage. On peut faire même à des riches de semblables prêts d'argent, lorsqu'ils ne l'empruntent que pour le dépenser.

70. L'usage d'emploi et d'accroissement, et qui est la seconde espèce d'usage dont, suivant ces auteurs, l'argent est susceptible, est l'usage qu'en fait un marchand en l'employant dans son commerce, et l'y faisant fructifier, *putà*, en achetant avec cet argent des marchandises sur lesquelles il y aura beaucoup à gagner.

Tel est aussi l'usage que fait de son argent celui qui l'emploie à acheter une terre, un office, ou d'autres choses qui lui produisent un revenu.

Lorsqu'on dit que l'argent est susceptible de cet usage d'accroissement, on ne considère pas l'argent physiquement. Des louis d'or, des écus ne peuvent d'eux-mêmes rien produire. Mais l'argent considéré moralement et par rapport à l'emploi qu'en sait faire la personne entre les mains de qui il est, est frugifère, et susceptible d'un usage

d'accroissement, puisqu'un commerçant, par l'emploi utile qu'il sait faire de l'argent, lui fait produire dix, vingt ou trente pour cent de profit, et quelquefois plus.

Les prêts de commerce qui se font à des commerçants, disent ces auteurs, étant présumés faits pour cette seconde espèce d'usage, afin d'employer dans leur commerce la somme prêtée, et l'y faire fructifier; et cet usage, très différent en cela de l'usage de consommation, étant un usage qui est véritablement quelque chose de distingué de la chose prêtée, un usage appréciable, puisqu'il fait produire un profit à cette somme, le prêteur peut équitablement, outre la restitution de la somme prêtée, exiger de l'emprunteur des intérêts de cette somme, qui sont le prix de cet usage qu'il a accordé à l'emprunteur.

71. Ces auteurs ajoutent que, de même que je puis avec justice relirer un profit de mon champ qui seroit stérile entre mes mains, pour l'usage qu'en fait mon fermier de qui je reçois la ferme, qui est le prix de l'usage que je lui en ai accordé; de même je puis avec justice retirer un profit de mon argent pour l'usage que ce commerçant à qui je l'ai prêté, en fait, en le faisant fructifier, et exiger qu'il m'en paie un intérêt, qui est le prix de cet usage que je lui en ai accordé.

72. Ces auteurs ajoutent encore que ces prêts d'argent faits à des commerçants, ne sont pas proprement des prêts *mutuum*; que le prêteur retient la propriété de la somme prêtée, non pas à la vérité, *ipsorum corporum seu nummorum*, mais de cette somme considérée seulement comme valeur; qu'il en accorde seulement l'usage à l'emprunteur, lequel, après qu'il s'en sera servi, doit rendre cette somme au prêteur qui est censé en être le propriétaire, avec l'intérêt pour le prix de l'usage qu'il en a accordé. En considérant de cette manière le contrat, c'est, disent ces auteurs, plutôt *locatio*, un bail à intérêt, que ce n'est *mutuum*. L'argent, à la vérité, et les autres choses de même nature, ne sont pas susceptibles de louage, lorsqu'on ne considère dans ces choses que leur usage de consommation; mais elles en sont susceptibles par rapport à leur usage

d'emploi et d'accroissement, de même que toutes les autres choses, puisque par cet usage on les fait fructifier, et on en retire un profit, de même que de toutes les autres choses.

73. A l'égard des textes de l'Écriture sainte, des conciles et des Pères qui défendent de rien exiger de plus que la somme prêtée, ces auteurs disent que tous ces textes ne doivent s'entendre que des prêts qui sont faits pour un usage de pure consommation, et qu'on ne doit pas les étendre aux prêts de commerce qui sont faits pour un usage *d'emploi et d'accroissement*.

La défense de prêter à usure, qui est rapportée au livre de l'Exode, *ch. 22, v. 25*, et placée au nombre des préceptes que Moïse propose de la part de Dieu aux Israélites, n'est, disent ces auteurs, que dans le cas des prêts qui sont faits aux pauvres : *Si pecuniam mutuam dederis populo meo PAUPERI qui habitat tecum, non urgebis eum quasi exactor, nec usuris opprimes.*

Il en est de même de celui qui est rapporté au Lévitique *25, v. 25 et 26* : *SI ATTENUATUS fuerit frater tuus et infirmus manu..... ne accipias usuras ab eo, nec amplius quam dedisti..... Pecuniam tuam non dabis ad usuram, et frugum superabundantiam non exiges.*

N'étant parlé dans ces deux textes que du prêt qui est fait aux pauvres, il s'ensuit, suivant ces auteurs, que ce n'est que dans le prêt qui est fait aux pauvres, que Dieu défend de recevoir rien au-delà du principal, parceque le prêt qui leur est fait, est fait pour un usage de consommation; mais que cette défense ne doit pas s'étendre aux prêts qui sont faits aux riches pour un usage d'emploi et d'accroissement.

74. Les apologistes du prêt de commerce répondent de même au passage du Deutéronome, *chap. 23, v. 19 et 20*, où il est dit : *Non fœnerabis fratri tuo..... absque usura, id quo indiget commodabis.* La défense, disent-ils, de prêter à usure, est jointe dans cet endroit du Deutéronome au précepte de prêter à ses frères ce dont ils ont besoin, *Id quo indiget commodabis.* Or, ce précepte ne peut concerner que les indigents et les pauvres : donc il ne s'agit dans cet endroit du Deutéronome, que des prêts faits aux

pauvres : donc la défense qui y est faite de prêter à usure , ne concerne que les prêts faits aux pauvres. D'ailleurs, les préceptes rapportés dans le Deutéronome , qui furent proposés aux Israélites , lorsqu'ils étoient sur le point d'entrer dans la terre promise , n'étant que la récapitulation et la confirmation de ceux qui avoient été donnés à leurs pères à Sinaï , et qui sont rapportés dans l'Exode et le Lévitique ; et ceux-ci n'ayant défendu l'usure que dans les prêts qui sont faits aux pauvres , il s'ensuit , disent ces auteurs , que la défense de l'usure qui se trouve dans le Deutéronome , ne concerne pareillement que les prêts qui se font aux pauvres.

75. La défense qui est faite par la loi de Dieu de rien exiger au-delà de la somme prêtée , ne concernant , selon ces auteurs , que les prêts qui sont faits aux pauvres , et par conséquent ceux qui sont faits pour un usage de pure consommation , ils en ont tiré cette conséquence , que ce qui est dit dans les Psaumes et dans Ézéchiël , que l'homme juste est celui qui ne prête point son argent à intérêt , doit s'entendre en ce sens , qu'il ne prête point son argent à intérêt aux pauvres , et pour un usage de pure consommation ; car la loi n'ayant , selon ces auteurs , défendu d'exiger des intérêts que dans ce cas , il suffit , pour être , à cet égard , homme juste et observateur de la loi , de ne pas prêter à intérêt aux pauvres. David et les prophètes n'ont rien recommandé de plus que l'observation de la loi de Moïse , comme l'a remarqué M. Bossuet.

76. Ces auteurs répondent pareillement au passage de saint Luc , que le précepte que Jésus-Christ y fait de prêter par un pur motif de charité , sans aucune vue intéressée , telle que celle de recevoir la pareille dans l'occasion , ne concerne que les prêts que les riches doivent faire aux pauvres , et que cela n'a aucune application aux prêts de commerce.

77. Ils répondent de même aux conciles et aux écrits des Pères , en disant que les conciles et les Pères , en condamnant l'usure , n'ont entendu condamner que l'intérêt du prêt d'argent fait aux pauvres pour un usage de pure

consomption, et non l'intérêt du prêt de commerce, fait pour un usage d'emploi et d'accroissement.

Ils tirent un argument négatif du concile de Trente : ils disent que Calvin ayant enseigné dans ses Institutions, que le prêt à intérêt n'étoit injuste que lorsqu'il étoit fait aux pauvres; si le concile eût regardé cette doctrine comme une erreur, il n'auroit pas manqué de la condamner comme il a condamné toutes les erreurs de Calvin; donc le concile n'ayant pas condamné cette doctrine de Calvin, on en doit conclure qu'il ne l'a pas regardée comme une erreur.

§. II. Réponses aux moyens en faveur des prêts à intérêts.

78. La distinction entre les prêts d'argent faits pour un usage de pure consommation, et ceux faits pour un usage d'emploi et d'accroissement, fait tout le fondement de ce qu'on allègue pour la légitimité de l'intérêt dans les prêts qu'on appelle *prêts de commerce* : cette distinction est impossible dans la pratique, et elle n'a d'ailleurs par elle-même aucune solidité.

1° Elle est impossible dans la pratique; car, suivant les auteurs de cette distinction, le prêt à intérêt n'étant licite que lorsqu'il est fait pour un usage d'emploi et d'accroissement; pour que je puisse licitement prêter à intérêt mon argent, il faudroit que je susse que je prête mon argent pour cet usage. Or c'est ce que ne savent jamais ceux qui prêtent leur argent à intérêt; car ceux qui l'empruntent ne disent pas l'usage qu'ils en veulent faire.

Dira-t-on qu'il suffit que je sache que l'emprunteur est un commerçant riche, pour que je doive présumer qu'il emprunte mon argent pour le faire fructifier dans son commerce, et par conséquent pour un usage *d'emploi et d'accroissement*? C'est ce qu'on ne peut pas dire; car lorsque les commerçants, même ceux qui sont riches, empruntent de l'argent à intérêt, ce n'est pas toujours pour le faire fructifier dans leur commerce qu'ils font ces emprunts, *putà*, pour acheter une partie de marchandises sur laquelle ils aperçoivent un profit considérable à faire; c'est le plus souvent pour acquitter des lettres de change dont ils sont

débiteurs. Or c'est un usage de pure consommation : le commerçant qui emploie la somme qu'il a empruntée à payer la lettre de change dont il est débiteur, n'acquiert, par cet usage qu'il en fait, que la libération d'autant, et rien de plus. Le prêt fait à ce commerçant pour cet usage est donc un prêt pour lequel, même selon les principes des apologistes de l'usure, il n'est pas permis de retirer des intérêts : donc je ne puis pas licitement prêter mon argent à intérêt, même à un commerçant riche, parceque ignorant l'usage qu'il compte en faire, je ne puis pas savoir si le prêt que je fais sera employé à un usage *d'accroissement*, pour lequel il me soit permis d'exiger des intérêts. Donc la distinction entre les prêts faits pour un usage de *pure consommation*, et ceux faits pour un usage *d'emploi et d'accroissement*, est une distinction impossible dans la pratique.

79. Je dis, en second lieu, qu'elle n'a aucune solidité, et que le profit que peut faire le commerçant sur l'argent que je lui ai prêté, n'est pas une raison pour que je puisse exiger de lui des intérêts.

La raison est, que l'équité ne permettant pas que dans les contrats l'une des parties exige de l'autre plus que le juste équivalent de ce qu'elle lui a donné, il suffit que, par le prêt que je fais d'une somme d'argent à ce commerçant, je ne lui donne que la somme prêtée, et rien de plus, comme nous l'avons établi *suprà*, n. 55 et 56, pour que je ne puisse licitement rien exiger de plus que cette somme, quelque profit qu'il puisse tirer de l'usage qu'il en fera ; de même que dans les contrats de vente et de louage, je ne puis pas licitement vous vendre une chose au-delà de son juste prix, ni vous la louer au-delà du juste prix de son loyer, quelque profit que vous deviez faire sur cette chose, ou sur l'usage de cette chose.

Le droit qu'on a de se servir d'une somme d'argent, n'étant pas quelque chose qu'on ait outre cette somme, et étant renfermé dans le droit de propriété de cette somme, comme nous l'avons observé *dicto loco*, ce seroit vouloir me faire payer deux fois le prix d'une même chose, si, après m'être fait payer de la somme prêtée à ce commerçant par le paie-

ment qu'il me fait d'une pareille somme, je voulois encore, par des intérêts que j'exigerois de lui, me faire payer de l'usage qu'il en a eu.

80. Quelque profit qu'il ait pu faire par l'usage qu'il a fait de la somme prêtée, c'est un profit qu'il a fait sur ce qui lui appartenoit, dont il ne doit rien à personne, puisque le droit de faire tel usage que bon lui sembleroit de la somme prêtée, étoit essentiellement renfermé dans la propriété de cette somme qu'il avoit acquise par le prêt que je lui avois fait.

Ce commerçant ayant, par le prêt, acquis la propriété des deniers que je lui ai prêtés, si, depuis le prêt, ils étoient péris par une force majeure, lui seul en auroit souffert la perte; je n'en aurois rien supporté, et je n'aurois pas moins été en droit de lui demander la restitution d'une somme pareille à celle que je lui avois prêtée : donc, puisque le risque des deniers prêtés regarde l'emprunteur seul, le profit qu'il peut faire par l'usage qu'il en fera doit pareillement le regarder seul, suivant cette règle d'équité, *Ubi periculum, ibi et lucrum*.

81. Les partisans des prêts à intérêt, pour en soutenir la légitimité, disent que ces prêts sont une espèce de contrat de louage; que le prêteur retient la propriété de la somme qu'il a prêtée, non pas, à la vérité, des mêmes espèces *in individuo*, mais de la valeur qu'il a prêtée, dont ces espèces ne sont que le signe.

De là, ils concluent qu'outre la restitution de la somme prêtée qui doit être rendue au prêteur, puisque cette somme lui appartient, le prêteur peut encore exiger les intérêts de cette somme, parceque continuant toujours, depuis le prêt, d'être le propriétaire de la somme prêtée, l'usage d'emploi et d'accroissement dont elle est susceptible est quelque chose qui lui appartient, et que cet usage étant d'ailleurs appréciable, il peut accorder cet usage à l'emprunteur pour un prix qui consiste dans les intérêts qu'il stipule.

Nous avons déjà, par avance, détruit ce raisonnement, *suprà, part. 1, chap. 1, art. 1, §. 3*, et nous y avons établi qu'on ne pouvoit, sans renverser toutes les notions et les idées des choses, supposer que celui qui prête une somme

d'argent à quelqu'un pour la dépenser, demeure propriétaire de cette somme, et que la propriété n'en est pas transférée à l'emprunteur, qui ne peut avoir le droit de la dépenser qu'autant que la propriété lui en a été transférée. Ce principe étant détruit, tout le raisonnement des partisans du prêt à intérêt tombe; car la propriété de la somme prêtée étant transférée à l'emprunteur, c'est à lui qu'appartient l'usage de cet argent, qui est inséparable de la propriété: le prêteur, à qui il n'appartient plus, ne peut donc licitement le faire payer à l'emprunteur par des intérêts qu'il exige de lui.

82. Les partisans des prêts de commerce ou prêts à intérêt diront, peut-être, que notre argument contre la légitimité de ces intérêts porte sur un faux principe. Notre principe est que le prêteur ne donne, par ce prêt, à l'emprunteur que la somme prêtée, et rien de plus. Or, diront-ils, ce principe est faux; car, par le prêt, le prêteur se prive, en faveur de l'emprunteur, du profit qu'il eût pu faire sur la somme prêtée, par l'usage d'accroissement dont elle est susceptible, pendant le temps pour lequel il l'a prêtée. Il donne donc à l'emprunteur, outre la somme prêtée, ce profit dont il se prive en sa faveur, et par conséquent il peut pour cela en recevoir des intérêts.

A cela je réponds que si effectivement le prêteur, pour faire le prêt à son ami, s'étoit privé d'un profit certain et constant qu'il eût fait sur cet argent, par l'emploi qu'il comptoit en faire, s'il ne le lui eût pas prêté, il pourroit, en ce cas, licitement exiger des intérêts qui l'en dédommageraient: ces intérêts sont les intérêts compensatoires, dont nous traiterons en la section quatrième, *usura compensatoria*; ce ne sont pas les intérêts dont il est ici question. Ordinairement, dans les prêts à intérêt, qu'on appelle *prêts de commerce*, le prêteur ne se prive, pour faire le prêt, d'aucun profit qu'il dût faire sur la somme prêtée: il ne la prête que parcequ'il n'a pas d'autre usage à en faire; s'il avoit quelque usage à en faire qui dût lui être avantageux, il ne la prêteroit pas. Il ne se prive donc d'aucun profit par le prêt qu'il en fait; il ne donne donc rien de plus à l'em-

prunteur que la somme prêtée ; et il ne peut par conséquent exiger rien de plus que la restitution de cette somme.

85. Contre ce que nous avons dit , que la propriété de la somme prêtée étant, par le prêt, transférée à l'emprunteur, l'usage de cette somme lui appartenait, et qu'en conséquence le prêteur ne pouvoit pas licitement lui faire payer par des intérêts le prix de cet usage, on fait cet argument : Lorsque j'ai vendu à quelqu'un une terre ou une maison, ou quelque autre héritage dont je l'ai mis en possession dès l'instant du contrat ; quoique j'aie transféré à l'acheteur la propriété de l'héritage, il me doit néanmoins les intérêts du prix jusqu'au paiement, pour la jouissance qu'il a de l'héritage avant d'en avoir payé le prix : donc pareillement, dans le prêt, quoique j'aie, par le prêt, transféré à l'emprunteur la propriété de la somme que je lui ai prêtée, je puis stipuler de lui des intérêts pour la jouissance de cette somme que je pouvois ne lui pas prêter,

Je réponds qu'il n'y a aucune parité. Un héritage est une chose frugifère, dont la jouissance est quelque chose d'appréciable, et de séparable de la propriété. Le vendeur s'étant, en faveur de l'acheteur, privé de cette jouissance de l'héritage qu'il avoit droit de retenir jusqu'au paiement du prix, en doit être récompensé : il a donné à l'acheteur, outre l'héritage, cette jouissance de l'héritage qu'il pouvoit retenir jusqu'au paiement ; il doit recevoir le prix de l'un et de l'autre. Mais dans le prêt d'argent, la somme de deniers qui est prêtée est une chose qui n'est pas frugifère, dont l'usage naturel et ordinaire n'est qu'un usage de consommation inséparable de la propriété de la chose : on ne peut donc pas dire du prêteur d'une somme d'argent, comme nous le disons du vendeur qui a vendu un héritage à crédit, qu'outre la chose, il s'est privé de la jouissance de la chose ; qu'outre la chose, il a donné la jouissance de la chose qu'il eût pu retenir en donnant la chose ; car la jouissance d'une somme d'argent, et l'usage qu'on en fait, n'étant pas quelque chose qu'on ait outre la somme d'argent ; en prêtant la somme d'argent, il n'a donné à l'emprunteur que cette

somme , et rien de plus , et par conséquent il ne peut rien exiger de plus.

Si la somme prêtée , entre les mains du commerçant à qui elle a été prêtée , est devenue susceptible d'un usage d'accroissement , ce n'est qu'*ex accidenti* : le commerçant ne tient cela que de sa propre industrie ; il ne tient point cela du prêteur , qui ne lui a donné que la somme d'argent et rien de plus. On peut même dire que si ce commerçant , en se servant dans son commerce de la somme qui lui a été prêtée , a fait quelque profit , ce profit est le fruit de son industrie plutôt que de cette somme d'argent ; cette somme n'a été qu'un instrument dont il s'est servi , et qui lui étoit , à la vérité , nécessaire ; mais la cause productive du profit qu'il a fait est son industrie. Or , de même qu'un sculpteur qui a fait une statue qu'il a vendue un prix immense , ne doit néanmoins au coutelier qui lui a vendu des ciseaux dont il s'est servi pour la faire , que le prix ordinaire des ciseaux , quoiqu'il n'eût pu faire la statue sans des ciseaux ; de même , quelque gain que ce commerçant ait fait en se servant dans son commerce de la somme qui lui a été prêtée , quoiqu'elle lui ait été nécessaire pour faire le profit qu'il a fait , il ne doit néanmoins rien de plus que cette somme qui lui a été prêtée , parceque le prêteur ne lui a donné rien de plus.

84. A l'égard des réponses que font les partisans des billets à intérêt aux autorités des saintes Ecritures et de la tradition , elles ne me paroissent pas soutenables. Ils disent que Dieu , par la loi de Moïse , n'a défendu l'usure que dans les prêts qui sont faits aux pauvres , et non dans ceux qui sont faits aux riches pour un usage d'emploi et d'accroissement. Mais cette distinction est une distinction inconnue dans toute l'antiquité. Ils tirent argument de ce que dans l'Exode il est dit : *Si pecuniam mutuam dederis populo meo PAUPERI , etc.* ; et dans le Lévitique : *Si attenuatus fuerit frater tuus , etc.*

La réponse est , que ces termes doivent être entendus *enuntiativè , secundum id quod magis communiter accidit* , parceque ce sont plus communément les pauvres qui

empruntent : on ne doit pas les entendre *restrictivè*, ces textes devant être interprétés par les autres textes de l'Écriture qui proscrivent indistinctement l'usure dans le prêt, sans distinguer s'il est fait à des pauvres ou à des riches.

A l'égard du texte du Deutéronome, où il est dit, *Fratri tuo id quo indiget absque usurâ commodabis*, c'est mal-à-propos que les apologistes de l'usure prétendent tirer argument de ces termes, *id quo indiget*, pour soutenir qu'il n'est parlé dans ce texte que des prêts faits aux pauvres et aux indigents; car ces termes, *id quo indiget commodabis*, signifient : Vous lui prêterez ce dont il a besoin; ce qui convient aussi bien aux prêts faits aux riches, qu'à ceux faits aux pauvres : car les riches, comme les pauvres, n'empruntent que ce dont ils ont besoin.

Le célèbre Grotius n'a point connu ces distinctions : il regarde tout intérêt de prêt comme défendu par la loi de Dieu, à moins qu'il ne fût purement compensatoire d'un préjudice réel que le prêteur auroit souffert du prêt; et il décide en conséquence que la loi de la Hollande, qui permet le prêt à intérêt, ne peut rendre légitime l'intérêt dans le for de la conscience : *Leges humanæ, dit-il, quæ concedunt aliquid stipulari pro usu pecuniæ, ut apud Hollandos.... si quidem verè stant intrâ compensationem ejus quod abest, non pugnant cum naturali aut divino jure : sin eum modum excedunt, impunitatem dare possunt, jus dare non possunt*; de Jur. bel. et pac., lib. 2, cap. 12.

L'interprétation que donnent les partisans des prêts à intérêt aux textes des livres saints, doit d'autant moins être reçue, qu'il n'est pas permis d'interpréter les saintes Écritures selon son sens particulier, et qu'elles doivent être entendues dans le sens dans lequel la tradition de l'Église les a toujours entendues. Or il paroît par les canons des conciles, et par tous les monuments de la tradition qui ont été ci-dessus rapportés entre bien d'autres, que la défense qui est faite de l'usure dans les livres saints a toujours été regardée comme une défense générale; et on ne voit aucun vestige de la distinction qu'on veut faire aujourd'hui entre les prêts qui sont faits aux riches, et ceux qui sont faits aux

pauvres, ni entre ceux qui sont faits pour un usage *de pure consommation*, et ceux qui sont faits pour un usage *d'emploi et d'accroissement*. Il est vrai que les Pères de l'Église, dans leurs homélies, prêchent principalement contre les usures qu'on exerce envers les pauvres, parceque ce sont les plus criantes; mais aucun d'eux n'a restreint la défense de l'usure aux prêts qui sont faits aux pauvres. Au contraire, saint Ambroise, *lib. de Tobia, cap. 14, n. 49*, rapporte pour exemple de prêts usuraires défendus par la loi de Dieu, des prêts faits à des marchands : *Plerique refugientes præcepta Legis, quum dederunt pecuniam negotiatoribus, non in pecuniâ usuras exigunt, sed de mercibus eorum emolumentum percipiunt : audiant quid Lex dicat, etc.*

L'argument négatif, tiré de ce que le concile de Trente n'a pas condamné la doctrine de Calvin sur le prêt à intérêt, ne prouve rien. Le concile s'est attaché à examiner la foi de l'Église sur le dogme; il n'a condamné que les différentes erreurs qui s'étoient répandues sur le dogme. Mais s'il n'a pas fait de canon contre les erreurs de Calvin sur la morale, et principalement contre sa doctrine sur l'usure, il ne s'ensuit pas qu'il l'ait approuvée. Le catéchisme de ce concile, *p. 3, ad 7 Decal. præcept., §. 20*, condamne expressément tout intérêt qu'on exige du prêt : il dit que, *qui fœnerantur, bis idem vendunt, aut vendunt quod non est*, suivant l'idée et les expressions de saint Thomas.

← 85. A l'égard des lois et ordonnances du royaume qui défendent de prêter à intérêt, les partisans de l'usure n'ont pas encore pu persuader aux juges que les prêts faits aux commerçants en dussent être exceptés. C'est pourquoi, dans les prêts à intérêt que les usuriers font aux commerçants, ils ne manquent pas, pour tromper les juges, de faire comprendre l'intérêt avec le sort principal, dans la somme que l'emprunteur reconnoît, par son billet, avoir reçue. Par exemple, lorsqu'un usurier compte à un commerçant une somme de 1,000 livres qu'il s'oblige de rendre dans six mois, il lui fait reconnoître, par son billet, qu'il a

reçu une somme de 1,025 liv. Si néanmoins l'emprunteur vouloit se dispenser de payer l'intérêt, il seroit reçu dans les tribunaux à déférer au prêteur le serment, s'il n'est pas vrai qu'il ne lui a compté réellement que la somme de 1,000 liv.; et sur le refus que le prêteur feroit de rendre ce serment, l'emprunteur, en affirmant n'avoir reçu que cette somme, seroit déchargé du surplus.

Les lois du royaume ne permettant pas d'exiger des intérêts dans aucun prêt, quelle que soit la qualité de celui à qui le prêt est fait, il n'en faut pas davantage, quand même ces intérêts ne seroient pas condamnés comme ils le sont par la loi divine, pour qu'on ne puisse en conscience prêter à intérêt, même aux commerçants; car les lois civiles obligent dans le for de la conscience.

ARTICLE II.

Si la défense du prêt à intérêt souffre exception à l'égard des deniers pupillaires.

86. C'est une erreur qui a eu, pendant un très long temps, cours dans plusieurs lieux, et sur-tout dans des villes de commerce, que la défense du prêt à intérêt devoit souffrir exception à l'égard des deniers des mineurs. Cette erreur étoit fondée sur l'inconvénient qu'il y avoit, sur-tout à l'égard des enfants des commerçants, à faire de leur argent un autre emploi; car les tuteurs, en faisant emploi des deniers de leurs mineurs en acquisition d'héritages ou de rentes, mettent leurs mineurs, lorsqu'ils sont parvenus à l'âge de majorité, dans l'impuissance de suivre l'état de leurs pères, et d'entreprendre un commerce, faute d'avoir en argent comptant les fonds nécessaires: ils sont obligés de revendre les héritages et rentes que leurs tuteurs leur ont achetés; mais souvent on est très long-temps sans pouvoir trouver à les revendre, et on ne les revend qu'avec beaucoup de perte.

Pour remédier à cet inconvénient, on avoit cru que les deniers des mineurs pouvoient être exceptés de la loi qui défend le prêt à intérêt; et en conséquence l'usage s'étoit introduit dans plusieurs lieux, de donner à intérêt les deniers

des mineurs jusqu'au temps de leur majorité. On faisoit intervenir l'autorité du juge ; on croit à l'audience, qu'une certaine somme de deniers, appartenante à un tel mineur, étoit à donner à intérêt jusqu'au temps de sa majorité ; et le juge adjugeoit cette somme à la personne qui offroit la meilleure condition pour le mineur ; laquelle personne s'obligeoit, par l'adjudication qui lui en étoit faite, à rendre la somme au mineur lors de sa majorité, et à en payer l'intérêt par chacun an jusqu'au paiement ; et on l'obligeoit à donner bonne et suffisante caution.

Quoique cet abus eût été réprimé par un arrêt de la cour du 13 juin 1539, que rapporte l'auteur de la Bibliothèque du Droit françois, sur le mot *usure* ; par cet arrêt le lieutenant-général d'Orléans, qui avoit adjugé à intérêt une somme de deniers d'un mineur, à la charge de la lui rembourser à sa majorité, fut décrété d'ajournement personnel : néanmoins, malgré cet arrêt, l'abus des baux à intérêt des deniers des mineurs, à la charge de rendre la somme à la majorité du mineur, s'étoit de nouveau introduit à Orléans ; et il n'a cessé que depuis un arrêt du 7 septembre 1726, qui a fait défenses au prévôt d'Orléans de faire de pareilles adjudications ; voyez notre *Traité du Contrat de Constitution de rentes*, n. 44.

C'est avec grande raison que le parlement a proscrit cet abus. Les inconvénients que nous avons ci-dessus exposés ne pouvoient pas être une raison suffisante pour dispenser les tuteurs des mineurs de l'observation des lois divines et humaines, qui défendent le prêt à intérêt. Ces lois, étant des lois générales, obligent toutes les personnes, les mineurs aussi bien que les majeurs. Aucune puissance ne peut dispenser de ce que la loi divine défend, quelque favorable que pût paroître la cause pour laquelle la dispense seroit demandée. C'est pourquoi le pape Alexandre III, *cap. 4, extra de usuris*, dit fort bien : *Quum usurarum crimen utriusque Testamenti pagina detestetur, super hoc dispensationem aliquam fieri posse non videmus : quia quum Scriptura sacra prohibeat pro alterius vitâ mentiri, multò magis prohibendus est quis, ne etiam pro redimendâ vitâ*

captivi, usurarum crimine involvatur. A plus forte raison, la conservation des deniers des mineurs orphelins ne doit pas être une raison suffisante pour les dispenser de la loi qui défend l'usure.

SECTION III.

Que comprend la défense de l'usure?

Nous verrons, 1° ce qu'il faut pour qu'il y ait usure. 2° Nous rapporterons différents exemples de profits usuraires. 3° Nous verrons quel est l'effet des lois qui ont défendu l'usure; et quelles sont les peines qu'elles prononcent contre les usuriers.

ARTICLE PREMIER.

Ce qu'il faut pour qu'il y ait usure.

87. L'usure, suivant la définition que nous en avons donnée *suprà*, n. 53, est le profit que le prêteur exige de l'emprunteur au-delà du sort principal pour le prêt qu'il lui a fait; *Lucrum suprà sortem exactum, tantum propter officium mutuacionis*, ou *lucrum ex mutuo exactum*.

Il suit de là que, pour qu'il y ait usure, il faut trois choses:

1° Il faut qu'il soit intervenu un contrat de prêt. 2° Il faut que le prêteur retire un profit du prêt. 3° Il faut qu'il ait été exigé de l'emprunteur.

§. I. Il faut qu'il soit intervenu un contrat de prêt.

88. Ce n'est proprement que dans le contrat de prêt que se commet l'usure proprement dite; les autres contrats sont bien susceptibles de différentes injustices; et en général, dans tous les contrats, il y a injustice lorsque l'une des parties exige de l'autre quelque chose de plus que le juste équivalent de ce que, par le contrat, elle lui a donné, ou s'est obligée de lui donner (*suprà*, n. 55); et ces espèces d'injustices qui se commettent dans les autres contrats sont aussi quelquefois, dans un sens impropre, *lato et improprio sensu*, appelées *usures*. Mais l'usure proprement dite, qui est celle dont nous traitons, ne se commet que dans le contrat de

prêt ; c'est ce qui résulte de la définition que nous en avons donnée ; *Lucrum ex mutuo exactum*.

Il n'est pas néanmoins nécessaire que ce soit un contrat de prêt formel et explicite ; il suffit que l'intention secrète des parties ait été de faire un contrat de prêt usuraire , quoiqu'elles l'aient déguisé sous la fausse apparence d'autres contrats. Ces contrats , en ce cas , qui ne sont intervenus que pour couvrir et déguiser le contrat de prêt que les parties avoient intention de faire , sont réputés n'être , dans la vérité , qu'un contrat de prêt ; et le lucre que l'une des parties en retire est une véritable usure.

On peut donner pour exemple le contrat *Mohatra* , dont nous avons parlé dans notre *Traité du Contrat de Vente* , n. 58, par lequel , pour déguiser le prêt usuraire d'une somme d'argent que j'ai intention de vous faire , je vous vends une certaine chose pour une certaine somme que vous vous obligez de me payer au bout d'un certain terme , *putà* , pour une somme de 600 livres , payables dans six mois ; ensuite je vous rachète cette somme , ou par moi-même , ou par une personne interposée , pour une somme moindre , *putà* , pour une somme de 540 livres , que je vous paie comptant ; ces contrats ne passent que pour un contrat de prêt d'une somme de 540 livres ; et le lucre que je fais d'une somme de 60 livres , est une vraie usure.

Nous avons rapporté dans notre *Traité du Contrat de Société* , n. 22 , un autre exemple de contrats simulés , pour couvrir et déguiser un prêt usuraire : c'est le cas vulgairement appelé par les casuistes *le cas des trois contrats*.

89. De là la division des usures , en usures *formelles* et usures *palliées*.

On appelle usures *formelles* , le profit que le prêteur exige au-delà du sort principal , par un contrat de prêt formel et explicite : comme lorsque je vous prête vingt écus , à la charge que vous me rendrez vingt-un écus au bout d'un certain temps ; ou douze mines de blé , à la charge que vous m'en rendrez treize ; l'écu , ou la mine de blé que j'exige de plus que ce que je vous ai prêté , est une usure formelle.

On appelle *usure palliée* , le profit qui est fait par ces contrats simulés qui servent à déguiser un contrat de prêt

usuraire. Par exemple, dans l'espèce du contrat *Mohatra*, rapportée ci-dessus, le profit que je fais d'une somme de 60 livres, en vous vendant à terme, pour 600 livres, ce que je rachète de vous au comptant pour 540 livres, est une usure palliée.

Ces usures palliées ne sont pas moins défendues, ni moins criminelles que les usures formelles : elles le sont même davantage, puisque l'usurier ajoute au péché de l'usure celui du mensonge et de l'hypocrisie.

90. Ce qu'un créancier exige de son débiteur, pour une prorogation du terme qu'il lui accorde pour le paiement d'une somme d'argent, doit aussi passer pour une usure proprement dite ; car cette convention renferme *per fictionem brevis manûs*, une espèce de prêt implicite : le créancier est censé *per fictionem brevis manûs*, recevoir de son débiteur la somme qui lui est due, et la lui remettre incontinent, pour que le débiteur ne la rende qu'après l'expiration de la prorogation du terme avec l'intérêt convenu. Cette prorogation de terme étant quelque chose d'équivalent à un prêt, l'intérêt ou tout autre profit, quel qu'il soit, que le créancier retire de cette prorogation, est en quelque façon *lucrum ex mutuo exactum*, et par conséquent une usure proprement dite. Il en seroit autrement néanmoins, si ce que le créancier a exigé pour la prorogation du terme n'étoit pas un profit, mais un dédommagement du préjudice qu'auroit causé au créancier la prorogation du terme.

91. *Vice versâ*, lorsque le débiteur d'une somme d'argent, qui en fait le paiement à son créancier avant le terme auquel elle étoit payable, retient quelque chose sur cette somme pour l'intérêt du temps à courir depuis le jour du paiement qu'il en fait jusqu'au jour auquel elle étoit payable ; quoiqu'il ne souffre rien de cette avance qu'il fait à son créancier, cet intérêt que ce débiteur retient pour la récompense de l'anticipation du paiement, qu'on appelle *es-compte*, est une véritable usure, semblable à celle qu'un prêteur exige pour la récompense du prêt, cette anticipation de paiement étant en cela semblable au prêt. Nous

traiterons *ex professo* de cette matière de l'escompte, dans la dernière section de cette partie.

92. On avoit autrefois douté si le contrat de constitution de rente étoit un contrat usuraire. Les décisions des papes se sont accordées avec les lois des princes, pour déclarer que ce contrat est licite, et n'est aucunement infecté d'usure, pourvu néanmoins qu'on y observe les règles que prescrivent les lois pour la légitimité de ce contrat : sur quoi voyez ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat de Constitution*, chap. 2.

Lorsque quelqu'une de ces règles a été ouvertement violée, le contrat de constitution de rente passe pour un prêt à intérêt, et il est nul ; et non seulement les arrérages ne peuvent être exigés, mais le constituant qui les a payés peut les diminuer sur la somme qu'il a reçue pour le prix de la constitution, et même les répéter jusqu'à concurrence de ce qu'ils excédroient cette somme, comme nous l'avons expliqué dans le *Traité* ci-dessus mentionné.

Cela sur-tout doit avoir lieu lorsque, par le contrat de constitution, il n'y a pas une parfaite aliénation de la somme qui a été payée pour le prix de la rente qu'on a coutume d'appeler *le principal de la rente* ; c'est-à-dire, lorsque le créancier à qui la rente a été constituée, a retenu le droit d'exiger un jour cette somme principale du débiteur de la rente ; car, en ce cas, le contrat de constitution ne peut passer que pour un véritable prêt usuraire de cette somme.

93. Cette aliénation du principal de la rente, requise pour la légitimité du contrat de constitution, ne doit se considérer que de la part du créancier à qui la rente a été constituée. Il suffit, pour que le contrat soit légitime, qu'il ne puisse, ni par lui-même, ni par aucune personne par lui interposée, exiger le rachat de la rente : car quoique le débiteur puisse être obligé un jour à ce rachat par un tiers ; quoique le créancier à qui la rente a été constituée ait eu, dès le temps du contrat, connoissance que le constituant, débiteur de la rente, pourroit un jour être contraint par ce tiers au rachat de la rente, et qu'il ait eu en conséquence une certitude morale que la rente qu'on lui cons-

tituoit lui seroit remboursée, le contrat de constitution n'en est pas moins légitime, pourvu que ce ne soit pas le créancier de la rente qui ait le droit d'exiger ce rachat.

C'est ce qui paroît évidemment par l'exemple d'un contrat de constitution, dans lequel intervient un tiers qui se rend pour le constituant caution de la prestation de la rente, et qui stipule que le constituant le fera, au bout d'un certain temps, décharger de son cautionnement. Quoique, dans cette espèce, le créancier soit assuré de recevoir le remboursement de sa rente, auquel la caution ne manquera pas d'obliger le débiteur de la rente, pour être déchargée de son cautionnement; néanmoins, comme ce n'est pas le créancier qui a le droit de l'exiger, personne ne doute de la légitimité du contrat de constitution; *Voyez notre Traité des Obligations, n. 443.* On peut encore apporter plusieurs autres exemples, auxquels notre principe reçoit application; *putà*, lorsqu'un titulaire de bénéfice obtient une ordonnance du juge qui lui permet de prendre une certaine somme d'argent à constitution de rente, pour faire des réparations considérables aux biens de son bénéfice, auxquelles quelque accident de force majeure a donné lieu. Quoique l'ordonnance porte que le titulaire du bénéfice sera tenu de rembourser au bout d'un certain temps, sur les épargnes qu'il doit faire du tiers des revenus du bénéfice qui est destiné à la charge des réparations, la somme qu'il prendra à constitution, et qu'en conséquence celui qui donnera à ce titulaire à constitution de rente la somme que ce bénéficiaire a été autorisé de prendre, soit assuré de recevoir dans un certain temps le rachat de sa rente; néanmoins personne ne doute que, dans cette espèce, le contrat de constitution que ce titulaire a passé à celui qui a fourni la somme pour cet emploi, ne soit très légitime. Car si ce bénéficiaire peut être contraint, au bout d'un certain temps, de racheter la rente, ce n'est que par le ministère public qu'il y peut être contraint: ce n'est pas le créancier à qui la rente a été constituée, qui a le droit d'exiger ce rachat; ce qui suffit pour qu'il y ait une véritable aliénation de la somme qu'il a payée pour le prix de la rente.

Il en est de même du cas auquel un tuteur, pour une cause urgente, a été autorisé, par une ordonnance du juge, à prendre à constitution, en son nom de tuteur, pour son mineur, une certaine somme d'argent. Quoique par une clause de cette ordonnance il soit dit qu'il sera tenu d'en faire le remboursement au bout d'un certain temps, sur les revenus du mineur qu'il aura touchés, le contrat de constitution qu'il passera en exécution de cette ordonnance, au profit de celui qui lui fournira la somme, n'en sera pas moins légitime. Il suffit pour cela que ce ne soit pas le créancier à qui la rente a été constituée, qui ait le droit d'exiger le remboursement.

94. Notre principe ainsi développé sert à décider une question sur une espèce qui m'a été proposée, et dans laquelle des casuistes avoient cru trouver de l'usure. Il s'agissoit de billets d'emprunt sur la Compagnie des Indes. Cette Compagnie, suivant ce qui m'a été exposé, a été autorisée par un édit (que je n'ai pas vu, et dont je ne sais pas la date) à faire un emprunt de 10 millions, à la charge d'en rembourser une certaine partie tous les ans, sur les profits que feroit la Compagnie, jusqu'au remboursement de la somme entière, qui devoit s'achever au bout d'un certain temps. Cet emprunt étoit partagé en billets, qui étoient chacun de 1,000 livres ou de 500 livres, par lesquels la Compagnie promettoit un intérêt de cinq pour cent par an de la somme de 1,000 livres (ou de 500 livres) qu'elle reconnoissoit avoir reçue, jusqu'au rachat qu'elle feroit de cette somme. Ces billets étoient numérotés; et pour satisfaire à la clause de l'édit qui en ordonnoit le remboursement, on tiroit tous les ans au sort les numéros des billets qui devoient être remboursés.

Ces billets ont paru usuraires à quelques casuistes, parce que le créancier du billet étant assuré, par l'édit, qu'il seroit remboursé de la somme qu'il payoit pour le prix du billet, ces billets paroissent renfermer un prêt à intérêt, plutôt qu'une constitution de rente, n'y ayant pas, selon eux, d'aliénation du principal. Je pense qu'on doit décider au contraire, que ces billets renferment un contrat de cons-

titution de rente très légitime. La raison est, que ce n'est pas envers les créanciers de ces billets que la Compagnie s'oblige au rachat : elle ne contracte cette obligation qu'envers le roi, qui met cette condition à la permission qu'il lui accorde de faire l'emprunt : il n'y a que le roi qui puisse contraindre la Compagnie à ce rachat, de même qu'il peut en proroger le terme, ou même l'en dispenser tout-à-fait. Ce ne sont donc pas les créanciers des billets qui ont le droit d'exiger le rachat; ce qui suffit, selon les principes que nous avons exposés, pour que ces billets contiennent une aliénation du principal, et qu'ils soient de légitimes contrats de constitution de rente.

§. II. Il faut, pour qu'il y ait usure, que ce que le prêteur exige au-delà de la somme prêtée soit un lucre et un profit qu'il retire du prêt, *lucrum ex mutuo exactum*.

95. De ce principe on tire deux corollaires.

Le premier corollaire est, que si ce que le prêteur a exigé au-delà de la somme prêtée n'étoit qu'un dédommagement du préjudice qu'il auroit souffert du prêt, ce ne seroit pas une usure, mais un intérêt compensatoire, dont nous traiterons dans la section suivante.

De là naît la décision de la question, si c'est un contrat usuraire que celui par lequel je vous prête un tonneau de vin, dans un temps où les vins sont à très vil prix, à la charge que vous m'en rendrez un dans un certain temps, auquel il est moralement certain que le prix des vins sera beaucoup plus cher. La raison de douter est, qu'en exigeant de vous un tonneau de vin d'un prix plus cher que n'étoit celui que je vous ai prêté, j'exige de vous plus que ce que je vous ai prêté. La raison de décider qu'il n'y a pas d'usure, est que je ne retire aucun profit du prêt que je vous ai fait par la plus-value de votre tonneau de vin; car si je ne vous eusse pas prêté le mien, et que je l'eusse gardé, j'aurois profité sur le tonneau de vin que je vous ai prêté, de l'augmentation du prix des vins; ce que celui que vous me rendez vaut aujourd'hui de plus que ne valoit, lors du prêt, celui que je vous ai prêté, ne fait que m'indemniser

du profit que j'y aurois fait, si je ne vous l'eusse pas prêté : je ne retire donc aucun profit du prêt que je vous ai fait : le contrat ne renferme donc aucune usure.

96. Le second corollaire qui naît du principe que l'usure doit être un lucre que le prêteur retire du prêt, est qu'il n'y a que le profit dont le prêt est la cause principale, qui soit une usure ; celui dont le prêt n'a été que la condition, et qui a une autre cause principale, n'est pas une usure. Par exemple, si quelqu'un m'a légué un certain héritage à condition que je prêteroie à ses héritiers, après sa mort, une certaine somme pour acquitter les dettes de sa succession, le legs que je recueillerai après avoir satisfait à la condition, et fait le prêt ordonné par le testament, est un lucre qui n'est pas une usure ; car le prêt que j'ai fait n'est que la condition qui y a donné lieu, la cause principale est le testament : ce n'est pas *lucrum ex mutuo*, c'est *lucrum ex testamento*.

97. Pareillement, le profit dont le prêt n'a été que l'occasion, n'est pas un profit usuraire. Par exemple, quoique le prêt que j'ai fait à mon métayer pour le mettre plus en état de mieux cultiver ma terre, me procure un profit qui consiste en ce que ma terre en sera mieux cultivée, ce profit n'est pas une usure ; le prêt n'en a été que l'occasion. Cette culture n'est pas quelque chose que j'exige de lui pour le prêt, ni comme la récompense du prêt ; il me doit cette culture par le contrat du bail à ferme que je lui ai fait de ma terre, et je lui en paie le prix par la jouissance de ma terre que je lui donne par ce bail.

Nous avons rapporté dans notre *Traité des Obligations*, n. 618, un autre exemple de profit dont le prêt n'a été que l'occasion ; voyez-le.

§. III. Pour qu'il y ait usure, il faut que l'intérêt ou autre profit que le prêteur a retiré du prêt, ait été exigé.

98. C'est ce qui résulte de la définition de l'usure, *lucrum ex mutuo EXACTUM*. C'est pourquoi si celui à qui j'ai prêté une somme d'argent, après me l'avoir rendue, veut, de son bon gré, me faire un présent, pour me témoigner sa

reconnaissance; quoique je fisse mieux de le refuser, je puis néanmoins très licitement l'accepter: ce qui m'a été donné n'est pas une usure; car ne l'ayant pas exigé, ce n'est pas *lucrum ex mutuo exactum*.

99. Pour que le présent que le prêteur a reçu de l'emprunteur soit réputé lui avoir été fait librement, et ne soit pas en conséquence infecté du vice d'usure, il faut que l'emprunteur ne l'ait fait que dans le temps qu'il a rendu la somme prêtée, ou après: s'il l'avoit fait auparavant, il seroit présumé ne l'avoir fait que pour que le prêteur ne le pressât pas pour le paiement, et par conséquent ne l'avoir pas fait avec liberté entière; ce qui suffit pour que ce présent que le prêteur a reçu soit regardé, en quelque façon, comme exigé, et par conséquent comme infecté du vice d'usure.

Cela doit néanmoins beaucoup dépendre des circonstances. Si celui à qui j'ai prêté une somme d'argent étoit dans l'usage, dès avant que je lui eusse fait aucun prêt, de me faire de petits présents à certains jours, *putà*, le jour de ma fête ou le jour des étrennes, et que depuis le prêt que je lui ai fait, quoique avant la restitution de la somme prêtée, il m'ait fait, aux jours accoutumés, un petit présent semblable à ceux qu'il étoit dans l'usage de me faire; je ne crois pas que dans ces circonstances le présent doive être présumé fait par l'emprunteur dans la vue de n'être pas pressé pour le paiement, ni par conséquent qu'il doive passer pour usuraire.

Cela dépend aussi beaucoup de la qualité des personnes, et de celle des choses données en présent. Par exemple, si un gentilhomme qui a emprunté une somme d'argent de son ami, lui a fait présent de quelques pièces de gibier de sa chasse, ou de quelques corbeilles de beaux fruits de son jardin, je ne crois pas qu'un tel présent, qu'il seroit incivil de refuser, doive passer pour usuraire, quoiqu'il ait été fait avant la restitution de la somme prêtée.

100. Au contraire, quoique le présent n'ait été fait que lors, ou depuis la restitution de la somme prêtée, il ne laisse pas quelquefois d'être usuraire. Cela est évident, lors-

qu'il avoit été promis : car quoique la promesse que l'emprunteur m'a faite ne fût pas obligatoire, et que je n'eusse pu le contraindre à me donner ce que je lui ai fait promettre de me donner; néanmoins on ne peut pas dire qu'il m'a donné de son bon gré ce qu'il m'a donné, puisqu'il ne me l'a donné que pour tenir la promesse que je lui avois fait faire, à laquelle il croyoit ne pouvoir pas décevement manquer. J'ai véritablement exigé de lui ce qu'il m'a donné, par la promesse que je lui ai fait faire de me le donner; c'est *lucrum ex mutuo exactum*, et par conséquent une véritable usure.

101. Si, lors du prêt, j'avois seulement dit à l'emprunteur, que je le laissois le maître de la récompense qu'il me donneroit pour le service que je lui rendois, la récompense que je recevois de lui seroit encore, en ce cas, une usure; car je l'ai exigée de lui, en lui déclarant, lors du prêt que je lui ai fait, que j'entendois en recevoir une récompense: je n'ai laissé à sa discrétion que la mesure de la récompense, mais j'ai exigé la récompense; c'est *lucrum ex mutuo exactum*.

102. Quand je n'aurois stipulé expressément aucune récompense pour les prêts que j'ai faits, il suffit que j'aie par quelque fait donné à entendre aux emprunteurs que je m'attendois à recevoir d'eux une récompense, pour que celle que je recevrai d'eux soit une véritable usure; car je suis censé l'avoir exigée d'eux, en leur donnant, quoique tacitement, à entendre que je ne leur faisois le prêt que parceque je m'attendois qu'ils me la donneroient.

Supposons, par exemple, qu'un propriétaire de moulin fût dans l'usage de prêter à ses pratiques, et de recevoir des présents de ceux à qui il faisoit ces prêts, sans qu'il y en eût aucune convention. Si quelqu'un de ceux à qui il prêtoit, ne lui ayant pas donné de récompense, il en avoit témoigné du mécontentement, et n'avoit plus voulu lui prêter, il auroit par-là donné suffisamment à entendre à ceux à qui il avoit coutume de prêter, qu'il s'attendoit à une récompense pour les prêts qu'il faisoit; et par conséquent

celle qu'il recevoit d'eux devoit être regardée comme une récompense exigée, et une véritable usure.

103. Les théologiens vont bien plus loin. Il suffit, suivant eux, que le prêteur, en prêtant son argent, se soit attendu à recevoir une récompense du prêt, quoiqu'il n'en ait rien témoigné à l'emprunteur, pour que, par cette intention, il se soit rendu coupable d'usure, et pour que la récompense que l'emprunteur lui donneroit ensuite de son bon gré, soit une usure que le prêteur ne puisse en conscience ni recevoir ni retenir.

Ils appellent cette récompense à laquelle le prêteur s'est attendu, une usure *mentale*, qu'ils disent être condamnée par ce précepte de Jésus-Christ, rapporté dans l'Évangile de saint Luc : *Mutuum date, nihil inde sperantes*. C'est pourquoi ils ne se contentent pas de définir l'usure, *lucrum ex mutuo exactum*, comme la définissent les juriscultes; ils ajoutent à cette définition ces termes, *vel speratum*, ou ceux-ci, *vel intentum*.

Je ne suis pas théologien, et il ne m'appartient pas de combattre les opinions des théologiens. Je ne puis néanmoins m'empêcher de dire que j'aurois bien de la peine à regarder comme une usure criminelle, un présent qu'un riche à qui vous avez prêté une somme d'argent, vous fait très librement et de son bon gré, pour vous en témoigner sa reconnaissance, quoique vous vous y soyez attendu, sans néanmoins avoir jamais fait paroître, ni donné à entendre en aucune manière que vous vous y attendiez. Je ne vois pas que cela soit condamné par le passage de saint Luc, sur lequel les théologiens se fondent, et que nous avons rapporté *suprà*, n. 61. Jésus-Christ, dans cet endroit, commande aux chrétiens d'observer la loi d'une manière plus parfaite que ne le faisoient les juifs : ceux-ci se contentoient de l'observer littéralement. Lorsqu'ils prêtoient, ils n'exigèrent rien au-delà de la somme prêtée; mais ils ne prêtoient que par des vues intéressées, et qu'à ceux de qui ils espéroient recevoir la pareille dans l'occasion : *Favnerantur ut recipiant æqualia*. Jésus-Christ nous commande de prêter par principe de charité, et par conséquent de pré-

ter même à ceux de qui nous n'avons aucune reconnaissance à attendre; et même dans un cas de besoin pressant, à ceux qui pourront n'être pas en état de nous rendre ce que nous leur avons prêté. Voilà, je crois, le sens de ce précepte, *Mutuum date, nihil inde sperantes*. On contrevient à ce précepte, lorsqu'on est dans la disposition de volonté de ne pas prêter à ceux de qui on n'a aucune reconnaissance à attendre, quoiqu'on en ait la commodité. Mais je ne vois pas que par ce précepte il soit défendu à celui qui prête à un riche, de s'attendre à une récompense, et de la recevoir, pourvu qu'il ne l'exige pas, et qu'il ne fasse pas même connoître qu'il s'y attend.

On ne s'est jamais avisé de faire un crime à un paysan qui a trouvé une chose précieuse que j'avois égarée, de s'être attendu à une récompense, et de l'avoir reçue, pourvu qu'il ne l'ait pas exigée, et qu'il ait été dans la disposition de me la rendre, quand même je ne lui donnerois aucune récompense. Il est cependant moins en droit d'en attendre une que celui qui me fait un prêt, puisque la restitution de ma chose qu'il a trouvée m'est due en rigueur de justice, au lieu qu'un prêt qu'on fait est un bienfait qu'on n'étoit pas obligé de faire.

§. IV. Différens exemples de profits usuraires.

104. On appelle *profits usuraires*, non seulement les intérêts que le prêteur exige de la somme prêtée, et toutes les choses qu'il se fait donner outre le sort principal, mais en général tout profit, quel qu'il soit, qu'il exige pour le prêt qu'il a fait.

C'est pourquoi le prêteur n'est pas exempt d'usure, quoiqu'il n'exige qu'une somme ou une quantité pareille à celle qu'il a prêtée, pour peu qu'il retire d'ailleurs quelque profit du prêt.

Par exemple, si je vous ai prêté un tonneau de mon vin de Saint-André, à la charge qu'après la vendange vous me rendrez un tonneau de votre vin de Saint-Denis: le vin de Saint-Denis étant plus précieux que celui de Saint-André, je serois coupable d'usure si je ne vous faisois pas raison

de ce qu'un tonneau de vin de Saint-Denis vaut de plus qu'un tonneau de vin de Saint-André : car sans cela la plus-value du tonneau de vin de Saint-Denis seroit un profit que je retirerois du prêt, et par conséquent un profit usuraire.

Serois-je obligé de vous faire cette raison si, le prix des vins étant diminué, le tonneau de vin de Saint-Denis que vous me rendez n'étoit pas de plus grande valeur que mon tonneau de vin de Saint-André, lorsque je vous l'ai prêté? Je réponds que j'y suis obligé, même dans ce cas. La raison est, que ne vous ayant pas vendu, mais vous ayant prêté un tonneau de vin, vous avez, par le prêt, contracté l'obligation, non de me rendre la somme que valoit mon tonneau de vin lorsque je vous l'ai prêté, mais de me rendre un autre tonneau de vin de la même qualité. Il n'importe donc quel ait été le prix de mon tonneau de vin lorsque je vous l'ai prêté; car ce n'est pas de ce prix que vous êtes mon débiteur. Si le prix des vins étoit augmenté, vous ne me devriez pas moins un tonneau de vin, et je profiterois de l'augmentation : par la même raison, je dois supporter la diminution; et quoique le prix des vins soit diminué, vous ne me devez toujours qu'un tonneau de vin de la qualité de celui que je vous ai prêté. Je ne puis donc licitement en exiger de vous un d'une qualité supérieure, sans vous faire raison de la plus-value.

Par la même raison, si je vous avois prêté des tonneaux de vin en fûts vieux, à la charge que vous m'en rendrez d'autres en fûts neufs, je dois vous faire raison de ce que les fûts neufs, dans lesquels vous me rendrez le vin que je vous ai prêté, valent plus que les vieux, quand même, lors du prêt, les vieux fûts auroient valu autant que valent les neufs, lorsque vous m'aurez rendu les tonneaux.

105. La défense de l'usure comprend non seulement le profit que le prêteur feroit en exigeant que l'emprunteur lui donne quelque chose outre la somme prêtée; il comprend pareillement celui qui consiste à exiger, qu'outre la restitution de la somme prêtée, l'emprunteur fasse quelque chose pour lui.

Il faut néanmoins , à l'égard des services que le prêteur exigeroit de l'emprunteur outre la restitution de la somme prêtée , distinguer ceux qui sont appréciables , et ceux qui ne le sont pas.

Lorsque le service exigé de l'emprunteur est appréciable , et qu'il l'a rendu , le prêteur doit imputer et diminuer sur la somme prêtée qui doit lui être rendue , celle à laquelle est appréciable le service que l'emprunteur lui a rendu. Par exemple , si j'ai prêté une somme d'argent à un laboureur , à la charge qu'il me feroit une voiture ; ou à un jardinier , à la charge qu'il me tailleroit mes arbres , il n'est pas douteux que je dois diminuer à ce laboureur , sur la somme prêtée , le prix de la voiture qu'il m'a faite , et au jardinier , le prix des journées qu'il a employées à tailler mes arbres.

106. Lorsque le service que le prêteur a stipulé de l'emprunteur , par le prêt qu'il lui a fait , n'est pas appréciable à prix d'argent , le prêteur n'a pas , à la vérité , d'action pour contraindre l'emprunteur à lui rendre ce service , et ne peut même , en conscience , l'exiger. Mais si l'emprunteur le lui a rendu , le prêteur n'est pas tenu de lui faire pour ce service aucune diminution sur la somme prêtée : car dès qu'on suppose que ce service n'est pas appréciable , il s'ensuit qu'il ne peut y avoir aucun prix , aucune somme dont le prêteur puisse être obligé de faire raison à l'emprunteur pour ce service.

Observez qu'il dépend souvent de l'état et de la qualité de la personne de l'emprunteur , si le service que j'ai exigé de lui , par le prêt que je lui ai fait , est ou n'est pas appréciable.

Par exemple , si j'ai prêté une somme d'argent à un musicien de profession , à la charge de me la rendre dans un certain temps , et en outre de m'enseigner les premiers principes de la musique ; ce service de la part de ce musicien de profession est un service appréciable à prix d'argent , et je suis obligé de lui faire diminution sur la somme que je lui ai prêtée , du prix des leçons qu'il m'aura données , sur le pied qu'elles lui sont payées par ses autres écoliers.

Si au contraire celui de qui j'ai stipulé le même service, par le prêt que je lui ai fait, quoique savant dans la musique, n'est pas néanmoins musicien de profession, mais d'un état qui ne lui permet pas de pouvoir décemment se faire payer des leçons de musique qu'il donne à ses amis, ce même service que j'ai stipulé de lui pour le prêt que je lui ai fait, eu égard à l'état et à la qualité de sa personne, n'est pas un service appréciable : je ne puis pas, à la vérité, tant qu'il ne m'a pas encore rendu ce service, exiger de lui qu'il me le rende ; mais après qu'il me l'a rendu, je ne suis pas tenu de lui faire, pour ce service, aucune diminution sur la somme que je lui ai prêtée.

107. N'étant pas obligé de payer à l'emprunteur le prix des leçons de musique qu'il m'a données, parcequ'elles ne sont pas appréciables, eu égard à la qualité de sa personne, et qu'il ne pourroit pas décemment en recevoir le prix, ne suis-je pas obligé de donner aux pauvres le prix qu'elles m'auroient coûté, si elles m'eussent été données par un maître de musique ? La raison de douter est, qu'en exigeant, par le prêt que j'ai fait à l'emprunteur, qu'il m'enseignât la musique, j'ai épargné la somme que j'eusse été obligé de donner à un maître pour en apprendre les principes. Or, cette épargne est un profit appréciable que j'ai retiré du prêt, et par conséquent une usure qu'il ne m'est pas permis en conscience de retenir.

Nonobstant ces raisons, je crois qu'il faut décider au contraire que je ne suis sujet, dans cette espèce, à aucune restitution ; et la raison est, que le profit qui résulte de cette épargne, est un profit que je ne retire qu'indirectement du prêt. Ce profit n'est pas quelque chose que j'aie exigé de l'emprunteur, à qui il étoit indifférent que les leçons qu'il me donnoit me procurassent, ou non, cette épargne : ce n'est donc pas une usure. Tout ce que j'ai exigé de l'emprunteur, sont les leçons de musique qu'il m'a données : ces leçons n'étant point, eu égard à la qualité de l'emprunteur qui me les a données, quelque chose d'appréciable, on ne peut pas dire que j'aie exigé du prêt rien d'appréciable, et par conséquent aucune usure sujette à restitution.

Un profit que le prêteur peut retirer à l'occasion du prêt qu'il a fait, n'est usuraire qu'autant que c'est aux dépens de l'emprunteur qu'il fait ce profit : car l'usure n'est mauvaise et n'est défendue qu'autant qu'elle renferme une injustice envers l'emprunteur, et un tort que le prêteur lui fait dans ses biens, soit en exigeant quelque chose des biens de l'emprunteur, que l'emprunteur ne lui doit pas, soit en privant l'emprunteur de quelque chose qui lui seroit due. Or le prêteur, en se faisant donner des leçons de musique par l'emprunteur, son ami, lorsqu'ils se trouvoient ensemble, ne lui a causé aucun tort : il n'a rien exigé des biens de l'emprunteur, et il n'a privé l'emprunteur de rien qui lui fût dû, puisqu'il n'en a rien coûté à l'emprunteur pour donner ces leçons de musique, et qu'il n'étoit pas d'état à s'en faire payer. On ne peut donc pas dire que le prêteur, en prenant ces leçons, ait commis une usure, ni par conséquent qu'il soit sujet à aucune restitution.

108. Un autre exemple de profit usuraire, est la jouissance ou l'usage que le prêteur conviendrait qu'il pourroit avoir de la chose qui lui a été donnée en nantissement par l'emprunteur : car cette jouissance ou cet usage est quelque chose que le prêteur recevrait outre la restitution qui doit lui être faite de la somme prêtée; c'est un profit qu'il retireroit du prêt, *lucrum ex mutuo exactum*, et par conséquent une usure.

C'est pourquoi, lorsque la chose donnée en nantissement est une chose frugifère, le prêteur, pour n'être pas coupable d'usure, doit tenir à l'emprunteur un compte exact de tous les fruits qu'il a perçus de cette chose, et lui faire diminution, sur la somme prêtée, du prix de ces fruits, sous la déduction des impenses qu'il a faites.

A l'égard des choses non frugifères, le prêteur qui les a reçues en nantissement doit les garder soigneusement, et il ne doit pas s'en servir. S'il s'en est servi, et que l'usage qu'il en a eu soit appréciable, il doit faire diminution à l'emprunteur du prix de l'usage qu'il en a eu.

Si l'usage est appréciable, lorsque la chose étoit de nature à pouvoir être louée par le débiteur qui l'a donnée en

nantissement ; en ce cas , on estimera ce que vaut le loyer de cette chose , pour le temps que le prêteur s'en est servi ; et le prêteur devra faire à l'emprunteur diminution, sur le sort principal, de la somme à laquelle on aura estimé le loyer.

Lorsque la chose n'étoit pas de nature à être louée par le débiteur qui l'a donnée en nantissement ; si elle étoit de celles qui s'usent et se déprécient par l'usage qu'on en fait , le prêteur qui s'en est servi pendant un temps un peu considérable , doit faire diminution, sur le sort principal, de ce dont on estimera qu'elle a été dépréciée par l'usage qu'il en a fait. On peut apporter pour exemple le cas auquel un bourgeois de condition honnête auroit donné des draps ou du linge de table en nantissement d'une somme d'argent qui lui auroit été prêtée. Si le prêteur s'étoit servi de ces choses , je ne pense pas que l'emprunteur dût être écouté à en demander le loyer ; mais il doit l'être à demander ce dont on estimera qu'elles ont été dépréciées par l'usage que le prêteur en a fait.

Si la chose n'étoit ni de nature à être louée , ni de nature à se déprécier sensiblement par l'usage , l'usage que le prêteur auroit fait de cette chose , quoique sans droit , n'étant pas , en ce cas , appréciable , ne l'obligeroit pas à faire aucune diminution sur le sort principal.

109. Est-ce une convention usuraire que celle par laquelle , en vous prêtant de l'argent sans intérêt , je vous fais promettre de me rendre la pareille dans l'occasion , lorsque je me trouverai avoir besoin d'argent , et que vous vous trouverez avoir la commodité de m'en prêter ? Les casuistes décident que cette convention est usuraire. Leur raison est , que par cette convention le prêteur exige , et se fait promettre par l'emprunteur quelque chose outre la restitution de la chose prêtée. Or , l'usure consiste à exiger et à se faire promettre quelque chose outre la somme prêtée : d'où ils concluent que cette convention est usuraire , et qu'un prêteur se rend coupable d'usure en faisant cette convention. C'est la décision de saint Antonin, archevêque de Florence, en son *Traité de Usuris*, ch. 2, n. 14, qui se trouve dans la grande Collection de Venise.

Cette décision me paroît mériter explication. Je conviendrai volontiers que je ne puis pas imposer à celui à qui je prête une somme d'argent, une obligation formelle et parfaite de me rendre la pareille, lorsque j'aurai moi-même besoin d'argent, et qu'il se trouvera avoir la commodité de m'en prêter. Je conviens que la promesse qu'il m'en auroit faite ne peut me donner aucun droit dans le for extérieur, ni aucune action pour le contraindre à l'accomplir, ni même pour lui déférer le serment décisoire sur le fait de savoir s'il ne se trouve pas avoir la commodité de me prêter l'argent que je lui demande. La raison est, qu'en imposant à celui à qui j'ai fait le prêt une obligation formelle et parfaite de me rendre la pareille dans l'occasion, au lieu d'un devoir de reconnaissance volontaire, c'est exiger de lui plus qu'il ne me doit; et par conséquent c'est une injustice.

Mais si, en prêtant une somme d'argent à mon ami, je lui dis : *Je veux bien vous prêter la somme que vous me demandez; mais c'est à condition que vous me rendrez la pareille dans l'occasion; promettez-le moi: je n'entends pas néanmoins vous imposer sur cela aucune obligation formelle et parfaite: je m'en rapporte aisément à votre honneur et à votre probité; je ne vois pas qu'en prêtant de cette manière, je sois un usurier, ni que je commette aucune injustice. Il me semble qu'il est facile de répondre au raisonnement des casuistes. Il y a, disent-ils, usure lorsqu'on se fait promettre quelque chose outre le sort principal. J'en conviens, pourvu que ce ne soit pas quelque chose que l'emprunteur me devoit, quand même je ne le lui aurois pas fait promettre: car il n'y a d'injustice dans une convention que lorsque l'une des parties se fait promettre par l'autre plus qu'elle ne lui doit. Elle ne peut être ni injuste, ni par conséquent usuraire, lorsqu'elle ne se fait promettre que ce qui lui est dû, et de la manière dont il lui est dû. Or, la convention dont il est question est dans ce cas. En faisant un prêt à quelqu'un, je lui fais un bienfait qui mérite sa reconnaissance: en lui faisant promettre qu'il me rendra la pareille dans l'occasion, lorsqu'il en aura la commodité, je ne lui fais promettre que ce que la reconnais-*

sance qu'il me doit exige de lui, et à quoi il ne pourroit pas manquer, sans se rendre coupable d'ingratitude, quand même il ne l'auroit pas promis. Je ne lui fais donc promettre que ce qui m'est dû; et en ne lui imposant pas une obligation parfaite, mais en me rapportant sur cela à son honneur et conscience, non seulement je n'exige de lui et je ne lui fais promettre que ce qu'il me doit, mais je ne l'exige et je ne le lui fais promettre que de la manière dont il me le doit : je ne commets donc à son égard aucune injustice, ni par conséquent aucune usure.

N'y ayant pas d'usure, lorsque je vous prête mon argent, de vous faire promettre, de la manière dont nous l'avons dit, que vous me rendrez la pareille dans l'occasion, c'est une conséquence que je puis très licitement, et sans me rendre coupable d'usure, solliciter, dans l'occasion, l'exécution de votre promesse, et recevoir de vous la pareille que vous avez promis de me rendre.

A propos de ces prêts faits à la charge de rendre la pareille dans l'occasion, je me souviens d'avoir ouï dire à une personne qui est encore vivante, que dans sa jeunesse, quoique le commerce fût encore plus considérable à Orléans qu'il ne l'est aujourd'hui, le prêt à intérêt étoit entièrement inconnu aux marchands d'Orléans, et qu'ils se prêtoient réciproquement l'argent dont l'emprunteur avoit besoin, à la charge de le rendre au temps auquel le prêteur prévoyoit qu'il en auroit lui-même besoin, et à la charge de se rendre la pareille dans l'occasion. Il y avoit alors un accord tacite entre les marchands d'Orléans, de s'aider ainsi mutuellement. Les casuistes nous persuaderont-ils que ces bonnes gens étoient des usuriers, et que cet accord tacite qui subsistoit entre eux, qui étoit une chose si louable, et si utile au bien public, étoit un accord criminel et usuraire? C'est rendre odieuse la théologie morale, que de lui prêter de pareilles décisions.

110. Les casuistes ont imaginé une autre espèce qui a rapport à la précédente. Ils supposent que le propriétaire d'un moulin, en prêtant du grain à de pauvres paysans, leur fait promettre qu'ils lui donneront ou lui conserve-

ront leur pratique, aux offres de leur faire une aussi bonne condition que celle que leur feroient les autres meuniers; et en supposant qu'il est entièrement indifférent à ces paysans de porter leur blé à moudre au moulin de celui qui leur a fait le prêt, ou à d'autres, les casuistes demandent si cette convention est usuraire. Ils décident pour l'affirmative, parceque, disent-ils, il y a usure toutes les fois que le prêteur exige, par le prêt, quelque chose outre la restitution de la somme prêtée, et que c'est, de la part du prêteur, exiger quelque chose des emprunteurs, que d'exiger qu'ils lui donnent ou qu'ils lui conservent leur pratique. Ils portent si loin la rigueur de leur décision, qu'ils vont jusqu'à dire que le profit que le propriétaire du moulin a retiré de la pratique de ces paysans est un profit usuraire, qu'il ne peut retenir en conscience; qu'il n'est pas obligé de le restituer à ces paysans, parceque ces paysans, en lui donnant ou lui conservant leur pratique, n'ont souffert aucun tort, ne lui ayant payé pour la mouture de leur blé que ce qu'ils auroient été obligés de payer à d'autres meuniers, s'ils eussent porté leurs grains à d'autres moulins; mais qu'il est obligé de le restituer aux pauvres. C'est la décision de saint Antonin, en son *Traité de Usuris*, cap. 2, n. 19, qui cite d'autres auteurs. Cette décision ne me paroît pas juste. Je conviens que la convention ne doit pas être obligatoire dans le for extérieur, parceque le propriétaire du moulin n'a pas dû, par le prêt qu'il a fait à ces paysans, leur faire une obligation précise de ce qui ne doit être, de leur part, qu'un devoir de reconnaissance volontaire. Mais la convention, par rapport à la chose en elle-même qui en fait l'objet, ne renferme aucune injustice; car c'est une chose juste qu'ils donnent ou conservent leur pratique à leur bienfaiteur, préférablement à d'autres, lorsqu'ils n'en souffrent aucun préjudice. Le profit que celui qui a fait le prêt a retiré de leur pratique, n'est donc point un profit injuste, qu'il ne puisse retenir en conscience.

Les saintes Ecritures, les conciles, la tradition, les ordonnances de nos rois, condamnent l'usure comme une

injustice semblable au vol, par laquelle le prêteur cause à l'emprunteur un tort dans ses biens, en exigeant de lui quelque chose, ou en le privant de quelque chose qui lui est dû. Les casuistes conviennent que, dans l'espèce dont il est question, le prêteur n'a causé aucun tort aux emprunteurs : il n'a donc pas commis d'usure. Une usure qui ne fait de tort à personne est quelque chose qui implique contradiction ; c'est un *hircoerve* qui n'a jamais subsisté que dans l'imagination des casuistes.

§. V. De l'effet des lois qui défendent l'usure ; et des peines qu'elles prononcent contre les usuriers.

111. Les lois divines et humaines ayant condamné l'usure, c'est une conséquence que toutes les conventions par lesquelles le prêteur stipule des intérêts, ou quelque autre chose outre la somme prêtée, sont nulles, et ne produisent aucune obligation, suivant cette règle : *Pacta quæ contrā leges fiunt, nullam vim habere indubitati juris est* ; l. 6, *Cod. de pact.*

Ces conventions ne produisent pas même d'obligation naturelle ; et le débiteur qui a promis les intérêts usuraires, non seulement ne peut être contraint dans le for extérieur à les payer, mais il n'y est pas même tenu dans le for de la conscience : car quand on supposeroit que l'emprunteur, par la promesse qu'il a faite de payer ces intérêts, auroit contracté une obligation de les payer, cette obligation seroit détruite par celle que le créancier auroit contractée, de son côté, de l'en décharger. Or, on ne peut pas douter que le créancier, par l'injustice qu'il a commise d'exiger de l'emprunteur la promesse de payer les intérêts usuraires, n'ait contracté envers lui l'obligation de réparer cette injustice, et par conséquent de le décharger de cette promesse : d'où il suit que l'obligation qu'on supposeroit résulter de la promesse de l'emprunteur ne subsiste pas, et que, même dans le for de la conscience, il n'est pas obligé à payer les intérêts usuraires qu'il a promis de payer.

112. *Quid*, si l'emprunteur s'y étoit obligé par la religion du serment ? Même en ce cas, il ne pourroit être contraint,

dans le for extérieur , à ces intérêts : mais y seroit-il obligé dans le for de la conscience ? Voyez sur cette question notre *Traité des Obligations , part. 1 , chap. 1 , sect. 1 , art. 8.*

Dans le sentiment de ceux qui pensent que le serment , quoique extorqué par violence , oblige dans le for de la conscience , il faut dire , à plus forte raison , que le serment que l'usurier a extorqué de l'emprunteur , par le besoin pressant où il étoit , sans employer d'ailleurs aucune violence extérieure , doit obliger l'emprunteur dans le for de la conscience. Mais dans le sentiment de ceux qui pensent que le serment extorqué par violence n'est pas obligatoire , les raisons sur lesquelles ils se fondent , et que nous avons rapportées dans notre *Traité* , militent également pour décider que celui extorqué par l'usurier , quoique sans avoir employé aucune violence , n'est pas non plus obligatoire.

113. Les intérêts et autres profits usuraires que l'emprunteur a promis , n'étant pas dus , non seulement on ne peut lui en demander le paiement ; mais lorsqu'il les a payés , le paiement qu'il en a fait s'impute sur le principal , et diminue de plein droit d'autant la dette du principal.

Enfin , lorsque le principal a été payé en entier avec les intérêts , le prêteur qui a reçu les intérêts outre le principal , est obligé de restituer ces intérêts à l'emprunteur qui les lui a payés ; à moins que l'emprunteur , de son bon gré , ne voulût bien faire remise de cette restitution au prêteur qui la lui auroit offerte. Cette obligation passe aux héritiers du prêteur , pour la part dont ils sont héritiers ; *cap. 9 , extra de usuris.*

114. Lorsque c'est un tuteur qui a fait un prêt à intérêt des deniers de ses mineurs , l'emprunteur n'ayant pu être obligé par ce prêt à plus qu'au paiement de la somme principale , le mineur ne peut lui en demander davantage. Mais lorsque l'emprunteur a payé au tuteur tant les intérêts que le principal , la restitution des intérêts , qui lui est due dans le for de la conscience , ne lui est due que par le tuteur qui lui a fait le prêt ; elle ne lui est pas due par le mineur , quoique le tuteur ait compté au mineur des intérêts. La raison est , que le tuteur ayant dû faire fructifier les deniers de son

mineur, par un autre emploi permis qu'il en devoit faire ; faute de l'avoir fait, il en doit les intérêts à son mineur. Le mineur, en recevant le reliquat du compte, dans lequel ces intérêts étoient employés, n'a reçu que ce qui lui étoit dû. Il n'a pas entendu approuver le prêt à intérêt que son tuteur a fait : il a reçu les intérêts de ses deniers, non parce que son tuteur les a reçus du débiteur à qui il les a prêtés, mais parce que son tuteur lui doit des intérêts de ses deniers, quand même il n'en auroit fait aucun emploi : il n'est donc sujet à aucune restitution. Si l'emprunteur, en payant ces intérêts, a souffert une injustice, ce n'est pas le mineur qui l'a commise, puisque ce n'est pas lui qui a fait le prêt, ni qui a exigé les intérêts.

On ne peut pas dire que le mineur doive être tenu du fait de son tuteur, qui a fait le prêt et exigé les intérêts, par la règle, que le fait du tuteur est le fait du mineur ; car cette règle n'est vraie que lorsque ce que le tuteur a fait est quelque chose que l'administration de la tutelle l'a obligé de faire ; mais l'administration de la tutelle n'obligeoit pas le tuteur à faire des prêts usuraires des deniers de son mineur, que les lois lui défendoient de faire.

115. Il nous reste à parler des peines que les lois prononcent contre les usuriers. L'ordonnance de Blois, *art. 202*, défend les usurés sur peine, pour la première fois, d'amende honorable, bannissement, et condamnation de grosses amendes, dont le quart sera adjugé au dénonciateur ; et pour la seconde, de confiscation de corps et de biens (c'est-à-dire, d'une peine qui fasse encourir la mort civile, telles que sont la condamnation aux galères à perpétuité, ou le bannissement hors du royaume à perpétuité.)

L'ordonnance étend cette peine aux proxénètes, médiateurs et entremetteurs des contrats usuraires.

Observez que, quoique l'ordonnance de Blois et les autres lois antérieures et postérieures condamnent toutes les usures, les petites aussi bien que les grandes, néanmoins ces peines n'ont lieu que pour les usures énormes, n'y ayant que ces usures énormes que le ministère public poursuive extraordinairement.

La distinction que nous faisons à cet égard entre les usures énormes et les petites usures, est constante dans l'usage; et elle se trouve d'ailleurs autorisée par l'ordonnance de Philippe-le-Bel, de 1315, rapportée ci-dessus, n. 67.

Les notaires qui passent les contrats usuraires sont aussi sujets à des peines. L'ordonnance de Louis XII porte : « Dé-
« fendons à tous notaires de recevoir aucuns contrats usu-
« raires, sur peine de privation de leurs états, et d'amende
« arbitraire. »

Cette peine n'a lieu qu'à l'égard des contrats qui contiendroient des usures énormes. Pour les autres, les notaires ne sont sujets qu'à des peines plus légères, telles qu'une interdiction pour quelques mois, ou quelque aumône.

116. Les canons ont aussi prononcé des peines contre les usuriers; savoir, celle de la déposition contre les clercs, et celle de l'excommunication contre les laïques, comme nous l'avons vu *suprà*.

A l'égard de celle que les décrétales y ont ajoutée, en déclarant nuls les testaments des usuriers, elle est manifestement abusive. JÉSUS-CHRIST ayant déclaré que son royaume n'étoit pas de ce monde, la puissance ecclésiastique est toute spirituelle, et elle ne s'étend point aux choses séculières; elle ne peut par conséquent infirmer les testaments des usuriers.

SECTION IV.

Des intérêts compensatoires.

117. L'usure, comme nous l'avons déjà dit, étant *lucrum ex mutuo*, il n'y a d'intérêts et de profits usuraires que ceux qui renferment un lucre que le prêteur retire du prêt. Mais quand ce que le prêteur exige de l'emprunteur, au-delà du sort principal, ne renferme qu'un simple dédommagement du préjudice que le prêteur a souffert du prêt, ce n'est point une usure; c'est ce qu'on appelle *des intérêts compensatoires*, que le prêteur peut licitement recevoir.

Le préjudice que le prêteur souffre du prêt naît, ou du retard que l'emprunteur a apporté à lui rendre la somme prêtée, ou du prêt même.

La loi civile a pourvu au dédommagement qui étoit dû au prêteur, de même qu'à tout autre créancier de somme d'argent, pour le préjudice que lui auroit causé le retard du paiement. Nous avons parlé de ce dédommagement dans notre Traité des Obligations, depuis le n. 169 jusqu'à la fin de l'article : nous y renvoyons.

C'est à ces intérêts compensatoires qu'a rapport ce que dit Ulpien, en la loi 12, §. 1, ff. *de verb. sign. Minus solvit qui tardius solvit, nam et tempore minus solvitur*. Ce n'est qu'en égard à ce que le créancier a souffert, ou manqué de gagner par le retard apporté au paiement de la dette, que le débiteur *qui tardius solvit* paroît *minus solvere*, et qu'il doit en conséquence dédommager le créancier ; mais lorsque le retard n'a causé aucun préjudice au créancier, le créancier, en ce cas, *tantumdém recipit quantum dedit, quamvis debitor tardius solvat* ; et on ne peut dire, en ce cas, que *minus solvit qui tardius solvit*.

118. Le préjudice que le prêteur souffre du prêt naît quelquefois du prêt même ; et il consiste, ou dans un dommage que le prêt a causé au prêteur, ou dans un profit dont le prêt l'a privé.

On peut donner pour exemple du dommage que le prêt a causé au prêteur, le cas auquel mon ami, m'ayant prié de lui prêter une somme d'argent dont il avoit un pressant besoin, j'ai été obligé, pour faire cette somme que je n'avois pas, de vendre à la hâte plusieurs effets pour un prix au-dessous de leur juste valeur, lesquels je n'aurois pas vendus sans cela. La perte que je souffre sur les effets que j'ai vendus, est un dommage que je souffre du prêt que j'ai fait à mon ami ; ne l'ayant souffert que pour lui faire ce prêt, c'est *damnum ex mutuo emergens*.

Dans ce cas, et dans tous les autres semblables qu'on peut imaginer, les théologiens et les jurisconsultes s'accordent à convenir que le prêteur peut licitement se faire promettre par l'emprunteur, et recevoir de lui, outre la restitution du sort principal, un dédommagement de la perte que le prêt lui a causée ; c'est ce qu'ils appellent le cas de *damnum emergens*.

Cela est fondé sur cette règle d'équité : *Est iniquum damnosum cuique esse officium suum* ; l. 7, ff. *Testam. quem-adm. aper.* Si le prêt et les autres devoirs d'amitié doivent être gratuits ; s'il n'est pas permis d'en exiger une récompense ; d'un autre côté, il n'est pas juste qu'il nous en coûte pour rendre service à nos amis ; et l'équité veut que lorsqu'il nous en a coûté quelque chose du nôtre, celui à qui nous avons rendu le service, nous en dédommage.

Ce dédommagement, que le prêteur peut exiger, n'est point contraire au principe, que le prêteur ne peut exiger plus que ce qu'il a donné ; car il doit être censé avoir donné à l'emprunteur, outre la somme qu'il lui a prêtée, la valeur de la perte que lui a causée le prêt, puisque c'est pour rendre service à l'emprunteur qu'il a bien voulu souffrir cette perte : l'emprunteur lui en doit donc un dédommagement. Saint Thomas, 2, *quæst. art. 1, ad 1*, regarde ce dédommagement comme juste : *Dicendum quod ille qui mutuum dat, potest absque peccato in pactum deducere cum eo qui mutuum accipit recompensationem damni per quod sibi subtrahitur aliquid quod debet habere ; hoc enim non est vendere usum pecuniæ, sed damnum vitare.*

Au reste, ce dédommagement n'est licite que jusqu'à concurrence de la perte que le prêteur a réellement soufferte du prêt.

119. Le préjudice que le prêt a causé au prêteur peut aussi consister dans la privation d'un profit dont le prêt a privé le prêteur ; c'est ce qu'on appelle le cas de *lucrum cessans*.

Si ce profit est un profit que j'aurois certainement fait avec mon argent, si je ne l'avois pas prêté à mon ami, et dont je ne me suis privé que pour lui faire plaisir, je puis licitement convenir que mon ami m'indemniser de ce profit que j'ai sacrifié, et que j'ai manqué de faire pour lui prêter la somme dont il avoit besoin.

Cela est fondé sur la maxime d'équité ci-dessus rapportée : *Est iniquum damnosum cuique esse officium suum* ; et sur ce qu'on peut dire véritablement que le prêteur a donné à l'emprunteur, outre la somme prêtée, la valeur du profit

qu'il eût fait avec cette somme, puisque ce n'est que pour lui faire plaisir et pour la lui prêter, qu'il s'est volontairement privé de ce profit.

On peut apporter plusieurs exemples de ce cas. J'avois entre les mains une somme de mille écus que j'étois sur le point d'employer au rachat d'un principal de rente de pareille somme dont j'étois débiteur : vous me priez de vous prêter cette somme, dont vous me dites avoir un très grand besoin ; je vous l'ai prêtée, et au moyen de ce prêt, je n'ai plus de quoi faire le rachat de la rente. Il est évident que, dans ce cas, le prêt que je vous ai fait me prive du profit de la libération de la rente que je m'étois proposé de racheter : vous devez donc m'indemniser, en me faisant raison des arrérages que je serai obligé de payer jusqu'à ce que vous m'ayez rendu la somme que je vous ai prêtée, laquelle m'est nécessaire pour racheter la rente que je dois.

Voici un autre exemple. Lorsque vous m'avez demandé une somme de mille écus à emprunter, dont vous m'avez dit avoir un pressant besoin, j'étois dans la disposition et volonté de faire l'emploi de cette somme en l'acquisition d'un certain héritage qui étoit alors à vendre, et qui me convenoit beaucoup. Sensible au besoin que vous aviez de cette somme, je vous l'ai prêtée ; et ne l'ayant plus, je n'ai pu faire l'acquisition de cet héritage : c'est un profit dont j'ai été privé par le prêt que je vous ai fait, et dont il est équitable que vous me récompensiez, en me tenant compte du revenu que m'auroit produit cet héritage, jusqu'à la restitution que vous me ferez de la somme prêtée.

120. Dans les espèces que nous venons de rapporter, le profit dont le prêteur s'est privé pour faire le prêt, étoit un profit certain ; c'est-à-dire, qu'il eût certainement fait, si, pour faire plaisir à son ami, il ne se fût pas mis, par le prêt qu'il lui a fait, hors d'état de le faire. Si le profit dont le prêteur s'est privé étoit seulement très vraisemblable, sans être certain, le prêteur peut-il de même licitement se faire dédommager par l'emprunteur de ce profit dont il s'est privé pour lui faire le prêt ? Supposons, par exemple, que, lorsque vous m'avez demandé une certaine somme

d'argent à emprunter, j'étois sur le point de l'employer à l'acquisition d'une certaine partie de marchandises qui étoit à vendre au comptant, sur laquelle il y avoit un profit à faire très vraisemblable. Si, pour vous faire plaisir, et pour vous prêter la somme dont vous aviez besoin, je me suis mis dans le cas de ne pouvoir faire cette emplette, puis-je licitement demander un dédommagement du profit que m'auroit procuré cette emplette, et dont je me suis privé pour vous faire le prêt? Le sentiment commun est que je le puis, de telle manière néanmoins que le dédommagement ne soit pas de tout le profit qu'il y a eu à faire, mais seulement de la somme à laquelle on appréciera l'espérance que j'avois de faire ce profit lors du prêt; car le profit dont je me suis privé pour vous faire le prêt, et dont le dédommagement m'est dû, n'étoit pas un profit qui fût absolument certain: il n'étoit qu'en espérance; or, un profit en espérance, quelque probable que soit l'espérance, ne peut jamais être de la même valeur que le profit, lorsqu'il est né et certain.

121. Si le profit que le prêteur attendoit de l'emploi qu'il s'étoit proposé de faire de son argent, supposé qu'il ne l'eût pas prêté, n'étoit ni certain ni très vraisemblable, si ce n'étoit qu'un profit incertain, le prêteur ne pourroit en exiger aucun dédommagement. C'est de ce profit incertain qu'on doit entendre ce que dit saint Thomas, *Secunda secundæ, quest. 78, A. 2, ad. 1*: *Recompensationem damni quod consideratur in hoc quod de pecuniâ non lucratur, non potest in pactum deducere; quia non debet vendere id quod nondum habet, et potest impediri multipliciter ab habendo.*

122. Pour que le prêteur puisse licitement recevoir quelque chose *ultrâ sortem ratione lucri cessantis*, il faut non seulement que lors du prêt il eût une occasion de faire un autre emploi de la somme prêtée, qui dût lui procurer un profit ou certain, ou très vraisemblable: il faut encore qu'il ait été véritablement dans la disposition de faire cet emploi; que ce n'ait été que pour faire plaisir à son ami qu'il se soit privé de le faire; et qu'à ne consulter que son intérêt par-

ticulier, il eût mieux aimé faire cette acquisition, que de faire le prêt avec l'intérêt que l'emprunteur s'obligeoit de lui payer pour dédommagement.

Mais lorsque le prêteur qui a prêté son argent à intérêt n'a pas été dans la disposition de volonté d'en faire un autre emploi, ou que c'est pour son intérêt particulier qu'il a préféré de prêter son argent à intérêt, à tout autre emploi qu'il en eût pu faire, les intérêts qu'il reçoit sont usuraires : il ne peut en rien retenir, *ratione lucri cessantis*, sous prétexte qu'il pouvoit faire d'autres emplois de la somme prêtée, qui lui eussent procuré un profit, et qu'il ne dépendoit que de lui de placer cette somme en une constitution de rente qui lui eût produit des intérêts; car on ne peut pas dire que le prêteur se soit privé du profit qu'eussent pu lui procurer les autres emplois qu'il pouvoit faire de son argent, puisqu'il n'a jamais eu la volonté de les faire. Il ne peut pas dire que *officium suum non debet sibi esse damnosum*, puisque ce n'est pas pour faire plaisir à l'emprunteur, mais par cupidité et pour son intérêt particulier, qu'il a préféré le prêt qu'il lui a fait, à tout autre emploi qu'il pouvoit faire de son argent.

123. Dans les cas où le prêteur peut licitement prétendre un dédommagement, *ratione damni ex mutuo emergentis, aut lucri cessantis*, il ne lui est dû que lorsque l'emprunteur s'y est soumis : il faut que le prêteur ait fait, lors du prêt, connoître à l'emprunteur la perte qu'il souffroit, et le profit dont il le privoit par le prêt qu'il lui faisoit, et qu'il lui ait déclaré qu'il lui faisoit le prêt à la charge qu'il l'en dédommageroit : sans cela, le dédommagement n'est pas dû par l'emprunteur, qui n'eût peut-être pas voulu accepter le prêt à la charge de ce dédommagement.

124. Tout ce que nous venons de dire sur les cas auxquels le prêteur peut licitement recevoir quelque chose *ultra sortem ratione damni emergentis, aut lucri cessantis*, n'a lieu que pour le for de la conscience. Dans le for extérieur, un prêteur ne seroit pas recevable à demander rien au-delà du sort principal, sous prétexte de la perte que lui

auroit causée le prêt, ou du profit dont elle l'auroit privé. La raison est ; que s'il y étoit écouté, on ouvreroit la porte aux usures. On auroit un moyen de les pallier toutes, en supposant fausement dans tous les prêts à intérêts quelque perte que le prêt auroit causée au prêteur, ou quelque profit dont elle l'auroit privé. D'ailleurs les hommes n'étant pas ordinairement assez charitables pour prêter leur argent à leurs amis, lorsqu'ils en ont besoin eux-mêmes pour leurs propres affaires, il y a lieu de présumer que ce qu'un prêteur allègue sur le préjudice prétendu que lui a causé le prêt, n'est allégué que pour couvrir l'usure qu'il en retire.

125. Les intérêts que les monts-de-piété se font payer pour les sommes qu'ils prêtent, sont une espèce d'intérêts compensatoires, qui ne sont pas par conséquent usuraires ; ils sont même autorisés dans le for extérieur. On vient d'établir un de ces monts-de-piété en France, ce qu'on avoit tenté inutilement dans le siècle qui a précédé celui-ci. Il y en a beaucoup en Italie.

Ces monts-de-piété consistent dans un gros fonds d'argent destiné à faire des prêts d'argent aux particuliers du lieu où le mont-de-piété est établi, qui se présentent pour emprunter les sommes dont ils ont besoin.

Les administrateurs du mont-de-piété prêtent à ces particuliers, pour un temps limité, les sommes dont ils ont besoin, sous des gages suffisants pour répondre de la somme prêtée ; ils les remettent aux administrateurs du mont-de-piété, qui s'en chargent sur leurs registres. A défaut par les emprunteurs d'avoir rendu, dans le temps prescrit, la somme qui leur a été prêtée, les administrateurs sont autorisés à vendre les gages, en observant les formalités requises par les lois du lieu : sur le prix de ces gages, ils retiennent ce qui est dû au mont-de-piété, et rendent le surplus du prix aux propriétaires des gages, au cas qu'il en reste.

Les administrateurs de plusieurs de ces monts-de-piété exigent des emprunteurs, outre la restitution du principal, un intérêt modique des sommes qui leur sont prêtées. Ces

intérêts sont destinés à subvenir aux frais nécessaires pour l'entretien du mont-de-piété; tels que sont les appointements qu'il faut donner aux commis qui tiennent les livres, le loyer des magasins où on loge les gages, etc. Cela leur est permis, lorsque ces établissements n'ont pas des biens immeubles qui leur aient été donnés par leur fondation, ou depuis, dont les revenus puissent subvenir à ces frais; pourvu que ces intérêts soient modiques, et qu'ils n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour y subvenir; car, en ce cas, il est évident que ces intérêts ne sont pas des intérêts lucratifs, mais des intérêts purement compensatoires, lesquels ne sont par conséquent infectés d'aucun vice d'usure.

Si les intérêts exigés des différents emprunteurs excèdent ce qui est nécessaire pour subvenir à ces frais, les administrateurs devroient leur rendre l'excédant.

126. Il y a une autre espèce d'intérêts compensatoires que le prêteur peut licitement exiger de l'emprunteur, *ratione periculi sortis à mutante suscepti*.

Tels sont les intérêts que le prêteur, dans le *Contrat de Prêt à la grosse aventure*, stipule de l'emprunteur pour le prix des risques de la mer, par rapport aux effets sur lesquels le prêt est fait, dont le prêteur se charge à la décharge de l'emprunteur. Voyez, sur cette matière, notre *Traité du Prêt à la grosse aventure*.

Ces intérêts ne sont rien moins qu'usuraires : ils ne sont pas la récompense du prêt; ils ont une autre cause qui est extrinsèque au prêt; ils sont le prix du risque dont le prêteur veut bien se charger à la décharge de l'emprunteur, sur qui ce risque devoit naturellement tomber. Le prêteur n'étoit pas obligé de se charger de ce risque pour en décharger l'emprunteur; il peut donc licitement exiger le prix de ce risque, qui est quelque chose d'appréciable.

127. Il en est bien autrement du risque que court le prêteur de perdre la somme qu'il a prêtée, par l'insolvabilité de celui à qui il l'a prêtée : il n'est pas permis au prêteur de rien exiger de l'emprunteur pour raison de ce risque; ce risque étant une suite naturelle du prêt dont il est inséparable, ce seroit alors exiger quelque chose *ultra sortem*

propter mutuum, ce qui est une usure. Bien loin que la pauvreté de l'emprunteur, qui fait craindre qu'il ne devienne insolvable, puisse être une raison pour exiger de lui des intérêts, au contraire, c'est une raison pour rendre plus criminels les intérêts du prêt qui lui est fait : sa pauvreté est une raison qui doit porter à lui subvenir, et non à l'opprimer. Si la crainte de l'insolvabilité de l'emprunteur étoit une raison pour exiger de lui des intérêts, il s'ensuivroit la plus grande absurdité ; c'est que plus un homme seroit pauvre, plus il seroit permis de l'accabler d'usures.

SECTION V.

De l'escompte.

128. On appelle *escompte*, la déduction que fait celui qui paie une somme avant l'échéance du terme auquel elle est payable, d'une partie de cette somme, pour lui tenir lieu de l'intérêt de la somme payée depuis le jour du paiement jusqu'à celui de l'échéance du terme auquel cette somme étoit payable.

Par exemple, si en vous payant aujourd'hui une somme de 1,000 livres, qui vous étoit due, mais qui n'étoit payable que dans un an, je retiens, sur cette somme, une somme de 50 livres pour me tenir lieu de l'intérêt de cette somme depuis le jour du paiement, que je vous en fais d'avance, jusqu'à celui de l'échéance du terme auquel elle étoit payable, cette somme de 50 livres que je retiens, en ne vous payant que 950 livres pour les 1,000 livres, est ce qu'on appelle *l'escompte de la somme qui est payée d'avance*.

Il y a une très grande ressemblance entre cet escompte et l'intérêt du prêt. De même qu'il n'est pas permis au prêteur d'une somme d'argent d'exiger rien au-delà de la somme prêtée, lorsque ce qu'il reçoit au-delà de la somme prêtée n'est autre chose que *lucrum ex mutuo exactum* ; de même, celui qui paie d'avance à un créancier la somme d'argent qui lui est due, ne peut licitement rien retenir de cette somme, lorsque ce qu'il retient n'est autre chose qu'un profit et une récompense de l'avance qu'il fait, *lucrum ex*

prærogatâ solutione exactum. Il y a entière parité de raison. S'il n'est pas permis au prêteur d'une somme d'argent de rien exiger de plus que la somme prêtée, c'est que, par le prêt qu'il fait, il ne donne rien de plus que la somme prêtée, et que l'équité ne permet pas de recevoir plus qu'on n'a donné. Pareillement, celui qui paie par avance à un créancier la somme qui lui est due, ne donne néanmoins au créancier, en lui faisant ce paiement d'avance, rien de plus que la somme qui lui est due; et par conséquent il ne lui est pas plus permis de retenir quelque chose pour l'avance qu'il fait, qu'à un prêteur d'exiger quelque chose pour le prêt qu'il fait.

Vous direz : Celui qui paie d'avance donne au créancier quelque chose de plus que la somme qui lui est due; car il lui donne *commodum representationis*, par rapport auquel il est dit, *plus etiam tempore solvitur*. La réponse est, que ce *commodum representationis* est de même nature, et est entièrement semblable au *commodum ex mutuo*, que le prêteur d'une somme d'argent procure à l'emprunteur. C'est pourquoi, de même que le prêteur d'une somme d'argent ne peut licitement tirer aucun profit du *commodum ex mutuo* qu'il procure à l'emprunteur; pareillement celui qui paie d'avance à un créancier la somme qui lui est due, ne peut licitement tirer aucun profit du *commodum representationis* qu'il lui procure.

129. L'escompte n'est illicite que lorsqu'il renferme un profit que celui qui paie d'avance retire de l'avance qu'il fait, lorsqu'il est *lucrum ex prærogatâ solutione*; ce qui arrive lorsque l'anticipation du paiement ne cause aucune perte à celui qui fait le paiement d'avance, et ne le prive d'aucun gain. Mais lorsque le paiement que quelqu'un fait d'avance à un créancier cause quelque perte à celui qui fait le paiement, ou le prive de quelque gain qu'il eût fait sur la somme qu'il paie d'avance; celui qui paie d'avance peut en ce cas retenir licitement, sur la somme qu'il paie, un escompte jusqu'à concurrence de la perte que lui cause l'anticipation du paiement, ou du gain dont elle le prive. Cet escompte en ce cas est licite; car ce n'est pas *lucrum ex*

prærogatâ solutione; c'est un juste dédommagement de la perte que l'anticipation du paiement cause à celui qui paie d'avance, ou du gain dont elle le prive; c'est *justa recompensatio damni ex prærogatâ solutione emergentis, aut lucri cessantis*: et ce dommage est très permis; car si, d'un côté, l'équité ne permet pas que nous exigions un profit pour le plaisir que nous faisons à quelqu'un, lorsqu'il ne nous en coûte rien pour le lui faire; d'un autre côté elle veut que, s'il nous en coûte quelque chose pour le faire, nous en soyons dédommagés: *Iniquum est damnosum cuique esse officium suum*; l. 7, ff. *Testam. quemad. aper.* En cela l'escompte est semblable à l'intérêt du prêt, qui n'est illicite et usuraire que lorsqu'il renferme un profit que le prêteur retire du prêt, lorsqu'il est *lucrum ex mutuo exactum*, et qui au contraire est permis, lorsqu'il ne renferme qu'un juste dédommagement de la perte que le prêt cause au prêteur, ou du gain dont elle le prive, comme nous l'avons vu en la section précédente.

130. Il y a une autre espèce d'escompte qui se pratique assez souvent entre marchands, par ceux qui achètent au comptant des créances qui ne sont payables qu'au bout d'un certain terme.

La créance d'une somme ne peut être licitement vendue pour une moindre somme, lorsque le vendeur garantit la solvabilité du débiteur, sur-tout lorsqu'il s'oblige de l'acquitter lui-même sur le premier refus qu'en feroit le débiteur; voyez le *Traité du Contrat de Vente*, n. 577. Néanmoins, lorsque la créance n'est payable qu'au bout d'un certain terme, il arrive souvent, entre marchands, que l'acheteur fait diminution au vendeur, d'une partie de la somme pour l'escompte, c'est-à-dire, pour l'intérêt que la somme auroit produit depuis le paiement que fait l'acheteur, jusqu'au jour de l'échéance du billet. Par exemple, si je vous achète au comptant un billet de 1,000 livres, qui n'est payable que dans un an, je fais déduction, sur la somme de 1,000 livres, d'une somme de 50 livres pour l'escompte ou l'intérêt d'un an de cette somme, jusqu'à l'échéance du

billet, et en conséquence je ne vous compte pour le prix du billet que la somme de 950 livres.

Lorsque l'acheteur a acheté le billet pour le garder dans son porte-feuille jusqu'au temps de l'échéance, et que l'avance qu'il a faite de son argent au vendeur ne lui a causé aucune perte, et ne l'a privé d'aucun gain, il n'est pas douteux que l'escompte du billet est aussi illicite et usuraire que l'est l'intérêt que le prêteur d'une somme d'argent exige de l'emprunteur.

Il est même encore plus usuraire que l'intérêt du prêt, lorsque le prêteur ne l'exige qu'au taux de l'ordonnance; car l'acheteur d'un billet de 1,000 livres, qui n'est payable que dans un an, en faisant payer au vendeur un escompte de 50 livres, et en ne lui comptant en conséquence qu'une somme de 950 livres, exige de lui, pour cette somme de 950 livres qu'il lui compte, un intérêt plus fort que celui de l'ordonnance, puisque l'intérêt de cette somme, suivant le taux de l'ordonnance, n'est que de 47 livres 10 sous, et que d'ailleurs l'acheteur se fait payer d'avance de l'escompte, au lieu qu'un prêteur ne se fait payer de l'intérêt qu'à l'échéance du terme.

Mais lorsque le billet payable au bout d'un certain temps, que j'achète de vous au comptant, doit me servir incontinent à payer mon créancier, à qui je dois pareille somme, ou à payer le prix des marchandises dont je me propose de faire emplette, et que je suis moralement certain que mon créancier, ou celui qui me vendra les marchandises, ne le prendra en paiement que sous la déduction de l'escompte ordinaire; en ce cas je puis licitement, en vous achetant au comptant ce billet, retenir l'escompte: car l'escompte n'est pas en ce cas *lucrum ex prærogatâ solutione*; il n'est qu'un juste dédommagement de l'escompte que je serai moi-même obligé de payer, pour me servir de votre billet, que je ne vous ai acheté au comptant que pour vous faire plaisir: et ce dédommagement peut être licitement exigé; car, comme nous l'avons déjà observé ci-dessus, s'il n'est pas permis de retirer du profit d'un plaisir

qu'on fait à son prochain , il est permis de se faire dédommager de ce qu'il en coûte pour le faire.

C'est par cette raison qu'on peut excuser l'escompte qui se pratique entre marchands dans les foires de Lyon et autres ; car le marchand qui retient un escompte sur le prix d'un billet payable au bout d'un certain temps, qu'il prend en paiement, compte le commercer incontinent, et le donner lui-même en paiement à un autre marchand, qui lui retiendra un pareil escompte ; et c'est en compensation de celui qu'on lui retiendra, qu'il a fait payer un escompte à celui de qui il a reçu le billet.

151. Il y a une autre espèce d'escompte qui est licite ; c'est dans le cas auquel l'acheteur d'un héritage, ou d'une autre chose frugifère, qui ne doit entrer en possession de la chose vendue qu'au bout d'un certain temps, en paie néanmoins le prix d'avance au vendeur. L'acheteur peut licitement retenir l'escompte, qui consiste dans les intérêts du jour du paiement anticipé qu'il en fait, jusqu'au jour qu'il entrera en possession de l'héritage. Le vendeur doit en ce cas les intérêts du prix pour les fruits de l'héritage qu'il perçoit ; car de même que, dans le cas inverse, l'acheteur qui est entré en possession et jouissance de l'héritage vendu avant que d'en avoir payé le prix, doit les intérêts du prix pour les fruits qu'il perçoit, n'étant pas juste qu'il ait tout à-la-fois la jouissance de la chose et du prix ; de même, dans cette espèce, le vendeur qui reçoit d'avance le prix de l'héritage vendu, dont il retient la jouissance, doit, pour les droits qu'il perçoit, les intérêts du prix qu'il a reçus, ne devant pas avoir tout à-la-fois la jouissance de la chose et du prix.

TROISIÈME PARTIE.

Du quasi-contrat appelé *promutuum*; et de l'action *condictio indebiti*.

SECTION PREMIÈRE.

Du *promutuum*.

Nous verrons, dans un premier article, ce que c'est que le quasi-contrat *promutuum*; quels sont les rapports qu'il a avec le contrat *mutuum*, et en quoi il en diffère. Nous verrons, dans un second article, quelle est l'obligation qui en naît.

ARTICLE PREMIER.

Ce que c'est que le quasi-contrat *promutuum*; quels sont ses rapports avec le contrat *mutuum*; et en quoi il en diffère.

132. On appelle *promutuum*, le quasi-contrat par lequel celui qui reçoit une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles, qui lui a été payée par erreur, contracte envers celui qui la lui a payée par erreur, l'obligation de lui en rendre autant.

C'est le paiement qui est fait par erreur qui forme ce quasi-contrat : on l'appelle *promutuum*, à cause des rapports qu'il a avec le contrat *mutuum*.

133. Ces rapports consistent en ce que, 1° il faut pour l'un et pour l'autre la tradition d'une certaine somme, ou d'une certaine quantité de choses fongibles.

2° De même que le *mutuum* n'est parfait que lorsque la propriété de cette somme ou quantité a été transférée à l'emprunteur, ou lorsqu'à défaut de cette translation de propriété, l'emprunteur l'a consommée de bonne foi; de même, lorsque je vous ai payé une certaine somme ou une certaine quantité que je croyais par erreur vous devoir, le *promutuum* n'est point parfait, et ne produit point en vous l'obligation de me rendre une pareille somme ou quantité, si je ne vous ai pas transféré la propriété des espèces, ou

si, à défaut de translation de propriété, vous ne les avez pas consommées : en attendant, vous êtes seulement sujet à la revendication des espèces de la part de ceux à qui elles appartiennent.

3° Le principal rapport qu'a le *promutuum* avec le *mutuum*, consiste dans la parfaite ressemblance des obligations qui en naissent; car de même que, par le contrat *mutuum*, l'emprunteur qui a reçu une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles, est obligé envers le prêteur, de qui il l'a reçue, à lui rendre une pareille somme ou quantité; de même, par le *promutuum*, celui qui a reçu par erreur le paiement d'une certaine quantité de choses fongibles qui ne lui étoit pas due, est obligé envers celui de qui il l'a reçue, et qui la lui a payée par erreur, à lui rendre une pareille somme, ou une pareille quantité : c'est pourquoi la loi 5, §. 3, ff. *de oblig. et act.*, dit que celui *Qui non debitum accepit per errorem solventis, obligatur quasi ex MUTUI DATIONE, et eâdem actione tenetur quâ debitores creditoribus.*

134. Nonobstant ces rapports, le *promutuum* est très différent du *mutuum*.

Le *mutuum* est un contrat; c'est par le consentement des parties qu'est formée l'obligation qu'il produit : le prêteur ne prête que dans l'intention que l'emprunteur s'obligera envers lui à lui rendre une somme ou une quantité pareille à celle qu'il lui prête, et l'emprunteur consent et se soumet à s'y obliger. Au contraire, le *promutuum* n'est pas un contrat, c'est un quasi-contrat; il est rapporté parmi les quasi-contrats, au Tit. des Instit. *de oblig. quæ ex quasi-contr. nasc.*, §. 7, et dans la loi 5, ff. *de oblig. et act.*, ci-dessus. Il n'intervient aucun consentement des parties pour former l'obligation qui en naît; celui qui, par erreur, paie à quelqu'un ce qu'il ne lui doit pas, croyant le lui devoir, n'a pas intention de lui faire contracter aucune obligation; et celui qui reçoit, n'a pareillement intention d'en contracter aucune.

On ne doit pas même, comme quelques-uns l'ont pensé, supposer un pacte tacite entre les parties, de rendre, au

480 TRAITÉ DU QUASI-CONTRAT PROMUTUUM,
cas que la chose ne fût pas due ; car la persuasion en laquelle on suppose que les parties étoient que la chose étoit due, exclut ce pacte tacite. Gaius, en parlant du *promutuum*, dit : *Non potest intelligi is qui ex eâ causâ tenetur, ex contractu obligatus esse ; qui enim solvit per errorem, magis distrahendæ obligationis animo quàm contrahendæ dare videtur ; d. l. 5, ff. de oblig. et act.*

L'obligation qui naît du *promutuum* est donc formée sans qu'il intervienne, pour la former, aucun consentement des parties. C'est l'équité qui la forme, et qui ne permet pas que celui qui a reçu le paiement de ce qui ne lui étoit pas dû, s'enrichisse aux dépens de celui qui le lui a payé par erreur : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem ; l. 206, ff. de R. J.*

ARTICLE II.

De l'obligation qui naît du *promutuum*.

135. Du *promutuum* naît l'obligation de rendre une somme ou quantité pareille à celle qui a été payée par erreur comme due, quoiqu'elle ne le fût pas.

136. C'est celui à qui la somme ou quantité a été payée, qui contracte cette obligation ; et il la contracte envers celui qui l'a payée.

La somme ou quantité est censée m'avoir été payée, et je contracte l'obligation de rendre pareille somme ou quantité, soit que je l'aie reçue par moi-même, soit qu'elle ait été reçue, en mon nom, par un autre qui avoit qualité de la recevoir pour moi, ou à qui j'avois donné ordre de la recevoir, suivant la règle : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset ; l. 180, ff. de Reg. Jur.*

Il en est de même lorsque j'ai ratifié la réception qui en avoit été faite en mon nom par quelqu'un : *Nam ratihabitio mandato comparatur ; l. 12, §. 4, ff. de solut.*

137. Pareillement, vous êtes censé m'avoir payé la somme ou quantité qui ne m'étoit pas due, et c'est envers vous que je contracte l'obligation de rendre une pareille somme ou pareille quantité, soit que vous me l'ayez payée

par vous-même, soit que vous me l'ayez payée par un autre qui me l'a payée en votre nom.

158. L'objet de cette obligation est une somme ou quantité pareille à celle qui a été reçue; en quoi cette obligation ressemble à celle de *mutuum*.

Celui qui a payé par erreur, ne peut répéter que la somme : il n'en peut prétendre aucuns intérêts; l. 1, *Cod. de condict. indeb.*

159. Suivant les principes du droit romain, de cette obligation naissoient deux actions, dont celui qui avoit payé par erreur avoit le choix.

La première est celle qu'on appelle *condictio certi*, qui est la même qu'avait le prêteur dans le *mutuum*, et en général la même qu'avoient tous ceux qui étoient, *ex quacumque causâ*, créanciers de quelque chose de *certain* et de *déterminé*. C'est de cette action que Gaius entend parler, lorsqu'il dit : *Qui non debitum accipit... eadem actione tenetur, quâ debitores creditoribus*; l. 5, §. 5, ff. *de oblig. et act.*

La seconde est l'action qu'on appelle *condictio indebiti*, dont nous allons parler dans la section suivante.

La distinction de ces différentes actions qui ont un même objet, n'est pas d'usage dans notre droit français.

SECTION II.

De l'action appelée *condictio indebiti*.

140. L'action qu'on appelle *Condictio indebiti*, est celle qui a lieu toutes les fois que quelqu'un a payé par erreur à un autre, non seulement une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles, qui est le cas du *promutuum*, mais généralement quelque chose que ce soit, qu'il croyoit, par erreur, devoir.

Cette action naît de l'obligation que celui qui a reçu quelque chose qui ne lui étoit pas due, a contractée, par le paiement qui lui en a été fait, de la rendre à celui qui la lui a payée par erreur. Le paiement qui lui en a été fait est un quasi-contrat qui forme en lui cette obligation.

Le fondement de cette obligation est cette règle de l'é-

482 TRAITÉ DE L'ACTION CONDICTIO INDEBITI,
quité naturelle : *Jure naturæ æquum est neminem cum
alterius detrimento et injuriâ fieri locupletiozem* ; l. 206,
ff. de Reg. Jur. Cette règle ne permet pas que celui qui a
reçu une chose qui ne lui étoit pas due , s'enrichisse , par ce
paiement , aux dépens de celui qui lui a fait ce paiement par
erreur ; et elle l'oblige en conséquence à lui rendre ce qu'il lui
a ainsi payé par erreur.

141. De là il suit , 1^o que l'action *condictio indebiti* est
une action personnelle , puisqu'elle naît de l'obligation per-
sonnelle que contracte celui à qui on a payé , par erreur , une
chose qui ne lui étoit pas due.

De là il suit , 2^o que l'action *condictio indebiti* ne se
donne contre celui à qui le paiement a été fait par erreur ,
que jusqu'à concurrence de ce qu'il a profité et s'est enri-
chi par le paiement qui lui a été fait par erreur ; car son
obligation , d'où naît l'action *condictio indebiti* , n'a pour
fondement que la règle d'équité qui ne permet pas qu'il
s'enrichisse aux dépens de celui qui a fait le paiement.

142. Pour qu'il y ait lieu à l'action *condictio indebiti* ,
il faut , 1^o que ce qui est payé ne soit pas dû ; 2^o qu'il n'y
ait eu aucun sujet réel de payer ; 3^o que le paiement ait été
fait par erreur. Nous discuterons ces trois points dans les
trois premiers articles. Nous verrons dans les suivants , qui
sont ceux qui ont cette action , et qui sont ceux qui en sont
tenus ; quel est l'objet de cette action ; et enfin si elle peut
quelquefois avoir lieu contre les tiers détenteurs de la chose
payée par erreur.

ARTICLE PREMIER.

Il faut que ce qui est payé ne soit pas dû.

On peut supposer plusieurs cas dans lesquels on paie ce
qui n'est pas dû , et dans lesquels en conséquence il y a lieu
à l'action *condictio indebiti*.

PREMIER ET SECOND CAS.

143. On paie ce qui n'est pas dû , et il y a lieu à la ré-
pétition et à l'action *condictio indebiti* , non seulement
lorsqu'il n'a jamais existé aucun titre de la dette qu'on croit
acquitter , mais aussi lorsque le titre est un titre nul , dont

on a découvert la nullité depuis le paiement : *Ex omnibus causis quæ jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secutà per errorem solutione, condictioni locus erit*; l. 54, ff. de *condict. indeb.*

On peut apporter pour exemple le cas d'un héritier qui paie les legs portés par le testament du défunt. Le testament qui étoit le titre de la dette que l'héritier croyoit acquitter, se trouve nul, *putà*, par la révocation qui en a été faite par un autre testament, dont l'héritier n'avoit pas alors connoissance; ou de nul effet par les dettes de la succession, qui en ont absorbé les biens, et n'ont pas laissé de quoi acquitter les legs. L'héritier, en acquittant ces legs, se trouve avoir payé ce qui n'étoit pas dû, et il y a lieu à l'action *condictio indebiti*. *Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel ruptum apparuerit, repetetur; vel si post multum temporis emergerit æs alienum, etc.* l. 2, §. 1, ff. de *condict. indeb.*

Voici un autre exemple. Vous m'avez vendu une chose dont je vous ai payé le prix : j'ai depuis découvert que la chose que vous m'avez vendue étoit une chose qui m'appartenoit, et par conséquent que la vente que vous m'en avez faite étoit nulle : je vous ai, en ce cas, payé ce qui n'étoit pas dû, et il y a lieu à la répétition; *Servum meum insciens à te emi, pecuniamque tibi solvi, eam me à te repetiturum, et eo nomine condictionem mihi esse omnimodò puto, sive scivisses meum esse, sive ignorasses*; l. 37, ff. *d. tit.*

TROISIÈME CAS.

144. Je suis censé avoir payé ce qui n'est pas dû, quoique, selon la subtilité du droit, je puisse paroître en être débiteur, lorsque j'avois une exception péremptoire pour m'en défendre : *Indebitum solutum accipimus, non solum si omninò non debeat, sed et si per aliquam acceptio-nem peti non poterat; quare hoc quoque peti non potest, nisi sciens se tutum exceptione solvit*; l. 26, §. 3, ff. *d. tit.*

Par exemple, si je vous ai payé une certaine somme portée en une promesse de mon père, dont je suis l'héritier, et que j'aie découvert depuis que vous aviez extorqué de mon

père cette promesse par dol ou par violence; quoique, selon la subtilité du droit, je puisse paroître débiteur de cette promesse; néanmoins, dans la vérité, j'ai payé une chose non due, au moyen de l'exception péremptoire de dol ou de violence que j'avois pour m'en défendre.

145. Notre principe n'a pas lieu indistinctement à l'égard de toutes les exceptions péremptoires: il faut en excepter celles qui laissent subsister avec elles une obligation naturelle de ce qui a été payé: car, comme nous le verrons au paragraphe suivant, cette obligation naturelle suffit pour exclure la répétition de ce qui a été payé.

C'est le jurisconsulte Marcellus qui insinue cette distinction entre les exceptions péremptoires qui détruisent toute obligation, et celles qui laissent subsister une obligation naturelle, lorsqu'il dit: *Desinit debitor esse qui nactus est exceptionem justam, nec ab æquitate naturali abhorrentem*, l. 66, ff. de Reg. Jur.

On peut apporter pour exemple d'une exception péremptoire qui laisse subsister une obligation naturelle, la prescription trentenaire que j'ai acquise contre une dette dont je suis véritablement débiteur.

Il en est de même de l'exception *rei judicatæ*, qui résulte d'un jugement en dernier ressort, qui, faute de preuves que mon créancier n'a recouvrées que depuis le jugement, m'a donné congé de la demande d'une somme dont j'étois véritablement débiteur. Cette exception laissant subsister l'obligation naturelle, si je paie; je ne serai pas censé avoir payé une chose non due, et il n'y aura pas lieu à la répétition: *Judex si malè absolvit, et absolutus suâ sponte solverit, repetere non potest*; l. 28, ff. de condict. indeb.

Cela doit avoir lieu, quand même le débiteur, lors du paiement, n'auroit pas encore eu connoissance du jugement qui lui donnoit congé de la demande, et qui lui avoit procuré l'exception *rei judicatæ*: car ce n'est pas la connoissance du jugement rendu à son profit, qu'il avoit lors du paiement, qui l'exclut de la répétition de la somme qu'il a payée; c'est son obligation naturelle, que le jugement

n'a pas détruite, et qui subsiste, soit qu'il ait ignoré le jugement, soit qu'il en ait eu connoissance.

QUATRIÈME CAS.

146. On a payé une chose non due, non seulement lorsque rien de ce qu'on a payé n'étoit dû, mais aussi lorsqu'on a payé plus qu'il n'étoit dû; et il y a lieu en conséquence à la répétition de l'excédant par l'action *condictio indebiti*: *Si quid probare potueris patrem tuum cui hæres extitisti amplius debito creditori suo persolvisse, repetere potes, l. 1, Cod. de condictione indeb.*

Je suis censé avoir payé plus que je ne devois, et il y a lieu en conséquence à la répétition, lorsque, par erreur, j'ai omis de faire quelque déduction ou quelque rétention sur la chose payée, que j'avois droit de faire. Javolenus rapporte cet exemple: *Si is qui hæreditatem vendidit et emptori tradidit, id quod sibi mortuus debuerat non retinuit, repetere poterit, quia plus debito solutum, per condictio-nem rectè recipietur; l. 45, ff. d. tit.*

Voyez un autre exemple en la loi 40, §. 1, ff. d. tit.

147. Pomponius nous rapporte un exemple d'une rétention qu'on a omis de faire sur la chose payée: *Quum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi; incerti condicam, ut iter mihi concedatur; l. 22, §. 1, d. tit.*

N'eussé-je omis que de me faire donner une caution que j'avois droit de me faire donner en payant, je suis censé avoir, pour cela seul, payé plus que je ne devois, et je puis répéter cette caution par l'action *condictio indebiti*. Nous en trouvons un exemple dans la loi 59, ff. d. tit. *Si quis à fideicommissario sibi cavere poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

CINQUIÈME CAS.

148. C'est payer une chose non due, non seulement que de payer ce qui n'a jamais été dû, mais aussi que de payer ce qui a cessé d'être dû.

C'est pourquoi il n'est pas douteux que si, dans l'ignorance où j'étois du paiement que mon codébiteur avoit fait de la somme entière dont j'étois codébiteur solidaire avec lui, j'ai payé cette somme une seconde fois, j'en ai la répétition, parceque j'ai payé ce qui n'étoit plus dû.

Quid, si nos deux paiements étoient de même date ? En ce cas, nos deux paiements faisant le double de ce qui étoit dû, nous avons payé plus qu'il n'étoit dû, et nous devons avoir par conséquent, chacun pour moitié, la répétition de l'excédant. C'est ce qu'enseigne Celsus : *Si duo rei qui decem debebant, viginti pariter solverint, Celsus ait singulos quina repetituros; quia quum decem deberent, viginti solvissent, et quod amplius ambo solverint, ambo repetere possunt*; l. 19, §. 4. La loi 20 ajoute : *Si reus et fidejussor solverint pariter, in hac causâ non differunt à duobus reis promittendi*. Je crois néanmoins que pour éviter le circuit d'actions, on doit accorder à la caution la répétition de tout ce qui a été payé de trop; et le créancier, en le lui restituant, sera déchargé envers le débiteur principal.

149. Lorsque deux différentes choses étoient dues sous une alternative, par deux débiteurs solidaires, dont chacun en a payé une; si les paiements sont de différente date, il est évident que c'est le second qui est un paiement de chose non due. Mais si les paiements sont de même date, chacun des deux débiteurs n'a pas, comme dans l'espèce précédente, la répétition pour moitié de ce qu'il a payé; car le créancier doit avoir en entier l'une des deux choses. C'est pourquoi, dans ce cas, le créancier a le choix de rendre celle des deux choses qu'il voudra; et en la rendant à celui qui l'a payée, il sera quitte tant envers lui, qu'envers celui qui lui a payé celle qu'il retient : *Hoc casu*, dit Paul, *electio est creditoris cui velit solvere, ut alterius repetitio impediatur*; l. 21, ff. d. tit.

SIXIÈME CAS.

150. C'est payer une chose non due, que de la payer avant l'accomplissement de la condition sous laquelle elle est due :

car, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, n. 218, ce qui est dû sous condition, n'est pas encore dû : *Tantum spes est debitum iri*.

C'est pourquoi il y a lieu en ce cas à la répétition de ce qui a été payé, tant que la condition n'est pas accomplie. Mais si, avant que la répétition ait été exercée, la condition vient à s'accomplir, il n'y a plus lieu, parceque l'accomplissement des conditions ayant un effet rétroactif, on est alors censé avoir payé une chose due. C'est ce qu'enseigne Pomponius : *Sub conditione debitum per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur; conditione autem existente repeti non potest*; l. 16, ff. d. tit.

151. Il n'en est pas du terme de paiement comme de la condition. Le terme n'empêche pas que la dette n'existe; il en diffère seulement l'exigibilité : c'est pourquoi le paiement, quoique fait avant le terme, n'est pas un paiement de chose non due, et ne donne pas lieu par conséquent à la répétition : *In diem debitor adeò debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit*; l. 10, ff. d. tit.

Une condition qui doit certainement s'accomplir, n'est pas proprement une condition, et n'a l'effet que d'un terme de paiement : c'est pourquoi, *Si sub eà conditione debetur que omnimodò exitura est, solutum repeti non potest*; l. 18, ff. d. tit.

152. On ne peut pas, à la vérité, répéter la somme ou la chose qui a été payée avant l'échéance du terme du paiement. Mais celui qui a payé, par erreur, avant le terme, ne peut-il pas au moins répéter la valeur du bénéfice que celui à qui le paiement a été fait, a dû ressentir de l'anticipation du terme? Non; ce seroit exiger un escompte. L'escompte n'étant pas plus licite que l'intérêt du prêt, et ne pouvant être licitement stipulé, comme nous l'avons vu *suprà*, il ne peut pas, à plus forte raison, être demandé, lorsqu'il n'a pas été promis.

SEPTIÈME ET HUITIÈME CAS.

153. C'est payer une chose non due, lorsqu'on la paie à un autre qu'à celui à qui elle est due, ou lorsqu'un autre que celui qui la doit, la paie comme s'en croyant par erreur

488 TRAITÉ DE L'ACTION CONDICTION INDEBITI,
le débiteur; *Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur si alii solvatur; aut si id quod alius debeat, alius quasi ipse debeat, solvat*; l. 65, §. fin. ff. d. tit.

On peut apporter pour exemple de la première partie de cette règle, le cas auquel j'ai payé à celui qui se disoit faussement être fondé du pouvoir de mon créancier, l. 8, *Cod. de condict. indeb.*, ou qui se disoit faussement son héritier; l. 26, §. 11, ff. d. tit.

On peut apporter pour exemple de la seconde partie, le cas auquel j'aurois payé la dette de celui dont je m'étois faussement persuadé être l'héritier, et par conséquent le débiteur de son créancier. C'est le cas que Pomponius rapporte en la loi 19, §. 1, ff. d. tit. *Quamvis debitum sibi quis recipiat; tamen si is qui dat, non debitum dat, repetitio competit; veluti si is qui hæredem se falso existimans, creditori hæreditario solverit.*

Mais lorsque le paiement a été fait pour le véritable débiteur, et en son nom, quoique ce ne soit pas le débiteur qui l'ait fait, il n'y a pas lieu à la répétition. C'est de ce cas qu'il faut entendre ce que dit Paul: *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam à vero debitore solutum est*; l. 44, ff. d. tit.

NEUVIÈME CAS.

154. Enfin, c'est payer ce qui n'est pas dû, que de payer, par erreur, une autre chose que celle qui est due. Par exemple: *Si putem me Stichum aut Pamphilum debere, quum Stichum debeam, et Pamphilum solvam, repetam quasi indebitum solutum; nec enim pro eo quod debeo videor id solvisse*; l. 19, §. 3, ff. d. tit.

Il en seroit autrement, si sachant ne devoir que Stichus, j'avois, du consentement de mon créancier, payé Pamphilus à sa place.

DIXIÈME CAS.

155. Il dépend quelquefois d'un évènement futur, si le paiement qui a été fait, a été d'une chose non due, et si en conséquence il y a lieu ou non à la répétition. C'est ce qui

arrive dans le cas des dettes alternatives. Par exemple, si dans nos colonies j'étois débiteur de dix écus, ou du nègre Jacques, et que je paie une partie de l'une de ces deux choses, *putà*, cinq écus; ce paiement dépendra de celui que je ferai par la suite : car si, par la suite, je paie les cinq écus restants, le paiement que j'ai fait des premiers cinq écus se trouvera avoir été valable : mais si je paie le nègre, le paiement que j'ai fait, en premier lieu, des cinq écus, se trouvera être le paiement d'une chose non due, et j'aurai, pour le répéter, l'action *condictio indebiti*. *Posterior solutio comprobabit priora quinque utrùm debita, an indebita solverentur*; l. 26, §. 15, ff. de condict. indeb.

Voyez dans notre *Traité des Obligations*, n. 255 et 257, deux autres cas de répétition dans l'espèce des dettes alternatives.

ARTICLE II.

Il faut qu'il n'y ait eu aucun sujet réel de payer la chose non due qui a été payée.

156. L'action *condictio indebiti* est une branche de l'action générale *condictio sine causâ*, qui donne la répétition de tout ce qui a été donné ou payé sans aucun sujet réel : il suffit donc qu'il y ait eu un sujet réel et probable de payer la chose non due qui a été payée, pour qu'il ne puisse y avoir lieu à la répétition de ce qui a été payé.

Suivant ce principe, il n'y a pas lieu à la répétition, lorsque la chose qui a été payée, étoit, à la vérité, une chose non due dans le for extérieur, mais due dans le for de l'honneur et de la conscience; car quoique, dans le sens propre des termes, une chose ne soit *due* que lorsqu'elle est due en vertu d'une obligation civile, suivant cette définition de la loi 108, *de verb. signif. Debitor intelligitur is à quo invito exigi pecunia potest*; et qu'en conséquence, la chose qui n'étoit due que dans le for de la conscience, et en vertu d'une obligation purement naturelle, fût, dans la rigueur, une chose non due, néanmoins, on ne peut pas douter que cette obligation naturelle, dont s'est voulu acquitter celui qui l'a payée, n'ait été un sujet réel et pro-

490 TRAITÉ DE L'ACTION CONDUCTIO INDEBITI,
bale d'en faire un paiement; ce qui suffit pour exclure la répétition.

C'est pourquoi Julien dit : *Licet minus propriè debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse*; l. 16, §. 3, in fin. ff. de fidej.

On peut apporter pour exemple de paiements de dettes naturelles, le cas auquel on paie une dépense de cabaret; celui auquel une femme devenue veuve, ou son héritier, paie ce qu'elle s'étoit obligée de donner étant sous puissance de mari, sans être autorisée; celui auquel quelqu'un paie une dette contre laquelle la prescription trentenaire étoit acquise. Dans tous ces cas, quoique ce qui a été payé ne fût pas dû dans le for extérieur, néanmoins on ne peut répéter ce qui a été payé, parcequ'il y a eu un sujet réel de faire le paiement.

157. Du principe qu'il n'y a pas lieu à la répétition de ce qui a été payé, lorsqu'il y a eu un sujet réel et probable de faire le paiement, il suit encore que si, pour éviter une contestation née ou prête à naître entre vous et moi sur ce que vous prétendiez, quoique mal-à-propos, que j'étois votre débiteur d'une chose, je vous en paie par forme de transaction une partie, quoique, dans la vérité, je ne vous dusse rien, il n'y aura pas lieu à la répétition de ce que je vous ai payé, quoique sans devoir, parceque j'ai eu un sujet réel de faire ce paiement, savoir celui d'éviter de faire un procès.

C'est ce qu'enseigne Paul, en la loi 65, §. 1, ff. de cond. indeb. *Quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam hoc ipsum quod à lite disceditur, causa videtur esse.*

Cette décision de Paul a lieu, pourvu que cette transaction ne soit pas infectée de quelque vice qui la rende nulle, comme elle le seroit si vous aviez employé de mauvaises manœuvres pour me faire transiger; ou si la transaction n'étoit intervenue qu'après un jugement en dernier ressort, que nous ignorions, qui, ayant nettement décidé la ques-

tion, l'empêchoit d'être susceptible de transaction; *d. l. 65, §. 1; l. 25, §. ff. de cond. indeb.*

Le jugement en dernier ressort qui m'a donné congé de la demande d'une certaine somme d'argent, que vous aviez formée contre moi, n'empêche pas que le paiement que je vous ai fait depuis, ne soit valable, soit que j'eusse connoissance du jugement, soit que je l'ignorasse, comme nous l'avons vu *suprà, n. 140*. Pourquoi ce jugement empêchera-t-il plutôt la validité de la transaction que j'ai faite depuis, sur ce qui faisoit l'objet de la contestation, dans l'ignorance où nous étions qu'elle fût décidée? La raison de différence est évidente. Le paiement que je fais d'une somme d'argent, depuis le jugement qui avoit donné congé de la demande qui m'en avoit été faite, fait présumer en moi une obligation naturelle de cette somme, que le jugement n'a pas détruite, n'y ayant que l'obligation civile que le jugement puisse détruire; et cette obligation naturelle est une cause suffisante pour rendre valable le paiement qui a été fait de cette somme. Mais une transaction ne peut avoir pour cause que l'ambiguïté et l'incertitude du droit qui fait la matière de la contestation, et la fin qu'on veut mettre au procès auquel cette incertitude donne ou peut donner lieu. La transaction est essentiellement *de re incertâ et dubiâ*; donc, lorsqu'un jugement a levé l'incertitude et mis fin au procès, il ne reste plus de matière à transaction: d'où il suit que celle faite depuis le jugement, dans l'ignorance où étoient les parties, qu'il fût intervenu, est nulle, faute d'une matière qui fût susceptible de transaction; et par conséquent le paiement qui s'est fait en vertu de cette transaction est nul, comme fait sans cause.

158. La clause qui est en fin d'un acte de compte, par laquelle il est dit, qu'au moyen de la solde, les parties se tiennent respectivement quittes, et qu'elles ne pourront, de part ni d'autre, se faire aucunes contestations, ne doit pas faire passer cet acte pour une transaction, ni par conséquent empêcher la répétition de ce que l'une des parties auroit, par cet acte, payé à l'autre sans le devoir. C'est ce qu'enseigne Scavola: *Quasiit an pactum quod in para-*

492 TRAITÉ DE L'ACTION CONDUCTIO INDEBITI,
*tionibus adscribi solet in hunc modum, ex hoc contractu
nullam inter se controversiam amplius esse, impediatur re-
petitionem? Respondit nihil proponi cur impediret; l. 67,
§. 5, ff. de cond. indeb.*

159. Si je ne puis répéter ce que j'ai payé sans le devoir, lorsque j'ai payé en vertu d'une transaction, à plus forte raison, lorsque c'est en vertu d'un jugement qui m'y a condamné, quoique injustement; car ce jugement forme une obligation civile en ce cas; *Propter auctoritatem rei judicatæ repetitio cessat; l. 29, §. 5, ff. mand.* C'est pourquoi Antonin dit: *Pecuniæ indebitæ per errorem, NON EX CAUSA JUDICATI solutæ, esse repetitionem jure con-
ditionis non ambigitur; l. 1, Cod. de condict. indeb.*

ARTICLE III.

Il faut que la chose non due qui a été payée, l'ait été par erreur.

160. Il n'y a lieu à l'action *condictio indebiti*, pour la répétition de ce qu'on a payé sans le devoir, que lorsque c'est par erreur qu'on a payé. Si, lors du paiement que j'ai fait d'une chose, je savais ne la pas devoir, je n'en ai aucune répétition: *Si quis indebitum per errorem solvit, per hanc actionem condiscere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio: l. 1, §. 1, ff. de condict. indeb. Indebitum solutum sciens non rectè repetit; l. 9, cod. d. tit.*

C'est une conséquence de ce qui a été établi en l'article précédent, qu'il n'y a pas lieu à la répétition de ce qu'on avoit payé sans le devoir, lorsqu'il y avoit eu un sujet réel de faire le paiement; car celui qui paie ce qu'il ne doit pas, ayant connoissance qu'il ne le doit pas, a intention d'exercer une libéralité envers celui à qui il le paie, laquelle libéralité est un sujet réel et probable de faire ce paiement. Le paiement renferme une véritable donation entre vifs de la chose qui a été payée, qui reçoit son entière perfection par la tradition réelle qui en est faite, les donations des meubles n'étant pas sujettes à d'autres formes.

161. *Quid*, lorsqu'il est incertain si celui qui a payé ce qu'il ne devoit pas, ignoroit ou savoit qu'il ne le devoit pas?

Il faut, dans le doute, présumer qu'il l'ignoroit, et lui en accorder la répétition; c'est le cas de la règle de droit : *In re obscurâ melius est favere repetitioni, quàm adventitio lucro*; l. 41, §. 1, ff. de Reg. Jur.

162. Il nous reste à observer que l'erreur qui a fait accorder la répétition de ce qu'on a payé sans le devoir, doit être une erreur de fait; car on n'est pas écouté à alléguer une ignorance de droit, qui ne se présume pas, et qui n'est pas excusable, parceque dans les affaires qu'on a, on doit se consulter et se faire instruire. C'est ce que décide la loi 10, Cod. de jur. et fact. ignor. *Quùm quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio; per ignorantiam enim facti tantùm, indebiti soluti repetitionem competere tibi notum est.*

On peut apporter pour exemple de cette distinction entre l'ignorance ou l'erreur de fait, et l'ignorance et l'erreur de droit, le paiement qu'un héritier a fait des legs qui entaмоient, ou la quarte Falcidienne, dans les pays de droit écrit; ou dans nos provinces, les réserves coutumières: en ce cas, ce qu'il a payé de trop, est payé par erreur de fait, et l'héritier en a la répétition. Mais si l'héritier, lorsqu'il a payé les legs en entier, avoit une connoissance suffisante des forces de la succession, pour savoir que ces legs entaмоient ou la Falcidienne ou les réserves coutumières, il n'est pas écouté pour répéter ce qu'il a payé de trop, à dire que lorsqu'il a fait le paiement, il ne connoissoit pas ses droits, et ne savoit pas que la loi lui avoit réservé une quarte Falcidienne, ou dans nos provinces, les réserves coutumières: *Sciant*, disent, dans cette espèce, les empereurs Sévère et Antonin, *ignorantiam facti non juris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus*; l. 9, §. 5, ff. de jur. et fact. ignor.

ARTICLE IV.

Qui sont ceux qui ont l'action *condictio indebiti*.

165. C'est celui qui a payé, qui a l'action *condictio indebiti*, pour répéter ce qu'il a payé par erreur, soit qu'il ait payé par lui-même, soit qu'un autre ait payé pour lui.

Suivant ce principe, si mon tuteur et mon procureur ont payé pour moi, ou en mon nom, quelque chose qu'ils croyoient, par erreur, que je devois, c'est moi, au nom duquel le paiement a été fait, qui suis censé avoir payé, et j'ai l'action *conductio indebiti* pour le répéter : *Quum indebitum impuberis nomine tutor numeravit, impuberis conductio est*; l. 57, ff. de cond. indeb. *Si per ignorantiam facti, non debitam quantitatem pro alio solvisti.... hanc ei cujus nomine soluta est restitui, eo agente, (Præses) providebit*; l. 6, Cod. d. tit.

Ni mon tuteur, ni mon procureur, qui ont fait le paiement pour moi et en mon nom, n'auroient pas l'action *conductio indebiti*, quand même ils auroient fait ce paiement de leurs propres deniers, parceque l'ayant fait en mon nom, ce ne sont pas eux qui sont censés avoir payé : *Julianus ait neque tutorem neque procuratorem solventes repetere posse; neque interesse suam pecuniam an pupilli vel domini solvant*; l. 6, §. ff. fin. d. tit.

164. Quoique celui qui a payé de ses propres deniers, en mon nom, ce que je ne devois pas, n'ait pas, de son chef, l'action *conductio indebiti* pour répéter la somme qu'il a payée, parceque le paiement ayant été fait en mon nom, c'est moi, plutôt que lui, qui suis censé l'avoir payée; néanmoins comme, en ce cas, celui qui a payé de ses propres deniers pour moi, auroit action contre moi pour les répéter de moi, s'il l'avoit fait par mon ordre, et moi contre celui à qui on les avoit payés pour moi, ce qui fait un circuit d'actions; les jurisconsultes romains, quoique attachés à la subtilité, ont cru qu'on pouvoit la négliger en ce cas, et que pour éviter ce circuit d'actions, on pouvoit accorder à celui qui a payé de ses propres deniers pour moi, l'action *conductio indebiti*, pour les répéter *rectâ viâ*, de celui à qui ils ont été payés indûment : *Tàm benignius quàm utilius est rectâ viâ ipsum qui nummos dedit, suum recipere*; l. 53, ff. d. tit.

165. Lorsque c'est sans mon ordre que quelqu'un a payé de ses propres deniers, en mon nom, une somme que je ne devois pas, et que je désavoue ce paiement qu'il a fait

pour moi mal à propos, on doit, à plus forte raison, lui accorder directement l'action *condictio indebiti* contre celui qui a reçu la somme; car on ne peut lui subvenir autrement, puisqu'il ne peut la répéter de moi, qui désavoue le paiement qu'il a fait sans mon ordre.

On ne peut pas dire que celui qui a fait ce paiement, en mon nom, de ses deniers, puisse demander que si je ne veux pas lui rendre la somme, je lui cède au moins l'action *condictio indebiti*; car au moyen du désaveu que je fais du paiement qu'il a fait en mon nom, ce n'est pas moi qui ai payé, et je n'ai pas par conséquent l'action *condictio indebiti*: c'est donc à lui qu'il faut donner cette action directement contre celui qui a reçu indûment la somme. C'est de cette manière qu'il faut entendre ce qui est dit en la loi 6, ff. *d. tit. Si procurator tuus indebitum solverit, et tu ratum non habeas, posse repeti, Labeo scripsit.*

166. Il y a un cas auquel l'action *condictio indebiti* n'est pas accordée à celui qui a fait le paiement lui-même et en son nom, mais à un autre; c'est le cas auquel ayant été institué héritier par le testament d'une personne, j'aurois payé des deniers de la succession les legs portés par ce testament. Si ce testament ayant depuis été déclaré faux ou inofficieux, j'ai été obligé de rendre l'hérédité à l'héritier légitime, ce n'est pas moi qui aurai l'action *condictio indebiti* pour la répétition des legs que j'ai payés des deniers de la succession, et qui se trouvent, au moyen de la nullité du testament, n'avoir pas été dus: quoique ce soit moi qui aie fait moi-même et en mon nom le paiement de ce legs, ce sera l'héritier légitime qui aura l'action *condictio indebiti* pour les répéter; l. 2, §. 1, ff. *d. tit.* Il en est de même de quelque autre manière que ce soit que le testament ait été infirmé; l. 3, l. 4, ff. *d. tit.*

Cela a été établi pour éviter les embarras (*ambages*) d'une cession d'actions: l'héritier testamentaire ayant employé de bonne foi les deniers de la succession à payer les legs portés au testament, qui paroissent dus, tant que le testament n'étoit pas encore infirmé, il n'eût pu être tenu que de céder à l'héritier légitime l'action *condictio inde-*

496 TRAITÉ DE L'ACTION CONDUCTIO INDEBITI,
biti pour la répétition de ces legs. Pour éviter les *ambages*
de cette cession d'actions, Adrien accorde, *rectâ viâ*, à
l'héritier légitime l'action *condictio indebiti*, pour la répé-
tition des sommes payées indûment des deniers de la suc-
cession aux légataires.

On peut ajouter que l'héritier testamentaire qui a fait ces
paiements, ne les a pas faits en son nom *simpliciter*, mais
en son nom et qualité d'héritier qu'il croyoit avoir : c'est
donc, en quelque façon, au nom de la succession que le
paiement a été fait, et par conséquent c'est celui à qui se
trouve appartenir la succession, qui doit avoir l'action *con-*
dictio indebiti.

Il en est de même du cas auquel un mineur héritier a
payé des deniers de la succession, des legs ou autres choses
qu'il croyoit, par erreur, dues par la succession, et s'est de-
puis fait restituer contre son acceptation de la succession,
Nec novum, dit dans cette espèce Ulpien, *ut quod alius sol-*
verit, alius repetat; nam et quum minor 25 annis inconsultè
aditâ hæreditate, solutis legatis in integrum restituitur; non
ipsi repetitionem competere, sed ei ad quem bona pertinent;
l. 5. C'est celui qui, à son défaut, est héritier; ou s'il n'y
en a point, c'est le curateur à la succession vacante, qui a
l'action *condictio indebiti*.

ARTICLE V.

Contre qui se donne l'action *condictio indebiti*.

167. L'action *condictio indebiti* se donne contre celui à
qui le paiement a été fait.

Le paiement est censé fait à moi, soit qu'il l'ait été à moi-
même, soit qu'il ait été fait, de mon ordre, à un autre, sui-
vant la règle : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est ac si*
ipsi solutum esset; l. 180, ff. *de Reg. Jur.* C'est pourquoi, en
ce cas, ce n'est pas contre celui à qui on a payé de mon ordre
la somme qu'on croyoit, par erreur, m'être due, que doit se
donner l'action *condictio indebiti*; mais c'est contre moi.

Cette décision a lieu quand même ce seroit lui qui auroit
profité de cette somme, *putà*, parceque je l'aurois dé-
chargé de m'en rendre compte.

De là cette règle de droit : *His solis pecunia condicatur, quibus quoquomodo soluta est, non quibus proficit*; l. 49, ff. de cond. indeb.

168. Quoique quelqu'un ait reçu, en mon nom, une certaine somme d'argent, ou d'autres choses, que celui qui les payées croyoit, par erreur, me devoir, le paiement n'est censé m'en avoir été fait qu'autant que celui qui les a reçues auroit eu un ordre spécial de ma part, ou que j'aurois ratifié et approuvé le paiement qui lui en a été fait pour moi. Sans cela, je puis désavouer le paiement; et au moyen de mon désaveu, le paiement ne peut être censé avoir été fait à moi, et en conséquence l'action *condictio indebiti* ne peut se donner contre moi : mais, en ce cas, elle doit se donner contre celui qui a reçu pour moi sans mon ordre; l. 6, §. 1 et 2, ff. dicto titulo; l. 14, ff. de cond. caus. dat.

Cette décision a lieu, quand même celui qui a reçu pour moi auroit de moi une procuration générale : car cette procuration renferme bien le pouvoir de recevoir tout ce qui m'est dû, mais non pas de recevoir ce qui ne m'est pas dû : c'est pourquoi, soit qu'il reçoive pour moi ce qui ne m'est pas du tout dû, soit qu'il reçoive plus qu'il ne m'est dû, je puis désavouer ces paiements; et en ce cas, ce n'est pas contre moi, mais contre ce procureur, que devra se donner l'action *condictio indebiti*; l. 6, §. 2; l. 57, §. 1, ff. de cond. indeb.

ARTICLE VI.

Quel est l'objet de l'action *condictio indebiti*?

169. L'objet de cette action est la répétition de la chose même qui a été payée par erreur, ou bien d'une somme ou quantité pareille à celle qui a été payée par erreur : *Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur*; l. 7, ff. de cond. indeb.

Cette règle contient deux cas. L'un, auquel *tantundem repetitur*, est le cas où l'on a payé par erreur une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles qui se consomment par l'usage : c'est le cas du *promutuum*, dont nous avons parlé dans la section précédente.

Celui qui a payé par erreur, ne répète pas alors les choses mêmes qu'il a payées, mais une somme ou une quantité pareille à celle qu'il a payée. Nous n'en dirons pas davantage sur ce cas.

Le cas auquel *tantumdem repetitur*, peut aussi s'appliquer à celui auquel ce qui a été payé est quelque chose qui ne peut se rendre en espèce; comme lorsqu'on a rendu à quelqu'un des services appréciables qu'on croyoit lui être dus, ou lorsqu'on lui a donné une jouissance; il doit rendre *tantumdem*, c'est-à-dire, le prix de ces services ou de cette jouissance; l. 26, §. 12; l. 65, §. 7.

Observez que celui à qui on a payé par erreur, n'étant tenu que *quantilocupletior est*, on ne doit estimer ces services ou cette jouissance qu'eu égard à ce qu'il en a profité, c'est à-dire, au loyer qu'il en auroit donné, et non eu égard à ce que celui qui les a rendus indûment en auroit pu retirer en les louant à d'autres, auxquels il avoit occasion de les louer plus avantageusement: *Non quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses*; d. l. 65, §. 7.

170. L'autre cas de la règle auquel *hoc ipsum repetitur*, qui est celui dont nous nous proposons de traiter ici, est le cas auquel on a payé une certaine chose qui n'est pas du nombre des choses fongibles qui se consomment par l'usage. C'est, en ce cas, la chose même qui a été payée, qui est l'objet de l'action *condictio indebiti*.

Celui qui a payé, par erreur, une telle chose, étant, en ce cas, créancier de la chose même *in individuo* qu'il a payée, il doit se contenter qu'on la lui rende telle et en l'état qu'elle se trouve au temps auquel il en exerce la répétition.

Quand même la chose se trouveroit dépréciée ou détériorée par le peu de soin qu'en auroit eu celui à qui on a payé par erreur, celui qui a payé ne pourroit pas s'en plaindre, ni en demander aucun dédommagement; car, de même qu'un possesseur de bonne foi de la chose d'autrui n'est pas tenu envers le propriétaire de son défaut de soin à conserver une chose qu'il croyoit lui appartenir; *quia qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est*; l. 31, §. 5, ff. de petit. hered.; de même, celui à qui on a, par

erreur, payé une chose qu'on croyoit lui être due, a été en droit de négliger cette chose qui lui appartenoit, et qu'il ignoroit être sujette à restitution, sans qu'on puisse le rendre responsable des détériorations qui ont résulté de son défaut de soin; *quia qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est.*

171. Cela a lieu, tant que celui à qui la chose a été payée par erreur, a cru de bonne foi qu'elle lui étoit due. Mais lorsqu'il a connoissance qu'elle ne lui est pas due, et qu'il est par conséquent informé de l'obligation en laquelle il est de la rendre à celui qui l'a payée par erreur, soit qu'il ait eu cette connoissance dès le temps du paiement, soit qu'elle lui soit survenue depuis, la bonne foi l'oblige, depuis qu'il a eu cette connoissance, à apporter un soin convenable à la conservation de cette chose, afin de pouvoir remplir son obligation de la rendre à celui qui l'a payée; et il est tenu des détériorations qui seroient survenues à la chose, faute par lui d'avoir apporté ce soin.

Quoiqu'il ait toujours cru de bonne foi que la chose lui étoit due, il est obligé à ce soin du jour que la demande en répétition a été donnée contre lui.

172. Celui qui a payé la chose par erreur, devant en supporter la perte et les détériorations, à moins qu'elles ne soient survenues par la faute de celui qui l'a reçue, depuis qu'il a eu connoissance qu'elle ne lui étoit pas due, il doit en revanche profiter des augmentations qui seroient survenues à cette chose, suivant ces règles de droit, *Ubi periculum, ibi et lucrum*; l. fin. §. 3, *Cod. de furt.* et *Secundum naturam est commoda cujusque rei cum sequi, quem sequuntur incommoda*; l. 10, ff. *de Reg. Jur.*

C'est pourquoi il a droit de répéter aussi avec la chose les fruits qu'en a perçus celui à qui elle a été payée par erreur: car celui-ci ne doit s'enrichir en rien aux dépens de celui qui a payé par erreur.

C'est ce qu'enseigne Paul: *Et quod rei solutæ accessit, venit in conditionem, ut puti partus qui ex ancillâ natus sit, vel quod alluvione accessit; immò et fructus quos is cui*

500 TRAITÉ DE L'ACTION CONDUCTIO INDEBITI,
solutum est bonâ fide perceptit, in conductionem venient; l. 15,
ff. de condict. indeb.

Cela a lieu, soit que celui à qui la chose a été payée sût qu'elle ne lui étoit pas due, soit qu'il crût de bonne foi qu'elle lui étoit due. C'est ce qui résulte de ces derniers termes de la loi, *et fructus quos bonâ fide perceptit.*

Il y a néanmoins une différence entre l'un et l'autre cas. Celui qui savoit que la chose qu'on lui a payée ne lui étoit pas due, est tenu de faire raison, non seulement des fruits qu'il a perçus, mais de ceux qu'il a manqué de percevoir; et il en est tenu, soit qu'il en ait profité, soit qu'il n'en ait pas profité. Au contraire, celui qui a cru de bonne foi que la chose lui étoit due, n'est tenu qu'autant qu'il en a profité, et qu'il s'en est enrichi.

175. Celui qui a payé par erreur une chose, peut, par l'action *condictio indebiti*, recouvrer la chose qu'il a payée par erreur, non seulement avec les augmentations naturelles, mais encore avec les augmentations artificielles qui y ont été faites par celui à qui la chose a été payée. Par exemple, si je vous ai payé, par erreur, un certain terrain, sur une partie duquel vous avez construit un édifice, j'ai droit de répéter de vous ce terrain avec l'édifice que vous avez construit, lequel en fait partie, suivant la règle, *Ædificium solo cedit*; mais ce n'est qu'à la charge, par moi, de vous rembourser de vos impenses jusqu'à concurrence de ce que la chose s'en trouve plus précieuse: car la même règle d'équité qui me donne contre vous l'action *condictio indebiti*, afin que vous ne vous enrichissiez pas à mes dépens, par le paiement que je vous ai fait par erreur, vous donne pareillement une exception contre mon action pour vous faire rembourser de vos impenses, afin que je ne m'enrichisse pas à vos dépens.

Observez que si celui à qui j'ai payé, par erreur, une chose sur laquelle il a fait des augmentations et améliorations, y a fait aussi des dégradations, il ne peut prétendre le remboursement des améliorations qu'il a faites, que sous la déduction du prix des dégradations: car quoiqu'il ne soit pas tenu, par la voie d'action, de faire raison des dégradations qu'il

a faites sur une chose qu'il ignoroit être sujette à répétition (*suprà*, n. 166), il est tenu d'en faire raison par la voie de déduction sur le prix des améliorations, une chose n'étant véritablement améliorée que sous la déduction de ce dont elle est dégradée.

174. Lorsque, me croyant débiteur envers vous d'une plus grande somme d'argent que celle dont je vous étois effectivement débiteur, je vous ai donné, de votre consentement, en paiement de cette somme, un certain héritage, ou une autre chose qui n'est pas du nombre des choses *fongibles*, puis-je répéter une partie de cette chose par proportion à la somme que je croyois, par erreur, devoir plus que je ne devois effectivement ? ou suis-je obligé de répéter la chose entière, et de vous offrir le paiement de la somme que je vous devois ? Par exemple, si, ne vous devant que 800 livres, j'ai cru, par erreur, vous en devoir 1,200, et qu'en paiement de ces 1,200 livres je vous aie donné une maison, puis-je répéter un tiers de cette maison, au moyen de ce qu'il y avoit un tiers de la somme pour laquelle je vous l'ai donnée en paiement, que je ne vous devois pas ? ou suis-je obligé de répéter la maison entière, à la charge de vous payer préalablement la somme de 800 livres que je dois ? Il faut décider que je ne suis pas recevable à répéter la maison pour partie. La raison est, que vous avez bien voulu recevoir une maison entière en paiement de la somme que vous croyiez vous être due, mais que vous n'eussiez peut-être pas consenti de même à recevoir une partie de maison en paiement de la somme de 800 livres, si vous eussiez su qu'il ne vous fût dû que cette somme ; car on n'aime pas ordinairement acquérir des biens pour les avoir en communauté avec un autre.

Par la même raison, si c'étoit moi qui vous demandasse la restitution de la maison entière, aux offres de vous payer préalablement les 800 livres que je vous dois, vous ne seriez pas recevable à m'offrir la restitution du tiers de cette maison, et à vouloir en retenir les deux tiers pour les 800 livres qui vous sont dues : car si j'eusse su ne vous devoir que les 800 livres, je n'eusse peut-être pas voulu vous don-

502 TRAITÉ DE L'ACTION CONDUCTIO INDEBITI,
ner en paiement une partie de maison ; la crainte de posséder
le surplus en communauté eût pu m'en empêcher.

Tout ceci est conforme à ce qu'enseigne Marcellus : *Si centum debens, quasi ducenta deberem fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus scribit, et centum manere stipulationem ; licet enim placuit rem pro pecuniâ solutam parere liberationem, tamen si ex falsâ debiti quantitate, majoris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecuniâ ; nemo enim invitus compellitur ad communionem, sed et conductio integræ rei manet et obligatio incorrupta ; ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur ; l. 26, §. 4, ff. de conduct. indeb.*

175. Il en est autrement, lorsque me croyant débiteur d'une somme d'argent plus grande que celle dont j'étois effectivement débiteur, j'ai donné des choses fongibles en paiement de la somme que je croyois devoir : le même inconvénient, en ce cas, ne se rencontre pas ; c'est pourquoi je répéterai une partie des choses fongibles que j'ai payées, par proportion à ce que je croyois devoir de plus que je ne dois effectivement : *Si pecuniam debens, oleum dedecrim pluris pretii, quasi plus debens... superfluum olei esse repetendum, non totum, et ob hoc peremptam esse obligationem ; d. l. 26, §. 5.*

176. L'action *conductio indebiti*, et l'obligation d'où elle naît, ayant pour objet la même chose *in individuo* qui a été payée, lorsque le paiement n'a pas été un paiement de choses fongibles, c'est une conséquence que cette action et l'obligation d'où elle naît, doivent s'éteindre, lorsque la chose qui en est l'objet vient à périr, ou devient hors de commerce. C'est un principe commun à toutes les obligations d'une chose certaine et déterminée, comme nous l'avons amplement établi en notre *Traité des Obligations, part. 3, chap. 6.*

Observez néanmoins une différence entre celui qui savoit que la chose qu'on lui a payée par erreur, ne lui étoit pas due, et celui qui croyoit de bonne foi qu'elle lui étoit due.

Le premier n'est libéré de son obligation de rendre la chose, par la perte de cette chose, ou lorsqu'elle est devenue hors de commerce, que lorsque cela est arrivé sans son fait, et sans aucune faute de sa part, par une force majeure qui eût pareillement causé la perte de cette chose à celui qui l'a donnée en paiement, quand même il ne l'aurait pas donnée en paiement. Mais celui qui a cru de bonne foi que la chose qui lui a été payée étoit due, est libéré de l'obligation de la rendre, de quelque manière que la chose soit périée, ou devenue hors de commerce; car, comme nous l'avons déjà vu ci-dessus, n. 166, on ne peut lui imputer aucune faute à l'égard de cette chose.

Paul nous donne un exemple de cette distinction en la loi 65, §. 8, ff. de cond. indeb. : *Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumiseris; si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus*; parceque c'est par votre fait que la chose que vous me deviez rendre est devenue hors de commerce : *si nesciens, non teneberis*, quoique ce soit par votre fait, que cette chose, que vous étiez obligé de me rendre, soit devenue hors de commerce, et hors d'état par conséquent de pouvoir m'être rendue; car votre bonne foi, et l'ignorance où vous étiez que la chose devoit m'être rendue, empêchent qu'on ne puisse vous imputer ce fait.

Observez ce que Paul ajoute à la fin de cette loi, que vous êtes néanmoins obligé de me faire raison de tout le bénéfice que vous avez eu du droit de patronage que vous avez retenu sur cet esclave, tant par rapport aux services qu'il vous a rendus, que par rapport à la succession que vous avez recueillie par droit de patronage : *Sed propter operas ejus liberti (teneberis), et ut hæreditatem ejus restituas*.

De là on doit tirer une maxime, que quoique celui à qui on a payé par erreur une chose qu'il croyoit lui être due, soit libéré de l'obligation de la rendre, lorsqu'elle est périée ou devenue hors de commerce, il demeure néanmoins obligé à faire raison à celui qui l'a payée, de tout le profit qu'il a eu de cette chose : c'est une suite de la règle d'équité qui ne permet pas qu'il s'enrichisse par le

504 TRAITÉ DE L'ACTION CONDICTIO INDEBITI,
paiement qui lui a été fait, aux dépens de celui qui le lui a
fait.

177. Lorsque la chose qui a été payée par erreur à quel-
qu'un, qui croyoit qu'elle lui étoit due, existe, à la vérité,
mais n'est plus en sa possession, *putà*, parcequ'il l'a ven-
due; n'étant tenu de l'action *condictio indebiti* que *qua-
tenus locupletior est*, il n'est pas tenu de rendre la chose
qu'il n'a plus; il lui suffit de rendre le prix qu'il l'a ven-
due, et les fruits qu'il en a perçus avant qu'il l'ait vendue,
quand même il l'auroit vendue à vil prix. C'est ce que nous
enseigne Ulpien : *Solvi tibi hominem indebitum, et hunc
sine fraude modico distraxisti; nempè hoc solum refun-
dere debes, quod ex pretio habes*; l. 26, §. 12, ff. de cond.
indeb.

Si celui à qui la chose a été payée par erreur, l'a voit
vendue à si vil prix, qu'il y eût lieu à la restitution pour
cause de lésion d'outre moitié du juste prix, il seroit en
outre obligé de céder son action rescisoire contre l'ache-
teur, à celui qui la lui a payée par erreur, pour, par ce-
lui-ci, l'exercer à ses propres risques.

Lorsque celui à qui la chose a été payée par erreur, a
connoissance qu'elle ne lui est pas due, il ne peut pas,
en la vendant, se décharger de son obligation de la ren-
dre à celui qui la lui a payée; et comme il ne peut plus
remplir son obligation, parcequ'il n'a plus la chose, il est
tenu de tous les dommages et intérêts de celui à qui il
devoit la rendre, résultants de ce qu'elle ne lui a pas été
rendue.

ARTICLE VII.

Si le paiement par erreur peut donner une action contre les tiers
détenteurs de la chose payée par erreur.

178. Celui qui paie à quelqu'un, par erreur, une chose
qu'il croit lui devoir, a la volonté de lui en transférer le
domaine par la tradition qu'il lui en fait; celui à qui elle
est payée, a pareillement la volonté d'en acquérir le do-
maine : ce concours de leurs volontés suffit, avec la tradi-
tion, pour la translation de la propriété. Le paiement fait

par erreur contient donc une aliénation que celui qui paie une chose, quoique par erreur, fait de la chose qu'il paie à celui à qui il la paie. Celui qui l'a payée cesse donc d'en être le propriétaire; il ne peut donc avoir la revendication de cette chose, cette action étant attachée à la propriété de la chose qu'il n'a plus; il n'a que l'action *condictio indebiti*, qui naît de l'obligation personnelle que celui à qui la chose a été payée, a, par le paiement, contractée de la lui rendre, laquelle action, selon la nature des actions personnelles, ne se donne que contre celui qui a contracté l'obligation, et ses héritiers, ou autres successeurs universels: il n'a donc aucune action contre les tiers détenteurs de la chose.

Hæc ità stricto jure: mais l'erreur par laquelle il a fait le paiement peut être quelquefois une juste cause pour rescinder ce paiement et l'aliénation qu'il renferme, et pour donner en conséquence à celui qui l'a fait, comme étant (au moyen de cette rescision) réputé propriétaire de la chose, une action *utilis in rem* pour la revendiquer contre le tiers qui la possède.

179. Je pense que cette action rescisoire ou *utilis in rem*, doit être accordée à celui qui a payé une chose par erreur, contre un tiers qui la possède à titre lucratif, *putà* par la donation entre vifs ou par le legs que lui en a fait celui à qui elle a été payée par erreur. L'action est fondée, en ce cas, sur la règle d'équité qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, ni par conséquent que ce donataire ou légataire, *qui certat de lucro captando*, profite de la chose payée qui lui a été donnée ou léguée, aux dépens de celui qui l'a payée par erreur, *qui certat de vitando damno quod ex hujus rei indebitæ solutione sensit*.

Il en doit être autrement de celui qui a acheté de bonne foi la chose payée par erreur. Il n'est pas dans le cas de la règle qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'un autre, puisqu'il a payé le prix de cette chose qu'il a légitimement acquise: on ne doit donc pas donner d'action contre ce tiers détenteur; et on doit renvoyer celui qui a payé la chose par erreur, à se pourvoir contre celui à qui il l'a payée, pour répéter de lui le prix qu'il l'a vendue.

506 TRAITÉ DE L'ACTION CONDUCTIO INDEBITI.

Mais si celui qui a acheté la chose payée par erreur en avoit eu connoissance en l'achetant, il devoit être sujet à l'action rescisoire, sans qu'il pût rien répéter contre son vendeur, que le prix qu'il lui a payé; car ayant connu le vice de la chose, il ne peut prétendre aucuns dommages et intérêts; voyez notre *Traité du Contrat de Vente*, n. 187.

FIN DU TRAITÉ DE L'USURE
ET DU TOME CINQUIÈME.