Cours analytique de Code civil / par A.-M. Demante,... ; [puis] continué depuis l'article 980, par E. Colmet de [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Demante, Antoine-Marie. Cours analytique de Code civil / par A.-M. Demante,... ; [puis] continué depuis l'article 980, par E. Colmet de Santerre,.... 1849-1884.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

COURS ANALYTIQUE

DE

CODE NAPOLEON.

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE HENRI PLON, IMPRIMEUR DE L'EMPEREUR,
RUE GARANCIÈRE, 8.

C 4

COURS ANALYTIQUE

DE

CODE NAPOLÉON

PAR

A. M. DEMANTE,

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
ANCIEN MEMBRE DES ASSEMBLÉES NATIONALES,

CONTINUÉ DEPUIS L'ARTICLE 980

PAR

E. COLMET DE SANTERRE,

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE,
PROFESSEUR DE CODE NAPOLÉON A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

TOME CINQUIÈME.

ART. 1101 — 1386.

PARIS,

HENRI PLON, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

RUE GARANCIÈRE, 8.

1865

SOMMAIRES.

LIVRE III.

TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

	Pages
1. Définition des obligations (1).	1
1 *bis*. I. Développement.	2
1 *bis*. II. Comparaison des devoirs et des obligations.	*ib.*
1 *bis*. III. Obligations civiles. — Obligations naturelles.	*ib.*
1 *bis*. IV. La nécessité légale de respecter le droit d'autrui ne se confond pas avec l'obligation.	3
2. Les contrats sont une des sources des obligations. **Art. 1101.**	*ib.*
2 *bis*. Le mot obligation n'est pas synonyme du mot contrat.	*ib.*
3. Définition des contrats et des conventions.	4
3 *bis*. I. Développement.	5
3 *bis*. II. Les contrats peuvent produire des obligations réciproques.	*ib.*
3 *bis*. III. Sens du mot *donner* dans la définition de l'obligation.	*ib.*
4. Diverses classes de contrats.	6
5. Contrats synallagmatiques et unilatéraux. **Art. 1102, 1103.**	*ib.*
5 *bis*. I. Intérêt de la distinction.	*ib.*
5 *bis*. II. Contrats synallagmatiques imparfaits.	7
6. Contrats commutatifs et aléatoires. **Art. 1104.**	*ib.*
6 *bis*. Double définition des contrats aléatoires donnée par les articles 1104 et 1964.	*ib.*
7. Contrats à titre gratuit et à titre onéreux. **Art. 1105, 1106.**	9
7 *bis*. Les contrats à titre onéreux peuvent être unilatéraux.	*ib.*
8. Classification des diverses espèces de contrats déjà énumérées.	*ib.*

(1) Les paragraphes imprimés en gros caractères sont la reproduction du *Programme du cours de Droit civil* de M. Demante; les paragraphes portant les nos *bis* sont l'œuvre de M. Colmet de Santerre.

8 *bis*. Intérêt des distinctions précédentes. 9
9. Contrats solennels, réels et consensuels. 10
9 *bis*. I. Contrats solennels. 11
9 *bis*. II. Contrats réels. *ib*.
10. Contrats innommés. **Art. 1107**. 12
11. Renvoi aux règles spéciales sur les divers contrats. *ib*.
11 *bis*. Choses essentielles, naturelles, accidentelles aux divers contrats. 13
12. Règles applicables aux contrats innommés. *ib*.

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS ESSENTIELLES A LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

13. Quatre conditions essentielles. **Art. 1108**. *ib*.
13 *bis*. I. Pourquoi la rubrique du chapitre parle des conventions et non des contrats. 14
13 *bis*. II. Les quatre conditions énumérées ne sont pas toutes également essentielles. *ib*.

SECTION I.

Du consentement.

14. Vices du consentement. **Art. 1109**. 15
14 *bis*. La loi ne traite pas de l'absence du consentement. *ib*.
15. Différents cas d'erreur. *ib*.
16. Erreur sur la substance de la chose. **Art. 1110**, 1^er^ al. *ib*.
16 *bis*. I. Erreur sur la nature du contrat. — Sur la cause. — Sur l'identité de la chose. *ib*.
16 *bis*. II. Qu'est-ce que la substance de la chose? 16
16 *bis*. III. Il n'est pas nécessaire que l'erreur sur la substance soit commune aux deux parties. 18
16 *bis*. IV. Restriction pour le cas où l'une des parties est en faute de ne pas s'être expliquée. 19
16 *bis*. V. La théorie de l'erreur sur la substance doit être généralisée. 20
17. Erreur sur la personne. **Art. 1110**, 2^e^ al. 21
17 *bis*. I. Contrats dans lesquels il faut tenir compte de l'erreur sur la personne. *ib*.
17 *bis*. II. Transaction. 22
17 *bis*. III. Erreur sur certaines qualités du contractant. 23
18. Erreur sur le motif du contrat. *ib*.
18 *bis*. Renvoi. *ib*.
19. Erreur produite par le dol. *ib*.
20. Vice de violence. **Art. 1111**. 24
20 *bis*. Volonté viciée par la crainte résultant d'actes qui n'avaient pas pour but de déterminer la partie à contracter. *ib*.

21-22. Caractères que doit réunir la violence pour constituer un vice du consentement. **Art. 1112.** 25
22 *bis*. I. Développement. 26
22 *bis*. II. Suite. 27
22 *bis*. III. Le vice de violence peut quelquefois résulter de l'emploi de voies légales de contrainte. *ib*.
23. Violence pratiquée sur les proches parents de la partie. **Art. 1113.** 28
23 *bis*. L'énumération de personnes contenue dans l'article n'est pas limitative. *ib*.
24. Crainte révérentielle. **Art. 1114.** *ib*.
25. Caractère de la nullité résultant de la violence. **Art. 1115.** *ib*.
26. Vice de dol. **Art. 1116.** 29
26 *bis*. Théorie du dol. *ib*.
27. Les vices d'erreur, violence ou dol rendent la convention annulable. **Art. 1117.** 30
27 *bis*. I. Différences entre les obligations nulles et les obligations annulables. *ib*.
27 *bis*. II. L'absence complète de consentement produit la nullité radicale. *ib*.
27 *bis*. III. Conséquence de la nullité de la convention par rapport aux tiers. 31
28. Vice de lésion. **Art. 1118.** 33
28 *bis*. Développement. *ib*.
29. On ne peut s'engager ni stipuler pour autrui. **Art. 1119.** *ib*.
29 *bis*. Sens des deux propositions contenues dans l'article. 34
30. Stipulations et promesses faites par des mandataires ou des gérants d'affaires. 35
31. On peut se porter fort pour autrui. **Art. 1120.** *ib*.
31 *bis*. I. Sens de cette convention. 36
31 *bis*. II. Utilité de cette convention. *ib*.
31 *bis*. III. Interprétation de conventions qui se rapprochent de celle-ci. 37
32. Engagement des commettants par les préposés. 38
32 *bis*. Développement. 39
33. Cas où la stipulation au profit d'un tiers est valable. **Art. 1121.** *ib*.
33 *bis*. I. Dans les hypothèses indiquées, l'obligation est valable parce qu'elle n'est pas dénuée de sanction. 40
33 *bis*. II et III. Autres hypothèses. *ib*.
33 *bis*. IV. Effets de la convention à l'égard du tiers. 41
33 *bis*. V. Ces conventions ne sont pas soumises aux formes des donations. 42
33 *bis*. VI. L'offre faite au tiers peut être révoquée. — Par qui? 43
33 *bis*. VII. Conséquences de la révocation. *ib*.
33 *bis*. VIII. Effet de la mort du stipulant ou du tiers sur la stipulation au profit d'un tiers. 44

34. Effets des conventions à l'égard des héritiers et ayants-cause **Art. 1122.** 44
34 *bis*. I. L'article s'applique aux promesses comme aux stipulations. 45
34 *bis*. II. L'article s'applique aux héritiers et ayants-cause à titre universel. *ib.*
34 *bis*. III. Distinction quant aux ayants-cause à titre particulier. *ib.*
34 *bis*. IV. Peut-on restreindre l'effet d'une promesse à l'un des héritiers? 47
34 *bis*. V. Peut-on restreindre l'effet d'une stipulation? *ib.*
34 *bis*. VI. Appréciation de l'intention. 48
34 *bis*. VII. Les droits et obligations peuvent être intransmissibles aux héritiers et ayant-cause. 49

SECTION II.

De la capacité des parties contractantes.

35. La capacité est de droit commun. **Art. 1123.** *ib.*
36. Énumération des incapables. **Art. 1124.** *ib.*
36 *bis*. Renvoi. 50
37. Incapacités particulières à certains contrats. *ib.*
38. Les contrats faits par les incapables sont annulables. *ib.*
39. L'incapable seul peut invoquer la nullité. **Art. 1125.** 51
39 *bis*. Absence complète du consentement d'une des parties. *ib.*

SECTION III.

De l'objet et de la matière des contrats.

40. Objet des contrats et des obligations. **Art. 1126.** *ib.*
41. **Art. 1127.** 52
42. **Art. 1128.** *ib.*
42 *bis*. Énumération des choses qui ne sont pas dans le commerce. *ib.*
43. L'objet dû doit être déterminé. **Art. 1129.** 53
43 *bis*. I. Motif de l'article. *ib.*
43 *bis*. II. Corps certains. — Quantités. 54
43 *bis*. III. Détermination de la quotité ou de la quantité. 55
44. L'objet peut être une chose future. **Art. 1130,** al. 1er. *ib.*
44 *bis*. Distinction entre une chose future et la chance d'une chose future. *ib.*
45. Prohibition des conventions sur les successions futures. **Art. 1130,** al. dernier. 56
45 *bis*. Motifs de l'article. *ib.*

SECTION IV.

De la cause.

46. Notion de la cause. 57
46 *bis*. I. Distinction entre la cause de l'obligation et le motif du contrat. *ib.*
46 *bis*. II. Différentes causes des obligations. 58
47. Obligation sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite. **Art. 1131.** *ib.*
47 *bis*. I. L'obligation sans cause ne se confond pas avec l'obligation sur fausse cause. 59
47 *bis*. II. Cas où la cause apparente est fausse, mais où il existe une cause. 60
48. Défaut d'expression de la cause dans l'acte qui prouve l'engagement. **Art. 1132.** *ib.*
48 *bis*. Qui doit prouver l'existence ou l'inexistence de la cause. *ib.*
49. Cause illicite. **Art. 1133.** 62
49 *bis*. I. Cause illicite dans les contrats synallagmatiques. *ib.*
49 *bis*. II. La cause est-elle illicite quand la promesse a pour but d'obtenir l'exécution d'une obligation ou l'accomplissement d'un devoir? 63
49 *bis*. III. L'absence d'une cause licite produit la nullité radicale de l'obligation. 64
49 *bis*. IV. La partie qui a exécuté une obligation sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite peut répéter. *ib.*

CHAPITRE III.

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.

SECTION I.

Dispositions générales.

50. **Art. 1134 et 1135.** 66
50 *bis*. Objet du chapitre. *ib.*
51. Division. 67

SECTION II.

De l'obligation de donner.

52. Obligation de donner. **Art. 1136.** *ib.*
52 *bis*. I. Divers sens du mot donner. *ib.*
52 *bis*. II. Il faut distinguer les obligations de donner un corps certain et celles de donner une quantité. 68
53. L'obligation de donner emporte celle de livrer et de conserver la chose. *ib.*

54. Étendue de l'obligation de veiller à la conservation de la chose. **Art. 1137.** 69
54 *bis*. I. Théorie du Code civil sur les fautes. *ib.*
54 *bis*. II. Exception à la règle générale. 72
54 *bis*. III. Responsabilité dans les contrats innommés. *ib.*
54 *bis*. IV. La théorie de l'article 1137 est générale. 73
55. **Art. 1138.** *ib.*
55 *bis*. I. L'article suppose que l'obligation a pour objet un corps certain. *ib.*
55 *bis* II. La convention transfère la propriété. 74
55 *bis*. III. Comment l'article 1138 a énoncé cette règle. *ib.*
55 *bis*. IV. Sens des mots *dès l'instant où la chose a dû être livrée*. 76
56. Application aux immeubles de l'article 1138. **Art. 1140.** 77
56 *bis*. I. Ancien droit. *ib.*
56 *bis*. II. La publicité des mutations de propriété n'est pas consacrée par le Code civil. 78
56 *bis*. III. Art. 834 du Code de procédure. *ib.*
56 *bis*. IV. Loi du 23 mars 1855. — Transcription. 79
56 *bis*. V. Entre quelles personnes il reste vrai que la propriété des immeubles est transférée par la convention. *ib.*
56 *bis*. VI. Quelles personnes peuvent opposer le défaut de transcription d'après la loi de 1855. 80
57. Translation de la propriété des meubles. **Art. 1141.** *ib.*
57 *bis*. I. Hypothèse régie par l'article. 81
57 *bis*. II. Consacre-t-il le principe de la tradition? *ib.*
57 *bis*. III. L'article 1141 est une application de l'article 2279. 82
57 *bis*. IV. Intérêt de l'explication précédente. 83
58. **Art. 1139.** 84
58 *bis*. I. Qui supporte les risques de la chose due. *ib.*
58 *bis*. II. Suite. 85
58 *bis*. III. Motifs de la règle. *ib.*
58 *bis*. IV. Elle ne se rattache pas à la décision sur l'acquisition de la propriété. *ib.*
58 *bis*. V. Intérêt de cette observation. 86
58 *bis*. VI. La règle change si le débiteur est en demeure. 87
58 *bis*. VII. D'où peut résulter la demeure. *ib.*

SECTION III.

De l'obligation de faire ou de ne pas faire.

59. **Art. 1142.** 88
60. **Art. 1143, 1144.** *ib.*
60 *bis*. I. L'obligation de faire ne se résout pas toujours en dommages et intérêts. *ib.*
60 *bis*. II. Même observation quant aux obligations de ne pas faire. 89
60 *bis*. III. Suite. 90

60 *bis*. IV. L'obligation de faire peut être immobilière. 90
64. **Art. 1145.** 94

SECTION IV.

Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.

62. L'inexécution entraîne obligation à des dommages et intérêts. **Art. 1146.** *ib.*
62 *bis*. I. Notions générales sur les dommages et intérêts. *ib.*
62 *bis*. II. Il faut que le débiteur soit en demeure. 92
62 *bis*. III. Cas de demeure ajouté à ceux précédemment indiqués. *ib.*
62 *bis*. IV. Renvoi à l'article 1145. 93
63. **Art. 1147.** *ib.*
64. **Art. 1148.** *ib.*
64 *bis*. I. Ce qu'il faut entendre par l'inexécution provenant du cas fortuit. *ib.*
64 *bis*. II. Deux espèces de dommages et intérêts. 94
65. **Art. 1149.** *ib.*
65 *bis*. Les dommages et intérêts peuvent se décomposer en deux éléments. *ib.*
66. Différence entre le débiteur qui manque à ses engagements par dol ou sans dol. **Art. 1150.** 95
66 *bis*. I. Développement. *ib.*
66 *bis*. II. Dommages prévus et imprévus. 96
66 *bis*. III. Pour que le dommage soit prévu, il n'est pas nécessaire que son chiffre ait été prévu. *ib.*
66 *bis*. IV. Opinion de Pothier rejetée. 97
67. Le débiteur ne doit pas la réparation du dommage produit indirectement par l'inexécution: **Art. 1151.** 98
67 *bis*. Développement. *ib.*
68. Clause pénale. **Art. 1152.** 99
68 *bis*. Le Code, contrairement à l'opinion de Pothier, n'admet pas que les juges puissent modérer la clause pénale. *ib.*
69-70. Dommages et intérêts en matière de somme d'argent. **Art. 1153.** 100
70 *bis*. I. Différents objets traités par l'article. *ib.*
70 *bis*. II. Difficulté d'estimer le dommage causé par le retard dans le payement d'une somme d'argent. *ib.*
70 *bis*. III. Exception à la règle sur la fixation uniforme des dommages et intérêts. 101
70 *bis*. IV. Une convention de clause pénale ne peut déroger à la règle. 102
70 *bis*. V. Les intérêts moratoires sont dus sans que le créancier justifie d'une perte. 103
70 *bis*. VI. Règle sur la mise en demeure. *ib.*
70 *bis*. VII. Assignation nulle en la forme ou devant un tribunal incompétent. 104

70 *bis*. VIII. La demande d'intérêts doit-elle être formée dans l'assignation? 104
71. De l'anatocisme. **Art. 1154.** 106
71 *bis*. I. Notion de l'anatocisme. — Ancien droit. *ib.*
71 *bis*. II. Dangers de l'anatocisme. *ib.*
71 *bis*. III. Trois conditions pour que la loi permette l'anatocisme. 107
71 *bis*. IV. Convention d'anatocisme ayant pour objet des intérêts dus pour moins d'une année. 109
71 *bis*. V. On peut capitaliser des intérêts dus pour 15 ou 18 mois. 110
72. **Art. 1155.** 111
72 *bis*. I. Motif de l'article. *ib.*
72 *bis*. II. Les revenus dont parle l'article peuvent être capitalisés par convention avant l'échéance. *ib.*

SECTION V.

De l'interprétation des conventions.

73. Quand il y a lieu à interpréter les conventions. 112
74. Il faut rechercher l'intention. **Art. 1156.** *ib.*
75. **Art. 1157-1161.** 113
76. **Art. 1162.** *ib.*
77. **Art. 1163.** 114
78. **Art. 1164.** *ib.*
79. Les articles de cette section ne contiennent pas des règles impératives. *ib.*
79 *bis*. Si la Cour de cassation peut casser un jugement ou un arrêt contenant une interprétation de volontés. *ib.*

SECTION VI.

De l'effet des conventions à l'égard des tiers.

80. **Art. 1165.** 116
80 *bis*. I. Comment entendre l'expression : parties contractantes. *ib.*
80 *bis*. II. Exception à la règle de l'article 1165. *ib.*
81. Les créanciers peuvent exercer les droits de leur débiteur. **Art. 1166.** 117
81 *bis*. I. L'article ne déroge pas à l'article 1165. 118
81 *bis*. II. Le droit des créanciers a pour base leur droit de gage sur les biens du débiteur. — Conséquences. *ib.*
81 *bis*. III. Le créancier à terme peut-il se prévaloir de l'article 1166? 119
81 *bis*. IV. Le débiteur doit-il être mis en demeure d'exercer ses droits? 120
81 *bis*. V. Les créanciers ont-ils besoin pour exercer les droits du débiteur d'en obtenir l'autorisation judiciaire? *ib.*

81 *bis*. VI. Conséquences de l'exercice des droits du débiteur par les créanciers. 123
81 *bis*. VII. Action directe accordée à certains créanciers. 124
81 *bis*. VIII. Droits exclusivement attachés à la personne. *ib.*
81 *bis*. IX. Suite. 125
81 *bis*. X. Les actions en nullité de convention peuvent être intentées par les créanciers. 126
82. Les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. **Art. 1167.** 127
82 *bis*. I. L'action des créanciers s'appelle action révocatoire ou Paulienne. *ib.*
82 *bis*. II. Les créanciers se plaignent d'une atteinte portée à leurs droits de gage. — Conséquences. 128
82 *bis*. III. Actes qui peuvent être attaqués. *ib.*
82 *bis*. IV. Suite. 131
82 *bis*. V. Quels créanciers ont l'action révocatoire. *ib.*
82 *bis*. VI. La fraude suppose un préjudice causé et l'intention de causer ce préjudice. 132
82 *bis*. VII. Préjudice causé aux créanciers. *ib.*
82 *bis*. VIII. Intention. *ib.*
82 *bis*. IX. Les actes à titre gratuit sont soumis à la règle générale, ils ne peuvent être révoqués pour simple préjudice. 133
82 *bis*. X. Les renonciations peuvent être révoquées pour simple préjudice. 134
82 *bis*. XI. Distinction entre les actes gratuits et les actes onéreux quant à la bonne ou la mauvaise foi de la partie qui profite de l'acte frauduleux. 135
82 *bis*. XII. Les créanciers peuvent agir contre l'ayant-cause de celui qui a profité au premier degré de l'acte frauduleux. 137
82 *bis*. XIII. Effets de la révocation. — L'acte est réputé non avenu, et le bien redevient le gage des créanciers. 138
82 *bis*. XIV. Les effets de la révocation ne sont pas relatifs. — Elle profite à tous les créanciers. *ib.*
82 *bis*. XV. Même à certains créanciers qui n'auraient pas pu intenter l'action. 140
82 *bis*. XVI. L'acte révoqué conserve ses effets entre les parties qui l'avaient fait. 141
82 *bis*. XVII. L'action révocatoire dure trente ans. *ib.*
82 *bis*. XVIII. Il n'y a pas lieu à la prescription par dix ou vingt ans. *ib.*
82 *bis*. XIX. L'article 2279 est inapplicable dans l'espèce. 142
83. **Art. 1167**, al. dern. *ib.*

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

SECTION I.

Des obligations conditionnelles.

84. **Art. 1168.** 143
84 *bis*. Condition suspensive. — Condition résolutoire. *ib.*

§ Ier.

De la condition en général et de ses diverses espèces.

85. Division. 144
86. Sens du mot condition. *ib.*
86 *bis*. Développement. — L'événement déjà arrivé, mais inconnu, n'est point une condition. *ib.*
87. Événement futur et certain. 145
88. Renvoi. *ib.*
89. Conditions positives et négatives. *ib.*
89 *bis*. Développement. *ib.*
90. Conditions casuelles, potestatives et mixtes. **Art. 1169, 1170, 1171.** 146
90 *bis*. I. Condition mixte. *ib.*
90 *bis*. II. Intérêt de la distinction des trois espèces de conditions. 147
91. Liberté des conventions en matière de conditions. *ib.*
92. Condition impossible ou illicite. **Art. 1172.** 148
92 *bis*. Distinction quant à la condition illicite. *ib.*
93. Condition négative impossible. **Art. 1173.** 149
93 *bis*. I. Condition négative illicite. — Distinction. *ib.*
93 *bis*. II. Condition résolutoire impossible ou illicite. 150
94. Obligation sous une condition potestative. **Art. 1174.** 151
94 *bis*. I. L'article 1174 traite de la condition purement potestative. *ib.*
94 *bis*. II. Interprétation de la condition : quand je voudrai. 152
94 *bis*. III. L'article s'applique à la condition résolutoire. *ib.*
94 *bis*. IV. Dans un contrat synallagmatique, une des parties peut promettre sous une condition purement potestative. 153
95. Accomplissement des conditions. **Art. 1175.** *ib.*
95 *bis*. Exemple. *ib.*
96. **Art. 1176, 1177.** 154
96 *bis*. I. Interprétation de volonté. *ib.*
96 *bis*. II. Les articles 1176 et 1177 ne peuvent pas être appliqués sans examen aux conditions potestatives. 155

97. **Art. 1178.** 156
97 *bis*. I. Motif de l'article. *ib.*
97 *bis*. II. L'article est inapplicable quand la condition est potestative de la part du débiteur. 157
98. Effet rétroactif des conditions. **Art. 1179.** *ib.*
98 *bis*. I. Intérêt de la rétroactivité. *ib.*
98 *bis*. II. L'effet rétroactif des conditions ne s'applique pas aux jouissances ni aux fruits. 158
99. Le créancier conditionnel peut faire des actes conservatoires. **Art. 1180.** 159
99 *bis*. I. Actes conservatoires. *ib.*
99 *bis*. II. Les saisies et même la saisie-arrêt ne sont pas des actes conservatoires. 160

§ 2.

De la condition suspensive.

100. **Art. 1181.** 161
100 *bis*. I. Renvoi. *ib.*
100 *bis*. II. Le créancier sous condition suspensive a un droit. *ib.*
100 *bis*. III. Les conventions sous condition transfèrent la propriété. 162
101. Question des risques. **Art. 1182.** 163
101 *bis*. I. Perte de la chose due quand le contrat est unilatéral. *ib.*
101 *bis*. II. Contrat synallagmatique, perte totale. *ib.*
101 *bis*. III. Détérioration. 165
101 *bis*. IV. Perte par la faute du débiteur. 166
101 *bis*. V. Détérioration par la faute du débiteur. *ib.*

§ 3.

De la condition résolutoire.

102. **Art. 1183.** *ib.*
102 *bis*. I. Double effet de la condition résolutoire. 167
102 *bis*. II. Droits des parties avant et après l'arrivée de la condition résolutoire. *ib.*
102 *bis*. III. Actes d'administration faits par le débiteur. 168
102 *bis*. IV. Question des risques. *ib.*
103. Dérogation conventionnelle aux règles sur la condition résolutoire. 170
104. Condition résolutoire tacite. **Art. 1184.** *ib.*
104 *bis*. I. Comparaison avec la condition résolutoire expresse. 171
104 *bis*. II. Jusqu'à quel moment la partie peut opter entre l'exécution et la résolution. 172
105. Conventions relatives à la résolution pour inexécution. *ib.*
105 *bis*. I. Stipulation de résolution. *ib.*
105 *bis*. II. Stipulation que la résolution aura lieu de plein droit. 173

105 *bis*. III. Stipulation que la résolution aura lieu sans sommation. 174
105 *bis*. IV. Prescription de l'action en résolution pour inexécution. *ib*.
105 *bis*. V. Action en revendication après l'arrivée de la condition résolutoire expresse. 175
105 *bis*. VI. Résolution contre les tiers. *ib*.

SECTION II.

Des obligations à terme.

106. Notion du terme. 176
107. Terme suspensif. — Terme résolutoire. **Art. 1185.** *ib*.
107 *bis*. Terme de droit. — Terme de grâce. 177
108. **Art. 1186.** *ib*.
108 *bis*. I. Jusqu'à quel moment le débiteur jouit du bénéfice du terme. *ib*.
108 *bis*. II. Impossibilité de répéter ce qui a été payé avant le terme. — Même par erreur. *ib*.
109. Le créancier peut faire des actes conservatoires. 180
109 *bis*. Il ne peut demander une condamnation dont l'effet serait retardé jusqu'après l'échéance. *ib*.
110. Terme en faveur du créancier. — Ou en faveur des deux parties. **Art. 1187.** *ib*.
110 *bis*. Exemples. *ib*.
111. Déchéance du terme. **Art. 1188.** 181
111 *bis*. I. Faillite et déconfiture. *ib*.
111 *bis*. II. Diminution des sûretés. 182
111 *bis*. III. Les sûretés peuvent être détruites par des actes de disposition. 183
111 *bis*. IV. Aliénation d'un immeuble hypothéqué. *ib*.
112. Déchéance du terme de grâce. 184
112 *bis*. L'art. 124 du Code de procédure ne s'applique pas au terme de droit. *ib*.
113. Terme résolutoire. *ib*.
113 *bis*. Exemples. 185

SECTION III.

Des obligations alternatives.

114. Notion de l'obligation alternative. *ib*.
114 *bis*. Exemples. *ib*.
115. Distinction entre les obligations alternatives et certaines autres obligations. *ib*.
115 *bis*. I. Conséquences du caractère spécial des obligations alternatives. 186
115 *bis*. II. Obligations facultatives. 187

115 *bis*. III. Exemples d'obligation alternative. 188
115 *bis*. IV. Différence entre l'obligation alternative et l'obligation conditionnelle. *ib*.
115 *bis*. V. Renvoi. 189
115 *bis*. VI. Propriété sous l'alternative. *ib*.
116. **Art. 1189.** 190
117. **Art. 1190.** *ib*.
117 *bis*. Livraison par erreur des deux choses promises. 191
118. **Art. 1191.** *ib*.
118 *bis*. I. Cas où il est intéressant d'établir que l'option est indivisible. *ib*.
118 *bis*. II. Désaccord des débiteurs ou des créanciers quant à l'exercice du droit d'option. 192
119. **Art. 1192.** 193
119 *bis*. Convention sous l'alternative déguisant une clause pénale contraire à l'article 1227. *ib*.
120. Question des risques. **Art. 1193.** 194
120 *bis*. Perte de l'une des choses ou de toutes les choses en supposant le choix au débiteur. *ib*.
121. Cas où le choix appartenait au créancier. **Art. 1194.** 196
121 *bis*. I. Développement et motif. *ib*.
121 *bis*. II. Perte par le fait du débiteur. 198
121 *bis*. III. Aliénation d'une des choses promises. 199
122. Perte de toutes les choses par le fait du débiteur. *ib*.
123. Perte de toutes les choses sans le fait du débiteur. **Art. 1195.** *ib*.
124. Comment s'exerce le droit d'option. *ib*.
124 *bis*. I. Développement. 200
124 *bis*. II. Irrévocabilité de l'option consommée. *ib*.
124 *bis*. III. Délivrance de l'une des choses par suite d'erreur. 201
124 *bis*. IV. Règle sur les payements périodiques. *ib*.
125. **Art. 1196.** *ib*.
126. Obligations de genre limité. *ib*.

SECTION IV.

Des obligations solidaires.

127. Solidarité. 202
127 *bis*. I. Définition de la solidarité. *ib*.
127 *bis*. II. Renvoi. *ib*.

§ 1er.

De la solidarité entre les créanciers.

128. **Art. 1197.** 203
128 *bis*. I. Utilité de la solidarité entre créanciers. *ib*.

128 *bis*. II. Le bénéfice de l'obligation est partageable entre les créanciers. 204
128 *bis*. III. La solidarité active doit résulter du titre. *ib*.
129. **Art. 1198,** 1er alin. 205
129 *bis*. Le débiteur peut payer à l'un des créanciers. *ib*.
130. **Art. 1198,** 2e alin. 206
130 *bis*. I. Remise déguisée. *ib*.
130 *bis*. II. Délation du serment. *ib*.
130 *bis*. III. Novation. — Transaction. — Compromis. 207
130 *bis*. IV. Compensation. — Confusion. 208
130 *bis*. V. Confusion. 209
131. **Art. 1199.** 210
131 *bis*. I. La demande formée par un des créanciers fait courir les intérêts en faveur de tous. *ib*.
131 *bis*. II. Suspensions de prescription. 211

§ 2.

De la solidarité de la part des débiteurs.

132. Solidarité entre débiteurs. **Art. 1200.** *ib*.
132 *bis*. La solidarité ne se confond pas avec l'indivisibilité. *ib*.
133. Les codébiteurs solidaires ne sont pas des cautions mutuelles. 212
133 *bis*. Développement. *ib*.
134. **Art. 1201.** 213
134 *bis*. I. Débiteurs solidaires obligés dans des conditions différentes. *ib*.
134 *bis*. II. La solidarité peut résulter d'engagements contractés dans des actes différents. *ib*.
135. La solidarité ne se présume pas. **Art. 1202.** 214
135 *bis*. I. La solidarité peut résulter d'un testament. *ib*.
135 *bis*. II. Solidarité légale. — Solidarité imparfaite. *ib*.
135 *bis*. III. Suite. — Cas de solidarité imparfaite. 217
136. Le créancier peut poursuivre le débiteur qu'il veut choisir. — **Art. 1203.** 218
136 *bis*. I. Pourquoi le codébiteur actionné ne peut pas opposer le bénéfice de division. *ib*.
136 *bis*. II. Le codébiteur peut cependant opposer l'exception de l'art. 175 du Code de procédure. 219
136 *bis*. III. Division de la dette solidaire entre les héritiers d'un co-débiteur décédé. *ib*.
137. **Art. 1204.** 220
137 *bis*. Pourquoi l'art. 1204 a été rédigé. *ib*.
138. Les codébiteurs se représentent jusqu'à un certain point les uns les autres. 221
139. **Art. 1205.** *ib*.
139 *bis*. I. Conséquences et motifs de l'article. *ib*.
139 *bis*. II. L'article 1205 ne peut être appliqué quand il a été promis une clause pénale. 223

140. **Art. 1206.** 224
140 *bis*. Interruption de la prescription par des actes contre un des héritiers de l'un des débiteurs. *ib.*
141. **Art. 1207.** *ib.*
141 *bis*. I. Motif de l'article. *ib.*
141 *bis*. II. Application de l'article 1207 quand un des débiteurs est engagé purement et l'autre à terme ou sous condition. 225
142. Moyens de défense qui peuvent être opposés par les codébiteurs solidaires. **Art. 1208.** 226
142 *bis*. I. Division des moyens de défense. 227
142 *bis*. II. Payement. — Novation. — Remise. — Compensation. 229
142 *bis*. III. La compensation ne peut être même pour partie opposée par un codébiteur du chef d'un autre. 230
142 *bis*. IV. Perte. — Rescision. — Condition résolutoire. 233
142 *bis*. V. Prescription. *ib.*
143. Confusion. **Art. 1209.** 234
143 *bis*. I. Notion de la confusion et hypothèse prévue par l'article. 235
143 *bis*. II. Explication du texte de l'article. *ib.*
143 *bis*. III. Cas où le créancier décédé ou le débiteur décédé laisse plusieurs héritiers et où la confusion s'opère en la personne de l'un d'eux. 236
144. Remise de la solidarité. **Art. 1210.** 237
144 *bis*. I. Diverses espèces de remises où de renonciations du créancier à ses droits. — Remise de la dette, remise de la part. 238
144 *bis*. II. Remise de la solidarité. 239
144 *bis*. III. Il ne faut pas distinguer quant aux effets de la remise de solidarité si elle a ou non lieu à l'occasion d'un payement. 240
144 *bis*. IV. L'article 1210 est applicable nonobstant une convention contraire. 242
145. Remise tacite de solidarité. **Art. 1211.** *ib.*
145 *bis*. I. Remise résultant de la réception d'une part de la dette. 242
145 *bis*. II. Remise résultant d'une demande judiciaire. 243
145 *bis*. III. Application de l'article 1210 à la remise tacite. 244
146. Remise tacite de solidarité résultant de la réception divisée des intérêts pendant 10 ans. **Art. 1212.** *ib.*
146 *bis*. Développement. *ib.*
147. Entre les codébiteurs la dette se divise. 245
147 *bis*. I. Comment la dette se divise entre les codébiteurs. *ib.*
147 *bis*. II. Recours des codébiteurs les uns contre les autres. 246
147 *bis*. III. Le recours existe même quand la solidarité résulte de l'art. 55 du Code pénal. *ib.*
147 *bis*. IV. Mais en ce cas le recours n'est pas régi par les règles du mandat. 247
148. Le recours n'a pas lieu pour le tout. **Art. 1214,** al. 1er. *ib.*
148 *bis*. I. Cette décision se rattache aux règles sur la garantie. 248

148 *bis*. II. Elle s'appliquerait même au cas de subrogation légale. 249
149. Insolvabilité de l'un des codébiteurs. **Art. 1214**, alin. dern. *ib.*
149 *bis*. I. Répartition égale de la perte résultant d'une insolvabilité. *ib.*
149 *bis*. II. Répartition quand les débiteurs étaient inégalement intéressés dans l'obligation. 250
150. Application de l'article précédent quand l'un des codébiteurs a été déchargé de la solidarité. **Art. 1215.** *ib.*
150 *bis*. I. La perte résultant d'une insolvabilité est supportée par les codébiteurs déchargés de la solidarité, pour leur part. *ib.*
150 *bis*. II. Malgré cette décision, la remise de solidarité présente quelque intérêt pour le débiteur. 252
150 *bis*. III. Le créancier qui a fait la remise de solidarité peut agir contre le débiteur déchargé si tous les autres sont insolvables. *ib.*
150 *bis*. IV. Convention dérogeant à l'art. 1215. 253
151. **Art. 1216.** *ib.*
151 *bis*. I. Quand un seul des codébiteurs est intéressé à la dette, les autres sont entre eux comme des cofidéjusseurs. *ib.*
151 *bis*. II. A l'égard des créanciers, les codébiteurs sont réputés également intéressés. 254

SECTION V.

Des obligations divisibles et indivisibles.

152. Obligations divisibles et indivisibles. **Art. 1217** et **1218.** *ib.*
153. Trois espèces d'indivisibilité reconnues par les anciens auteurs. *ib.*
154. Confusion possible entre deux des espèces d'indivisibilité. 255
154 *bis*. I. Notion de l'indivisibilité. 256
154 *bis*. II. Indication sommaire de l'intérêt de la distinction entre les obligations divisibles et indivisibles. *ib.*
154 *bis*. III. Indivisibilité tenant à la nature de l'objet. — Division matérielle. *ib.*
154 *bis*. IV. Division intellectuelle. *ib.*
154 *bis*. V. Choses indivisibles à la fois matériellement et intellectuellement. 257
154 *bis*. VI. Indivisibilité résultant de la volonté des parties. 258
154 *bis*. VII. Indivisibilité *solutione*. 259
155. **Art. 1219.** *ib.*
155 *bis*. Différences entre la solidarité et l'indivisibilité. 260

§ 1er.

Des effets de l'obligation divisible.

156. Division des dettes et des créances après la mort du débiteur ou du créancier. **Art. 1220.** *ib.*
156 *bis*. I. La dette divisible ne se divise pas entre un créancier et un débiteur uniques. 261

156 *bis*. II. Division de la dette ou de la créance divisible quand il y a eu dès le principe plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs. 261
156 *bis*. III. Motifs de la division au cas de décès du créancier ou du débiteur. 262
156 *bis*. IV. Division entre les successeurs autres que les héritiers. 263
156 *bis*. V. Les effets de la division cessent-ils quand les droits ou les obligations divisées se trouvent réunies en la même personne? *ib*.
157. Exceptions à la règle de la divisibilité. **Art. 1221.** 265
157 *bis*. I. **Art. 1221,** 1°. 266
157 *bis*. II. **Art. 1221,** 2°. *ib*.
157 *bis*. III. Suite. 267
157 *bis*. IV. **Art. 1221,** 3°. 268
157 *bis*. V. Indivisibilité du choix dans les obligations alternatives. 269
157 *bis*. VI. **Art. 1221,** 4°. *ib*.
157 *bis*. VII. La convention peut imposer la charge de faire l'avance à celui des débiteurs que le créancier choisira. 270
127 *bis*. VIII. **Art. 1221,** 5°. 271
157 *bis*. IX. L'article 1221-5° ne fait pas double emploi avec l'article 1218. 273
157 *bis*. X. Suite et exemples. 274
157 *bis*. XI. Les obligations dont parle l'article 1221 peuvent donner lieu à une demande du tout. 275

§ 2.

Des effets de l'obligation indivisible.

158. **Art. 1222, 1223, 1224,** 1er alin. 276
158 *bis*. Chaque débiteur peut être poursuivi pour le tout — et chaque créancier peut demander le tout. 277
159. **Art. 1224,** 2e alin. *ib*.
159 *bis*. I. Un des créanciers ne peut pas faire remise, ni contester une dation en paiement, ni transformer aucunement la créance. *ib*.
159 *bis*. II. Ces actes auront cependant un certain effet. 278
159 *bis*. III. Exception. 279
159 *bis*. IV. Transformation nécessaire de la dette en une dette de dommages-intérêts. *ib*.
160. **Art. 1225.** 280
160 *bis*. I. Le droit conféré par l'article ne se confond pas avec celui qui résulte de l'article 174 du Code de procédure. *ib*.
160 *bis*. II. Quel intérêt a le débiteur assigné à faire prononcer une condamnation commune. 281
160 *bis*. III. Cas où le débiteur assigné pourrait seul exercer l'obligation. *ib*.

160 *bis*. IV. Cas où l'obligation ne pourrait être exécutée que par tous les codébiteurs réunis. 282
161. Interruption ou suspension de prescription. 283
161 *bis*. I. L'acte d'un créancier profite aux autres.—L'acte qui interrompt la prescription contre un débiteur nuit aux autres. 284
161 *bis*. II. Perte de la chose par le fait de l'un des débiteurs. *ib*.
161 *bis*. III. Les obligations dont parle l'article 1221-2°, 4° et 5° sont-elles soumises à toutes les règles de l'indivisibilité? 285

SECTION VI.

Des obligations avec clause pénale.

162. Notion de la clause pénale. **Art. 1226.** 287
162 *bis*. I. L'obligation sous clause pénale n'est pas une obligation alternative. — Ni une obligation facultative. — Ni une obligation sous une condition dépendant de la volonté du débiteur. *ib*.
162 *bis*. II-III. Distinction de l'obligation sous clause pénale et de quelques autres obligations. 288
163. Nullité de la clause pénale. **Art. 1227.** 289
163 *bis*. I. Restriction. *ib*.
163 *bis*. II. Promesse pour autrui sous une clause pénale. 290
163 *bis*. III. Vente de la chose d'autrui. *ib*.
164. **Art. 1228.** 291
164 *bis*. Développement. *ib*.
165. **Art. 1229,** 1er alin. *ib*.
165 *bis*. La peine représente les dommages-intérêts. 292
166. On ne peut cumuler le principal et la peine. **Art. 1229.** Dern. alin. 293
166 *bis*. I. Motif. *ib*.
166 *bis*. II. Clause pénale moratoire. *ib*.
166 *bis*. III. Convention autorisant le cumul. 294
167. **Art. 1230.** 295
167 *bis*. I. Application des principes généraux. *ib*.
167 *bis*. II. Obligation de prendre livraison. *ib*.
168. Exécution partielle. **Art. 1231.** 296
168 *bis*. I. Appréciation des juges. *ib*.
168 *bis*. II. Suite. *ib*.
168 *bis*. III. Violation de la loi sur l'intérêt de l'argent. 297
169. **Art. 1232.** *ib*.
169 *bis*. I. Obligation indivisible. *ib*.
169 *bis*. II. Clause pénale indivisible. 298
169 *bis*. III. Hypothèque garantissant la clause pénale. *ib*.
169 *bis*. IV. Contravention de plusieurs des héritiers. *ib*.
170, 171. **Art. 1233.** 299
171 *bis*. Obligation divisible du débiteur unique envers un des créanciers. *ib*.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

172. Énumération des modes d'extinction des obligations.
Art. 1234. 301
172 *bis*. I. Effet de la condition résolutoire. *ib.*
172 *bis*. II. Mort du créancier ou du débiteur. *ib.*

SECTION Ire.

Du paiement.

173. Division. *ib.*

§ 1er.

Du paiement en général.

174. Notion du paiement. **Art. 1235.** 302
174 *bis*. I. Conséquences des idées générales sur le paiement. *ib.*
174 *bis*. II. Obligations naturelles. *ib.*
174 *bis*. III. Effets de l'obligation naturelle. 304
174 *bis*. IV. Exemples d'obligations naturelles. *ib.*
174 *bis*. V. Autres exemples. — Dettes annulables. 307
174 *bis*. VI. Donation nulle en la forme. *ib.*
174 *bis*. VII. Dettes remises par concordat. *ib.*
174 *bis*. VIII. Dettes de jeu. 308
174 *bis*. IX. Dettes résultant de conventions prohibées. *ib.*
174 *bis*. X. Obligations morales. 309
174 *bis*. XI. Le paiement de l'obligation naturelle doit être fait en connaissance de cause. 310
174 *bis*. XII. Différence entre le paiement d'une dette naturelle et le paiement de l'indû. *ib.*
175. Qui peut payer. **Art. 1236.** 311
175 *bis*. I. Division. *ib.*
175 *bis*. II. Le débiteur peut payer. *ib.*
175 *bis*. III. Personnes intéressées qui peuvent payer. *ib.*
175 *bis*. IV. Tiers qui agissent au nom et en l'acquit du débiteur. 312
175 *bis*. V. Tiers qui agit en son propre nom. *ib.*
175 *bis*. VI. Le tiers qui paie ne peut pas exiger la subrogation. 313
175 *bis*. VII. Suite. 314
175 *bis*. VIII. Motif de cette règle. *ib.*
175 *bis*. IX. Réfutation d'une doctrine contraire sur les derniers mots de l'article 1236. 315
175 *bis*. X. Le paiement peut-il avoir lieu malgré le débiteur? *ib.*
175 *bis*. XI. Quand ce paiement a eu lieu du consentement du créancier, le tiers a-t-il un recours? 316

176. **Art. 1237.** 317
176 *bis*. I. Obligations de faire qui peuvent ou ne peuvent pas être accomplies par des tiers. *ib.*
176 *bis*. II. Application de l'article 1237 aux coobligés et aux cautions. 318
177. **Art. 1238.** *ib.*
177 *bis*. I. La règle de l'article 1238 n'est pas toujours vraie. *ib.*
177 *bis*. II. Elle ne s'applique pas aux cas où la propriété est transférée par la convention. 319
177 *bis*. III. Cette règle n'était pas absolument vraie dans l'ancien droit. *ib.*
177 *bis*. IV. Conséquences de la règle. 320
177 *bis*. V. Le créancier peut refuser de recevoir quand le paiement n'est pas fait dans les conditions de l'article 1238. *ib.*
177 *bis*. VI. Paiement de la chose d'autrui. — Le créancier peut le refuser. — Celui qui a payé a intérêt à répéter. 321
177 *bis*. VII. Il peut répéter. *ib.*
177 *bis*. VIII. Motifs de cette décision. 322
177 *bis*. IX. Le créancier qui subit cette répétition doit recevoir une chose égale à celle qui lui avait été payée. *ib.*
177 *bis*. X. Consommation par celui qui a reçu de la chose d'autrui livrée. 323
177 *bis*. XI. Droits du propriétaire de la chose livrée *a non domino*. *ib.*
177 *bis*. XII. Le créancier qui a reçu de bonne foi un meuble appartenant à autrui peut demander un second paiement. *ib.*
177 *bis*. XIII. Même solution à propos des immeubles. 324
177 *bis*. XIV. Perte de la chose d'autrui payée. 325
177 *bis*. XV. Paiement par un incapable. *ib.*
177 *bis*. XVI. Perte de la chose payée par un incapable. 326
177 *bis*. XVII. Consommation de la chose payée par un incapable. *ib.*
178. **Art. 1239.** *ib.*
178 *bis*. I. Différents mandataires à l'effet de recevoir. *ib.*
178 *bis*. II. Procuration fausse. 327
178 *bis*. III. Mandat expiré. *ib.*
178 *bis*. IV. Paiement irrégulier validé *ex post facto*. *ib.*
179. Paiement fait de bonne foi au possesseur de la créance. **Art. 1240.** 328
179 *bis*. I. Qu'est-ce que la possession de la créance? *ib.*
179 *bis*. II. Possession d'une créance faisant partie d'une universalité. 329
179 *bis*. III. Possession d'une créance en vertu d'une cession annulée ou résolue. *ib.*
179 *bis*. IV. Titres au porteur. 330
180. Paiement au créancier incapable. **Art. 1241.** *ib.*
180 *bis*. I. Motif de la règle. *ib.*
180 *bis*. II. Validité du paiement fait à l'incapable quand la chose livrée lui a profité. 331
180 *bis*. III. A quel moment faut-il que la chose ait profité au créancier? — Opinion de Pothier. *ib.*

180 *bis*. IV. Réfutation. 332
180 *bis*. V. Suite. 333
180 *bis*. VI. Le débiteur peut répéter la chose payée à l'incapable. *ib*.
180 *bis*. VII. Application de cette idée au cas de contrat synallagmatique. 334
181. Paiement fait au préjudice d'une saisie-arrêt. **Art. 1242.** *ib*.
181 *bis*. I. Notion de la saisie-arrêt. 335
181 *bis*. II. Conséquences du paiement fait nonobstant la saisie-arrêt. 336
181 *bis*. III. Recours du tiers saisi contre le saisi. *ib*.
181 *bis*. IV. Quels sont les paiements faits au préjudice du saisissant. 337
181 *bis*. V. Les saisissants postérieurs aux paiements ne peuvent se plaindre de ces paiements. 339
181 *bis*. VI. Le tiers saisi peut déposer les fonds à la caisse des consignations. 340
181 *bis*. VII. La consignation peut lui être imposée. *ib*.
181 *bis*. VIII. Obstacle aux saisies pratiquées par des créanciers fictifs. *ib*.
181 *bis*. IX. Objections au système qui vicie les paiements de ce qui excède les causes de la saisie. *ib*.
181 *bis*. X. Pratique imaginée en vue de cette objection. 341
181 *bis*. XI. Examen de cette pratique. *ib*.
181 *bis*. XII. A quel moment la somme saisie-arrêtée cesse-t-elle d'être le gage commun des créanciers du saisi. 342
181 *bis*. XIII. Saisie ayant un objet autre que de l'argent. 343
182. Le paiement doit avoir pour objet la chose due. **Art. 1243.** *ib*.
182 *bis*. I. Motif de la règle. *ib*.
182 *bis*. II. Dation en paiement. *ib*.
183. Interdiction des paiements partiels. — Exception. — Délais de grâce. **Art. 1244.** 344
183 *bis*. I. Motif de l'article. *ib*.
183 *bis*. II. Paiement séparé d'intérêts ou de loyers. *ib*.
183 *bis*. III. Exception à la règle. 345
183 *bis*. IV. Les juges peuvent autoriser le fractionnement du paiement. *ib*.
183 *bis*. V. Les choses restent en état lorsque le juge accorde des délais. 347
183 *bis*. VI. Les juges peuvent-ils accorder des délais quand le titre est exécutoire? — Grosses de jugement. *ib*.
183 *bis*. VII. Actes notariés. 348
183 *bis*. VIII. Suite. 349
183 *bis*. IX. On peut renoncer par convention au bénéfice de l'article 1244. 350
184. **Art. 1245.** *ib*.
185. Paiement de la dette de genre. **Art. 1246.** 351
185 *bis*. A quel principe se rattache l'article. *ib*.
186. Lieu du paiement. **Art. 1247.** *ib*.

186 *bis*. Développement. 351
187. Frais du paiement. **Art. 1248.** 352
187 *bis*. Développement. *ib.*

§ 2.

Du paiement avec subrogation.

188, 189. Notion de la subrogation. **Art. 1249.** 353
189 *bis*. I. Hypothèses dans lesquelles se produit la subrogation. — Utilité. 354
189 *bis*. II. Deux systèmes sur la subrogation. — Premier système. — La créance primitive est éteinte. 355
189 *bis*. III. Conséquences pratiques de ce système. *ib.*
189 *bis*. IV. Deuxième système. — La créance primitive est cédée. 356
189 *bis*. V. Suite. 357
189 *bis*. VI. La subrogation n'est pas la cession proprement dite. *ib.*
189 *bis*. VII-XI. Différences. 358
189 *bis*. XII. Distinguer en fait la cession de la subrogation d'après l'intention des parties. 360
190. Subrogation par la volonté du créancier. **Art. 1250,** 1°. 361
190 *bis*. I. Développement. *ib.*
190 *bis*. II. La subrogation doit être expresse. *ib.*
191. Subrogation par la volonté du débiteur. **Art. 1250,** 2°. 362
191 *bis*. I. Hypothèse. 363
191 *bis*. II. L'ancien créancier ni les tiers ne souffrent de cette subrogation. *ib.*
191 *bis*. III. Historique. 364
191 *bis*. IV. Intérêt actuel de cette subrogation. *ib.*
191 *bis*. V. Conditions de forme. *ib.*
191 *bis*. VI. Authenticité de l'acte d'emprunt. 365
191 *bis*. VII. Suite. *ib.*
191 *bis*. VIII. Authenticité de la quittance. 366
191 *bis*. IX. Il n'est pas nécessaire que les actes soient dressés au moment même de l'emprunt ou du paiement. 367
191 *bis*. X. L'emprunt et le paiement peuvent être séparés par un intervalle de temps. 368
191 *bis*. XI. Il n'est pas nécessaire que les deniers payés soient identiquement les deniers empruntés. 369
191 *bis*. XII. Danger que court le prêteur quand le paiement et l'emprunt ne sont pas simultanés. *ib.*
191 *bis*. XIII. Le débiteur qui veut user de l'article 1250-2° peut faire des offres réelles. 370
192. Subrogation légale. **Art. 1251.** *ib.*
193. 1^er^ cas de subrogation légale. 371
193 *bis*. I. Intérêt du créancier qui paie un créancier préférable. *ib.*
193 *bis*. II. Origine de la disposition. — Critique. 372

193 *bis*. III. Un créancier chirographaire pourrait être subrogé dans les termes de l'article. 373
194. 2e cas de subrogation légale. *ib*.
194 *bis*. I. Intérêt de l'acheteur qui paie les créanciers hypothécaires. *ib*.
194 *bis*. II. Danger que court l'acheteur. 374
194 *bis*. III. L'article néanmoins donne à l'acheteur une protection effective. 375
194 *bis*. IV. Il n'est pas nécessaire que l'acheteur ait payé la totalité du prix. *ib*.
194 *bis*. V. L'acheteur est subrogé même quand il a payé au delà du prix. 376
195. 3e cas de subrogation légale. *ib*.
195 *bis*. I. Personnes tenues avec d'autres ou par d'autres. *ib*.
195 *bis*. II. Le tiers détenteur qui paie la dette est subrogé. 377
195 *bis*. III. Conséquence. 378
196. 4e cas de subrogation légale. *ib*.
196 *bis*. Développement. *ib*.
197. **Art. 1252.** *ib*.
197 *bis*. I. Contre quelles personnes la subrogation confère-t-elle des droits? 379
197 *bis*. II. Des jurisconsultes ont refusé l'action contre les tiers détenteurs. *ib*.
197 *bis*. III. Discussion. 380
197 *bis*. IV. Personnes qui ont droit réciproquement à la subrogation les unes contre les autres. 381
197 *bis*. V. Rapports des tiers détenteurs de biens hypothéqués à la même dette. *ib*.
197 *bis*. VI-VII. Suite. *ib*.
197 *bis*. VIII. Répartition de la dette entre les tiers détenteurs. 382
197 *bis*. IX. Exemple. 383
197 *bis*. X. Rapports de la caution et du tiers détenteur. *ib*.
197 *bis*. XI. Caution réelle. 385
197 *bis*. XII. Le subrogeant est préférable au subrogé qui lui a fait un paiement partiel. *ib*.
197 *bis*. XIII. Dérogation conventionnelle à la règle. 386
197 *bis*. XIV. Critique. 387
197 *bis*. XV. La préférence accordée au subrogeant passerait à un second subrogé. 388
197 *bis*. XVI. Nouvelle différence entre la subrogation et la cession. *ib*.
197 *bis*. XVII. Dans une contribution, le subrogeant et le subrogé peuvent concourir. 389

§ 3.

De l'imputation des paiements.

198. **Art. 1253.** 389.
198 *bis*. I. L'imputation s'appuie toujours sur la volonté expresse ou tacite du débiteur. 390
198 *bis*. II. Le débiteur doit respecter les droits du créancier. *ib.*
198 *bis*. III. Il faut que les dettes aient des objets de même nature. 390
199. **Art. 1254.** 391
199 *bis*. I. Développement. *ib.*
199 *bis*. II. Interprétation de convention. *ib.*
200. **Art. 1255.** *ib.*
200 *bis*. Réclamation contre l'imputation résultant du dol. *ib.*
201. **Art. 1256.** 392
201 *bis*. I. Extinction de la dette échue. *ib.*
201 *bis*. II. De la dette la plus onéreuse. *ib.*
201 *bis*. III. Extinction de la plus ancienne. 393
201 *bis*. IV. L'ancienneté ne dépend pas de la date de l'échéance. *ib.*
201 *bis*. V. Combinaison des règles sur l'imputation avec l'article 1848. 394

§ 4.

Des offres de paiement et de la consignation.

202. Offres réelles et consignation. **Art. 1257.** 395
202 *bis*. I. Notion des offres. — Utilité. *ib.*
202 *bis*. II. Raison de la consignation. 396
202 *bis*. III. L'effet libératoire n'est produit qu'après la consignation. *ib.*
202 *bis*. IV. Dans quel sens l'article 816 P. C. a dit que les intérêts cesseraient du jour de la réalisation. 397
202 *bis*. V. Les offres suivies de consignation ne donnent pas au créancier la propriété de la chose offerte. 398
203. **Art. 1258.** 399
203 *bis*. I. Offres excessives. 400
203 *bis*. II. Pourquoi les offres sont faites au domicile du créancier. *ib.*
203 *bis*. III. Offres faites au lieu convenu pour le paiement. 401
203 *bis*. IV. Constatation authentique des offres par un officier public. *ib.*
203 *bis*. V. Conditions de validité du procès-verbal d'offres. 402
204. **Art. 1259.** *ib.*
204 *bis*. I. Sommation au créancier. 403
204 *bis*. II. Procès-verbal de dépôt. *ib.*
205. **Art. 1260.** 404
205 *bis*. I. Les frais de quittance restent à la charge du débiteur. *ib.*

205 *bis*. II. Acceptation des offres au moment de la consignation. — Frais. 404
205 *bis*. III. Acceptation des offres au moment où elles sont faites. — Frais. *ib.*
206. Le débiteur n'est pas lié par ses offres. **Art. 1261.** 405
206 *bis*. I. La créance contre la caisse des consignations appartient au débiteur qui a fait les offres. 406
206 *bis*. II. Conséquence. *ib.*
207. Quand le débiteur est lié. **Art. 1262-1263.** *ib.*
207 *bis*. I. Développement. *ib.*
207 *bis*. II. Le créancier consentant au retrait ne pourrait nuire aux tiers intéressés à l'extinction de la dette. 407
207 *bis*. III. Accession des tiers intéressés à la convention qui autorise le retrait. *ib.*
207 *bis*. IV. Sens des mots jugement passé en force de chose jugée. 408
207 *bis*. V. Le retrait peut-il avoir lieu pendant les délais d'opposition ou d'appel? *ib.*
208. **Art. 1264.** *ib.*
208 *bis*. I. Motif de l'article. 409
208 *bis*. II. Cas où la livraison devrait être faite au domicile du créancier. *ib.*
208 *bis*. III. Dette de quantité. *ib.*

§ 5.

De la cession de biens.

209. Notion de la cession de biens. **Art. 1265.** 410
210. Sens spécial du mot cession. *ib.*
211. Des cessions de biens. **Art. 1266.** 411
212. Cession volontaire. **Art. 1267.** *ib.*
213. Cession judiciaire. **Art. 1268.** *ib.*
213 *bis*. Utilité de la cession de biens même depuis la loi de 1867. *ib.*
214. Effet de la cession de biens. **Art. 1269.** *ib.*
214 *bis*. Développement. 412
215. Cas où la cession ne peut être admise. **Art. 1270.** *ib.*
216. **Art. 1270,** alin. 2 et 3. *ib.*

SECTION II.

De la novation.

217. Notion de la novation. 413
217 *bis*. Développement. *ib.*
218. La novation était admise en droit romain. *ib.*
218 *bis*. Différence entre le droit romain et le droit français. *ib.*
219. Trois manières d'opérer la novation. **Art. 1271.** 414
219 *bis*. I. Explication et développement. *ib.*

219 *bis*. II. Comparaison de la novation par changement de créancier avec la cession et la subrogation. 415
219 *bis*. III. Nullité de la première et de la deuxième obligation. *ib*.
219 *bis*. IV. La première obligation est annulable. Cas où la novation est faite par le même débiteur. *ib*.
219 *bis*. V. Cas où le débiteur a changé. 416
219 *bis*. VI. La deuxième obligation est annulable. *ib*.
219 *bis*. VII. Novation d'une obligation naturelle ou par une obligation naturelle. 417
219 *bis*. VIII. L'une des deux dettes est conditionnelle. *ib*.
220. Capacité des parties. **Art. 1272.** 418
220 *bis*. I. Capacité du créancier qui renonce à sa créance et du débiteur qui s'oblige. 419
220 *bis*. II. Application de l'article 1125. *ib*.
221. La novation ne se présume pas. **Art. 1273.** *ib*.
222. Le consentement du débiteur libéré n'est pas requis. **Art. 1274.** 420
222 *bis*. I. Consentements exigés pour la novation. *ib*.
222 *bis*. II. Dérogation à l'article 1121. *ib*.
222 *bis*. III. Consentements exigés quand la novation a lieu par changement de créancier. 421
223. Délégation. **Art. 1275.** *ib*.
223 *bis*. I. Notion de la délégation. *ib*.
223 *bis*. II. Délégant. — Délégué. — Délégataire. 422
223 *bis*. III. Délégation parfaite et imparfaite. *ib*.
223 *bis*. IV. La règle sur la délégation est en harmonie avec l'article 1273. 423
223 *bis*. V. La délégation parfaite produit quelquefois plusieurs novations. *ib*.
224. **Art. 1276.** *ib*.
224 *bis*. I. Dans deux cas le délégataire a un recours contre le délégant. 424
224 *bis*. II. Nature de ce recours. *ib*.
224 *bis*. III. Suite. 425
225. **Art. 1277.** 426
226. La novation éteint les droits accessoires de la créance, à moins de conventions contraires. **Art. 1278.** *ib*.
226 *bis*. I. Développement. *ib*.
226 *bis*. II. La réserve des accessoires peut avoir lieu dans tous les cas de novation. *ib*.
226 *bis*. III. Cas où le débiteur a changé. *ib*.
226 *bis*. IV. Suite. 427
226 *bis*. V. On peut réserver les priviléges. 428
226 *bis*. VI. La réserve des droits accessoires ne peut pas nuire aux tiers. *ib*.
227. Les priviléges et hypothèques ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur. **Art. 1279.** 429

227 *bis*. I. Hypothèse prévue par l'article. 429
227 *bis*. II. Constitution d'une nouvelle hypothèque. 430
228. Les hypothèques ne peuvent être réservées sur les biens d'un codébiteur solidaire. **Art. 1280.** *ib.*
228 *bis*. I. Novation faite par un nouveau débiteur étranger à la dette. — Réserve des hypothèques. *ib.*
228 *bis*. II. La décision de l'article n'est pas en harmonie avec l'article 1278. 431
228 *bis*. III. Inconvénient de l'article. *ib.*
229. Les codébiteurs ou les cautions ne sont obligés que s'ils ont accédé à la nouvelle obligation. **Art. 1281.** *ib.*
229 *bis*. I. Développement. 432
229 *bis*. II. Novation faite par la caution. *ib.*

SECTION III.

De la remise de la dette.

230. Le consentement peut éteindre les obligations. *ib.*
230 *bis*. I. Notion de la remise de dette. *ib.*
230 *bis*. II. Effet de la remise de dette quand l'objet dû est un corps certain. 433
230 *bis*. III. La remise à titre gratuit est au fond une donation. *ib.*
230 *bis*. IV. La remise suppose le consentement du débiteur. 434
231 Restitution du titre original sous seing privé. **Art. 1282.** *ib.*
231 *bis*. I. Motif de l'article. 435
231 *bis*. II. L'article établit une présomption. *ib.*
231 *bis*. III. La restitution du titre doit être volontaire, en quel sens ? *ib.*
231 *bis*. IV. La restitution du titre sous seing privé fait présumer le paiement. 437
232. Restitution d'une grosse. **Art. 1283.** *ib.*
232 *bis*. I. Motif de l'article. 438
232 *bis*. II. La présomption peut être combattue par la preuve contraire. *ib.*
232 *bis*. III. On peut prouver qu'il y a eu donation. *ib.*
232 *bis*. IV. Renvoi à l'article 1286. 439
233. La restitution du titre ou de la grosse profite à tous les codébiteurs. **Art. 1284.** *ib.*
233 *bis*. I. Effets de la remise de dette. — Distinction. *ib.*
233 *bis*. II. La restitution du titre privé ou de la grosse libère les codébiteurs. *ib.*
233 *bis*. III. Elle libère les cautions. 440
233 *bis*. IV. La restitution faite à la caution libère le débiteur et les cofidéjusseurs. *ib.*
233 *bis*. V. Codébiteurs conjoints. 441
233 *bis*. VI. Le coobligé qui a reçu le titre ne peut recourir contre les autres obligés sans prouver le paiement. *ib.*

234-235. Effet de la remise conventionnelle. **Art. 1285.** 442
235 *bis*. Développement. 443
236. **Art. 1286.** *ib.*
237. Remise conventionnelle faite soit au débiteur principal, soit à la caution. **Art. 1287.** 444
237 *bis*. I. Exception au cas de concordat. *ib.*
237 *bis*. II. La remise faite à l'une des cautions profite aux autres au moins pour partie. *ib.*
238. Remise accordée à titre onéreux à la caution. **Art. 1288.** 445
238 *bis*. Restriction à la liberté des conventions. *ib.*

SECTION IV.

De la compensation.

239. Notion de la compensation. **Art. 1289.** 446
239 *bis*. Développement. *ib.*
240. Diverses espèces de compensation. 447
240 *bis*. Développement. *ib.*
241. Comment opère la compensation légale. **Art. 1290.** 448
241 *bis*. I. Elle a lieu de plein droit et seulement jusqu'à concurrence de la plus faible dette. *ib.*
241 *bis*. II. Dérogation à l'article 1244. *ib.*
241 *bis*. III. Convention interdisant la compensation. 449
242. Conditions de la compensation légale. **Art. 1291 et 1292.** *ib.*
242 *bis*. I. Énumération. 450
242 *bis*. II. Fongibilité des choses dues. *ib.*
242 *bis*. III. Le caractère de fongibilité dépend de la volonté des parties. *ib.*
242 *bis*. IV. Pourquoi la fongibilité est exigée. 451
242 *bis*. V. Liquidité. *ib.*
242 *bis*. VI. Cette condition se rattache à celle d'exigibilité. 452
242 *bis*. VII. Critique. *ib.*
242 *bis*. VIII. Exigibilité. 453
242 *bis*. IX. Dettes sous condition suspensive. *ib.*
242 *bis*. X. Dettes naturelles. *ib.*
242 *bis*. XI. Terme de grâce. 454
242 *bis*. XII. Compensation entre une dette d'argent et une dette de grains ou denrées. *ib.*
242 *bis*. XIII. La liquidité est toujours exigée. 455
242 *bis*. XIV. La compensation n'est pas possible entre la dette du vendeur de grains ou denrées et celle de l'acheteur. *ib.*
242 *bis*. XV. Pas de compensation entre deux dettes de grains ou denrées. *ib.*
243-244. La cause des deux dettes est indifférente. — Exceptions. **Art. 1293.** 456
244 *bis*. I. 1re exception. — Cas de spoliation. *ib.*

244 *bis*. II. Suite. 457
244 *bis*. III. 2e exception.— Dépôt. — Prêt à usage. 458
244 *bis*. IV. Les règles générales font obstacle à la compensation dans ces hypothèses. *ib*.
244 *bis*. V. Critique. *ib*.
244 *bis*. VI. L'article 1293-2° contient d'abord une disposition vraie mais inutile. 459
244 *bis*. VII. Il a de plus songé au dépôt irrégulier. *ib*.
244 *bis*. VIII. Pas de commodat irrégulier. 460
244 *bis*. IX. 3e exception. — Aliments insaisissables. *ib*.
244 *bis*. X. Motif. *ib*.
245. Le créancier seul peut opposer une dette en compensation. 461
246. Cependant la caution peut opposer la compensation du chef du débiteur principal. **Art. 1294.** *ib*.
246 *bis*. I. Les deux dettes doivent être principales. *ib*.
246 *bis*. II. Le débiteur ne peut opposer la compensation du chef de la caution. *ib*.
246 *bis*. III. Codébiteurs solidaires. — Renvoi. *ib*.
246 *bis*. IV. Cautions solidaires. 462
247. Créances cédées. **Art. 1295.** 463
247 *bis*. I. Le cédé ne peut opposer au cessionnaire la compensation du chef du cédant. *ib*.
247 *bis*. II. Cette décision suppose une cession rendue parfaite par la signification. 464
247 *bis*. III. Cession acceptée par le cédé. *ib*.
247 *bis*. IV. Droits des tiers dans cette hypothèse. 465
247 *bis*. V. Renvoi. 466
248. Dettes payables en des lieux différents. **Art. 1296.** *ib*.
248 *bis*. Exception à la règle de la liquidité. *ib*.
249. **Art. 1297.** 467
250. Saisie-arrêt. **Art. 1298.** *ib*.
250 *bis*. I. Hypothèse. 468
250 *bis*. II. La compensation est impossible même pour ce qui excède les causes de la saisie. *ib*.
250 *bis*. III. Le tiers saisi peut pratiquer une saisie-arrêt sur lui-même. 469
250 *bis*. IV. Cas analogue à celui de saisie-arrêt. *ib*.
251. **Art. 1299.** *ib*.
251 *bis*. I. Le débiteur qui a payé malgré la compensation n'a qu'une action en répétition de l'indu. 470
251 *bis*. II. L'ancienne action et ses accessoires sont conservés au cas d'erreur légitime. 471
251 *bis*. III. Cautionnements. *ib*.
251 *bis*. IV. Quand il n'y a pas eu juste cause d'erreur, il ne faut pas distinguer s'il y a eu ou non erreur. *ib*.
251 *bis*. V. Compensation facultative. 472
251 *bis*. VI. Moment où elle produit ses effets. 473

251 *bis*. VII. Compensation judiciaire par suite d'une demande reconventionnelle. 474
251 *bis*. VIII. Différence entre cette compensation et les deux autres. *ib*.
251 *bis*. IX. Saisie-arrêt sur soi-même. 475
251 *bis*. X. Suite. 476

SECTION V.

De la confusion.

252. Notion de la confusion. **Art. 1300.** 477
252 *bis*. I. Hypothèse. *ib*.
252 *bis*. II. Comment les deux qualités de créancier et de débiteur peuvent être réunies. *ib*.
252 *bis*. III. Confusion résultant d'une acquisition de la créance à titre particulier. *ib*.
252 *bis*. IV. La confusion n'a pas un effet aussi complet que le paiement. 478
253. **Art. 1301.** 479
253 *bis*. I. La caution profite de la confusion opérée en la personne du débiteur. 480
253 *bis*. II. Réunion des qualités de caution et de créancier. *ib*.
253 *bis*. III. Cas où le créancier devient l'un des débiteurs solidaires. *ib*.
254. Confusion partielle. 481
254 *bis*. I. Renvoi. *ib*.
254 *bis*. II. Réunion des qualités de caution et de débiteur principal. *ib*.
254 *bis*. III. Confusion opérée en la personne de deux codébiteurs solidaires. 482
255. La confusion cesse en cas d'acceptation bénéficiaire ou de bénéfice d'inventaire. *ib*.
255 *bis*. I. Effet de la séparation des patrimoines. *ib*.
255 *bis*. II. Suite. 483
255 *bis*. III. Confusion sous condition résolutoire. *ib*.

SECTION VI.

De la perte de la chose due.

256. **Art. 1302,** alinéa 1er. 484
256 *bis*. I. Généralisation. *ib*.
256 *bis*. II. *Genera non pereunt*. — Exceptions. 485
256 *bis*. III. Le débiteur est responsable de son simple fait. *ib*.
256 *bis*. IV. Conciliation avec l'article 1382. 486
257. **Art. 1302,** alinéa 2e. 487
257 *bis*. I. Demeure du débiteur. *ib*.
257 *bis*. II. Responsabilité des cas fortuits acceptée par convention. *ib*.

258. **Art. 1302,** alinéa 3e. 488
258 *bis*. Application de l'article 1315. *ib.*
259. **Art. 1302,** alinéa dernier. *ib.*
259 *bis*. Le voleur est responsable même au cas où la chose eût dû périr chez le créancier. *ib.*
260. **Art. 1303.** 489
260 *bis*. I. Le débiteur doit livrer les accessoires de la chose périe. — Restriction. *ib.*
260 *bis*. II. Inutilité de la cession d'action dont parle l'article. 490
260 *bis*. III. L'action contre une compagnie d'assurance ne devrait pas être cédée. *ib.*
260 *bis*. IV. De l'obligation corrélative à l'obligation éteinte par la perte dans les contrats synallagmatiques. 491

SECTION VII.

De l'action en nullité ou en rescision des conventions.

261. Notion de la nullité ou rescision. 492
262. Distinction entre les conventions nulles et celles qui sont exposées à l'action en nullité ou en rescision. *ib.*
262 *bis*. I. Nullité. — Annulabilité. 493
262 *bis*. II. Conséquences de la distinction. 494
263. Actes entachés de nullité absolue ou simplement annulables. *ib.*
263 *bis*. Pourquoi l'incapacité ne produit pas une nullité radicale. 495
264. L'action en nullité ou en rescision est une seule action. *ib.*
264 *bis*. I. Distinction ancienne entre l'action en nullité et l'action en rescision. 496
264 *bis*. II. L'action fondée sur la lésion est habituellement appelée action en rescision. 497
265. L'action en nullité ou rescision dure dix ans. **Art. 1304.** *ib.*
265 *bis*. I. L'expiration du délai équivaut à une ratification. *ib.*
265 *bis*. II. Suite. 498
265 *bis*. III. La règle est une règle de prescription. — Intérêt de cette observation. 499
265 *bis*. IV. Objection et réfutation. 500
265 *bis*. V. Suite. 501
265 *bis*. VI. La nullité ne peut pas être opposée plus longtemps par voie d'exception que par voie d'action. *ib.*
265 *bis*. VII. Suite. 503
265 *bis*. VIII. Argument tiré de l'article 39 de la loi sur les aliénés. 504
265 *bis*. IX. Généralisation de l'article 1304. *ib.*
265 *bis*. X. L'article ne s'applique pas aux résolutions. *ib.*
266. Principales causes de nullité ou rescision. 505
267-268-269-270. Nullité des actes faits par les mineurs. **Art. 1305.** *ib.*
270 *bis*. I. Examen de la théorie de M. Demante. 507

270 *bis*. II. Distinction des actes du mineur en actes nuls en la forme et actes sujets à restitution. 508
270 *bis*. III. Sont nuls en la forme les actes qui ne sont pas passés dans la forme légale. *ib*.
270 *bis*. IV. Division. *ib*.
270 *bis*. V. Actes du mineur non émancipé accomplis par lui seul. 509
270 *bis*. VI-VIII. Suite. *ib*.
270 *bis*. IX-X. Actes du mineur émancipé non assisté quand il devait l'être. 511
270 *bis*. XI. Actes faits par le tuteur dans les limites de ses pouvoirs. 512
270 *bis*. XII. Hypothèse. 513
270 *bis*. XIII-XVII. Discussion de l'opinion de M. Demante. *ib*.
270 *bis*. XVIII. Actes du mineur émancipé assisté. 515
270 *bis*. XIX. Opinion de M. Demante amendée par lui-même. 516
270 *bis*. XX. Résumé de la théorie proposée contre celle de M. Demante. *ib*.
270 *bis*. XXI. Intérêt de la distinction entre la nullité pour vice de forme et la nullité pour lésion. 517
270 *bis*. XXII. Avantage du système qui refuse au mineur une protection exagérée. *ib*.
270 *bis*. XXIII. Actes faits par un mineur avec un autre mineur. 518
271. **Art. 1306.** 519
271 *bis*. I. Exemple. *ib*.
271 *bis*. II. Le préjudice ne résulte pas d'un événement casuel quand il provient de l'imprudence du mineur. *ib*.
272. Déclaration de majorité. **Art. 1307.** 520
272 *bis*. Motif de l'article. *ib*.
273. **Art. 1309-1310-1314.** *ib*.
273 *bis*. Développement. 521
274. **Art. 1311.** *ib*.
275. **Art. 1312.** *ib*.
275 *bis*. Motif de l'article. 522

CHAPITRE VI.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAIEMENT.

276. **Art. 1315.** *ib*.
276 *bis*. I. Généralité de la théorie des preuves. *ib*.
276 *bis*. II. Double sens du mot preuve. 523
276 *bis*. III. Qui doit prouver? Intérêt de la question. *ib*.
276 *bis*. IV. Règle de l'article 1315. *ib*.
276 *bis*. V. Généralisation de la règle. 524
276 *bis*. VI. Formule pratique de la règle. *ib*.
276 *bis*. VII. Preuve des faits négatifs. *ib*.
276 *bis*. VIII. Conséquences du défaut de preuves. 526
277. **Art. 1316.** *ib*.

SECTION 1re.

De la preuve littérale.

278. Deux classes d'écrits. 526
278 *bis*. Double sens des mots titre et acte. *ib.*

§ Ier.

Du titre authentique.

279. Acte authentique. **Art. 1317.** 527
279 *bis*. I. Définition. — Étymologie. *ib.*
279 *bis*. II. Officiers publics. *ib.*
279 *bis*. III. Les procès-verbaux de conciliation sont authentiques. *ib.*
279 *bis*. IV. Notaires. 528
279 *bis*. V. Compétence de l'officier. *ib.*
279 *bis*. VI. Compétence réelle. 529
279 *bis*. VII. Formalités. *ib.*
280. Acte authentique imparfait. **Art. 1318.** *ib.*
280 *bis*. I. Motif de l'article. 530
280 *bis*. II. Incompétence. — Incapacité. — Vice de forme. *ib.*
280 *bis*. III. Les articles 1325 et 1326 sont inapplicables aux actes notariés imparfaits. *ib.*
280 *bis*. IV. Actes émanés d'une personne qui n'a pas le caractère d'officier public. 532
281. Foi et force de l'acte en forme authentique. **Art. 1319.** *ib.*
282. **Art. 1320.** 533
282 *bis*. I. Division de la matière. *ib.*
282 *bis*. II. L'acte en forme authentique est réputé authentique. *ib.*
282 *bis*. III. Motif de la règle. 534
282 *bis*. IV. L'acte authentique fait foi des faits attestés par l'officier. 535
282 *bis*. V. Quels sont ces faits? 536
282 *bis*. VI. Motif de la règle. *ib.*
282 *bis*. VII. Ces attestations font foi *ergà omnes*. 537
282 *bis*. VIII. Pourquoi l'article 1319 semble ne leur donner qu'une force relative. *ib.*
282 *bis*. IX. Développements. 538
282 *bis*. X. Toutes les déclarations des parties n'ont pas la même force. 539
282 *bis*. XI. Dispositions. 540
282 *bis*. XII. Énonciations. *ib.*
282 *bis*. XIII. Énonciations qui n'ont pas un rapport direct avec la disposition. 541
282 *bis*. XIV. Abandon de la règle *in antiquis enuntiativa probant*. *ib.*
282 *bis*. XV. Force exécutoire. 542

282 *bis*. XVI. Suspension de l'exécution à l'occasion d'une procédure de faux. 542
282 *bis*. XVII. Procédure criminelle. *ib*.
282 *bis*. XVIII. Procédure civile. *ib*.
283. Contre-lettre. **Art. 1321.** 543
283 *bis*. I. Notion de la contre-lettre. *ib*.
283 *bis*. II. But de la contre-lettre. 544
283 *bis*. III. La contre-lettre est valable entre les parties. 545
283 *bis*. IV. Conséquences de sa nullité à l'égard des tiers. *ib*.
283 *bis*. V. Suite. 546
283 *bis*. VI. Quels sont les tiers? *ib*.
283 *bis*. VII. Les créanciers chirographaires sont des tiers. *ib*.
283 *bis*. VIII. Conséquence de la doctrine. *ib*.
283 *bis*. IX. L'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII est abrogé. 547

§ 2.

De l'acte sous seing privé, ou plus exactement des écrits privés.

284. Divers écrits privés. 548
284 *bis*. Actes sous seing privé. *ib*.
285. **Art. 1322.** *ib*.
285 *bis*. I. Différence entre l'acte privé et l'acte authentique. 549
285 *bis*. II. Assimilation des deux natures d'actes quant à leur contenu. *ib*.
285 *bis*. III. Effet de l'acte privé par rapport aux ayant-cause, et en particuliers des signataires. 550
285 *bis*. IV. Suite. 551
286. **Art. 1323.** *ib*.
287. **Art. 1324.** *ib*.
287 *bis*. I. Procédure en reconnaissance d'écriture. *ib*.
287 *bis*. II. Cette procédure est possible avant l'échéance. 552
287 *bis*. III. Différence entre celui qui dénie sa propre signature et celui qui méconnaît la signature de son auteur. *ib*.
287 *bis*. IV. Le porteur de l'acte peut conclure directement à l'exécution. 553
288. Rédaction en double original des actes synallagmatiques. **Art. 1325.** *ib*.
288 *bis*. I. Sanction de la règle. 554
288 *bis*. II. Motif de la règle. *ib*.
288 *bis*. III. Chaque partie doit recevoir un original. 555
288 *bis*. IV. Parties ayant le même intérêt. *ib*.
288 *bis*. V. Il n'est pas nécessaire qu'un original porte toutes les signatures. *ib*.
288 *bis*. VI. Mention de la rédaction en double. 556
288 *bis*. VII. Mention mensongère. *ib*.

88 *bis*. VIII. Contrats synallagmatiques imparfaits. 557
88 *bis*. IX. Exécution de l'acte. *ib*.
88 *bis*. X. L'acte qui n'est pas fait double peut servir de commencement de preuve par écrit. 558
89. Bon ou approuvé. **Art. 1326**. 559
89 *bis*. I. Crainte des abus des blancs seings. *ib*.
89 *bis*. II. Pourquoi la règle ne s'applique pas aux actes synallagmatiques. 560
89 *bis*. III. Actes unilatéraux obligeant plusieurs débiteurs. *ib*.
89 *bis*. IV-V. Exception à la règle. 561
89 *bis*. VI. L'acte irrégulier peut servir de commencement de preuve par écrit. *ib*.
90. **Art. 1327.** 562
90 *bis*. Discordance entre le bon et le corps de l'acte. *ib*.
91. Date des actes sous seing privé. **Art. 1328.** 563
91 *bis*. I. Motif de l'article. *ib*.
91 *bis* II. Quels sont les tiers. *ib*.
91 *bis*. III. Conventions relatives aux immeubles. 564
91 *bis*. IV. Cessionnaires de créances. — Quittances. *ib*.
91 *bis*. V. Signataire devenu incapable. 565
91 *bis*. VI-VII. Cas où l'acte acquiert date certaine. 566
91 *bis*. VIII. L'infirmité survenue n'équivaut pas à la mort. *ib*.
92. Écrits non signés. 567
93. Livres des marchands. **Art. 1329.** *ib*.
93 *bis*. I. Garanties que présentent les livres. 568
93 *bis*. II. Force entre marchands. *ib*.
93 *bis*. III. Force entre marchands et particuliers. 569
93 *bis*. IV. Réserve du serment. *ib*.
94. **Art. 1330.** 570
94 *bis*. I. Le livre fait foi contre le marchand. *ib*.
94 *bis*. II. Indivisibilité de la mention. *ib*.
95. **Art. 1331.** *ib*.
95 *bis*. I. Registres et papiers domestiques. 571
95 *bis*. II. Application pratique de la règle. 572
96. **Art. 1332,** 1er alin. *ib*.
97. **Art. 1332,** dern. alin. *ib*.
97 *bis*. I. Mentions sur un titre appartenant au créancier. 573
97 *bis*. II. Cas où le titre est sorti de la possession du créancier. 574

§ 3.

Des tailles.

98. **Art. 1333.** 574
98 *bis*. I. Sens des mots : taille, — échantillon, — coche. *ib*.
98 *bis*. II. Force probante des tailles. 575
98 *bis*. III. Cas où l'échantillon n'est pas représenté. *ib*.

298 *bis*. IV. L'admissibilité de la preuve par tailles peut toujours être prouvée par témoins. 576

§ 4.

Des copies des titres.

299. **Art. 1334.** 576
300-303. **Art. 1335,** 1°, 2°, 3°. *ib.*
303 *bis*. Copie tirée par un officier qui n'est pas dépositaire de la minute. 578
304. **Art. 1335,** 4°. *ib.*
305. **Art. 1336.** *ib.*
305 *bis*. I. La transcription d'un acte authentique n'est qu'une copie de copie. 579
305 *bis*. II. L'article n'est pas applicable aux actes sous seing privé. *ib.*
305 *bis*. III. L'enregistrement n'a pas la même force que la transcription. *ib.*

§ 5.

Des actes récognitifs et confirmatifs.

306. Rapprochement entre ces deux actes. 579
306 *bis*. Différences. 580
307. **Art. 1337,** alin. 1 et 2. *ib.*
307 *bis*. I. Pourquoi l'acte récognitif ne peut pas remplacer le titre primordial. 581
307 *bis*. II. Exception à la règle. *ib.*
307 *bis*. III. Qu'est-ce que relater la teneur du titre primordial? 582
307 *bis*. IV. Le titre récognitif change de nature s'il contient quelque innovation. *ib.*
307 *bis*. V. Cas où le titre récognitif énonce une obligation moindre que le titre primordial. *ib.*
308. **Art. 1337,** dern. alin. 583
309. Acte confirmatif. **Art. 1338,** 1er alin. *ib.*
309 *bis*. I. Caractères de la confirmation. *ib.*
309 *bis*. II. La confirmation doit être postérieure à la cessation du vice. 584
309 *bis*. III. Conditions auxquelles est subordonné l'acte confirmatif. *ib.*
309 *bis*. IV. Preuve de la confirmation. 585
310. **Art. 1338,** 2e alin. *ib.*
310 *bis*. Condition de la confirmation tacite. *ib.*
311. **Art. 1338,** dern. alin. 586
311 *bis*. I. L'effet de la confirmation est relatif. *ib.*
311 *bis*. II. Cas où l'acte confirmé est une constitution d'hypothè-

que quand une autre hypothèque est née depuis le premier acte et avant sa ratification. 587
311 *bis*. III. Constitution d'hypothèque annulable. — Aliénation. Ratification du premier acte. *ib.*
311 *bis*. IV. La confirmation peut nuire aux créanciers chirographaires. 588
312. **Art. 1339.** *ib.*
312 *bis*. Exécution volontaire de la donation nulle. *ib.*
313. **Art. 1340.** *ib.*
313 *bis*. I. Caractère mixte de la donation nulle en la forme. 589
313 *bis*. II. Application de l'article aux legs. *ib.*

SECTION II.

De la preuve testimoniale.

314. Dangers de la preuve testimoniale. 589
315. **Art. 1341.** 590
315 *bis*. I. Preuve testimoniale. — Enquête. *ib.*
315 *bis*. II. Historique. *ib.*
315 *bis*. III. Résumé de la théorie du code. 591
315 *bis*. IV. Obligation de rédiger un écrit. *ib.*
315 *bis*. V. L'écrit n'est pas exigé comme condition de la validité des actes. 592
315 *bis*. VI. L'article s'applique même aux paiements. *ib.*
315 *bis*. VII. Étendue de la règle. 593
315 *bis*. VIII. Dépôt. *ib.*
315 *bis*. IX. Il n'est pas nécessaire de rédiger un écrit quand il ne s'agit pas de plus de cent cinquante francs. 594
315 *bis*. X. A quelle époque faut-il estimer l'objet de l'acte ? *ib.*
315 *bis*. XI. Il ne faut pas tenir compte à la fois du moment de l'acte et du moment du procès. 596
315 *bis*. XII. Objections réfutées. 597
315 *bis*. XIII. Interprétation de l'article 1834. 598
315 *bis*. XIV. Obligations qui n'ont pas pour objet de l'argent. *ib.*
315 *bis*. XV. Interdiction de prouver contre et outre les actes. *ib.*
315 *bis*. XVI. Exemples. 599
315 *bis*. XVII. Motif de la règle. *ib.*
315 *bis*. XVIII. La deuxième partie de la règle n'est que le développement de la première. *ib.*
315 *bis*. XIX. Le paiement d'une obligation constatée par écrit peut être prouvé par témoins. 600
315 *bis*. XX. Il en est de même des conventions modificatives des droits résultant de l'acte primitif. *ib.*
315 *bis*. XXI. Résumé. 602
315 *bis*. XXII. Droit des tiers. *ib.*

315 *bis*. XXIII. Droit des parties au cas de fraude à la loi. 602
315 *bis*. XXIV. La preuve testimoniale est admise sans distinction par le droit commercial. 603
315 *bis*. XXV. Même contre et outre les actes. *ib*.
316. **Art. 1342.** 604
316 *bis*. I. Motif de l'article. *ib*.
316 *bis*. II. Interdiction de prouver même pour le capital. 605
316 *bis*. III. Intérêts échus pendant le procès. *ib*.
317. **Art. 1343** et **1344.** *ib*.
317 *bis*. I. Ces articles contiennent des applications de la règle générale. 606
317 *bis*. II. Sens du mot déclaration dans l'article 1344. *ib*.
318. **Art. 1345.** *ib*.
318 *bis*. I. Motif de l'article. 607
318 *bis*. II. Créances procédant de personnes différentes. *ib*.
318 *bis*. III. Suite. *ib*.
318 *bis*. IV. Sanction de la règle. 608
319. **Art. 1346.** *ib*.
319 *bis*. I. Double but de l'article. 609
319 *bis*. II. L'article s'applique même au cas où il s'agit de demandes appuyées sur des commencements de preuve par écrit. *ib*.
319 *bis*. III. Il s'applique même quand toutes les créances ne sont pas exigibles. 610
319 *bis*. IV. Sanction de l'article. *ib*.
319 *bis*. V. Les créances réclamées dans l'exploit peuvent être exercées. 611
319 *bis*. VI. Hypothèse. *ib*.
319 *bis*. VII. Le créancier ne peut pas toujours exiger la plus forte des créances et sacrifier les autres. *ib*.
320. Commencement de preuve par écrit. **Art. 1347.** 612
320 *bis*. I, II. Notion du commencement de preuve par écrit. *ib*.
320 *bis*. III. Il n'est pas nécessaire que l'écrit soit signé ou que l'écrit signé soit de la main de la partie. 613
320 *bis*. IV. L'écrit doit émaner de la partie à qui on l'oppose. *ib*.
320 *bis*. V. L'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué. *ib*.
320 *bis*. VI. Commencement de preuves par écrit qui ne rentrent pas strictement dans la définition. 614
320 *bis*. VII. Commencement de preuve par écrit en matière de filiation. *ib*.
321. **Art. 1348**, 1er alin. 615
321 *bis*. I. Impossibilité de se procurer un écrit. *ib*.
321 *bis*. II. L'énumération des cas où existe cette impossibilité n'est pas limitative. *ib*.
322. Quasi-contrats. — Délits. — Quasi-délits. **Art. 1348**, 1°. *ib*.
322 *bis*. I. Distinction quant aux quasi-contrats. *ib*.
322 *bis*. II. Distinction quant aux délits et quasi-délits. 616
323. Dépôt nécessaire. **Art. 1348**, 2°. *ib*.

323 *bis*. I. Motif. 616
323 *bis*. II. Dépôt d'objets destinés à être transportés. 617
323 *bis*. III. Les juges doivent apprécier les circonstances du fait. 618
324. **Art. 1348,** 3°. *ib.*
325. **Art. 1348,** 4°. *ib.*
325 *bis*. I. Motif et explication. *ib.*
325 *bis*. II. La preuve testimoniale est admissible en dehors des conditions de l'article 1341, en vertu d'une convention. 619

SECTION III.

Des présomptions.

326. Notion de la présomption. **Art. 1349.** 620
326 *bis*. Examen critique de la définition légale des présomptions. *ib.*

§ Ier.

Des présomptions établies par la loi.

327. Présomptions légales. **Art. 1350.** 622
327 *bis*. I. La présomption légale doit résulter d'une loi spéciale. *ib.*
327 *bis*. II. L'aveu et le serment sont-ils des présomptions? 623
328. Autorité de la chose jugée. **Art. 1351.** *ib.*
328 *bis*. I. Qu'est-ce que la chose jugée? qu'entend-on par l'autorité de la chose jugée? 624
328 *bis*. II. Motifs de la règle. *ib.*
328 *bis*. III. Conditions auxquelles est subordonnée l'autorité de la chose jugée. 625
328 *bis*. IV. Idenitté d'objet. *ib.*
328 *bis*. V. L'identité d'objet ne suppose pas toujours une identité matérielle. *ib.*
328 *bis*. VI. Autre espèce. 626
328 *bis*. VII. L'identité matérielle ne constitue pas toujours l'identité d'objets. *ib.*
328 *bis*. VIII. L'identité existe malgré les différences de quotité ou de quantité. *ib.*
328 *bis*. IX. Identité de cause. 627
328 *bis*. X. L'identité de cause ne se confond pas avec l'identité de preuve ou de moyens. *ib.*
328 *bis*. XI. La distinction entre la cause du droit et la nature du droit existe même en matière d'action réelle. 628
328 *bis*. XII. Cas où le demandeur en revendication n'a pas indiqué la cause de son droit. 629
328 *bis*. XIII. Identité de personnes et de qualités. *ib.*
328 *bis*. XIV. Motif de la règle. *ib.*

328 *bis*. XV. Influence des jugements sur certaines personnes étrangères à la procédure. 630
328 *bis*. XVI. Créanciers chirographaires. *ib*.
328 *bis*. XVII. Ayant cause à titre particulier. 631
328 *bis*. XVIII. Application des lois sur la publicité des actes d'acquisition. *ib*.
328 *bis*. XIX. Créanciers hypothécaires. *ib*.
328 *bis*. XX. Copropriétaires par indivis. 633
328 *bis*. XXI. Suite. *ib*.
328 *bis*. XXII. Jugements prononcés en faveur d'un des copropriétaires. 634
328 *bis*. XXIII. Propriétaires sous condition. *ib*.
328 *bis*. XXIV. Codébiteurs solidaires. 635
328 *bis*. XXV. Jugements prononcés en faveur d'un des codébiteurs solidaires. 636
328 *bis*. XXVI. Codébiteurs de chose indivisible. 638
328 *bis*. XXVII. Cocréanciers solidaires. *ib*.
328 *bis*. XXVIII. Cocréanciers de chose indivisible. *ib*.
328 *bis*. XXIX. Caution et débiteur principal. *ib*.
328 *bis*. XXX. Jugements rendus en faveur du débiteur principal. 640
329. **Art. 1352.** *ib*.
329 *bis*. Réserve de l'aveu et du serment. 641

§ 2.

Des présomptions qui ne sont pas établies par la loi.

330. **Art. 1353.** 641

SECTION IV.

De l'aveu de la partie.

331. Notion de l'aveu. **Art. 1354.** 642
331 *bis*. Aveu judiciaire. — Aveu extrajudiciaire. *ib*.
332. Aveu extrajudiciaire. **Art. 1355.** *ib*.
332 *bis*. I. Preuve de l'aveu extrajudiciaire. *ib*.
332 *bis*. II. Exemples. *ib*.
332 *bis*. III. Force de l'aveu extrajudiciaire. 643
333. **Art. 1356,** alin. 1 et 2. *ib*.
333 *bis*. I. Aveu judiciaire. *ib*.
333 *bis*. II. Effet relatif de l'aveu judiciaire. *ib*.
333 *bis*. III. Cas dans lesquels l'aveu n'est pas admis. 644
334. **Art. 1356,** alin. 3. *ib*.
334 *bis*. I. Indivisibilité de l'aveu. *ib*.
334 *bis*. II. Espèce. *ib*.
334 *bis*. III. Autre espèce. 645

334 *bis*. IV. Division de l'aveu quand il porte sur des faits distincts. 645
335. **Art. 1356,** alin. dern. 646
335 *bis*. I. Perfection de l'aveu. *ib.*
336 *bis*. II. Révocation de l'aveu pour erreur. 647

SECTION V.

Du serment.

336. Deux espèces de serment. **Art. 1357**. 647
336 *bis*. I. Notion du serment. *ib.*
336 *bis*. II. Serment extrajudiciaire. 648

§ Ier.

Du serment décisoire.

337. **Art. 1358-1359-1360.** 648
337 *bis*. I. Le serment décisoire est fondé sur une sorte de transaction. 649
337 *bis*. II. Le serment ne peut pas être déféré en toute matière. *ib.*
337 *bis*. III. Il faut qu'il s'agisse d'un fait personnel à celui à qui le serment est déféré. *ib.*
337 *bis*. IV. Le serment peut être déféré en tout état de cause. 650
337 *bis*. V. Quelles que soient les preuves fournies. *ib.*
337 *bis*. VI. Même lorsqu'il est présenté un titre authentique. *ib.*
337 *bis*. VII. Cas où l'action est prescrite. *ib.*
338. **Art. 1361-1362.** 651
339. **Art. 1363.** *ib.*
339 *bis*. I. La force du serment suppose que la délation n'est pas entachée d'un vice. *ib.*
339 *bis*. II. Le jugement fondé sur le serment ne peut être attaqué par requête civile. *ib.*
339 *bis*. III. La partie ne peut demander de dommages et intérêts à propos du faux serment. 652
340. **Art. 1364.** *ib.*
340 *bis*. La déclaration que la partie est disposée à prêter serment n'équivaut pas à la prestation du serment. *ib.*
341. **Art. 1365.** 653
341 *bis*. I. Inexactitude de l'article. *ib.*
341 *bis*. II. Cocréanciers solidaires. *ib.*
341 *bis*. III. Codébiteur solidaire.— Débiteur principal.— Caution. 654
341 *bis*. IV. Sur quel point doit avoir été déféré le serment pour que la prestation profite aux codébiteurs solidaires et au débiteur principal. *ib.*

341 *bis*. V. Refus du serment déféré par un des créanciers solidaires. 655
341 *bis*. VI. Refus du serment par un des prétendus débiteurs solidaires. *ib*.
341 *bis*. VII. Refus par le débiteur principal ou la caution. 656
341 *bis*. VIII. Refus du serment par un des créanciers solidaires. *ib*.
341 *bis*. IX. Refus par un créancier unique, le serment étant déféré par un seul des codébiteurs solidaires. *ib*.
341 *bis*. X. La caution peut profiter du refus du créancier sur la délation du débiteur principal. *ib*.

§ 2.

Du serment déféré d'office.

342-343. Serment supplétoire. **Art. 1366, 1367.** 657
343 *bis*. Cas dans lesquels il est possible de déférer le serment supplétoire. *ib*.
344. **Art. 1368.** 658
345. **Art. 1369.** *ib*.
345 *bis*. L'article 1363 n'est pas applicable au serment supplétoire. *ib*.

TITRE IV.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

346. Énumération. **Art. 1370.** 659

CHAPITRE Ier.

DES QUASI-CONTRATS.

347. Quasi-contrats. **Art. 1371.** 659
347 *bis*. I. Notion du quasi-contrat. 660
347 *bis*. II. Rapprochement avec les contrats. *ib*.
347 *bis*. III. L'auteur d'un fait obligatoire doit être capable. 661
347 *bis*. IV. L'article 1125 n'est pas applicable. *ib*.
348. Deux principaux quasi-contrats. *ib*.
348 *bis*. Autres quasi-contrats. 662

§ 1er.

De la gestion d'affaires.

349. Gestion d'affaires. **Art. 1372.** 662
349 *bis*. I. Notion de la gestion d'affaires. — Exemples. *ib*.
349 *bis*. II. Comparaison avec le mandat. *ib*.

349 *bis*. III. Mandat tacite. 663
349 *bis*. IV. Opposition du maître. *ib*.
349 *bis*. V. Il n'y a pas gestion d'affaires quand le gérant croit agir dans son propre intérêt. 664
349 *bis*. VI. Il n'en est pas de même s'il y a seulement erreur sur la personne du *dominus*. *ib*.
350-351-352. Obligations du gérant. **Art. 1372, 1373.** *ib*.
352 *bis*. I. Cas où l'existence du maître est incertaine. 665
352 *bis*. II. L'obligation du gérant ne passe pas à ses héritiers. *ib*.
352 *bis*. III. Application de l'article 2007. *ib*.
352 *bis*. IV. Principales obligations du gérant. *ib*.
353. **Art. 1374.** *ib*.
353 *bis*. I. Renvoi. 666
354. Obligations du maître. **Art. 1375.** *ib*.
354 *bis*. I. Condition de ces obligations. *ib*.
354 *bis*. II. A quoi le maître est-il obligé ? *ib*.
354 *bis*. III. Engagements contractés au nom du maître. 667
354 *bis*. IV. Droits des tiers quand la gestion n'a pas été utile. *ib*.
354 *bis*. V. Action directe du tiers contre le maître quand le gérant s'est obligé personnellement. *ib*.

§ 2.

Du paiement de l'indu.

355. **Art. 1376.** 668
355 *bis*. I. Notion du paiement de l'indu. *ib*.
356-357. **Art. 1377.** *ib*.
357 *bis*. I. Trois hypothèses à examiner à propos du paiement de l'indu. 669
357 *bis*. II. L'erreur de celui qui a payé est-elle une condition de la répétition? *ib*.
357 *bis*. III. Payer sciemment l'indu ce n'est pas faire une donation. 670
357 *bis*. IV. On pourrait prouver que le prétendu paiement cache une donation. *ib*.
357 *bis*. V. Intention possible de celui qui paie sciemment l'indu. 671
357 *bis*. VI. Dommages et intérêts dus par celui qui aurait payé dans l'intention de répéter. *ib*.
357 *bis*. VII. Dans le cas prévu par l'article 1377 l'erreur est une condition de la répétition. — Erreur de droit. — Erreur de fait. 672
357 *bis*. VIII. Preuves à faire au cas de répétition de l'indu. *ib*.
358. Bonne foi ou mauvaise foi de celui qui a reçu. 673
358 *bis*. Cas où la bonne foi fait obstacle à la répétition. 674
359. **Art. 1378.** *ib*.
359 *bis*. I. Celui qui a reçu de bonne foi garde les fruits. *ib*.
359 *bis*. II. Mauvaise foi postérieure à la réception de l'indu. *ib*.
360. **Art. 1379.** 675

360 *bis*. I. Celui qui a reçu de mauvaise foi est traité au cas de perte comme un débiteur en demeure. 675
360 *bis*. II. Celui qui a reçu de bonne foi peut-il être en faute? *ib*.
361. La chose payée a été aliénée. **Art. 1380.** 676
361 *bis*. I. Bonne ou mauvaise foi de celui qui a reçu. *ib*.
361 *bis*. II. Cas où la chose livrée a été donnée. 677
361 *bis*. III. Rapports de celui qui a payé avec le tiers acquéreur. *ib*.
361 *bis*. IV. Suite. *ib*.
362. Dépenses faites sur la chose. **Art. 1381.** 678
362 *bis*. Dépenses utiles et nécessaires. *ib*.

CHAPITRE II.

DES DÉLITS ET QUASI-DÉLITS.

363, 364. Délits, — quasi-délits. **Art. 1382, 1383.** 679
364 *bis*. I. Principe de la matière. *ib*.
364 *bis*. II. Sens du mot faute. *ib*.
364 *bis*. III. La faute suppose la responsabilité morale. 680
364 *bis*. IV. Délits criminels comparés aux délits civils et aux quasi-délits. *ib*.
364 *bis*. V. Intérêt de la distinction entre les délits civils et les délits criminels. 681
364 *bis*. VI. Prescription. *ib*.
364 *bis*. VII. Action en restitution. *ib*.
365. Responsabilité du fait d'autrui. **Art. 1384.** 682
365 *bis*. I. Père et mère. *ib*.
365 *bis*. II. Emancipation de l'enfant. 683
365 *bis*. III. Cas où la mère a la garde des enfants sans que le père soit mort. *ib*.
365 *bis*. IV. Tuteur. *ib*.
365 *bis*. V. Mari. 684
365 *bis*. VI. Le père et la mère peuvent prouver qu'ils ne sont pas en faute. *ib*.
365 *bis*. VII. Maîtres et commettants. *ib*.
365 *bis*. VIII. Aubergistes. — Communes. 685
366. **Art. 1385.** *ib*.
366 *bis*. I. Cas où l'animal est en la possession d'un autre que du propriétaire. *ib*.
366 *bis*. II. Preuve qu'il n'y a pas faute du propriétaire ou du possesseur de l'animal. *ib*.
367. Chute d'un édifice. **Art. 1386.** 686
367 *bis*. I. Inutilité de la *cautio damni infecti*. *ib*.
367 *bis*. II. Incendie d'un édifice. *ib*.

FIN DES SOMMAIRES.

COURS

ANALYTIQUE

DE CODE CIVIL.

LIVRE III.

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

1. Parmi les manières d'acquérir et de transmettre la propriété des biens, le Code range les obligations (v. art. 711), non en ce sens que la nature même de l'obligation consiste dans la transmission de propriété, mais en ce sens, que cette transmission est un des effets que l'obligation produit ou peut produire, médiatement ou immédiatement. L'obligation, du reste, qu'il ne faut pas confondre avec le simple devoir, consiste dans l'engagement particulier d'une personne envers une autre. Les jurisconsultes la définissent : un lien de droit qui nous astreint envers un autre à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. V. *Just.*, Inst., *ppio*, *De obl.*; *Paul*, L. 3, ff. *De obl. et act.*

1 *bis*. I. L'expression *lien de droit*, *vinculum juris*, qui est traditionnelle dans la définition du mot obligation, est une image qui indique la contrainte imposée à celui qui est obligé et le caractère relatif de cette contrainte, imposée dans l'intérêt d'une personne déterminée. On pourrait dire plus simplement, et sans expression figurée, que l'obligation est une nécessité légale imposée à une personne au profit d'une autre, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Celui qui est soumis à cette nécessité légale s'appelle le *débiteur*; celui au profit duquel elle existe s'appelle le *créancier*; l'obligation elle-même, considérée comme une nécessité, prend le nom de *dette*, *obligation passive;* considérée comme un droit, au point de vue du créancier, elle s'appelle *créance*, *obligation active*.

1 *bis*. II. La notion que nous venons de donner de l'obligation suppose en présence un créancier et un débiteur, c'est-à-dire une personne astreinte à faire ou à ne pas faire et une autre personne ayant droit d'exiger l'accomplissement d'un fait ou une certaine abstention. Mais il est certaines nécessités imposées à l'homme dans l'intérêt d'autrui, qui ne donnent cependant à personne le droit d'exiger soit une abstention, soit l'accomplissement d'un fait, en un mot, qui ne supposent pas l'existence d'un créancier. Chacun, par exemple, doit secourir les malheureux, l'homme qui a reçu un bienfait doit rendre service à son bienfaiteur; mais les malheureux ou celui qui a conféré le bienfait ne peuvent exiger le secours ou le service dont ils ont besoin. Ces nécessités constituent ce qu'on appelle des *devoirs,* par opposition aux *obligations;* mais elles sortent du domaine du droit pour entrer dans celui de la morale. Elles n'ont pas leur sanction dans la législation positive, et celui qui les méconnaît ne relève que de Dieu et de sa conscience.

1 *bis*. III. Le droit d'exiger l'accomplissement du fait ou l'abstention, qui est l'objet de l'obligation, peut être plus ou moins énergique. Il est garanti par un moyen coercitif puissant, quand le créancier peut demander en justice ce qui lui est dû, l'obligation prend alors le nom d'*obligation civile;* quand au contraire le droit existe, sans que le créancier puisse l'exercer par une action en justice, l'obligation reçoit la qualification de *naturelle*. Reconnue par la législation positive, qui lui attribue des effets importants, comme de pouvoir être novée ou cautionnée,

de faire obstacle à la répétition de l'indû, cette obligation est moins énergiquement sanctionnée que celles qui sont protégées par des actions, et c'est ce que signifie la dénomination usitée, qui, si on la prenait à la lettre, ferait croire qu'il s'agit d'une obligation tout à fait étrangère au droit civil.

Le Code Napoléon n'a prononcé qu'une fois le nom des obligations naturelles (v. art. 1235). C'est à propos de cet article, que nous établirons quelles sont ces obligations et quels effets elles produisent.

1 *bis*. IV. La relation qui constitue l'obligation existe, ainsi que nous l'avons dit, entre deux personnes déterminées, le créancier et le débiteur, aussi faut-il bien se garder de confondre la nécessité légale imposée à une personne déterminée, dans l'intérêt d'une personne déterminée, avec la nécessité imposée à tous et à chacun de respecter le droit d'autrui : par exemple, de ne pas porter atteinte à la sûreté personnelle d'une autre personne, de respecter sa propriété; les devoirs que nous imposent les droits d'autrui sont étrangers à la matière des obligations, non pas que leur violation ne puisse donner naissance à des actions, mais parce que ces devoirs sont communs à tous les hommes, qu'ils constituent la règle générale, tandis que les obligations sont relatives et constituent de véritables exceptions.

2. Les obligations se forment le plus fréquemment par convention; elles peuvent aussi se former sans convention. Les obligations formées par convention s'appellent conventionnelles; la convention qui les produit s'appelle *contrat*. Les règles générales des contrats sont l'objet du présent titre. Une partie de ces règles, communes à toutes les obligations, n'a été insérée ici que parce que la convention est, comme on l'a dit, le principe le plus ordinaire de leur formation. Les causes et les effets particuliers des obligations ou engagements qui se forment sans convention sont expliqués au titre suivant.

2 *bis*. Le mot *obligation* est loin d'être synonyme du mot *contrat*. L'obligation est le lien du droit, le contrat est un des faits qui engendrent des obligations; l'une est l'effet, l'autre est la cause. Si on a pu accuser les rédacteurs du Code d'avoir employé ces deux expressions comme identiques dans la rubrique du titre

que nous étudions, c'est faute d'avoir réfléchi sur la construction grammaticale de cette rubrique et sur la loi générale qui préside à la rédaction des courtes phrases qui servent à désigner l'objet d'une œuvre quelconque de l'intelligence. — Le titre n'est pas intitulé *des contrats ou obligations conventionnelles,* ce qui pourrait faire croire que ses rédacteurs ont présenté la seconde expression comme une traduction de la première : il traite *des contrats ou* DES *obligations conventionnelles ;* c'est-à-dire que son objet est désigné par deux intitulés qui, sans être la traduction l'un de l'autre, expriment chacun, d'une manière différente, quelles sont les matières qu'il régit. Il n'est pas rare, en effet, de désigner une même œuvre par deux dénominations, dont l'une aurait pu suffire, mais qui, par leur rapprochement, expliquent d'une manière plus claire, l'objet et le but de l'ouvrage. C'est ainsi qu'une comédie célèbre a pu être intitulée *le Mariage de Figaro* ou *la Folle journée ;* le second titre n'est certes pas la traduction du premier ; chacun des deux pouvait suffire, mais l'un se complète par l'autre. De même le titre du Code Napoléon aurait pu avoir pour rubrique *des Contrats* ou simplement *des Obligations conventionnelles ;* mais la réunion des deux intitulés ne laisse aucun doute sur l'étendue des matières traitées par les rédacteurs du Code, dans cette partie de leur ouvrage.

3. Le contrat est une convention.

La convention est l'accord de plusieurs volontés dans un même but. Si ce but est de créer entre les parties une ou plusieurs obligations, c'est alors qu'elle prend le nom de contrat, sans qu'on exige pour cela, dans notre droit, les conditions particulières qui distinguaient à Rome les contrats des simples pactes.

Le contrat, comme toute convention, intervient entre deux ou plusieurs personnes.

Son effet est de les obliger les unes envers les autres, simplement ou réciproquement.

L'obligation consiste nécessairement à donner, à faire ou à ne pas faire.

Toutes ces propositions, qui seront ultérieurement déve-

loppées, sont comprises dans la définition que le Code civil donne du contrat. V. art. 1101.

3 *bis*. I. La convention, c'est-à-dire l'accord de deux volontés dans un même but juridique, peut avoir pour objet la création d'une obligation, l'extinction d'une obligation, ou la translation de la propriété ou de quelque droit réel. Dans le langage du droit ancien, la dénomination de contrat était réservée aux conventions produisant des obligations, elle n'était pas appliquée à celles qui éteignaient les obligations (1), et il ne pouvait être question de l'étendre aux conventions translatives de droits réels, puisque ces droits ne pouvaient être acquis par simples conventions. Aujourd'hui que la convention de transférer la propriété transfère immédiatement ce droit, il est impossible de refuser le nom de contrat aux conventions qui ont cet objet; parce qu'il ne peut plus y avoir de différence, à ce point de vue, entre la convention par laquelle une personne promet de donner un corps certain, convention comprise dans la définition de l'art. 1101, et celle par laquelle une personne consent à donner immédiatement la propriété. Mais, s'il est permis de comprendre dans l'expression contrat toutes les conventions qui ont pour but l'acquisition de droits (créance ou propriété), il n'est guère possible d'aller jusqu'à généraliser l'expression au point d'y faire rentrer les conventions qui ont pour but l'extinction des droits. Ce n'est au reste qu'une question de langage, sans intérêt juridique, puisque les conventions sont sanctionnées par la loi comme les contrats. (V. art. 1134.)

3 *bis*. II. De la définition contenue dans l'art. 1101, il ne ressort pas très-clairement que le contrat peut produire des obligations réciproques. Cependant cette définition n'est pas pour cela inexacte, car elle définit le contrat une convention créatrice d'obligations. Or, les conventions qui produisent des obligations réciproques sont comprises dans cette expression large. Une définition ne doit pas nécessairement contenir tous les détails sur la chose définie, elle doit seulement indiquer les traits distinctifs et caractéristiques de cette chose; c'est ce que nous trouvons dans l'article : les détails, les subdivisions sont indiqués plus loin.

3 *bis*. III. Quand on emploie le mot *donner*, dans la définition

(1) Pothier, Oblig. n° 3.

du contrat et de l'obligation, on attribue à cette expression le sens du mot latin *dare*, transférer la propriété, et non pas du mot *donare* qui implique l'idée d'une libéralité; en sorte que dans les principes du droit actuel on peut présenter l'obligation d'un vendeur comme exemple d'une obligation de donner.

4. La loi reconnaît plusieurs classes de contrats; chacune d'elles a des principes qui lui sont propres; il importe sous ce rapport de les distinguer.

Les divisions auxquelles le Code s'est attaché, se tirent, 1° de la réciprocité ou non-réciprocité des engagements produits par le contrat (v. art. 1102, 1103); 2° de la réciprocité plus ou moins exacte des avantages que le contrat procure à chaque partie, ou de leur non-réciprocité (art. 1104, 1105, 1106).

5. On appelle *synallagmatique* ou *bilatéral* le contrat qui oblige de part et d'autre, comme la vente, l'échange, le louage; et *unilatéral*, celui qui n'oblige que d'un seul côté, comme la donation, le prêt. V. art. 1102, 1103, et à ce sujet, art. 1184, 1325.

Remarquons ici que certains contrats, qui, dans le principe, n'obligent que d'un seul côté, peuvent entraîner par la suite des obligations réciproques; tels sont, par exemple, le commodat, le dépôt, le mandat. Les auteurs appellent ces contrats *synallagmatiques imparfaits*. Cette distinction, selon nous, n'est pas sans utilité; toutefois, il ne paraît pas que la loi comprenne ces contrats dans la classe des contrats synallagmatiques; car, s'il est vrai qu'il peut en résulter des obligations réciproques, il ne l'est pas que les contractants *s'y obligent réciproquement* (art. 1102).

5 *bis*. I. La division des contrats en synallagmatiques et unilatéraux présente un intérêt pratique à cause de certaines règles qui sont applicables à une de ces classes de contrats et non à l'autre. Ainsi, d'après l'art. 1325, les actes sous seing privé constatant des contrats synallagmatiques sont assujettis à une formalité spéciale. — De même l'art. 1326 contient une règle parti-

culière aux contrats unilatéraux; et, en dehors même de la matière des preuves, l'art. 1184 contient une décision qui, par la force même des choses, s'applique exclusivement aux contrats synallagmatiques.

5 *bis.* II. L'expression contrats synallagmatiques imparfaits n'est pas reproduite par le Code. La doctrine, en désignant ainsi certains contrats, n'a pas pu soumettre ces contrats aux règles qui régissent spécialement les contrats synallagmatiques. Ainsi le contrat de dépôt ou le contrat de mandat peut être prouvé par un acte sous seing privé fait simple, malgré les obligations qui peuvent accidentellement grever le déposant ou le mandant.

6. La plupart des contrats interviennent dans l'intérêt commun des parties. Chacun alors y donne et reçoit l'équivalent : soit que cet équivalent devienne l'objet d'engagements réciproques, comme dans la vente, l'échange ; soit que, l'une des parties fournissant l'équivalent à l'autre au moment du contrat, cette dernière seule contracte engagement ; il en est ainsi, par exemple, dans le prêt à intérêt.

L'équivalent, de part et d'autre, peut consister dans des choses ou des faits susceptibles d'être appréciés à une valeur fixe, comme au cas de vente, de louage, de société. Il peut, au contraire, consister dans une chance de gain ou de perte, comme s'il y a constitution de rente viagère. Dans le premier cas, le contrat est dit *commutatif;* dans le second, il est *aléatoire.* Voy. art. 1104, et remarquez, 1° qu'il n'est pas exact de dire avec la loi, que dans le contrat commutatif chacune des parties s'engage ; car, comme on l'a vu, le contrat peut être unilatéral ; 2° que la loi, qui paraît exiger ici dans le contrat aléatoire une chance pour chacune des parties, semble reconnaître ailleurs que cete chance peut exister seulement pour l'une ou plusieurs d'entre elles (v. art. 1964).

6 *bis.* La différence entre les deux définitions que le Code donne des contrats aléatoires, provient de la différence des points de vue auxquels se sont placés les rédacteurs du Code en écrivant les articles 1104 et 1964. Certainement, à considérer les choses attentivement, il est impossible de ne pas voir que dans tous les

contrats les chances sont réciproques et que si l'une des parties gagne ou perd c'est parce que l'autre perd ou gagne. Ainsi, même dans le contrat d'assurance, si l'assureur perd une somme importante quand la chose assurée périt, c'est que l'assuré la gagne : si l'assureur gagne la prime pendant plus ou moins longtemps, c'est que l'assuré la perd. Il est vrai qu'on est tenté de représenter l'assuré comme ne courant aucune chance, car il peut fixer d'avance ce qu'il payera, et pour ce qu'il touchera au cas de sinistre, ce n'est pas un bénéfice, puisque c'est la représentation exacte de la perte qu'il éprouve. Mais il ne faut pas s'attacher à ce raisonnement pour condamner l'art. 1104, car si l'indemnité reçue par l'assuré représente la valeur périe, elle n'en est pas moins un bénéfice pour lui, puisque s'il n'avait pas été assuré, il aurait fait une perte. Il est dans la position d'un homme qui aurait engagé deux paris, en sens inverse, sur le même fait avec deux parieurs différents; son patrimoine ne serait ni accru ni diminué par l'événement, et cependant il aurait fait avec chacun de ses cocontractants un contrat aléatoire : dans ses rapports avec chacun d'eux il aurait couru une chance, et, bien que pour lui cette chance fût neutralisée par l'autre pari, cependant comme la nature des contrats ne peut dépendre des faits étrangers aux deux parties, les deux contrats auraient conservé leur caractère.

A ce point de vue donc, l'art. 1104 a eu raison de présenter les contrats aléatoires comme offrant des chances pour les deux parties; mais quand on a écrit l'art. 1964 on a envisagé autrement la position respective des contractants. On a songé que dans un grand nombre de contrats aléatoires la prestation à fournir par l'une des parties était fixe et invariable dès le principe, tandis que celle du cocontractant dépend des événements, et on a dit : le premier sait à quoi il s'engage et ne court pas de chance, le second seul est exposé à des éventualités. *Exemple :* Je vous vends ma récolte de l'année prochaine pour 1,000 fr.; l'acheteur doit une prestation fixe, le vendeur seul ignore le montant de ce qu'il promet. Dans un certain sens donc, le vendeur seul est soumis à des éventualités, quant à l'objet de sa dette. Mais en examinant le contrat d'un point de vue élevé, on aperçoit encore que pour les deux parties il y a ignorance du sort que leur fait le contrat, car le prix peut être de beaucoup inférieur ou supérieur à la valeur de la chose

vendue, et par conséquent le patrimoine du vendeur, comme celui de l'acheteur, est exposé à être augmenté ou diminué d'après l'événement.

7. Quoique la plupart des contrats interviennent, comme on l'a dit, dans l'intérêt commun, il n'est pas rare cependant qu'il en soit autrement, et que l'une des parties, se proposant uniquement de rendre service à l'autre, lui procure un avantage purement gratuit : *puta* dans le prêt sans intérêt, le mandat, le dépôt. Il y a alors contrat *de bienfaisance*. V. art. 1105. Quant aux contrats qui se font dans l'intérêt commun, ce qui comprend les contrats commutatifs et les contrats aléatoires, la loi les qualifie *à titre onéreux*, parce que chacune des parties n'y obtient un avantage qu'en faisant un sacrifice. C'est en ce sens, que chacun y est *assujetti* à donner ou à faire quelque chose ; ce qui n'empêche pas que le contrat ne puisse être unilatéral. V. art. 1106.

7 *bis*. Le mot *assujettit*, employé par l'art. 1106, pourrait faire croire qu'il n'y a de contrats à titre onéreux que ceux qui *obligent* les deux parties. Mais un contrat peut être fait dans l'intérêt des deux parties sans qu'il donne naissance à deux obligations; *exemple :* le prêt à intérêt. La phrase du Code doit donc être traduite ainsi: le contrat à titre onéreux est celui qui exige pour sa formation que chacune des parties donne ou fasse quelque chose. Pothier définissait plus clairement ces contrats : ceux qui se font pour l'intérêt et l'utilité réciproque de chacune des parties (1).

8. D'après cet exposé, on peut, comme on voit, diviser les contrats :

1° En synallagmatiques et unilatéraux ;

2° En contrats à titre onéreux et contrats de bienfaisance;

Quant à la distinction des contrats commutatifs et aléatoires, elle n'est qu'une subdivision des contrats à titre onéreux.

8 *bis*. Certaines règles de droit s'appliquent aux contrats à titre onéreux qui ne régissent pas les contrats à titre gratuit. Tel est

(1) V. Pothier, n° 12.

l'intérêt de cette distinction. — Ainsi : 1° la loi est en général plus indulgente pour les fautes du débiteur quand sa dette résulte d'un contrat à titre gratuit. (V. art. 1927, 1928, 1992 et 1137, *in fine*.) 2° Nous verrons bientôt que dans les contrats à titre onéreux la considération de la personne du cocontractant est en général envisagée comme n'ayant pas été déterminante, en sorte que l'erreur sur la personne est sans influence sur la validité de la convention. Il en est autrement dans les contrats de bienfaisance: la personnalité de celui à qui le contractant a voulu conférer un bienfait joue le rôle principal dans la production de sa volonté; donc l'erreur sur cette personnalité peut être une cause de nullité de la convention.

Quant à la division des contrats à titre onéreux en contrats commutatifs et aléatoires, elle n'est pas non plus dénuée d'intérêt, car le caractère aléatoire qu'aura revêtu un contrat fera obstacle à l'admission de l'action en rescision pour lésion, si le contrat est du petit nombre de ceux qui sont exposés à cette cause de rescision. Ainsi un acte entre cohéritiers faisant cesser l'indivision est rescindable pour lésion, en vertu des règles sur le partage; mais il échappera à cette cause de rescision s'il a été fait comme vente de droits successifs, c'est-à-dire s'il présente pour les deux parties des éventualités de gain et de perte. Il en sera de même d'une vente d'immeuble, qui aurait été consentie moyennant une rente viagère.

9. On peut encore diviser les contrats, d'après la manière dont ils se forment, en contrats *consensuels*, *réels* et *solennels*. Mais il faut remarquer, à ce sujet, que c'est par exception, et pour un très-petit nombre de contrats, que la loi exige des solennités à l'accomplissement desquelles elle subordonne la validité de la convention. En principe, le consentement, pourvu qu'il soit accompagné des conditions généralement requises (v. art. 1108), suffit pour obliger, et si certains contrats, comme le prêt, le dépôt, ne se forment que par la tradition, il n'en résulte nullement que la convention serait nulle en l'absence de cette circonstance; cela veut dire seulement qu'il n'y aurait pas lieu à lui attribuer les effets déterminés du contrat particulier dont la formation dépend de la tradition.

9 *bis*. I. La division des contrats en consensuels, solennels et réels, a bien peu d'intérêt aujourd'hui. Le consentement suffit en principe pour obliger, tous les contrats, sauf de rares exceptions, sont donc consensuels.

Quelques-uns peuvent être qualifiés contrats solennels, la donation, le contrat de mariage, la constitution d'hypothèque, parce que des formalités sont, dans ces cas, exigées à peine de nullité; si bien que la convention, fût-elle prouvée, avouée même, ne devrait pas produire d'effet en l'absence des formalités prescrites. Ce n'est pas à dire cependant, que pour les contrats consensuels l'accomplissement de certaines formalités, la rédaction d'un écrit notamment, soit indifférente, elle est au contraire d'une haute importance ; mais elle n'est pas si nécessaire que pour les contrats dont nous parlons. Ainsi la vente d'un objet de grande valeur, d'un tableau ou d'un diamant, par exemple, pourra être déniée par l'une des parties en l'absence d'écrit; la preuve par témoins n'étant pas admise au-dessus de 150 francs, l'autre partie pourrait se trouver dans l'impossibilité de prouver la convention, mais ce n'est là qu'une difficulté de fait et non une impossibilité de droit. Si le contrat était avoué, si le défendeur, sommé de jurer qu'il n'a pas contracté, refusait de prêter serment, le contrat devrait recevoir son exécution. Tandis qu'une donation ou un contrat de mariage ne pourrait recevoir son effet quand bien même il n'y aurait pas de doute sur leur existence, parce que les formalités, en pareil cas, sont exigées non pour assurer la preuve de la convention, mais comme un élément nécessaire de sa validité.

9 *bis*. II. Les quatre contrats nommés, que les Romains rangeaient dans les contrats réels(1), le *mutuum*, le commodat, le gage, le dépôt, peuvent encore être considérés aujourd'hui comme réels, c'est-à-dire comme se formant non par le simple consentement, mais par la remise de la chose. En effet, dans ces quatre cas, l'obligation consistant à restituer une chose, ne peut naître, quelle que soit la convention, tant que cette chose n'a pas été remise au débiteur. Seulement, à la différence du droit romain, il pourra arriver qu'une simple convention engendre une obligation tendant à faire naître un des quatre contrats que nous venons

(1) V. Inst. III, t. 14.

d'énumérer. Ainsi, j'aurai promis de vous prêter 1,000 francs ou un cheval, j'aurai promis d'accepter le dépôt de votre argenterie, dans tous ces cas il y a convention valable, mais ces conventions n'ont donné naissance ni à un *mutuum*, ni à un commodat, ni à un dépôt; dans les deux premiers cas, c'est le futur prêteur qui est obligé tandis que le prêt oblige l'emprunteur, dans la troisième hypothèse, le promettant n'est pas encore, comme dans le dépôt, obligé à restituer une chose déterminée, il est obligé à la recevoir. On peut donc constater la validité de ces conventions et cependant reconnaître que le *mutuum*, le commodat, le dépôt et le gage, sont encore aujourd'hui des contrats réels.

10. Le principe qui place dans le consentement la cause efficiente des obligations, détruit la différence établie par le droit romain entre les simples pactes et les contrats; il rend absolument sans importance la distinction des contrats nommés et des contrats innommés. Il est bien certains contrats plus usuels, qui ont une dénomination propre, et dont la loi a réglé spécialement les conditions et les effets; mais cela n'établit pas une différence substantielle entre ces contrats et ceux que les parties, en expliquant leur volonté, peuvent créer, et multiplier à l'infini. Les uns et les autres sont soumis à des règles générales; ce sont ces règles qui font l'objet du présent titre. V. art. 1107, al. 1.

11. A l'égard des règles particulières à certains contrats, elles se trouvent dans les titres relatifs à chacun d'eux; celles qui concernent les transactions commerciales sont comprises dans un Code à part. V. art. 1107, al. der. Nous nous bornons ici à remarquer, à l'égard des contrats dont la loi a réglé les conditions et les effets, qu'un grand nombre de règles établies à ce sujet sont moins des dispositions législatives proprement dites que l'interprétation de la volonté présumée des parties; elles peuvent dès lors être écartées par la manifestation d'une volonté contraire. Du reste, nous aurons à distinguer avec grand soin, dans chacun de ces contrats, ce qui est de son essence, ce qui est de sa nature, et ce qui lui est accidentel.

11 *bis.* La distinction des choses qui sont essentielles aux contrats, qui leur sont naturelles ou qui sont simplement accidentelles, est longuement développée par Pothier (n° 5). — Les choses essentielles sont celles sans lesquelles le contrat ne peut subsister ou au moins dont l'absence change la nature du contrat et fait qu'il devient un autre contrat. — Exemple : le prix dans la vente.

Les choses naturelles sont celles qui font partie du contrat quoique les contractants ne s'en soient pas expliqués, mais sans lesquelles le contrat pourrait subsister, si elles étaient exclues du contrat par la volonté expresse des parties. Exemple : la garantie dans la vente (v. art. 1603 et 1627). — Les choses accidentelles sont celles qui n'en font partie qu'en vertu d'une clause particulière. — Exemple : la convention de réméré.

12. Les règles particulières à certains contrats doivent se combiner, pour chacun, avec les règles générales, communes à tous les contrats. Ces règles communes sont les seules qui s'appliquent directement aux contrats innommés; toutefois, il paraît raisonnable de leur appliquer aussi, par analogie, certaines règles particulières des contrats avec lesquels ils peuvent présenter plus ou moins de similitude.

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS ESSENTIELLES A LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

13. Ces conditions sont au nombre de quatre ; le consentement, la capacité, l'objet et la cause. V. art. 1108, et remarquez, 1° que la loi applique uniquement à la partie qui s'oblige les conditions de consentement et de capacité. Il n'y a rien à en conclure, quant au consentement ; il est trop évident qu'il n'y aurait pas même *consentement*, si à la volonté de s'obliger, qui existe chez l'une des parties, ne se joignait pas la volonté de l'autre. Mais il est vrai, au contraire, que la capacité n'est requise, en général, que dans la partie qui s'oblige (v. art. 1125).

Remarquons, 2° quant à l'objet et à la cause, que ce sont des conditions d'existence des engagements ou obligations qui doivent naître du contrat. Si donc, le contrat est de nature à produire des engagements ou obligations réciproques, chaque engagement ou obligation doit avoir son objet et sa cause. L'objet, au surplus, doit surtout être certain, et la cause licite.

13 *bis*. I. Il est étrange de rencontrer au commencement du titre des *contrats* une section qui traite de la validité des *conventions*. Le législateur aurait-il oublié la distinction qu'il a faite dans l'art. 1101 entre les conventions et les contrats? Accepterait-il la synonymie des deux termes? Il n'est pas nécessaire de le supposer. Mais les contrats n'étant qu'une espèce dans le genre des conventions, il n'est pas étonnant qu'une idée, vraie des contrats, soit vraie aussi des conventions, et que le législateur, presqu'à son insu, ait été entraîné à généraliser l'expression de sa pensée, sans songer qu'il écrivait seulement le traité des contrats. Or, il est facile de comprendre que pour les conventions extinctives de droits, auxquelles l'usage refuse le nom de contrats, il faut le consentement, la capacité, un objet et une cause; et cela suffit pour expliquer comment notre section est plus générale qu'elle ne devrait l'être, si le Code s'était constamment montré fidèle à la rubrique de son titre.

13 *bis*. II. Les conditions énumérées par l'art. 1108, sont essentielles à la validité des conventions, en ce sens que leur réunion est nécessaire pour que la convention soit parfaite et inattaquable. Mais parmi ces quatre conditions, il en est au moins une dont l'absence aura des conséquences moins graves que l'absence d'une des trois autres. Si la partie qui s'oblige est incapable, le contrat n'est qu'annulable, tandis qu'il est radicalement nul à défaut d'objet ou de cause, ou lorsque le consentement a totalement manqué.

Nous trouverons des sections spéciales sur l'objet et sur la cause des obligations; qu'il suffise actuellement de constater, que l'objet de l'obligation c'est ce qui est dû (*quod debetur*), et la cause ce pour quoi le débiteur a consenti à devenir débiteur (*cur debetur*).

SECTION PREMIÈRE.

Du consentement.

14. Le consentement requis, pour obliger efficacement, doit être exempt de vices. On ne peut guère reconnaître comme vices du consentement que l'erreur et la crainte ; quoi qu'il en soit, la loi indique ici trois obstacles à sa validité : l'erreur, la violence et le dol. V. art. 1109.

14 *bis*. La loi, dans la section du *consentement*, ne parle que des vices qui rendent ce consentement imparfait; elle n'a rien à dire du défaut absolu de consentement, parce qu'en pareil cas il n'y a pas *convention*, accord de deux volontés dans un même but, et que, d'après la définition même de l'art. 1101, l'acte ne peut pas même avoir les apparences d'un contrat.

15. L'erreur dans un contrat peut porter, 1° sur la nature même de la convention : par exemple, si l'une des parties entend louer et l'autre acheter; 2° sur la cause de l'obligation; 3° sur la chose qui en fait l'objet; 4° sur la personne avec laquelle on entend contracter; 5° enfin sur le motif qui engage à contracter.

16. La loi ne s'est pas occupée du premier cas; il est évident qu'alors il n'y a pas convention. La convention ne peut non plus subsister avec effet dans le second, puisqu'elle manque réellement d'une des conditions essentielles à sa validité (v. art. 1131). La même décision doit naturellement s'appliquer au troisième cas, lorsque l'erreur porte *in ipso corpore rei*. Mais si l'erreur s'applique seulement à une qualité de la chose, on distingue si cette qualité fait la substance de la chose, ou si elle est seulement accidentelle ; dans le dernier cas, l'erreur n'est point une cause de nullité. V. art. 1110, al. 1, et à ce sujet, *Ulp.*, L. 9, L. 14; *Julien*, L. 41, § 1, ff. *De contr. empt.*; mais voyez surtout Cod. N., art. 1641, 1644.

16 *bis*. I. Il n'y a pas eu accord de volontés, la convention,

par conséquent, n'existe pas, quand l'une des parties a cru acheter et l'autre donner à bail.

On peut dire la même chose par un autre motif, au cas d'erreur sur la cause de l'obligation ou d'une des obligations ; nous verrons plus loin que la volonté est réputée inexistante quand la cause qui l'avait déterminée est reconnue fausse, la convention alors est radicalement nulle (art. 1131.)

Enfin en supposant même une erreur sur la chose qui est l'objet de la convention, il est encore une hypothèse, dont la loi a jugé inutile de parler, et dans laquelle le contrat est radicalement nul, parce qu'il n'y a pas eu accord de volontés. C'est le cas où l'erreur porte sur l'identité même de la chose : l'une des parties a songé à une chose et l'autre à une autre, le vendeur a songé à sa terre de Normandie et l'acheteur à la terre de Bretagne. C'est cette erreur, dont Ulpien donne plusieurs exemples, qui est qualifiée, d'après ce jurisconsulte, *error in ipso corpore rei.* Elle est exclusive de l'idée de consentement, et on doit dire qu'en pareil cas la convention apparente est radicalement nulle (1).

16 *bis.* II. S'il est facile de se fixer sur ces diverses hypothèses, malgré le silence du législateur, il n'en est pas de même de l'autre hypothèse, bien qu'elle soit précisément celle dont le législateur a parlé. La difficulté provient de ce que la loi a employé une expression dont le sens n'est pas facile à déterminer, le mot *substance.* Si nous n'étions guidés ni par les précédents, ni par les conséquences à tirer d'autres articles de la loi, nous pourrions être tentés de croire que la substance c'est l'individualité même de la chose et que la loi a voulu parler ici de l'erreur *in corpore.* Mais le texte d'Ulpien déjà cité, aussi bien que le passage de Pothier qui correspond à notre article (2), nous montrent existante depuis le droit romain, la distinction de l'*error in corpore* et de l'*error in substantia*, et de plus l'art. 1117, en déclarant que la convention entachée d'erreur est annulable et non pas nulle, ne permet pas de croire qu'il s'agit d'une erreur *in corpore,* puisque cette erreur détruit le consentement.

Quand la loi parle de la substance de la chose, elle a donc en vue ses qualités, et elle reconnaît que l'erreur sur les qualités peut

(1) V. *Ulp. fr.* 1 *pr. de contrah. empt.*

(2) V. Pothier, nos 17, 18.

vicier le consentement; seulement elle établit en même temps que l'erreur sur une qualité quelconque n'est pas suffisante, car alors il n'est guère de contrat qui ne pût être victorieusement attaqué; mais il faut au contraire que la qualité, dont l'absence a été ignorée, ait une certaine importance par rapport à l'ensemble de la chose. Or, ce qu'il faut rechercher et ce que le texte du Code ne nous apprend pas, c'est quelles sont les qualités qui constituent la substance.

Si on s'attachait seulement aux exemples donnés dans certains textes du droit romain et dans le numéro 17 de Pothier, on pourrait croire que la loi a entendu par substance la matière première dont est composée la chose. Ainsi il s'agira de lingots de cuivre achetés pour des lingots d'argent, ou d'une table en plaqué vendue comme massive. Mais si on se contentait d'appliquer à ces hypothèses l'art. 1110, on en restreindrait beaucoup trop l'application, et on arriverait à valider des manifestations de volonté, bien qu'elles fussent fondées sur une croyance contraire à la vérité, touchant des circonstances capitales et déterminantes. Ainsi la matière première est bien quelquefois la considération déterminante de la volonté d'un acheteur, mais souvent aussi cette matière première est prise en minime considération; quand des flambeaux d'argent, du poids d'un kilogramme (40 pièces de 5 francs), seront vendus deux ou trois mille francs, c'est que l'acheteur aura attaché une immense importance à une circonstance étrangère à la matière dont les flambeaux sont composés. Deux tableaux, deux statues, sont composés de la même matière première, mais le nom de leur auteur véritable augmente ou diminue singulièrement leur valeur respective.

Il ne faut pas croire non plus que toute qualité dont l'absence devra diminuer notablement la valeur vénale de la chose, sera considérée comme substantielle, car alors sous le prétexte de nullité pour erreur sur la substance, la loi aurait consacré la nullité pour lésion. En effet, un cheval aura une bien plus grande valeur s'il est bon coureur que s'il marche péniblement : une montre si elle marque exactement les heures que si elle avance ou retarde quotidiennement : un livre, s'il est bien écrit, instructif, intéressant, que s'il est, suivant l'expression de Pothier, au-dessous du médiocre : et cependant les mots mêmes que le

Code a empruntés à Pothier, prouvent, que dans ces divers cas, la convention n'est pas nulle : l'erreur ne porte pas sur la substance.

La distinction est donc délicate entre les qualités substantielles et celles qui ne le sont pas; cependant, si on veut puiser un enseignement dans le mot même que la loi emploie, dans le mot substance, on arrivera à cette idée que les qualités constituant la substance sont celles dont l'absence dénature la chose, l'altère au point qu'elle devient une autre chose, un autre être que celui qui devait être l'objet de la convention. Ainsi, dans les exemples cités plus haut, il est clair que le cheval, la montre, le livre, sont toujours, malgré les défauts graves que nous avons supposés, un cheval, un livre, une montre; mais, au contraire, du cuivre n'est pas l'argent que l'acheteur voulait quand il achetait des lingots : des flambeaux modernes ne sont pas des flambeaux du règne de Louis XIII : une copie d'après Raphaël n'est pas un original : une statue d'un artisan inconnu n'est pas un marbre d'un grand statuaire, etc. Dans toutes ces hypothèses on peut dire que l'erreur porte sur la substance, c'est-à-dire, sur la qualité essentielle et caractéristique de la chose, en l'absence de laquelle cette chose se trouve être un objet différent, d'une nature autre que celle qu'on lui avait supposée.

16 *bis*. III. Cette qualité dont l'absence change la nature de la chose, et que nous appelons la substance, peut avoir été crue existante par les deux parties, comme aussi par l'une d'elles seulement, et dès lors il y a lieu de se demander si, dans ces deux cas, il y a également nullité du contrat. Cela doit être admis sans difficulté quand l'erreur est commune, et même, en pareil cas, la convention expresse ou tacite des parties pourrait avoir subordonné le contrat à l'existence d'une qualité qui n'aurait rien de substantiel.

Mais quand l'erreur n'existe que d'un seul côté, on peut être plus embarrassé de décider. Il faut cependant tout d'abord dégager une hypothèse: si la partie qui n'était pas dans l'erreur a contribué à faire naître ou à entretenir l'erreur de l'autre, le contrat serait alors attaquable pour cause de dol, indépendamment des principes spéciaux à l'erreur sur la substance. Mais il faut aller plus loin: la bonne foi de la partie qui n'est pas dans l'er-

reur ne priverait pas l'autre partie de l'action en nullité fondée sur son erreur. *Exemple:* un vendeur vend un objet d'art qu'il sait moderne : l'acheteur, qui collectionne des objets du seizième siècle, est déterminé parce qu'il croit que la chose est en effet de cette époque, et il achète sans s'expliquer avec le vendeur sur cette qualité, qui est pour lui substantielle. Cet acheteur pourra demander la nullité du contrat. En effet, rien dans la loi ne fait croire que le législateur ait considéré seulement comme substantielles, les qualités sur l'existence desquelles les deux parties étaient dans l'erreur. Les vices dont parle la section que nous étudions, sont des vices qui affectent la volonté d'un seul des contractants, d'où pourrait-on conclure que le vice d'erreur doit être commun, tandis que les vices de violence ou de dol sont particuliers à l'une des deux volontés? D'après l'art. 1109 il n'y a pas de consentement valable quand il a été donné par erreur. Dans notre hypothèse une des deux parties n'a consenti que par suite d'une erreur : son consentement est donc vicié, et il n'y a pas à s'inquiéter de ce que le consentement de l'autre partie est pur de tout vice. Pour que la convention soit inattaquable, il faut que les deux volontés soient exemptes de vices, et dans notre hypothèse, une seule satisfait à cette condition. Bien plus, la deuxième partie de l'art. 1110 démontre que l'erreur vicie le contrat, bien qu'elle n'ait existé que d'un côté, car lorsqu'on suppose une erreur sur la personne, on ne pense pas apparemment, que le cocontractant, sur la personne duquel naît l'erreur, ait partagé cette croyance erronée sur son individualité.

16 *bis*. IV. Un tempérament au reste est nécessaire pour rendre cette doctrine acceptable dans la pratique. Il y aura souvent, dans les hypothèses semblables à celles que nous supposons, une grave imprudence à reprocher à l'acheteur; il aurait dû s'expliquer avec le vendeur, avertir celui-ci de la qualité qu'il espérait trouver dans la chose achetée et le mettre en demeure de se prononcer sur l'existence de cette qualité. Cette faute de l'acheteur doit engendrer une obligation, en vertu de l'art. 1382; par conséquent il devra au vendeur des dommages et intérêts si celui-ci éprouve un préjudice, par suite de l'anéantissement du contrat, notamment s'il a manqué une autre occasion de vente. Mais cette réserve d'un droit à des dommages et intérêts n'anéantit pas le

droit de l'acheteur, d'abord parce qu'elle est subordonnée aux circonstances de la cause, ensuite parce qu'il vaudra souvent mieux pour lui supporter cette perte sans conserver la chose, que subir le marché en gardant une chose dont il n'a pas besoin.

16 *bis*. V. Nous avons raisonné jusqu'à présent à l'exemple de Pothier et des auteurs français modernes (1), à propos d'un contrat de vente, et en supposant une erreur de l'acheteur, mais la question que nous examinons demande à être généralisée et étudiée par rapport à tous les contrats soit unilatéraux, soit synallagmatiques.

Les termes de la loi sont généraux, par conséquent une erreur sur la substance de la chose devrait vicier aussi bien un contrat unilatéral qu'un contrat synallagmatique, ainsi une donation, un commodat devraient être annulés s'il était démontré que le donateur ou le prêteur avaient gravement erré sur la substance de la chose. Autre chose est, en effet, prêter ou donner une copie qu'un tableau original, un meuble usuel qu'un objet d'art.

Si nous raisonnons maintenant sur les contrats synallagmatiques, nous trouvons bien les hypothèses qui se sont présentées à l'esprit des rédacteurs de l'article, mais il est plus difficile d'arriver à la formule de la règle que la loi a voulu poser. En effet, les expressions de l'article sont loin d'être exactes et par conséquent intelligibles. Il s'agit dans l'article 1110 de l'*objet de la convention*, or, s'il est facile d'apercevoir l'objet de la convention dans un contrat unilatéral, parce qu'il se confond avec l'objet de l'obligation, il n'en est pas de même dans les contrats synallagmatiques, qui, donnant naissance à deux obligations, supposent nécessairement deux objets : dans la vente, par exemple, le prix objet de l'obligation de l'acheteur, et la chose vendue, objet de l'obligation du vendeur. Dans l'hypothèse de Pothier, qui sert de type à toutes celles sur lesquelles les auteurs discutent, il s'agit d'une erreur de l'acheteur sur la chose achetée, c'est-à-dire sur l'objet de l'obligation de l'autre partie. D'où l'on doit conclure que la loi ne restreint pas le droit de demander la nullité à la partie qui s'est trompée sur l'objet de sa propre obligation.

(1) V. Pothier, n° 18; Marcadé, art. 1110, II; Toullier, VI, 55; M. Duranton, X, 114; v. aussi M. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, I, art. 1110, 3.

Ne serait-on pas plutôt tenté d'en conclure que l'action en nullité est réservée à la partie qui s'est trompée sur l'objet de l'obligation de l'autre partie? mais outre que le texte ne conduit pas à ce résultat, et qu'il serait étrange de ne pas tenir compte de l'erreur de l'obligé sur l'objet de son obligation dans les contrats synallagmatiques, quand on en tient compte dans les contrats unilatéraux, il faut bien reconnaître que dans ce cas, comme dans l'autre, la volonté est imparfaite et le consentement vicié; en effet, le vendeur, qui a cru vendre un buffet ordinaire quand il vendait un bahut précieux, est dans une position analogue à celle de l'acheteur qui achète une copie pour un original, et il n'y a pas de raisons pour lui refuser la même protection.

Dans les contrats autres que la vente, par exemple dans l'échange ou la société, où on peut concevoir l'erreur sur l'un ou sur l'autre des objets promis, ce que nous venons de dire par rapport au vendeur doit nous éclairer, et nous devons en conclure que ces contrats peuvent être annulés à la requête de l'une ou de l'autre des parties, qu'elle ait été dans l'erreur sur l'objet de son obligation ou sur l'objet de l'obligation de son cocontractant. En résumé, l'article 1110 doit être entendu comme s'il était ainsi conçu : « Lorsque l'erreur tombe sur la substance même d'une chose qui en est l'objet *ou l'un des objets*. »

17. Quant à l'erreur sur la personne, elle n'annule la convention qu'autant que la considération de la personne en est la cause principale. V. art. 1110, al. der. On sent, au surplus, que ce caractère de personnalité, toujours présumable dans les contrats de bienfaisance, doit se borner, en général, dans les contrats à titre onéreux, à ceux qui ont pour objet certains faits ou services (v. pourtant art. 2053).

17 *bis*. I. Le système de la loi, quant à l'erreur sur la personne, est le même que celui sur l'erreur relativement à la chose. Il importe que la considération de la personne ait été la cause principale de la convention, qu'elle ait été la raison déterminante de la volonté de la partie qui a été dans l'erreur. Il y aura donc à se préoccuper et de la nature des contrats et des faits qui leur ont donné naissance. Ainsi, dans les contrats de bienfaisance, il est clair que celui qui confère le bienfait, est mû par une intention

libérale, résultant des relations qu'il croit avoir ou avoir eues avec l'autre partie, et que sa volonté est viciée quand il s'est trompé sur la personne à laquelle il procurait un avantage gratuit.

Dans les contrats à titre onéreux, la formule de la loi devra servir à faire la distinction entre ceux qui pourront être annulés et ceux qui ne pourront l'être. Ainsi, quand il s'agira d'un contrat qui impose à l'une des parties l'obligation d'accomplir un certain fait, dans l'accomplissement duquel le talent ou l'industrie personnels de l'exécutant joue un rôle important, s'il s'agit par exemple d'un tableau à peindre, d'un édifice à construire, d'un ouvrage à composer, l'erreur sur la personne du contractant devra entraîner la nullité du contrat.

Dans certains autres contrats, la considération de la personne est également déterminante; ainsi dans la société, dans le bail à colonat partiaire, on pourrait dire aussi dans le bail à ferme; quand l'erreur porte sur la personne du fermier, car l'intelligence et la probité du fermier sont des raisons déterminantes de la volonté du bailleur. Dans les autres contrats, on ne peut pas *a priori* établir, que l'erreur sur la personne donnera naissance à l'action en nullité, mais les circonstances de la cause pourraient autoriser les juges à reconnaître que la considération de la personne a été déterminante.

17 *bis*. II. La loi nous montre une application de cette théorie dans l'article 2053, relatif à la transaction. Il peut arriver en effet que la transaction, qui termine ou prévient une contestation au moyen de sacrifices réciproques, ait été principalement inspirée par la crainte de se trouver en procès avec une personne à qui on croit devoir du respect ou de la reconnaissance; mais il n'en sera pas toujours ainsi, ce contrat, comme tout autre, pourra bien n'avoir pas été fait en vue de la personne, il peut avoir été inspiré par la crainte du droit de l'adversaire; dans ce cas-là, il n'y a pas de raison pour attacher une importance exceptionnelle à l'erreur sur la personne, et l'article 2053 n'est pas tellement impératif, qu'on soit contraint de prononcer la nullité à raison d'une erreur qui a été sans influence sur la volonté. L'article en effet énumère les cas dans lesquels est possible la rescision de la transaction, mais il n'entre pas dans les détails, et s'en réfère par conséquent aux principes

généraux, auxquels toutes ses dispositions se bornent à faire un renvoi. Si l'article 2053 devait être entendu autrement, il établirait une présomption que la transaction est toujours faite en considération de la personne, présomption que rien ne justifierait en fait, et qui, ainsi que toute présomption, doit être repoussée par le jurisconsulte, tant qu'elle ne s'appuierait que sur un texte dont le sens est équivoque.

17 *bis*. III. L'erreur sur la personne peut consister dans la croyance erronée que le contractant est une autre personne qui existe réellement: c'est ce que nous avons supposé jusqu'ici; mais l'erreur peut exister aussi, sans confusion de la personne du contractant avec une autre personne, et simplement parce qu'une partie aura attribué faussement à l'autre, dans sa pensée, une qualité qui n'appartenait pas à celle-ci; par exemple, j'ai cru que mon cocontractant était mon neveu, qu'il était le fils de mon bienfaiteur. Si j'ai été déterminé à consentir au contrat par la croyance à ces qualités en la personne de mon cocontractant, ma volonté a été viciée aussi bien que si j'ai traité avec un peintre inconnu du nom de Vernay quand je croyais traiter avec Horace Vernet.

La qualité, faussement attribuée au cocontractant, peut être aussi une qualité juridique, comme celle d'héritier d'une personne déterminée, et la solution doit être la même. Ainsi une personne aura promis 1,000 francs à Pierre pour qu'il renonce à ses prétentions sur un certain immeuble. Si Pierre a été considéré dans cette transaction comme héritier de Paul, dont les prétentions étaient redoutées par le possesseur de l'immeuble, on doit dire que la qualité d'héritier a été déterminante de la volonté, et par conséquent, la transaction pourrait être annulée pour erreur sur la personne.

18. L'erreur sur le motif qui engage à contracter ne doit point se confondre avec celle qui tombe sur la cause de l'obligation. La loi ne s'en est pas occupée, et rien n'autorise à y voir une cause de nullité.

18 *bis*. La distinction entre la cause de l'obligation et le motif qui engage à contracter sera établie quand nous parlerons de la cause, sur l'article 1131.

19. Observons, au reste, que dans les divers cas où l'erreur

n'est pas par elle-même une cause de nullité, elle peut cependant l'être, si elle provient du dol. (V. art. 1116.)

20. Le consentement ne peut être obligatoire, s'il n'est pas libre. Ainsi le vice de violence, bien qu'il n'empêche pas absolument, comme l'erreur, l'existence d'un consentement tel quel, suffit néanmoins pour en paralyser l'effet, non en ce sens, qu'il n'y ait pas absolument de contrat, mais en ce sens, que le contrat ainsi formé peut être annulé. La nullité étant ici le résultat nécessaire du défaut de liberté du consentement, il n'y a pas lieu de distinguer par qui la violence a été exercée. V. art. 1111.

20 *bis*. Les dispositions et les termes des articles 1109, 1111 et suivants, ne comprennent pas toutes les hypothèses dans lesquelles la volonté peut n'avoir pas été émise en toute liberté. Ainsi, quand l'article 1109 parle d'un consentement extorqué, quand les différents articles emploient l'expression violence, au lieu du mot crainte qui, dans le droit romain, désignait plus exactement ce vice du consentement, il est clair que le Code Napoléon a eu l'intention de traiter exclusivement des actes qui ont pour but d'agir sur une partie pour la déterminer à consentir. Mais il peut arriver que la volonté ait été viciée par la crainte, sans que cette crainte ait été inspirée par des actes ayant pour but d'obtenir le consentement à une convention. *Exemples :* — Un homme arrêté par des brigands promet une somme considérable à un voyageur si celui-ci parvient à le délivrer. — Un homme promet une somme considérable à celui qui sauvera sa femme ou sa fille en danger de mort sur un navire pendant la tempête. — Dans ces deux cas il n'y a pas violence tendant à extorquer un consentement, dans le second surtout il n'y a pas même violence, par conséquent nos articles sont inapplicables dans leurs termes. Ce n'est pas à dire cependant que ces conventions soient toujours et entièrement valables. Pothier admettait que ces promesses pouvaient être réduites si elles étaient excessives (1). Mais cette solution est impossible à admettre aujourd'hui quand on commence par décider que ces promesses sont valables, parce qu'alors la réduction

(1) V. Pothier, n° 24.

n'est plus qu'une rescision pour lésion. La justice cependant ne sera pas désarmée en présence d'une pareille convention, parce que, sans aller chercher la cause de nullité dans nos articles, il est possible de traiter cette convention comme faite dans un moment de démence passagère, de l'annuler en conséquence, sauf à attribuer à la partie une juste rémunération de ses services en vertu des principes sur la gestion d'affaires. Mais il ne faut pas se dissimuler, qu'en renvoyant aux principes sur la gestion d'affaires, on n'obtient pas le résultat que Pothier consacrait. En effet, dans l'opinion de ce jurisconsulte, celui qui avait risqué sa vie pour sauver le promettant obtenait une récompense en proportion avec le service rendu et la fortune du promettant, il recevait, sauf taxation, ce qui avait été promis. Rien de semblable quand on applique les règles de la gestion d'affaires. Car d'après l'article 1375, le gérant n'a droit qu'au remboursement des dépenses qu'il a faites, mais il ne peut jamais réclamer un salaire, et c'est un salaire, un profit que la promesse annulée lui avait fait espérer et que l'opinion de Pothier lui garantissait en le réduisant. Notre opinion conduit donc à ce résultat : Celui à qui a été faite la promesse, est dans la même position qu'un homme qui se dévoue spontanément pour sauver une autre personne; il n'a pas d'action pour obtenir le payement du service qu'il a rendu, l'obligation de l'autre personne est une obligation de conscience, et il n'appartient pas à la justice civile d'en garantir l'exécution.

21. Au reste, l'engagement ne peut être annulé pour défaut de liberté qu'autant que la violence a les caractères voulus par la loi : il faut, en général, pour cela, qu'elle ait été de nature à faire impression, c'est-à-dire, à inspirer de la crainte à une personne raisonnable ; il faut que cette crainte soit celle d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal : que ce mal soit considérable, qu'il soit présent. V. art. 1112, al. 1.

22. Il est rigoureux d'exiger, comme le fait la loi, que la violence soit de nature à faire impression sur une personne raisonnable ; car, si la personne sur laquelle on l'a exercée n'est pas raisonnable, elle a pu concevoir une crainte chimérique ; et son consentement, quand il est le résultat de cette crainte chimérique, n'a pas été plus libre que si la crainte eût

été fondée. On peut dire, pour justifier la loi, que le défaut de raison, à moins qu'il ne provienne d'une infirmité naturelle, qui donnerait lieu à une protection particulière, constitue une faute qui ne mérite point d'indulgence. Cette rigueur, du reste, est bien tempérée par le principe qui, en cette matière, prescrit d'avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition. V. art. 1112, al. dern.

22 *bis*. I. La loi en déterminant quels doivent être les caractères de la violence, pour qu'elle entraîne la nullité du contrat, semble adopter deux mesures et par là elle a été exposée à des reproches d'inconséquence. Elle parle d'abord d'une violence de nature à faire impression sur une personne raisonnable, puis elle commande d'avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition de la personne. L'inconséquence cependant n'est qu'apparente. Les deux idées peuvent se concilier, si on considère la mesure indiquée d'abord comme un *maximum*, et celle indiquée à la fin de l'article comme la règle qui doit toujours être appliquée dans les limites de ce *maximum*. Si on avait dit purement et simplement d'apprécier la nature de la violence, par comparaison à la personne qui l'avait subie, il aurait pu se faire, qu'à l'égard d'un homme connu comme très-courageux (*constantissimus vir*), on se fût fait une arme de sa réputation pour lui refuser l'action en rescision. La loi n'a pas voulu qu'il en fût ainsi; dès que les actes de violence pouvaient faire impression sur une personne raisonnable, il n'y a pas lieu de pousser plus loin l'examen, et d'apprécier si le promettant n'avait pas un courage au-dessus de l'ordinaire. Voilà la première règle de l'article, voilà le *maximum* dans les limites duquel il y a encore place pour des appréciations diverses. La seconde règle en effet est celle-ci : si le contractant par son âge, son sexe, sa condition, et il faut bien ajouter son caractère, sa faiblesse d'esprit, a pu se laisser effrayer plus facilement qu'une personne raisonnable, les juges ne seront pas contraints à laisser ce faible sans protection, et à déclarer valable une convention qui ne sera pas le produit d'une volonté libre. Si la loi devait être entendue autrement, la protection de la loi manquerait justement à ceux qui en ont le plus grand besoin, et j'aurais peine à admettre qu'une décision semblable pût se justifier, en alléguant la faute

de celui qui a subi l'influence d'une crainte déraisonnable, parce que la faiblesse d'esprit, le défaut de culture de l'intelligence est bien souvent un malheur de nature, ou le résultat de circonstances de la vie parfaitement étrangères à celui qui les a subies.

22 *bis*. II. Les actes de violence doivent, d'après l'article 1112, avoir été de nature à inspirer la crainte d'un mal considérable et *présent*. Cette dernière expression doit être entendue avec une certaine réserve, elle devrait être remplacée par le mot inévitable. En effet, si on s'attachait au sens littéral du mot présent, il deviendrait impossible de concevoir l'hypothèse que prévoit le législateur. Celui qui veut exercer une pression sur la volonté d'autrui procède nécessairement par voie de menaces, il fait naître la crainte d'un mal futur. Un intervalle sépare nécessairement la menace et le fait. Que cet intervalle soit aussi court qu'on voudra, le mal sera toujours postérieur à la menace. Dès lors, qui pourrait autoriser l'interprète de la loi à déterminer arbitrairement si l'intervalle entre la menace et le mal doit être de quelques minutes, d'une heure ou d'un jour. Il y a là certainement une question d'appréciation. Tout ce que la loi a voulu dire, c'est que la menace d'un mal éventuel, chimérique, ne serait pas considérée comme pouvant faire une impression suffisante sur la volonté. Bien souvent aussi, quand le mal dont la partie est menacée est éloigné, elle peut se mettre sous la protection des autorités, mais tout dépend dans cette matière des circonstances; si la partie n'a pas cru pouvoir être protégée, si elle a considéré l'événement comme inévitable, sa volonté a été contrainte, et on ne saurait lui attribuer les effets d'une volonté libre.

22 *bis*. III. Ce n'est pas seulement par des actes illégaux de violence physique qu'un homme peut être atteint dans sa personne ou dans ses biens. Il est des actes, légitimes dans leur exercice régulier, qui causent un grave dommage à celui contre qui ils sont exercés, et il n'est pas sans exemple que la menace tendant à contraindre la volonté soit précisément la menace d'un de ces faits légitimes en eux-mêmes. Un créancier, par exemple, a contre son débiteur un titre entraînant contrainte par corps: c'est une voie rigoureuse qu'il a le droit d'employer pour forcer son débiteur à le payer : tant qu'il n'agit que dans ce but il use d'un droit. Mais s'il profite de sa position pour exiger de son débiteur

un consentement à une convention étrangère à la dette, ou à un accroissement de la dette, on ne peut pas dire qu'il reste dans les limites de son droit, il contraint réellement la volonté, il se sert d'une voie de droit dans un but illégal : en la détournant de sa destination, il fait d'une contrainte légale une violence injuste, et la convention qu'il a extorquée doit être annulée (1).

23. Il n'est pas absolument nécessaire que ce soit la personne même ou la fortune du contractant qui soit menacée, le danger de ses proches a pu l'effrayer aussi légitimement que le sien propre, et détruire dès lors la liberté de son consentement. C'est en ce sens, que la violence exercée sur eux sera pour lui une cause de restitution. Du reste, la loi limite l'application de cette règle au conjoint, aux ascendants et aux descendants. V. art. 1113.

23 *bis*. L'article contient une présomption, le danger que court une des personnes énumérées est réputé faire impression sur l'intelligence et la volonté du contractant. Mais là doit se borner l'effet de l'article, il n'est pas limitatif, les tribunaux pourraient suivant les circonstances considérer le contractant comme ayant été influencé par les menaces adressées à son frère, à son allié, à son ami, et même à un étranger, quand il n'y aura pas de doute sur l'affection qui le liait à cette personne, ou quand l'atrocité et l'imminence du danger devait déterminer tout homme de cœur à faire les plus grands sacrifices, même en faveur d'un inconnu. Si la loi ne permettait pas aux tribunaux de prendre ces circonstances en considération, elle mériterait le reproche d'avoir bien restreint le cercle des affections de famille, et d'avoir consacré le plus affreux égoïsme, en admettant que l'homme doit être indifférent aux périls de quiconque n'est pas son proche parent.

24. D'après le caractère que doit avoir la violence, pour constituer un vice de consentement, il est clair que la simple crainte de déplaire à ses parents, en d'autres termes, la crainte révérentielle, ne saurait être une cause de nullité. V. art. 1114.

25. Le contrat formé par violence n'étant pas absolument

(1) V. cependant Pothier, n° 26.

nul, on n'a jamais douté qu'il ne pût être confirmé par le consentement, même tacite, bien plus, par le simple silence de la personne devenue libre, pourvu toutefois que ce silence se soit prolongé pendant tout le temps fixé pour la restitution. V. art. 1115.

26. Une convention, sans être infectée d'une erreur qui exclut le consentement, ou d'une violence qui lui ôte toute liberté, peut néanmoins être le résultat de manœuvres, sans lesquelles le consentement n'aurait pas été donné. Le consentement n'en subsiste pas moins; mais il est juste que la partie trompée soit indemnisée par l'auteur des manœuvres; et lorsque l'auteur des manœuvres est la partie même envers laquelle l'engagement a été contracté, l'indemnité doit naturellement consister dans l'anéantissement de l'obligation. C'est en ce sens que le dol est une cause de nullité des conventions.

Tout artifice pratiqué par une personne, pour en circonvenir une autre, constitue un dol (v. *Ulp.*, L. 1, § 2, ff. *De dol. mal.*). Mais on sent bien, d'après ce qui vient d'être dit, que le dol pratiqué par un tiers ne peut annuler le contrat, et qu'il soumet seulement ce tiers à des dommages-intérêts.

Le dol, par quelque personne qu'il soit pratiqué, n'annule pas non plus le contrat, lorsqu'il n'en est pas la cause, mais qu'il y est seulement incident. C'est encore le cas de réclamer des dommages-intérêts contre l'auteur du dol.

Dans tous les cas, la bonne foi se présumant toujours, c'est à celui qui se plaint d'un dol à le prouver. V. art. 1116, et remarquez que la violence qui n'a pas les caractères requis pour constituer par elle-même une cause de nullité pourrait, suivant les cas, être considérée comme dol.

26 *bis*. Le dol est défini par Pothier (n° 28) : Toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper un autre; cette définition résume celle que donnait Ulpien, d'après Labéon : *Omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, alterum adhibita* (1).

(1) *Fr.* 1, § 1, *in f. De dolo malo.* D.

La théorie exposée par M. DEMANTE explique parfaitement comment le dol ne vicie le contrat que lorsqu'il émane du cocontractant, elle donne également la raison de la différence entre le dol principal et le dol incident; si la convention n'est annulée que lorsque le dol a déterminé la partie à contracter (*dolus dans causam contractui*), s'il ne produit pas cet effet quand il a eu pour but et pour effet de changer simplement les conditions d'un contrat déjà arrêté dans l'intention des parties (*dolus incidens in contractu*), c'est que dans le premier cas seulement l'action en dommages et intérêts contre l'auteur du dol peut être convertie en une action en rescision, mais quand le dol est incident la réparation serait exagérée si le contrat était annulé, parce que le tort causé n'a pas consisté dans la formation du contrat. Il faudra cependant se garder plus tard d'accorder trop d'importance à cette théorie sur la nature de l'action en rescision pour cause de dol, parce qu'elle nous conduirait à des résultats inadmissibles.

27. Il résulte évidemment des principes exposés, que la convention contractée par violence ou dol n'est point nulle de plein droit, mais seulement *annulable* ou *rescindable*. Le Code civil décide la même chose de celle qui est formée par erreur. V. art. 1117; v. à ce sujet art. 1304, 1338.

27 *bis*. I. Les différences entre les conventions nulles de plein droit ou radicalement nulles, et celles qui sont annulables ou rescindables seront exposées sur l'article 1304. Une des conséquences de ce que les actes sont simplement annulables, c'est qu'ils sont susceptibles de ratification et qu'ils deviennent inattaquables après un certain temps. Déjà l'article 1115 a montré que le vice de violence pouvait être ainsi purgé, mais ce n'est pas là une décision particulière aux actes entachés de violence, l'article 1304 place sur la même ligne ceux qui sont viciés par l'erreur ou par le dol; l'article 1115 contient donc une application inutile d'une règle générale, il fait double emploi avec l'article 1117; et on pourrait s'étonner de sa présence dans le Code, si on ne voyait que c'est la reproduction d'une observation de Pothier (n° 21).

27 *bis*. II. Dans toute la section première et notamment dans l'ar-

ticle 1117, la loi n'a pas en vue toute espèce d'erreur, mais seulement celle qui altère la pureté du consentement, sans le détruire entièrement; nous l'avons déjà dit, quand l'erreur suppose l'absence totale du consentement, par exemple si les parties n'ont pas été d'accord sur la nature de la convention, ou quand elles ont erré *in ipso corpore rei*, le contrat est radicalement nul, et ce n'est plus ni l'article 1117 ni l'article 1304 qu'il faut appliquer.

27 *bis*. III. Le Code Napoléon, en traitant de l'action en nullité ou en rescision de la convention, n'a pas dit contre qui cette action pouvait être intentée. Tant qu'il ne s'agira que d'une question d'obligation, rien de plus simple : l'action sera intentée par le débiteur contre le créancier, et il ne pourra être question d'opposer à d'autres qu'au créancier la nullité du contrat. Mais si le contrat avait pour but une translation de propriété, la chose aliénée peut avoir changé de mains, et il s'agit de savoir si entre les mains du nouveau possesseur, elle est exposée à l'action de celui qui a été victime de l'erreur, de la violence ou du dol.

Quand il s'agit des vices de violence ou d'erreur il n'y a pas difficulté : le droit du premier acquéreur était imparfait puisque la volonté de celui qui aliénait était entachée d'un vice; sa propriété était exposée à une action en rescision, il n'a pas pu transmettre au second acquéreur plus de droit qu'il n'en avait lui-même, ce second acquéreur est donc exposé aux conséquences de l'action en rescision (v. art. 2125).

Mais des doutes se sont élevés dans le cas de dol, à raison des principes spéciaux de la matière. Nous avons exposé (n^os^ 26 et 26 *bis*) la théorie du dol, nous avons dit par quels raisonnements le législateur avait été conduit à ne considérer le dol comme cause de nullité que lorsqu'il émane de l'autre partie contractante. Cette théorie peut expliquer très-bien, au moins dans son germe, la pensée du législateur, mais on lui a accordé une importance exagérée, et on en a tiré des conséquences fausses, quand on a voulu en conclure que l'action en rescision pour cause de dol ne pouvait pas être donnée contre les tiers acquéreurs, ayant cause à titre particulier de celui qui a commis le dol. *Exemple :* Pierre a usé de dol pour déterminer Jean à lui vendre sa maison, qu'il a plus tard revendue à Jacques. — Si on considère l'action en rescision pour cause de dol comme une pure action en dom-

mages et intérêts, le second acheteur, Jacques, ayant cause à titre particulier du premier, n'est pas tenu des obligations de son vendeur, et par conséquent l'action en nullité ne peut avoir aucune conséquence à son égard. Mais quand on raisonne ainsi, on substitue une théorie, qui sert uniquement à expliquer l'intention du législateur, à la volonté formellement exprimée de ce législateur. Qu'il ait envisagé le principe de l'action de dol ainsi que nous l'avons fait, rien n'est plus probable, car il trouvait cette idée dans Pothier (1), et ce raisonnement tendait à justifier des décisions qui remontaient jusqu'à l'édit du préteur. Mais qu'il ait fait de l'action qui nous occupe une véritable action en dommages et intérêts, c'est ce qu'il est impossible d'admettre. Les termes de la loi, et le fond même de sa disposition protestent contre cette solution. Nos articles, en effet, ont toujours présenté le dol comme un vice du consentement, qu'ils ont toujours rapproché de la violence et de l'erreur; l'action est qualifiée par l'article 1117 action en rescision, et par conséquent la position des tiers acquéreurs doit être, au cas de dol comme au cas de violence, régie par l'article 2125.

Au fond, l'article 1116 lui-même prouve qu'il ne s'agit pas d'une simple action en dommages-intérêts, car, en autorisant l'annulation de la convention, il donne à la victime du dol une préférence sur tous les autres créanciers de celui qui en est l'auteur, préférence qu'un créancier de dommages-intérêts ne pourrait obtenir, et faute de laquelle il viendrait au marc le franc avec tous les créanciers.

On peut donc expliquer le motif de la loi en plaçant le germe de l'action en rescision dans une obligation de dommages-intérêts, mais il faut reconnaître que le législateur a fait de cette action une véritable action en rescision, qu'il s'est expliqué sur ce point, et qu'on ne saurait faire une distinction entre cette rescision et les autres. On s'inquiète, il est vrai, de voir un tiers acquéreur, ayant-cause particulier, exposé à une action qui a son principe dans une obligation de son auteur. Mais qu'y a-t-il là de contraire au droit? Les obligations conventionnelles ne doivent pas peser sur les ayants-cause à titre particulier, et cependant un acheteur pourrait, par convention, soumettre son droit à une cause

(1) Pothier, n° 29, *in f.*

de résolution opposable à ses ayants-cause particuliers. Comment la loi ne pourrait-elle pas ce que peut la convention, et, en grevant l'acheteur d'une obligation, affecter sa propriété d'une cause de rescision opposable aux tiers?

28. Il est un quatrième vice, qui peut, dans certains cas, détruire l'effet du consentement, quelque libre qu'on le suppose, et indépendamment de toute erreur, c'est la lésion. La lésion rend iniques les contrats intéressés, lorsqu'il y a disproportion entre les valeurs que chacun donne et reçoit ; toutefois, cette iniquité n'est pas, en général, dans le for extérieur, une cause de nullité des conventions; mais elle l'est dans certains contrats (art. 887, 1674), ou à l'égard de certaines personnes (art. 1305). V. art. 1118.

28 *bis*. La lésion résulte du préjudice que le contrat fait éprouver à l'une des parties. Elle vicie le contrat, dans les cas prévus, alors même que la partie lésée aurait eu connaissance du préjudice qu'elle éprouvait, parce que dans ces cas exceptionnels, la loi ne vient pas seulement au secours d'une partie qui est dans l'erreur, mais qu'elle veut protéger celle, qui, sous l'empire d'une nécessité impérieuse, subit une sorte de contrainte morale, et consent à un contrat qu'elle sait désavantageux, pour obtenir immédiatement de l'argent ou une valeur à convertir en argent.

29. Le consentement ne peut évidemment former de lien qu'entre les personnes desquelles il émane ; et d'un autre côté, il ne saurait lier les parties elles-mêmes, l'une envers l'autre, si la volonté du promettant n'est pas de s'engager lui-même, mais d'en engager un autre, ou si le stipulant n'a pas d'intérêt à l'accomplissement de l'obligation. De là, le principe qu'*on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler, en son propre nom, que pour soi-même.* D'où il résulte deux choses : que celui qui promet le fait d'un tiers, n'engage pas ce tiers, et ne s'engage pas lui-même ; et encore, que celui qui stipule pour un tiers, n'acquiert aucun droit, ni pour ce tiers, ni pour lui-même. V. art. 1119.

Observons à ce sujet, que la prohibition est bornée aux pro-

messes ou stipulations qu'un tiers fait pour autrui en son propre nom; et que, réduite même à ces termes, la proposition est sujette à d'importantes modifications.

29 *bis.* L'article 1119 contient deux propositions distinctes qui doivent être examinées séparément :

1° On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. — C'est-à-dire, nul ne peut promettre qu'une autre personne fera ou ne fera pas quelque chose.

Une semblable promesse, si elle ne cache pas autre chose que ce qu'elle semble dire, ne peut produire aucun effet, parce que le promettant n'a pas voulu s'obliger, et que celui dont le fait a été promis, n'a pas pu être lié par une convention à laquelle il est étranger. C'est au moins ainsi que la règle était entendue par les Romains, auxquels Pothier l'a empruntée, pour la transmettre aux rédacteurs du Code Napoléon (1), et telle devait être l'interprétation de la convention dans le droit romain, parce qu'il s'agissait d'une convention revêtue de la forme des stipulations, et que la stipulation, contrat *stricti juris,* ne laissait pas de latitude au pouvoir de l'interprète. Dans notre droit, Pothier admettait déjà une présomption qui devait bien souvent réduire à néant le principe qu'il posait, et nous dirons bientôt qu'il en est de même aujourd'hui, en sorte que la règle romaine ne doit plus actuellement subsister que comme une pure abstraction, régissant des hypothèses improbables, et incessamment remplacée par l'exception.

2° On ne peut stipuler en son propre nom que pour soi-même. — Ici le mot *stipuler* est employé dans le sens du mot latin *stipulari,* qui désignait dans la *stipulatio* l'action de celui qui devenait créancier; il signifie, se faire promettre. La règle de la loi est donc celle-ci : nul ne peut acquérir pour soi le droit d'exiger l'accomplissement d'un certain fait, au profit d'une personne étrangère. Pierre ne peut pas convenir que Paul donnera 1,000 francs à Jacques. Cette règle, qui remonte comme la précédente au droit romain (2), n'est pas, comme celle-ci, une simple interprétation de volonté, c'est la conséquence des principes généraux sur les obligations. En effet, une convention de cette nature ne peut obliger

(1) V. Inst., l. III, t. 19, § 3; Pothier n° 56.
(2) Instit., l. III, t. 19, § 19.

le promettant, elle est dénuée de sanction, parce que celui qui a stipulé ne peut agir, faute d'intérêt pécuniaire à l'accomplissement de l'obligation, et celui en faveur de qui la convention a été faite ne peut s'en prévaloir, parce que c'est à son égard *res inter alios acta.*

Voilà les deux propositions contenues dans l'article 1119, il faut maintenant examiner dans quelles limites elles sont restreintes, par les termes mêmes que la loi emploie, et quelles sont les exceptions auxquelles elles sont soumises, exceptions que le texte annonce par ces mots *en général.*

30. Et d'abord, la prohibition ne s'applique point aux promesses ou stipulations qu'un tiers ferait au nom d'autrui.

Ainsi, il n'est pas douteux, dans notre droit, que les tuteurs ou autres administrateurs légaux, et les mandataires, peuvent, dans les limites de leurs fonctions, contracter en cette qualité pour les personnes dont les intérêts leur sont confiés. Auquel cas le contrat est réputé émaner de ces personnes mêmes.

Ajoutons qu'un mandat n'est pas même nécessaire pour contracter valablement au nom d'autrui. On le peut en la seule qualité de gérant d'affaires. La ratification donnée par le maître équivaudrait alors au mandat qui a manqué dans le principe. Bien plus, le seul fait de l'utilité de la gestion aurait pour effet de rendre applicables au maître les engagements pris en son nom (v. art. 1375).

Du reste, il est bien à remarquer que l'administrateur, mandataire ou gérant, qui se borne à promettre le fait de la personne au nom de laquelle il agit, ne contracte par sa promesse aucun engagement personnel; et pareillement, qu'en stipulant audit nom pour autrui, il n'acquiert personnellement aucun droit (1).

31. Venons maintenant aux modifications du principe qui

(1) Sans préjudice néanmoins de la faculté commune à tous, de s'engager personnellement en promettant pour autrui son propre fait; ou d'acquérir une créance personnelle en stipulant en son propre nom pour autrui, lorsque le stipulant a intérêt. Le tout ainsi qu'il va être expliqué.

ne permet de s'engager ou de stipuler en son propre nom que pour soi-même.

1° C'est vraiment s'engager pour soi-même, que de promettre son fait personnel pour le cas où le fait d'autrui n'aurait pas lieu. Ainsi, l'on peut valablement promettre le fait d'un tiers, quand on se porte fort pour lui, puisqu'on se soumet alors personnellement aux dommages-intérêts, dans le cas où le tiers refuserait de tenir l'engagement. V. art. 1120.

Par la même raison, on peut toujours promettre le fait d'autrui, en ajoutant à la promesse une clause pénale. V. *Just.*, Inst., § 21, *De inutil. stip.*, nonobstant art. 1227.

31 *bis*. I. L'article 1120 consacre une convention fréquente dans la pratique, et par laquelle une personne se *porte fort* pour une autre.

Se porter fort, c'est déclarer qu'on s'oblige soi-même à déterminer une autre personne à faire quelque chose et particulièrement à s'obliger. C'est contracter, par conséquent, soi-même une obligation de faire, dont l'inaccomplissement entraînera condamnation à des dommages-intérêts. Cette convention oblige celui qui s'est porté fort, sans que le principe même posé par l'article 1119 souffre aucune atteinte, car, en pareil cas, le promettant promet son propre fait, il s'engage à procurer l'obligation de l'autre partie, comme on dirait en pratique à rapporter sa signature: quant au tiers dont l'engagement a été promis, il n'est pas lié par une convention à laquelle il est étranger, il reste maître de contracter ou de ne pas contracter l'engagement.

L'obligation de celui qui s'est porté fort est exécutée quand le tiers a contracté l'obligation, car il n'a pas garanti l'exécution, mais simplement promis que le tiers s'obligerait. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la convention eût été conçue en d'autres termes que ceux précédemment supposés, il faudrait que le promettant se fût porté fort que le tiers *donnerait, payerait,* etc., car il résulterait alors des termes de la convention, qu'il s'est agi non pas seulement de promettre l'engagement du tiers, mais de garantir l'exécution de cet engagement.

31 *bis*. II. Bien que restreinte, quant à ses effets, dans les limites que nous venons de lui assigner, la convention par laquelle une

personne se porte fort pour une autre, présente un grand intérêt, et il n'y a pas lieu de s'étonner qu'on en rencontre de nombreux exemples dans la pratique des affaires. Elle permet en effet de traiter les affaires d'une personne éloignée du lieu où se fait la convention. Souvent des copropriétaires perdraient l'occasion d'aliéner ou de louer avantageusement leur propriété, parce que l'un d'entre eux est retenu au loin, mais les copropriétaires présents se portent fort pour celui-là, ils engagent leur propre responsabilité, et si le cocontractant veut bien s'en contenter, une opération impossible devient possible.

Une pratique, peut-être plus dangereuse, consiste à se porter fort pour des mineurs, dont l'incapacité nécessiterait des frais et des lenteurs, qui feraient obstacle à certaines opérations. Si, en droit, la position du mineur n'est pas compromise, puisqu'il est maître de refuser sa ratification à sa majorité, en fait, il se trouve lié par une foule de considérations, qui peuvent l'empêcher de laisser ses proches, son tuteur, son père peut-être, exposé à une condamnation en dommages-intérêts.

Enfin, on a vu des parents se porter fort dans un contrat de mariage, pour les futurs absents. Mais ici il y a plus qu'une pratique dangereuse, c'est une convention qui sera le plus souvent dénuée d'effets. Si les époux ont ratifié le contrat avant le mariage, le contrat est valable, mais si la ratification n'intervenait que postérieurement, elle serait sans force pour vivifier le contrat de mariage. Le régime matrimonial doit être invariablement fixé avant la célébration du mariage. Si à ce moment, il n'existe pas un contrat parfait dérogeant aux règles du Code Napoléon, c'est ce Code qui détermine les règles de l'association conjugale quant aux biens. Tout est consommé, les parties ne peuvent plus rien y changer, même en vertu d'une sorte de réserve qu'elles auraient faite dans le contrat de mariage (1).

31 *bis*. III. L'expression *se porter fort* n'a rien de sacramentel, la loi elle-même consacre une autre expression qui n'en est que la traduction : *promettre de faire ratifier*. Toute autre phrase qui exprimerait la même pensée, en quelques termes que ce fût,

(1) V. Cass., 29 mai 1854, Dev., 1854-1-437 ; Cass., 9 janvier 1855, Dev., 1855-1-125.

serait, sans contredit. considérée comme manifestant la convention dont s'occupe l'art. 1120.

C'est ainsi qu'il faudrait interpréter la promesse de faire en sorte qu'une autre personne s'oblige, promesse que les Romains eux-mêmes validaient, malgré la rigueur de leur interprétation en matière de stipulation (1).

De cette solution à une autre, que nous avons déjà annoncée, il n'y a qu'un pas, au moins, en droit français, avec les règles qui régissent aujourd'hui l'interprétation des conventions. Si Pierre a promis que Paul payerait, ne doit-on pas entendre qu'il a promis de déterminer Paul à payer, ou au moins à s'obliger; de faire en sorte que Paul prît l'engagement? Peut-on raisonnablement supposer une convention sérieuse, peut-être constatée par un acte notarié, et par laquelle le promettant entendrait ne pas s'obliger, tandis que, d'un autre côté, il est bien évident qu'il n'a pas pu croire obliger un étranger? Doit-on hésiter sur l'interprétation d'une pareille convention, y voir la convention dénuée d'effet, dont parle l'art. 1119, ou une autre forme de la convention valable, dont parle l'art. 1120? N'est-ce pas, ou jamais, le cas de supposer que les parties ont voulu faire un acte valable plutôt qu'un acte nul, et d'expliquer la manifestation de leur volonté *potius ut valeat quam ut pereat?* (Art. 1157.)

Il est vrai qu'on arrive ainsi à réduire à néant la partie de l'art. 1119 qui concerne la promesse pour autrui. Elle devient, comme nous l'avons déjà dit, une lettre morte, puisqu'elle n'est plus vraie que quand il est prouvé que le promettant a bien entendu ne contracter aucun engagement, ce qui est une hypothèse chimérique, car il est impossible alors de comprendre dans quel but la promesse a été faite, et on peut certifier qu'en fait, une semblable déclaration ne revêtira jamais les apparences d'un contrat, et qu'elle conservera toujours la physionomie d'une simple assurance, donnée dans la conversation sous forme de conseil.

32. Observons ici que, dans ces divers cas, la promesse obligatoire pour celui qui l'a faite ne l'est pas pour celui dont le fait a été ainsi promis (v. art. 1165). Toutefois, il est des cas où l'on peut engager un tiers, même en s'engageant en son

(1) Instit., l. III, t. 19, § 3.

propre nom. Ainsi, les préposés à la conduite d'un navire, à un commerce, à une manufacture ou même à quelque autre espèce d'affaire, peuvent, en contractant pour les affaires auxquelles ils sont préposés, engager accessoirement leurs commettants. V. *Just.*, Inst., § 2, *Quod cum eo.*

32 *bis.* Les préposés obligent leur commettant, même quand ils contractent en leur propre nom, parce que le commettant est réputé leur avoir donné un mandat général. Il n'y a donc là qu'une application d'une idée qui doit être beaucoup plus généralisée. Tout mandataire qui aura contracté en son propre nom aura obligé accessoirement le mandant. Si la loi n'a pas spécialement prévu cette hypothèse, c'est qu'ordinairement en droit français le mandataire ne contracte pas en son propre nom. Il agit pour le mandant et il oblige celui-ci sans s'obliger lui-même. Mais il n'est pas impossible qu'il ait contracté en son nom pour l'exécution de son mandat, c'est-à-dire qu'il se soit placé dans la condition du mandataire romain. Alors il est certain que le mandataire aurait action contre son mandant, pour être par lui indemnisé de l'obligation contractée (V. art. 1999), et il n'y a pas de raison pour refuser au tiers créancier l'action directe contre le mandant, que les Romains avaient fini par lui concéder *ad exemplum institoriæ actionis.*

Entre le mandataire et le gérant d'affaires l'analogie est frappante, et, quant au point qui nous occupe, ces deux personnes sont régies par les mêmes règles. L'art. 1375 prévoit même notre hypothèse : il distingue les deux espèces d'engagement. Le maître doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, et l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris. Nous ajouterons, comme à propos du mandataire, que le tiers créancier peut agir directement contre le maître.

33. 2° C'est pareillement pour soi-même que l'on stipule toutes les fois qu'on a un intérêt personnel, et appréciable en argent, à l'exécution ou l'inexécution d'une stipulation que l'on fait au profit d'un tiers. C'est ce qui arrive notamment, lorsque cette stipulation est la condition d'une autre stipulation, ou celle d'une donation (ajoutons ou de toute autre aliénation) que le stipulant fait pour son propre compte. La

loi, même, dans ce cas, contre la rigueur des principes, donne au tiers le droit de réclamer le profit de la stipulation. Mais il est clair que ce droit ne peut lui être acquis qu'après qu'il a déclaré vouloir en profiter. V. art. 1121, v. aussi *Just.*, Inst., §§ 19 et 20, *De inut. stip.*

33 *bis*. I. Nous avons dit plus haut pourquoi la stipulation pour autrui était dénuée d'effet, c'est qu'elle est destituée de sanction, le stipulant n'ayant pas d'intérêt et par conséquent pas d'action, et le tiers ne pouvant se prévaloir d'une convention à laquelle il est étranger. Les exceptions à la règle découlent précisément de ce que, dans les cas exceptés, le vice que nous venons de signaler n'existe pas.

Ainsi la stipulation au profit d'autrui est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. *Exemple :* Pierre et Paul conviennent que si celui-ci ne donne pas à Jacques un cheval il payera à Pierre 1,200 francs (1). Dans ce cas le vice de la convention a disparu, elle engendre un lien, elle oblige Paul, puisqu'elle donne à Pierre un intérêt pécuniaire et que dès lors il devient impossible de lui refuser une action.

Ou bien la stipulation est la condition d'une donation que l'on fait à un autre. *Exemple :* Pierre donne sa maison à Paul, à condition que celui-ci servira une rente viagère à Jacques. Ici encore la convention n'est plus dénuée d'effet, parce que le promettant peut être contraint; le stipulant a un moyen de coercition contre lui; il pourrait demander la révocation de la donation si le donataire n'exécutait pas la charge à laquelle elle est subordonnée. (V. art. 953.)

Il faut même généraliser la décision de l'article. Une aliénation à titre onéreux pourrait, comme une aliénation à titre de donation, être assujettie à la condition d'une certaine prestation au profit d'un tiers, car le moyen de contrainte contre le promettant se trouverait toujours dans l'art. 1184, qui permet à une partie de demander la résolution d'un contrat, quand l'autre partie n'exécute pas ses engagements.

33 *bis*. II. Ces hypothèses, prévues par l'art. 1121, ne sont pas les seules dans lesquelles la stipulation pour autrui devient va-

(1) V. Instit., l. III, t. 19, § 19.

lable parce que le stipulant, ayant un intérêt, a une action; qu'on suppose, par exemple, un tuteur, un mandataire, un gérant d'affaire, qui stipulent en leur propre nom pour leur pupille, leur mandant ou le maître de l'affaire, responsables de leur gestion, ils ont un intérêt évident à tout ce qui peut mener à bonne fin les affaires de celui pour qui ils stipulent. Qu'un débiteur stipule en faveur de son créancier une prestation, qui doit opérer sa libération, son intérêt n'est pas douteux, et par conséquent la stipulation est valable (1).

33 *bis*. III. La raison qui vient de nous déterminer à admettre la validité de la stipulation faite, *proprio nomine*, par un gérant d'affaires dans le cours de sa gestion, ne peut pas être invoquée quand il s'agit d'un acte isolé. Si une personne a stipulé pour autrui sans annoncer qu'elle prenait la qualité de gérant d'affaires, si en un mot elle semble avoir stipulé en son propre nom pour autrui, la convention ne peut plus être validée à raison de l'intérêt que pourrait avoir le stipulant. Mais une autre raison doit ici déterminer à valider la convention. Si elle n'annonce pas que le stipulant est le gérant d'affaires du tiers, ne suppose-t-elle pas en lui l'intention positive de prendre cette qualité? Y a-t-il autre chose qu'une différence de mots entre ces deux conventions, dont l'une indique que le stipulant agit au nom du tiers, et l'autre se contente de montrer qu'il agit dans l'intérêt de ce tiers ? Et peut-il être dans l'esprit du droit français de faire dépendre d'une différence de mots la validité ou la nullité d'une convention ? N'est-ce pas encore le cas d'appliquer la règle de sage interprétation édictée par l'art. 1157 ? Il est vrai qu'on arrive ainsi à réduire presque à néant la partie de l'art. 1119, qui concerne la stipulation, puisqu'on arrive à considérer toutes les stipulations pour autrui comme faites au nom d'autrui ; mais nous ne devons pas plus hésiter ici que lorsqu'il s'est agi de la promesse pour autrui. Les deux décisions de l'art. 1119 doivent être considérées comme des règles abstraites, dégénérées de l'importance qu'elles avaient en droit romain, et devenues sans utilité pratique, sous l'influence des règles un peu larges du droit français en matière d'interprétation de conventions.

33 *bis*. IV. La deuxième partie de l'art. 1121 règle les effets, à

(1) Instit., l. III, t. 19, § 20.

l'égard du tiers, de la stipulation faite à son profit, comme condition d'une stipulation en faveur du stipulant ou d'une donation faite au promettant.

Sur ce point, une observation préliminaire est indispensable. Si l'exécution de la convention en faveur du tiers était présentée comme une condition suspensive du contrat ou de la donation, si, en un mot, il était entendu que le contrat ou la donation ne produirait d'effet que par l'accomplissement d'un certain fait au profit d'un tiers, il serait toujours facile au promettant de ne pas vivifier le contrat en accomplissant la condition, et le tiers ne pourrait prétendre à aucun droit, en vertu d'un contrat qui n'aurait jamais atteint sa perfection. L'article suppose donc que la stipulation au profit d'un tiers a été envisagée comme une charge d'un contrat, ou d'une donation, dont l'existence et la perfection n'étaient pas mises en suspens, et qui, au contraire, produisait son effet par le seul fait de la convention.

En se bornant même à raisonner sur l'hypothèse où la stipulation au profit du tiers est une charge du contrat principal, il n'était pas inutile de statuer législativement sur les droits nés en faveur de ce tiers. Étranger, en effet, à la convention, il ne devrait pas acquérir un droit par cette convention; mais on a considéré le contrat comme contenant une espèce d'offre ou de pollicitation au profit du tiers, et de même qu'une donation offerte par un acte isolé du donateur peut devenir parfaite par l'acceptation du donataire, de même l'offre implicite contenue dans la convention dont parle l'art. 1121, peut donner naissance à un droit, quand la volonté du tiers s'est unie à la volonté de celui qui a fait l'offre.

33 *bis*. V. Cette offre, du reste, et l'acceptation qui en est la suite sont dispensées des formes auxquelles sont soumises les donations entre vifs. En effet, l'offre n'est qu'une partie secondaire d'un contrat principal qui, par sa nature, n'est soumis à aucune condition de forme; elle doit par conséquent profiter des priviléges du contrat principal dont elle n'est que l'accessoire. Quant à l'acceptation, elle se rattache aussi à ce contrat principal, il est donc naturel qu'elle ne soit pas soumise à plus de formes que ce contrat; ce qui du reste ressort de l'art. 1121 lui-même, puisqu'en parlant de la nécessité d'une acceptation, il est complète-

ment muet sur la forme de cette manifestation de volonté (1). (V. art. 1973.)

Mais si cette convention n'est pas soumise aux règles de forme qui régissent les donations, il faut reconnaître qu'elle constitue au fond une libéralité au profit du tiers, et que par conséquent il faudrait appliquer les règles sur la capacité, sur le rapport et sur la réduction.

33 *bis*. VI. Le bénéfice de la stipulation n'est pas acquis au tiers tant qu'il n'a pas manifesté l'intention d'en profiter; une révocation peut détruire son droit dans son germe. En général, cette révocation pourra être le fait du stipulant, c'est ce que suppose l'article, parce qu'ordinairement c'est lui, seul des deux parties, qui aura eu l'intention de gratifier le tiers; mais s'il était prouvé que l'autre partie a été déterminée par la même intention de libéralité, la volonté commune serait nécessaire pour détruire le droit du tiers. On peut supposer, par exemple, qu'un frère, vendant sa maison à son frère, lui impose la charge d'une rente au profit d'un vieux serviteur de la famille, et on comprendra comment le tiers peut se trouver le but des libéralités des deux contractants.

33 *bis*. VII. Quand la stipulation est révoquée par le stipulant seul, c'est lui qui profite de cette révocation, c'est-à-dire que la charge doit désormais s'exécuter à son profit et non plus au profit du tiers. Peu importe, en effet, au promettant, quand il doit faire une certaine prestation, au profit de quelle personne il l'accomplit. Cette prestation était une charge de la donation qu'il a reçue, ou un supplément de prix quand le contrat était à titre onéreux, et rien n'indique que le stipulant soit obligé, pour révoquer la libéralité incomplète faite au tiers, de faire au promettant une libéralité par la remise d'une charge que celui-ci a acceptée.

Il faut cependant que la nature de la charge ne répugne pas à cette substitution du contractant au tiers, et que ce changement n'entraîne pas aggravation de la charge. La nature de la charge ne permet pas la substitution de personne quand elle consiste dans un service à rendre à ce tiers, comme de faire son affaire, de lui enseigner un art ou une science, de réparer sa maison; et

(1) C. c. cass., 25 avril 1853; Dev., 1853-1-488.

le changement de personne aggraverait la charge s'il s'agissait d'une constitution d'usufruit ou de rente viagère; dans le premier cas la révocation ne profiterait pas au stipulant; et dans le second l'usufruit ou la rente devrait lui profiter, mais ces droits seraient subordonnés dans leur existence à la vie et à la mort du tiers qui devait être, dans la pensée des parties, l'usufruitier ou le rentier.

33 *bis*. VIII. Indépendamment des chances de révocation, la stipulation au profit d'un tiers, quand elle n'est pas acceptée, est encore exposée à d'autres éventualités : la mort du stipulant ou la mort du tiers qui doit profiter de la stipulation, détruiraient également le germe du droit. Nous avons dit, en effet, que dans les rapports du stipulant et du tiers la convention était au fond une libéralité, ou, pour mieux dire, l'offre d'une libéralité. Or, les pollicitations non suivies d'acceptation sont des actes imparfaits : ils ne peuvent être complétés après la mort d'une des parties, parce que si c'est celle qui a fait l'offre qui est morte, sa volonté n'a pas concouru un instant avec celle de l'autre partie, et que si la partie décédée est celle à qui l'offre avait été faite, ses héritiers ne peuvent valablement accepter pour elle, à cause du caractère tout personnel des libéralités, qui s'adressent à une personne que le disposant veut gratifier, et non pas à des héritiers inconnus peut-être de ce disposant. (V. art. 932.)

Dans ces hypothèses, il faudrait faire revenir le bénéfice de la stipulation au stipulant ou à ses héritiers, conformément à ce qui a été dit *supra*, VII.

34. 3° C'est, en quelque sorte, stipuler ou promettre pour nous-mêmes, que stipuler ou promettre pour nos héritiers, qui continuent notre personne ; cette proposition, même, est vraie, mais sauf quelques distinctions, à l'égard des diverses espèces de successeurs à la chose qui fait l'objet de la stipulation. Non-seulement donc on peut stipuler pour ses héritiers ou ayants-cause ; mais on est, en général, présumé l'avoir fait, s'il n'apparaît du contraire (v. article 1122) ; et remarquez que la loi ne comprend dans ses termes que les *stipulations*, et qu'à cet égard elle établit une règle commune pour les héritiers et pour les ayants-cause.

Quoi qu'il en soit, l'effet des promesses est évidemment applicable, comme celui des stipulations, aux héritiers de la personne et à ses ayants-cause à titre universel (v. article 724, 1009, 1012).

34 *bis*. I. La loi a employé dans l'art. 1122 le mot *stipulé* dans un sens général, et non plus dans le sens spécial que lui avaient donné les articles précédents, par opposition au mot *promettre*. Dans l'art. 1122, ce mot devrait être remplacé par l'expression *contracté*, parce que la règle que contient l'article est, au moins dans sa généralité, aussi vraie des conventions produisant des obligations passives, que de celles qui engendrent des obligations actives, des droits.

34 *bis*. II. Les conventions doivent, d'après l'article, produire leurs effets, tant à l'égard de chaque contractant que de ses héritiers et ayants-cause. Si cette règle ne doit souffrir aucune difficulté en ce qui concerne les héritiers, car elle est la conséquence de la confusion nécessaire entre le contractant et son héritier : elle demande au contraire des explications et des distinctions en ce qui concerne les ayants-cause.

Les *ayants-cause* d'une personne (*qui habent causam*), ceux qui tiennent la place de cette personne, c'est-à-dire qui ont recueilli ses droits, se divisent en ayants-cause universels ou à titre universel, et ayants-cause à titre particulier, suivant qu'ils ont recueilli les droits de la personne qu'on appelle leur auteur, sur l'universalité de ses biens, sur une quote-part de cette universalité, ou sur un bien déterminé, envisagé à titre singulier.

La règle de l'art. 1122 s'applique certainement aussi bien aux ayants-cause universels ou à titre universel qu'aux héritiers. Succédant à l'ensemble ou à une fraction numérique de l'ensemble du patrimoine, ils ont tous les droits qui font partie de ce patrimoine et sont tenus de toutes les obligations qui le diminuent.

34 *bis*. III. Mais des distinctions sont nécessaires quand il s'agit de déterminer l'effet des conventions faites par l'auteur, à l'égard de ses ayants-cause à titre particulier (acheteur, donataire, légataire).

En premier lieu, il est bien évident que toute stipulation ou toute promesse qui n'aura pas rapport à l'objet auquel a succédé

l'ayant-cause particulier, sera sans influence sur la position de cet ayant-cause. Peu importe, en effet à son égard, l'augmentation ou la diminution du patrimoine considéré dans son ensemble, puisque les droits de cet ayant-cause sont indépendants de l'état de ce patrimoine.

D'un autre côté, il n'est pas moins certain que si la convention faite par l'auteur a eu pour résultat de créer un droit réel sur la chose dont il était propriétaire, comme un droit d'usage, une servitude, ou s'il s'agissait d'acquérir un droit réel, augmentant en quelque sorte la propriété de la chose, l'ayant-cause à titre particulier profitera ou souffrira de la convention, car il aura acquis la chose diminuée ou augmentée par le droit réel établi du chef de son auteur (1).

Mais si au lieu de supposer une convention constitutive d'un droit réel, nous raisonnons sur une convention qui n'aurait créé qu'une obligation et qui cependant serait relative à la chose transmise à titre singulier, il devient alors plus difficile d'appliquer l'art. 1122. — *Exemple :* Le propriétaire d'un fonds grevé de servitude promet une clause pénale considérable, s'il gêne l'exercice de la servitude. — Dans cette hypothèse, il faut raisonner différemment, suivant qu'il s'agit de déterminer l'effet de la convention par rapport à l'ayant-cause du propriétaire du fonds servant, ou à l'ayant-cause du propriétaire du fonds dominant. — Quand il s'agit de celui qui a succédé à la propriété du fonds dominant, le bénéfice de la stipulation ne peut lui être refusé, parce que le stipulant, qui avait bien le droit de céder sa créance, doit être considéré comme l'ayant transportée à son ayant-cause, avec tous les droits qu'il avait sur la chose et à l'occasion de la chose. — Mais quant à l'ayant-cause du propriétaire du fonds servant, on ne saurait donner la même solution. En principe, les dettes d'une personne ne grèvent que l'ensemble de son patrimoine et non pas un objet détaché de ce patrimoine; par conséquent, la promesse qui nous occupe ne peut obliger l'ayant-cause, s'il n'a pris sur ce point d'engagement exprès. Tenu de souffrir l'exercice de la servitude, il ne peut être condamné, s'il a porté at-

(1) Cette solution doit être du reste modifiée par l'application des règles sur la publicité que doivent recevoir les constitutions de droits réels. — V. loi du 23 mars 1855, art. 2.

teinte aux droits de l'autre propriétaire, qu'à des dommages et intérêts fixés par le juge; mais il ne peut être contraint de payer la clause pénale, si elle dépassé le chiffre que fixeraient les tribunaux. L'ancien propriétaire, qui a fait la promesse, serait et resterait seul obligé au payement de cette clause pénale.

34 *bis*. IV. Quant aux ayants-cause à titre universel, nous avons vu qu'à leur égard le principe ne souffrait pas de difficulté, mais il reste à examiner si la volonté des contractants peut avoir quelque influence sur l'application de ce principe. Il peut arriver que la partie ait déclaré qu'elle restreignait à l'un de ses héritiers l'effet de la promesse ou de la stipulation, et il est nécessaire de déterminer les conséquences de cette manifestation de volonté.

Supposons d'abord qu'il s'agit d'une promesse et que le promettant a voulu décharger de la dette un ou plusieurs de ses héritiers. Si la convention a pour résultat d'imposer le fardeau entier de la dette aux autres héritiers, il est impossible de la valider, car ceux-ci ne représentent le défunt que pour leur part héréditaire, pour tout ce qui excède cette part ils ne sont pas ses ayants-cause, et la convention doit être sans effet à leur égard. Si on peut croire trouver une décision contraire à notre solution dans l'art. 1221, 4°, ce ne peut être qu'en négligeant la fin de cet article, d'où il résulte clairement que la convention autorisée par son 4e paragraphe a pour but d'imposer à un héritier l'obligation de faire l'avance, mais non pas celle de payer la dette définitivement et sans recours.

Les contractants ne soustrairaient pas leur convention à la nullité en restreignant la dette imposée exclusivement à l'un des héritiers, à une fraction proportionnelle à la part héréditaire de cet héritier. *Exemple* : Jacques promet 3,000 fr., et il ajoute qu'après sa mort, Pierre, qui est l'un de ses trois héritiers, sera seul débiteur, mais qu'il ne sera tenu que jusqu'à concurrence de 1,000 francs. La décision doit être la même que dans l'hypothèse précédente, parce qu'il résulte de la convention que la dette était viagère pour partie, que la part grevant la succession était de 1,000 francs, et que sur une dette de 1,000 francs celui qui n'est héritier que pour un tiers ne doit être tenu que d'un tiers, car pour le surplus il n'est pas l'ayant-cause du promettant.

34 *bis*. V. S'il s'agit d'une stipulation, dont l'effet a été res-

treint à l'un des héritiers du créancier, les mêmes principes conduisent aux mêmes résultats; l'héritier est un tiers pour toute la partie de la créance correspondant à l'excédant de sa part héréditaire, et son auteur n'a pas pu stipuler pour lui au delà de cette part héréditaire. C'est à tort, du reste, qu'on essayerait de valider cette convention en vertu de l'art. 1121, comme convention accessoire d'une stipulation que le contractant aurait faite pour lui-même. Telle n'est pas l'hypothèse de l'art. 1121; l'inaccomplissement de l'engagement pris envers le tiers ne pourrait pas ici donner naissance à un droit en faveur du stipulant, puisque le droit de ce tiers ne serait que le droit du stipulant, qu'on essayerait de rendre transmissible à ce tiers. Il ne faudrait pas non plus voir dans cette convention une libéralité déguisée en faveur de l'héritier choisi, et la déclarer par conséquent valable, car de toute nécessité, une libéralité déguisée n'est valable que quand la convention qui la déguise n'est pas elle-même entachée d'un vice qui rend inadmissible sa propre validité.

34 *bis*. VI. Ces conventions ne peuvent au surplus donner lieu à des difficultés que quand l'intention de restreindre le droit ou l'obligation à l'un des héritiers n'est pas douteuse, car il pourra quelquefois arriver qu'en désignant nommément une seule personne comme devant succéder à la créance ou à la dette, le contractant n'ait pas entendu déroger aux règles de la loi, mais qu'il ait cru que cette personne recueillerait seule sa succession. Cette observation, sans intérêt dans notre doctrine, qui annule toutes les conventions dont nous venons de parler, est d'une haute importance si on admet l'efficacité des clauses concentrant sur l'un des héritiers tout l'effet de la promesse ou de la stipulation. Elle deviendrait intéressante, même dans notre doctrine, s'il s'agissait d'interpréter une clause qui semblerait donner à la dette ou la créance le caractère viager, à moins que le contractant ne laissât pour héritier telle personne déterminée. *Exemple :* Paul stipule qu'il sera payé à lui, ou après sa mort à son fils, la somme de 10,000 francs. Si le fils est prédécédé et qu'il s'agisse d'attribuer ou de refuser la créance aux héritiers de Paul, les juges devront chercher dans les circonstances de fait quelle a été l'intention des parties.

C'est aussi d'une question d'intention que dépendra la validité

de la stipulation faite par le contractant pour un tiers désigné, si ce tiers qui n'était pas héritier présomptif du contractant devient en effet son héritier; le stipulant a-t-il eu en vue les droits héréditaires possibles de ce parent, la stipulation est valable : a-t-il cru stipuler pour un étranger, la convention est sans effet et ne peut pas devenir efficace.

34 *bis*. VII. La transmissibilité des droits et des obligations aux héritiers et ayants-cause, est la règle générale, mais l'art. 1122 annonce lui-même que cette règle subit des exceptions. La volonté des parties peut rendre intransmissibles les droits et les obligations, nous l'avons déjà supposé, et cette intention peut même sans être exprimée résulter de la nature de la convention. Ainsi les conventions qui règlent l'association conjugale quant aux biens, celles qui établissent une société, le contrat de commodat, celui de louage d'ouvrage, engendrent des droits et des obligations qui peuvent s'éteindre par la mort des parties ou de l'une d'elles. (V. art. 1514, 1795, 1865, 1879.)

SECTION II.

De la capacité des parties contractantes.

35. La capacité de contracter est de droit commun; l'incapacité, au contraire, est une exception qui doit être déclarée par la loi. V. art. 1123, et remarquez que cette règle s'applique aux personnes mêmes qui ne jouissent pas des droits civils; les contrats étant, en général, de droit naturel.

36. L'absence entière ou la faiblesse présumée de la raison, sans laquelle on ne peut admettre de consentement valable, a dû faire prononcer l'incapacité des mineurs et des interdits; des motifs tirés du respect dû à la puissance maritale, et de la protection que le mari doit à sa femme, y ont fait joindre celle des femmes mariées. Ces incapacités, au reste, ne sont pas toutes également entières. On se borne ici à dire qu'elles ont lieu dans les cas exprimés par la loi. V. art. 1124, al. 1, 2, 3 et 4.

Quant à l'incapacité des mineurs, voyez art. 450, 481-484, 487; voy. aussi art. 1305 et 1314.

Quant aux interdits, voyez art. 502, 503, 504.

En ce qui concerne l'incapacité des femmes mariées, voyez art. 215, 217, et à ce sujet, art. 1421, 1527, 1530, 1449, 1536, 1538, 1576.

M. DEMANTE a établi (t. Ier, nº 300 *bis*. III) que la femme est incapable de s'obliger sous quelque régime qu'elle soit mariée, et que le pouvoir d'aliéner le mobilier qui lui est conféré sous le régime de séparation de biens n'entraîne pas la faculté de s'obliger, même dans les limites de ce mobilier.

37. Le loi ne reconnaît pas d'autre incapacité générale, que celle des mineurs, des interdits et des femmes mariées (v. cependant, art. 499 et 513). Mais elle établit, en outre, des incapacités particulières à certains contrats (art. 450, 1595-1597, 1840, 2045, 2124). V. art. 1124, al. dern.

38. Quoique la capacité soit mise au nombre des conditions essentielles pour la validité des conventions, il est pourtant vrai que le défaut de cette condition n'empêche pas absolument la convention d'exister. On concevrait sans doute que la loi, ne voyant pas vraiment *une personne* dans l'incapable, assimilât l'incapacité à l'absence entière de la partie qui en est frappée, absence qui rendrait impossible la formation du contrat. Tels étaient, en effet, les principes, quant à la femme mariée non autorisée (1); mais nous savons déjà que ces principes n'ont pas été admis par le Code (v. art. 225). Dès lors, dans le système général de la loi, on ne peut pas plus dire qu'il n'y a pas eu deux parties dans un contrat, sous prétexte que l'une d'elles ou toutes deux étaient incapables, qu'on ne peut dire qu'il y a défaut absolu de consentement, lorsque le consentement est infecté d'un vice (v. art. 1117). Le contrat n'est donc pas nul de plein droit; il peut seulement être attaqué, et uniquement dans les cas prévus par la loi, c'est-à-

(1) V. Pothier, *De la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme*, nº 5.

dire, qu'il y a lieu seulement à l'action en nullité ou en rescision, soumise aux conditions, restrictions et limitations dans lesquelles la loi renferme toujours cette action (art. 1304-1314, 1338). V. art. 1125, al. 1.

39. Par suite du même principe, ce n'est qu'aux personnes dans l'intérêt desquelles l'incapacité a été établie qu'appartient le droit d'attaquer le contrat. Les personnes capables ne peuvent donc se prévaloir de l'incapacité de l'autre contractant : si elles se trouvent ainsi, en quelque sorte, à la discrétion de celui-ci, elles doivent s'imputer d'avoir témérairement traité avec lui. V. art. 1125, al. dern.

Dans les deux paragraphes qui précèdent, M. DEMANTE raisonne en vue d'une convention viciée par l'incapacité de l'une des parties, mais il faut se garder de mettre sur la même ligne la convention imparfaite viciée par un consentement insuffisant, avec la prétendue convention à laquelle la volonté d'une des deux parties n'aurait pas concouru. Dénuée de la condition essentielle à son existence, la convention serait radicalement nulle; elle ne serait pas seulement entachée d'un vice, elle ne pourrait produire aucun effet, et notamment elle ne pourrait pas même lier la partie qui aurait manifesté sa volonté. M. DEMANTE a fait cette distinction entre la convention annulable pour incapacité de l'interdit et celle radicalement nulle pour absence totale de volonté prouvée par l'état mental du contractant au moment de l'acte (t. II, nos 275 et 275 *bis*); il est nécessaire de distinguer également à propos des mineurs, entre la convention faite par un mineur assez âgé pour avoir une volonté sérieuse, quoique insuffisante en droit, et celle émanée d'un enfant tellement jeune que sa volonté ne peut être d'aucun poids et que l'acte peut être traité comme manquant absolument du consentement d'une des parties.

SECTION III.

De l'objet et de la matière des contrats.

40. La loi confond avec raison l'objet du contrat avec l'objet de l'obligation. En effet, le contrat n'ayant pas d'autre but,

que de produire une ou plusieurs obligations, il a forcément pour objet ce qui fait la matière de l'engagement ou des engagements qui doivent en naître. La matière d'un engagement peut consister, soit dans une chose qu'une partie devra *donner,* c'est-à-dire *faire avoir* à l'autre, soit dans un fait qu'elle sera tenue d'accomplir ou dont elle devra s'abstenir. V. art. 1126; et remarquez que dans les contrats synallagmatiques, il y a nécessairement autant d'objets que d'obligations réciproques.

41. Il ne peut exister d'obligation, si celui qui veut devenir créancier n'a pas d'intérêt à l'accomplissement de la promesse. Il faut donc que l'objet de l'obligation soit de nature à être utile au stipulant. Il suffit, au reste, d'une utilité quelconque; ainsi le simple usage ou la simple possession d'une chose peut, comme la chose même, c'est-à-dire comme la propriété de cette chose, être l'objet du contrat. V. art. 1127.

42. L'obligation tendant toujours à approprier, sous certains rapports, la chose promise au créancier, on conçoit que les choses qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée (v. art. 538, 540), ne puissent être l'objet d'une convention entre particuliers. Ce sont ces choses que la loi nous paraît exclure, en déclarant que celles qui sont *dans le commerce,* peuvent seules être stipulées ou promises. V. art. 1128.

42 *bis.* Quand la loi parle des choses qui ne sont pas dans le commerce, la pensée se porte principalement sur les choses qui font l'objet d'une obligation de donner. Mais la règle de l'art. 1128 doit être entendue dans un sens plus général, et appliquée même aux promesses ayant pour objet un fait ou une abstention.

A proprement parler, les choses qui ne sont pas dans le commerce sont, 1° les choses qui n'existent pas dans la nature, comme certains animaux fabuleux (*Instit.,* § 1, l. III, t. XIX) ou les choses qui ont cessé d'exister. *Exemple:* le cheval *Emilius* qui est mort (art. 1601).

2° Les choses qui ne sont pas susceptibles de possession exclusive (art. 714).

3° Les biens publics qui, affectés indéfiniment à l'utilité générale, ne peuvent entrer dans le domaine des particuliers (art. 538, 540).

4° Les choses qui par des dispositions formelles et spéciales de la loi ne peuvent être l'objet des conventions entre particuliers. *Exemples :* les substances vénéneuses (l. du 19 juillet 1845, décret du 8 juillet 1850), certaines armes déterminées par les règlements (314. C. P., ordonn. 23 février 1837), les grains en vert pendants par racines (loi du 6 messidor an III), enfin les successions futures (1130).

Des faits ou des abstentions peuvent également être hors du commerce, en ce sens que leur caractère illicite ne permettrait pas de les assigner pour objet à des obligations de faire ou de ne pas faire. (V. art. 5.)

43. L'obligation serait inutile, si la chose due ne pouvait être reconnue. Ainsi l'objet de l'obligation doit être certain (art. 1108). Toutefois ce caractère peut exister sans que la convention contienne la détermination précise de la chose due; il suffit que la détermination ultérieure soit possible. Elle ne le serait pas, si la convention ne désignait au moins l'*espèce* de la chose; mais, loin qu'on exige une désignation individuelle, il n'est pas même absolument nécessaire que la quotité soit déterminée, s'il y a des éléments de détermination. V. art. 1129, et à ce sujet, art. 1022, 1246.

Observons que le mot *espèce* est pris ici, par opposition au mot *individu*, pour une partie du *genre;* ce qui semblerait exclure les obligations de *genre*, mais ce qui n'exclut véritablement que les obligations d'un *genre illimité*. En effet, tout *genre limité* peut être considéré comme *espèce* du *genre illimité*, ou du *genre moins limité*. Du reste, le grand principe en cette matière, c'est que l'indétermination ne doit point être telle, qu'elle réduise presqu'à rien l'obligation.

43 *bis*. I. L'obligation est un lien; il n'y a pas obligation quand le prétendu débiteur n'est pas lié; il n'est pas lié quand il a relativement à l'objet dû une liberté telle qu'il peut, sans sortir des termes de la convention, livrer une chose inutile et sans valeur.

Telle est l'idée générale de l'article 1129, d'où doit découler l'interprétation des expressions un peu vagues qu'il contient.

43 *bis*. II. L'objet dû doit être *déterminé*, mais cette détermination a des degrés. A son plus haut degré, elle spécialise l'objet dû, elle le précise individuellement, de telle sorte qu'il ne peut être remplacé par aucun autre, même semblable. *Exemple :* La maison rue de Rivoli, n° 200; le cheval *Vermout :* dans ce cas l'objet dû est appelé par la doctrine un *corps certain*.

Mais sans être désigné d'une manière individuelle, et excluant de l'obligation tous les êtres de même nature, l'objet de l'obligation peut encore être assez déterminé pour satisfaire aux exigences de l'art. 1129. Il est impossible, en effet, de prohiber des conventions ayant pour objet un cheval, un bœuf, cent moutons, deux hectolitres de blé, un hectare de prairie...; dans tous ces cas, bien que le débiteur ait une plus grande liberté pour opérer la prestation due, cependant cette prestation le privera toujours d'une valeur et procurera toujours un certain avantage au créancier.

C'est à ces prestations moins spécialement déterminées que l'article fait allusion par ces mots : *au moins déterminée quant à son espèce*. Il ne faudrait pas ici attacher au mot espèce le sens technique qu'il peut avoir dans les classifications des naturalistes : la loi a certainement entendu ce mot dans le sens de classe ou catégorie d'êtres de même nature; elle a voulu dire que l'objet de l'obligation pourrait être déterminé seulement par l'indication de la classe d'êtres à laquelle il appartient. Elle l'a opposé au mot *individu* ou *corps certain*. Mais si le mot espèce, dans le langage des classifications, est opposé au mot individu, il s'oppose aussi au mot *genre*, collection plus étendue qui se compose de différentes espèces (1), et comme les distinctions de genre et d'espèce sont nécessairement arbitraires, qu'elles dépendent du point de vue où se place le classificateur, il est impossible de penser que la loi a voulu trouver dans ces distinctions le fondement d'une règle de droit. La décision de l'article doit être entendue d'après le but que nous lui avons assigné. Il n'y a pas d'obligation quand le vague dans la détermination de l'objet permet au débiteur de se libérer en donnant une chose sans valeur et sans

(1) Dictionnaire français, par Napol. Landais, v° *Genre*.

utilité. Il s'agit donc pour les tribunaux d'apprécier si la classe d'êtres à laquelle appartient l'objet dû est tellement vaste que le prétendu débiteur ne se trouve pas astreint à une prestation sérieuse, comme s'il a promis un animal, une pierre, un quadrupède.

43 *bis*. III. Il ne suffit pas de déterminer la nature de la chose due; si la convention ne fixe pas la quotité ou la quantité de la chose promise, le débiteur jouira encore d'une liberté véritablement destructive du lien. *Exemple* : Si on a promis du blé, du vin, de la houille, le débiteur pourrait alors se libérer en faisant une prestation insignifiante. Il est donc nécessaire de soustraire au caprice du débiteur la quotité ou la quantité de la chose à payer. Ce qui peut avoir lieu de deux manières, soit par une détermination immédiate, dix mille francs, cent hectolitres de vin, soit en indiquant les éléments d'une fixation postérieure. *Exemples :* Le charbon nécessaire à l'usine du créancier pendant une année ; la somme nécessaire pour payer les frais de tel procès...

44. Puisqu'il faut un objet à l'obligation, il est certain, sans qu'on ait eu besoin de s'en expliquer, qu'une chose qui n'existe plus (v. art. 1601), ou qui ne peut exister, ne saurait être la matière d'un engagement. Il en faut dire autant des faits impossibles ou contraires aux lois. Mais, une chose qui peut exister, quoiqu'elle n'existe pas encore, peut être la matière d'un engagement raisonnable et permis. V. art. 1130, al. 1. Seulement, l'incertitude de l'existence doit naturellement rendre l'obligation conditionnelle, à moins que ce ne soit la chance elle-même qui forme la matière de l'engagement.

44 *bis*. Quand l'objet de l'obligation est une chose future, comme la récolte de l'année, c'est par une interprétation de volonté qu'on arrive à considérer l'obligation comme conditionnelle, c'est-à-dire comme subordonnée à l'existence future de la chose; car on peut concevoir que la convention fût soustraite à cette éventualité, en sorte que la chose promise serait plutôt la chance de récolte que la récolte même. Cette distinction entre les deux hypothèses serait dénuée d'intérêt s'il s'agissait d'une convention unilatérale; qu'on eût promis la récolte ou la chance de

récolte, il va de soi que le créancier ne recueillerait rien si le champ avait été stérile; mais on aperçoit l'intérêt de la distinction si on suppose une convention synallagmatique. En effet, dans le cas où la promesse est conditionnelle, l'absence de récolte anéantit même rétroactivement l'obligation du promettant, et comme conséquence l'obligation de l'autre partie; car en vertu des principes que nous exposerons bientôt, dans les contrats synallagmatiques l'obligation de l'une des parties est la cause de celle de l'autre, et si cette obligation est réputée n'avoir pas existé, l'autre est nulle faute de cause. Supposez au contraire que la promesse a eu pour objet la chance de récolte et non la récolte future, le contrat change alors de caractère; il est aléatoire au lieu d'être conditionnel, et l'obligation de la seconde partie n'est plus dénuée de cause, alors même que la chance prévue ne se réaliserait pas.

45. Quoi qu'il en soit, des considérations de morale et d'ordre public ont fait excepter de la règle qui permet la stipulation sur les choses futures, les pactes sur des successions non ouvertes. La loi, plus sévère que le droit romain, embrasse le cas même où le *de cujus* y consentirait. Voy. art. 1130, al. dern., et à ce sujet, art. 791, 1600; voy. cependant art. 761, 918, 1082, 1084, 1093.

45 *bis*. Les Romains, en prohibant les pactes sur les successions futures, s'étaient surtout inquiétés du danger que de telles conventions pourraient faire courir à celui dont la succession était l'objet du contrat; la constitution 30, *De pactis*, au Code, s'exprime ainsi : *Hujus modi pactiones odiosæ esse videntur et plenæ tristissimi et periculosi eventus*. Ces craintes n'ont pu dominer le législateur français, car la constitution de rente viagère sur la tête d'un tiers, bien plus dangereuse à ce point de vue, est autorisée par nos lois. D'autres motifs ont déterminé le législateur. Dans les contrats qui ont pour objet une succession future, le droit du futur héritier est incertain, l'émolument qu'il procurera l'est également. En présence de cette double incertitude, l'héritier présomptif peut être facilement entraîné, par la cupidité ou le besoin, à aliéner pour des sommes insignifiantes un droit qui lui semble peu important par son éloignement. L'égalité qui doit régner dans les contrats est singulièrement menacée, et un légis-

lateur qui n'admet pas la rescision pour lésion a dû réprouver des conventions qui, par la force même des choses, doivent ordinairement présenter tous les caractères de la lésion.

SECTION IV.

De la cause.

46. La cause est ce qui, dans un contrat, détermine une partie à s'obliger. Cette cause déterminante de l'obligation ne doit pas être confondue avec la cause impulsive du contrat, autrement, le motif qui porte à contracter. La cause de l'engagement d'une partie, est le fait ou la promesse de l'autre, ou bien c'est la pure libéralité.

46 *bis*. I. La distinction entre la cause de l'obligation et la cause ou le motif du contrat est d'une haute importance, parce que la cause de l'obligation a une influence sur l'existence même et la validité de cette obligation, tandis qu'il n'y a pas à rechercher le motif de contrat ; quel qu'il ait été, le contrat est valable.

La différence entre la cause de l'obligation et le motif du contrat ressort de cette idée ; l'une est le but immédiat et direct que le débiteur s'est proposé d'atteindre en s'obligeant (*cur promisit*), l'autre c'est la considération plus éloignée qui l'a déterminé à faire le contrat (*cur contraxit*). *Exemple* : le dépositaire est tenu de restituer parce qu'il a reçu le dépôt (*cause de son obligation*); mais pourquoi a-t-il fait le contrat de dépôt? Pour rendre service au déposant (*motif du contrat*); d'où il résulte que si on suppose deux personnes faisant le même contrat, par exemple, un emprunt, elles sont toutes deux déterminées à s'obliger par une cause identique, mais elles sont probablement poussées à contracter par des motifs différents. En effet, si on demande à chacune d'elles pourquoi elle s'est obligée (*cur promisit*), elle répondra : Parce que j'ai reçu une somme de mon créancier ; mais s'il s'agit de savoir pourquoi ces deux personnes ont contracté, ont emprunté (*cur contraxerunt*), les motifs sont probablement différents: l'une aura emprunté pour payer une dette, et l'autre pour subvenir aux dépenses d'un voyage.

Ainsi, d'un côté identité nécessaire de causes toutes les fois que les contrats sont identiques, et de l'autre côté variété infinie de motifs, même quand on suppose les contrats identiques : ce qui explique suffisamment pourquoi le motif du contrat ne saurait avoir, sur sa validité, l'influence qu'a la cause sur la validité de l'obligation. En présence du nombre immense de raisons sérieuses ou frivoles qui peuvent déterminer une personne à faire un contrat, il est impossible de décider avec certitude si le contrat avait un motif ou s'il en était dénué.

46 *bis*. II. Il est facile de se rendre compte des différentes causes possibles d'obligations en recherchant le but que chaque promettant se propose d'atteindre, suivant la nature des différents contrats.

D'abord, dans les contrats synallagmatiques, comme il y a deux obligations nous devons trouver deux causes, et nous devons dire que l'obligation de chaque partie a pour cause celle de l'autre. *Exemple* : le vendeur de cent hectolitres de blé s'est obligé parce qu'on lui a promis de l'argent, l'acheteur parce qu'on lui a promis du blé; quelquefois même l'acheteur est déterminé par une cause double: l'obligation du vendeur et l'acquisition du droit de propriété, qui s'opère par le seul effet de la convention quand l'objet vendu est un corps certain.

Dans les contrats unilatéraux, la cause de l'obligation peut être une prestation préalablement faite au futur débiteur, comme dans le *mutuum* ou le commodat; ce peut être la libération d'une obligation préexistante, quand un débiteur promet 1,000 francs à la place d'un cheval qu'il devait déjà; ce peut être l'intention d'exercer une libéralité ou de rendre un service comme dans les contrats de bienfaisance. *Exemples* : donation, cautionnement, promesse de prêt, mandat.

47. Un engagement sans cause est un acte de folie, auquel la loi ne peut donner d'effet; elle n'en peut accorder davantage à l'obligation sur fausse cause, qui est véritablement sans cause, puisqu'elle n'en a pas d'autre que l'erreur. La loi encouragerait elle-même sa violation, si elle sanctionnait une obligation sur une cause illicite. V. art. 1131, et remarquez que dans ces divers cas, la loi refusant tout effet à l'obligation, il

y a nullité de plein droit. Il en est évidemment de même lorsque l'objet de l'obligation ne réunit pas les conditions requises.

L'engagement est sans cause, soit qu'il n'en ait jamais existé, ou qu'elle ait cessé, ou que dépendant de l'avenir, elle ne se soit pas réalisée; il est sur une fausse cause, lorsque la cause n'est qu'apparente, et n'existe par conséquent que dans la pensée des contractants.

47 *bis*. I. S'il est difficile et même impossible de supposer un engagement absolument dénué de cause dans la pensée de celui qui s'engage, ce n'est pas néanmoins une raison pour croire qu'en fait il n'y a d'obligation sans cause que les obligations sur fausse cause. En effet, il peut arriver que la cause cessant d'exister, ou ne se réalisant pas quand elle dépendait de l'avenir, l'obligation devienne sans cause. Mais cela dépend de la nature des contrats, car le fait de l'extinction de la cause n'entraînera pas ordinairement la nullité de la promesse. C'est au moment où la convention se forme qu'il importe d'examiner s'il existe une cause : que la cause cesse, et l'obligation n'en subsistera pas moins. *Exemple:* Pierre achète de Paul le cheval *Gladiateur;* le cheval meurt avant d'avoir été livré; l'obligation de Paul qui avait été la cause de celle de Pierre est éteinte et cependant l'obligation de Pierre continue à subsister. (V. art. 1138. *Instit.*, l. III, *De empt. et vend.*, § 3.) Dans certains cas cependant, on peut dire que la cause cessant, l'obligation cesse: c'est quand il s'agit de contrats dans lesquels les obligations ont un caractère successif, quand l'obligation de l'une des parties a pour cause une obligation qui doit s'exécuter non pas par un seul acte, mais par une série d'actes. *Exemple :* celui qui a donné à bail sa maison a promis de faire jouir le preneur de cette maison pendant un certain temps; que la maison brûle par cas fortuit, son obligation est éteinte il est vrai, mais par contre celle du preneur a cessé d'exister, parce qu'elle avait une cause successive, qu'elle était corrélative à une obligation qui devait durer tout le temps fixé par la convention et dont le débiteur ne pouvait pas être libéré par une prestation unique. (V. art. 1722.)

Nous ferons une observation analogue à propos des causes futures : l'acheteur d'une récolte à venir ne sera pas obligé, si la

récolte vient à manquer, quand le contrat aura été subordonné à l'existence de la récolte, dans la pensée des parties : et l'absence de récolte détruisant rétroactivement l'obligation du vendeur, celle de l'acheteur manque de cause. Mais si le contrat était aléatoire l'obligation du vendeur avait pour objet la chance de récolte, de sorte que celle de l'acheteur ne peut pas manquer de cause. (V. n° 44 *bis*.)

47 *bis*. II. Quand la loi considère l'obligation sur fausse cause comme une obligation sans cause, il faut bien faire attention qu'elle traite du cas où la cause étant reconnue fausse il n'est pas possible d'en trouver une autre. *Exemple :* Pierre a promis 2,000 francs à Paul en place d'un cheval qu'il croit lui devoir en vertu d'un testament, dont on découvre plus tard la révocation. Mais si, la cause supposée étant reconnue fausse, la partie peut démontrer que cette prétendue cause n'était pas la véritable, qu'il en existe une autre, la fausseté de la cause apparente n'entraînera pas la nullité de l'obligation; l'art. 1131 n'a pas pour but de punir la simulation, il consacre seulement une règle de bon sens, il se rattache à la théorie du consentement, et déclare qu'il n'est pas possible d'attribuer un effet juridique à une volonté viciée dans son principe déterminant.

48. Le défaut d'expression de la cause dans l'acte qui prouve le contrat, n'empêchant pas qu'elle puisse effectivement exister, n'entraîne pas la nullité de l'obligation. V. art. 1132.

48 *bis*. Les expressions employées par l'art. 1132 pourraient induire en erreur sur la portée de cette disposition. Ce n'est pas la validité de la convention qui peut être mise en doute parce que la cause n'aura point été exprimée, puisque dans notre droit les conventions sont valables indépendamment du mode de leur constatation, et particulièrement de leur relation dans un écrit; le législateur eût énoncé une vérité inutile en reconnaissant qu'il n'était pas nécessaire de prouver spécialement l'existence de la cause, alors que, sans aucun doute, il n'est pas, au point de vue de la validité du contrat, nécessaire de prouver l'existence de l'objet ou même du consentement.

L'article a donc une signification plus importante que celle qui

apparaît tout d'abord. Cette signification ressort de la tradition des anciens jurisconsultes, et de la discussion au sein du Conseil d'État. Il ne s'agit pas d'une question de validité d'obligation, mais d'une question de preuve. La loi suppose qu'une convention produisant obligation est prouvée par un écrit, mais cet écrit est muet sur la cause de l'engagement, et l'article a pour but de nous fixer sur la force probante de cet écrit.

Malheureusement, ce but n'est pas atteint : du défaut de netteté dans l'exposé de l'espèce régie par l'article, provient une grande obscurité sur la solution de la question à résoudre. Le prétendu créancier doit-il prouver qu'il existe une cause, le prétendu débiteur doit-il établir qu'il n'en existe pas? Est-ce suivant les termes de l'écrit, tantôt à l'une, tantôt à l'autre des parties qu'incombe la preuve? Ces trois solutions ont chacune de nombreux et respectables partisans.

Si on examine d'abord les deux opinions extrêmes, on peut être tenté d'imposer au créancier la nécessité de prouver qu'il existe une cause. Tenu de prouver l'existence de l'obligation (art. 1315), il doit établir l'existence de tous les éléments nécessaires à la naissance de cette obligation ; or, la cause est l'un de ces éléments. Mais cette solution ne tient aucun compte de l'article 1132. En effet, si on a voulu dire que l'écrit n'avait pas moins de force à raison du silence des parties sur la cause, il faut nécessairement admettre qu'il fait foi en faveur du créancier autant que si la cause était indiquée; autrement il aurait moins de force qu'un écrit mentionnant la cause.

L'écrit fait donc présumer l'existence de la cause ; et quoi de plus naturel? Une personne raisonnable signera-t-elle jamais un écrit constatant une promesse, si cette promesse est dénuée de cause et partant n'a aucune force obligatoire? Le créancier satisfait par conséquent à l'art. 1315 quand il produit l'écrit. Le prétendu débiteur peut combattre la présomption légale, mais il doit établir qu'il n'y a pas de cause.

On objecte, il est vrai, qu'il lui sera impossible de prouver l'absence de cause parce qu'il s'agirait de démontrer un fait négatif, mais il est facile de comprendre, d'après ce que nous avons dit sur la cause, que cette preuve d'une négation se convertira nécessairement en la preuve d'un fait positif. En effet, l'absence de cause

suppose soit l'erreur sur la cause, soit un événement qui a fait cesser la cause ou l'a empêchée de se réaliser, tous faits positifs qu'il ne sera jamais impossible de prouver (1).

Nous imposons donc au débiteur l'obligation de prouver contre l'écrit qu'il n'existe pas de cause, et nous repoussons même les distinctions qu'on a essayé de faire d'après les termes de l'écrit. Qu'il ait signé une simple promesse de payer ou qu'il ait écrit : *Je reconnais devoir... je dois...*, etc., dans tous les cas, nous pensons qu'il a créé contre lui une présomption d'obligation, et qu'il est dans la nécessité de détruire par des preuves cette présomption. Peut-on supposer raisonnablement qu'une personne promette de payer, si elle ne reconnaît pas devoir ? N'est-ce pas le hasard d'une rédaction plus ou moins habile qui produira ces différences de phrases auxquelles on attacherait des différences d'effet si importantes et si dangereuses ? Allons plus loin : la plupart du temps, la différence signalée entre les deux manières de s'exprimer est imaginaire, elle n'existe pas plus en droit que dans l'intention des parties qui rédigent un billet. Payer c'est acquitter une dette, promettre de payer c'est promettre d'acquitter une dette, c'est se reconnaître débiteur aussi expressément que si on écrivait : Je reconnais devoir. Car, si tout payement suppose une dette (art. 1235), la promesse d'un payement suppose la reconnaissance de la dette.

Cette observation ne s'appliquerait pas au cas où une expression moins caractéristique aurait été employée, comme *je compterai*, mais il resterait les réflexions générales que nous avons faites sur l'importance exagérée qu'il faut se garder d'attacher aux expressions adoptées, assez légèrement peut-être, par les parties.

49. La cause est illicite, non-seulement lorsqu'elle est prohibée expressément par la loi, mais encore toutes les fois qu'elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. V. art. 1133.

49 *bis*. I. La cause de l'obligation est illicite quand le but que le promettant se propose d'atteindre est un fait ou la promesse d'un fait, une abstention ou une promesse d'abstention, con-

(1) V. Cass., 9 février 1864. Dev. 1864-1-107.

traires aux lois, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Si on recherche le caractère licite ou illicite de la cause à propos d'un contrat synallagmatique, la règle sur ce point se confond avec la règle sur l'objet, puisque dans ces contrats chaque obligation a l'autre pour cause. De sorte que l'une des obligations, étant nulle parce que son objet est illicite, ne peut pas servir de cause à l'engagement de l'autre partie.

C'est dans les contrats unilatéraux et quand l'objet est licite qu'il devient intéressant d'examiner si la cause de l'obligation n'est pas illicite, car alors l'art, 1133 est le seul en vertu duquel l'obligation puisse être déclarée nulle.

49 *bis*. II. Il n'y a pas de doute sur le caractère illicite de la cause quand le fait dont le promettant veut obtenir l'exécution constitue de la part de celui qui l'accomplira une atteinte aux lois, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, comme lorsque la promesse a pour but de déterminer le créancier à commettre un crime ou un délit; mais des doutes sérieux se sont élevés pour le cas où le but du promettant est, au contraire, d'obtenir l'exécution d'une obligation, l'observation d'une loi, l'accomplissement d'un devoir. *Exemples :* Pierre a acheté sur saisie le bien de Paul, il lui promet 1,000 francs pour que celui-ci lui remette les titres de propriété (V. Pothier, n° 43) : ou bien Jean promet 1,000 francs à Jacques pour que celui-ci renonce à des projets de vengeance contre François, mette fin à des relations adultérines avec une femme mariée, etc. Dans ces diverses hypothèses, le but que le promettant se propose d'atteindre est loin d'être immoral ou illicite, la cause de l'obligation ne saurait donc être considérée comme entachée de vice, et l'obligation ne doit pas être traitée comme nulle, en vertu de l'art. 1133. On dit, il est vrai, que si la cause est licite du côté du promettant elle est illicite et immorale du côté du stipulant (D. *fr.*, 1, *pr.* et § 2, *De condictione ob turpem causam*) ; mais cette qualification de la cause n'est pas en harmonie avec la définition de la cause elle-même. Si la cause est le but que le promettant se propose d'atteindre, sa qualification et son caractère ne peuvent dépendre que des intentions du promettant, et s'il n'accomplit pas en s'obligeant une mauvaise action on ne doit pas dire qu'il s'est obligé en vertu d'une cause illicite. Est-ce à dire, cependant, que son obligation sera valable?

non certes; mais si on parvient à l'annuler, ce sera en vertu d'autres principes.

Ainsi : ou bien la convention sera synallagmatique, ou bien elle sera unilatérale, mais elle subordonnera l'engagement à l'exécution du fait déjà obligatoire, à l'abstention du fait prohibé. Dans le cas d'une convention synallagmatique, l'obligation d'accomplir un fait obligatoire ou de s'abstenir d'un fait prohibé, manque véritablement d'objet, car ce n'est pas cette prétendue obligation qui lie le débiteur déjà tenu à d'autres titres, et il n'y a pas d'obligation quand il n'y a pas de lien; par conséquent l'obligation corrélative manque de cause, c'est l'absence de la cause et non son caractère illicite qui entraîne la nullité de l'obligation.

Si, au contraire, la convention est unilatérale, si la partie qui doit accomplir le fait obligatoire ou s'abstenir du fait prohibé, n'a pas de nouveau promis ce fait ou cette abstention, mais que l'autre partie ait simplement subordonné sa promesse à l'exécution de ce fait ou à cette abstention, alors, c'est en vertu des règles sur les conditions, et non de celles sur la cause que l'obligation pourra être annulée. (V. art. 1172 et n° 93 *bis*. I.)

49 *bis*. III. La loi s'est bornée à dire que les obligations sans cause, sur cause fausse ou sur cause illicite, ne peuvent produire aucun effet; mais cette expression est assez énergique pour indiquer qu'il ne s'agit point ici, comme dans l'art. 1117, d'une obligation annulable, mais d'une obligation radicalement nulle; d'où cette conséquence, que l'une ou l'autre partie peut, indifféremment, invoquer la nullité, et que l'obligation ne peut pas être valablement ratifiée.

49 *bis*. IV. L'exécution même de l'obligation n'en couvrirait pas la nullité, et la partie pourrait répéter ce qu'elle aurait payé, car elle aurait payé ce qu'elle ne devait pas. Cette décision, admise généralement en ce qui concerne les obligations sans cause, est cependant l'objet de vives controverses quand il s'agit des obligations sur cause illicite. On trouve, en effet, dans des textes de droit romain, une distinction que Pothier a reproduite et qu'un grand nombre de jurisconsultes modernes ont adoptée (1). On accorde la répétition à la partie dont le rôle, dans la conven-

(1) D. fr., 2, 3, 4, § 2, *De cond. ob. turp. caus.*, Poth., n° 43 *in f.*

tion, n'a rien d'immoral, et on la refuse du moment que celui qui a fait un paiement avait joué un rôle immoral dans la convention primitive. Si Pierre a promis 1,000 francs à Paul pour que celui-ci s'abstienne de commettre un délit, on accorde à Pierre la répétition après qu'il a payé; mais s'il s'agissait d'exciter Paul à commettre un délit, on refuse la répétition.

Sur la première hypothèse la solution de Pothier est incontestable, soit qu'on accorde la répétition, d'après les principes sur les obligations sans cause, soit qu'on la concède en vertu de la règle sur les conditions illicites. Mais, dans la deuxième espèce, nous ne voyons pas comment, dans le droit français actuel, la répétition peut être déniée à celui qui a payé. Il ne devait pas (art. 1133), il a payé, donc il a le droit de répéter (art. 1235). Les articles qui consacrent le droit de répéter l'indu, ne distinguent pas en vertu de quelle règle la chose payée était indue. Il faudrait une exception à l'art. 1235 et à l'art. 1376, pour que l'opinion de Pothier pût être admise dans notre droit. Cette exception n'est pas dans notre Code, et nous pouvons ajouter: elle ne devait pas s'y trouver. En effet, la société est intéressée à ce que celui qui stipule le salaire d'un acte illicite soit bien convaincu qu'il ne possédera jamais ce salaire en toute sécurité, que non-seulement il ne pourra en obtenir le paiement, mais que le paiement, même effectué, n'aura pas un caractère stable et définitif. La possibilité de la répétition est une menace qui fera plus d'une fois obstacle à certaines conventions honteuses ou illicites. Cette raison d'intérêt général nous paraît avoir une bien plus sérieuse valeur que celles alléguées dans l'autre sens, soit qu'on s'arme du fait de la possession, c'est-à-dire qu'on subordonne le droit à un hasard, soit qu'on repousse le demandeur en répétition à cause de son indignité, comme s'il était raisonnable de le déclarer indigne d'intenter une action en répétition après le paiement, quand on le regarde du reste comme digne d'invoquer devant la justice la nullité de son obligation lorsqu'elle n'est pas encore acquittée (1).

(1) V. C. R. Limoges, 16 avril 1845. Dev. 1846-2-465. En sens contraire, C. I. Paris, 4 février 1854. Dev. 1854-2-148.

CHAPITRE III.

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS, OU, PLUS EXACTEMENT, DE L'EFFET DES CONVENTIONS ET DES OBLIGATIONS QU'ELLES PRODUISENT.

SECTION PREMIÈRE.

Dispositions générales.

50. Les conventions légalement formées produisent des obligations. C'est assez dire qu'elles tiennent lieu de loi aux parties, dont chacune en particulier ne peut détruire, par sa seule volonté, cette œuvre de leur volonté commune (v. pourtant art. 1865 5°, 2007). Mais ce qu'une seule volonté ne peut faire, la réunion des volontés peut l'opérer. Pareillement, la loi, qui forme le lien, peut dans certains cas le relâcher ou le dissoudre.

La bonne foi, qui est l'âme des relations sociales, doit présider à l'exécution des conventions. Nous ne connaissons pas, dans l'application de ce principe, la distinction que faisaient les Romains entre les actions dites *de droit strict* et les actions dites *de bonne foi*. C'est donc une règle générale, que les conventions n'obligent pas seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation. Ces suites diffèrent, au reste, selon la diverse nature des obligations. V. art. 1134, 1135.

50 *bis*. Le chapitre III traite un peu indistinctement de l'effet des conventions et de l'effet des obligations. Il suffit pour s'en convaincre de comparer les articles 1134, 1135, 1156 et suivants, 1166 et 1167, qui traitent des conventions, avec les autres articles du chapitre qui, tous, emploient le mot obligation. La confusion au reste n'est pas possible. L'effet des conventions est de produire ou d'éteindre des obligations ou des droits réels. L'obligation, au contraire, qui est quelquefois, mais non pas toujours,

le produit de la convention, n'a pas d'autre effet que de lier le débiteur, c'est-à-dire de conférer au créancier le droit de contraindre le débiteur à l'exécution et de recourir au besoin à l'autorité publique pour exercer cette contrainte.

51. Les obligations ont pour objet une chose ou un fait : les unes sont dites *obligations de donner;* les autres, *obligations de faire ou de ne pas faire.*

SECTION II.

De l'obligation de donner.

52. La loi prend ici le mot *donner* dans son acception la plus générale. Ainsi l'obligation de donner comprend celle de restituer la chose à son propriétaire, comme celle de transférer à une personne, soit la propriété, soit le simple usage ou la simple possession d'une chose (v. art. 1127). Dans un sens plus restreint, on n'entend par l'obligation de donner une chose, que celle d'en transférer la propriété.

52 *bis*. I. Le mot *donner* est employé dans trois sens différents il signifie 1° transférer la propriété à titre gratuit, *donare;* 2° transférer la propriété, *dare;* 3° dans un sens très-large il se rapproche du mot *livrer,* et indique le fait de mettre une chose à la disposition d'une personne, pour que cette personne puisse en retirer une utilité ; c'est ainsi qu'on dit donner à bail, donner en gage. Quand les jurisconsultes romains, dans la définition des obligations, opposaient *dare* à *facere*, ils songeaient aux obligations de transférer la propriété. En retrouvant dans les rubriques des sections II et III et dans l'art. 1101 la division tripartite des objets d'obligation, on peut présumer que les rédacteurs du Code Napoléon ont pris les expressions anciennes dans leur acception ancienne, et qu'ils ont voulu traiter ici de l'obligation de transférer la propriété. Nous ne partageons donc pas l'opinion de M. Demante, qui considère le mot *donner* comme pris dans son acception la plus générale. Il est vrai que la liaison existant entre les articles 1136 et 1137 et le caractère évidemment général de celui-ci, peuvent faire croire à la généralité de celui-là. Mais

le texte même de l'art. 1136 démontre que le mot *donner* n'y est pas synonyme du mot livrer. Pourrait-on dire, en effet, que l'obligation de donner emporte celle de livrer, si le mot donner devait être traduit par le mot livrer ou quelque autre équivalent? Pour que l'article ait un sens il faut qu'il dise: L'obligation de transférer la propriété a pour conséquence celle de livrer. Il est vrai qu'il rattache à cette obligation celle de veiller à la conservation de la chose et que l'article suivant se trouve entraîné à généraliser et à donner une règle applicable à quiconque est, en vertu d'un contrat, détenteur de la chose d'autrui et tenu de la restituer; mais les termes mêmes de l'article 1137 sont essentiellement différents de ceux de l'article 1136; le mot donner n'y est pas prononcé, et par conséquent rien ne nous autorise à croire que dans l'article 1136 cette expression ait une autre portée que dans les articles 1138, 1140 et 1141.

52 *bis*. II. Nous avons dit, n° 43 *bis* II, ce qu'on entend dans la doctrine par une obligation de *corps certain* et une obligation de *genre* ou de *quantité*. Cette distinction a une grande importance par rapport aux règles de notre section. Ainsi on conçoit que l'obligation de veiller à la conservation de la chose ne peut se rattacher qu'à une obligation de corps certain, car si l'objet dû n'est pas spécialisé, s'il est désigné seulement par son espèce, il est impossible de dire à quels individus de l'espèce le débiteur devrait des soins, et en outre ces soins seraient inutiles à raison de la règle que nous exposerons bientôt et qui fait supporter par le débiteur de quantité la perte, même fortuite, des choses qu'il détenait et qui pouvaient servir à l'acquittement de son obligation. On comprend qu'à l'égard d'un débiteur qui peut être libéré par un cas fortuit, il y ait lieu d'examiner si le prétendu accident n'est pas imputable à sa négligence, mais est-il besoin de rechercher si le débiteur a été plus ou moins soigneux et diligent quand il doit supporter même les conséquences d'un événement de force majeure?

53. L'obligation de donner, quelque sens que l'on veuille attribuer à ce mot, emporte toujours celle de livrer, c'est-à-dire, de remettre la chose au pouvoir du créancier, et de plus, si c'est un corps certain, de le conserver jusqu'à la tradition,

c'est-à-dire, au moins, de veiller jusque-là à sa conservation; le tout à peine de dommages-intérêts. V. art. 1136. Et remarquez que la faculté d'obtenir des dommages-intérêts ne prive pas le créancier de celle d'obtenir l'exécution réelle si elle est possible.

54. Mais quels soins le débiteur doit-il à la chose? Sur ce point, on distinguait autrefois si le contrat avait pour objet l'utilité particulière du débiteur, ou l'utilité commune des parties, ou enfin l'utilité particulière du créancier. Au dernier cas, on n'exigeait que de la bonne foi, ce qui affranchissait le débiteur de toute responsabilité, s'il donnait à la chose due le même soin qu'à ses propres affaires. Dans les deux autres cas, on exigeait de lui, tantôt le soin ordinaire que les personnes prudentes apportent à leurs propres affaires, et tantôt tout le soin possible (1). Ce n'est pas ici le lieu d'examiner jusqu'à quel point cette théorie, assez généralement adoptée par les interprètes du droit romain, était, en effet, conforme aux textes sainement expliqués (2). Ce qu'il y a de sûr, c'est que le Code s'en éloigne, en exigeant, dans tous les cas, les soins d'un bon père de famille. Il en résulte que la négligence du débiteur, dans ses propres affaires, ne devra jamais excuser celle qu'il aurait apportée à la conservation de la chose due. L'obligation, au reste, telle qu'elle est ici définie, est encore susceptible de plus ou moins d'étendue ; il existe sur ce point des règles particulières, pour les contrats dont la loi a déterminé les conditions et les effets. Il est même à remarquer que ces règles particulières semblent, en grande partie, basées sur l'ancienne théorie. V. art. 1137, et à ce sujet, art. 1882, 1927, 1928, 1992.

54 *bis*. La théorie des trois fautes exposée par Pothier, et que des auteurs anciens avaient déjà combattue, présentait des apparences séduisantes; mais elle devait être repoussée par des esprits pratiques. En effet, quand on divisait les fautes en lourdes,

(1) V. Pothier, *Obligations*, n° 142.
(2) V. Ducaurroy, *Inst. expl.*, n^os^ 1071-1078.

légères et très-légères, pour graduer la responsabilité du débiteur suivant qu'il n'avait pas d'intérêt au contrat ou qu'il y était intéressé, soit avec le créancier, soit exclusivement, on semblait avoir trouvé une mesure infaillible de la responsabilité et avoir soustrait les questions de faute à l'arbitraire du juge. Mais ce n'était là qu'une apparence. Le point de comparaison dépendait toujours de l'appréciation arbitraire du juge, qui pouvait se faire une idée plus ou moins sévère de la diligence d'un bon père de famille, pour le cas de faute légère, ou de la grande diligence pour le cas de responsabilité de la faute très-légère. Ainsi le vendeur d'un animal l'aura laissé paître dans un parc mal clos et l'animal aura été volé, le fait du vendeur aurait-il ou non été commis par un bon père de famille? Deux juges différents peuvent résoudre cette question diversement, sans qu'aucun d'eux ait méconnu la règle de la loi. La prétendue règle n'avait donc qu'une existence purement nominale, et on comprend que le Code Napoléon ait cherché à simplifier la théorie en s'en débarrassant.

Mais qu'a-t-il substitué à la règle ancienne? Si on lit seulement la première partie de l'art. 1137, il semble que le Code a adopté une règle unique, qu'il mesure la responsabilité dans les différents cas d'une manière uniforme, qu'il n'y a plus, en un mot, qu'une seule espèce de faute, celle que Pothier appelait légère et qui consiste à ne pas donner à la chose les soins d'un bon père de famille.

Mais le deuxième paragraphe de l'article fait renaître la difficulté en annonçant des distinctions qu'on retrouve en effet dans quelques articles, et qui obligent à rechercher quelle a été la pensée du législateur.

Avant tout, il faut constater que le deuxième paragraphe de l'article ne peut pas contredire le premier, et que, par conséquent, la mesure est toujours pour tous les contrats celle des soins qu'apporte à sa chose un bon père de famille. Seulement, comme dans l'appréciation même de la diligence du bon père de famille, c'est-à-dire dans la détermination du point de comparaison, du type, il y a place à un large arbitraire, la loi autorise le juge à une plus grande indulgence, elle lui permet de prendre pour modèle dans certains cas, un propriétaire un peu moins diligent que dans certains autres.

Reconnaître ainsi au juge le droit de se faire quelquefois une idée un peu moins sévère du bon père de famille, ce n'est pas cependant abandonner le principe contenu dans le premier paragraphe de l'article. Ce n'est pas surtout autoriser les tribunaux à dégager dans certains cas le débiteur de sa responsabilité lorsqu'il soigne la chose due autant que les siennes propres. Des auteurs ont pensé cependant que tel devait être le sens de l'article 1137, deuxième *alinéa*. Ils ont, pour mettre d'accord les deux parties de l'article, ressuscité l'ancienne distinction de la faute appréciée *in concreto* (relativement au caractère du débiteur), ou *in abstracto* (c'est-à-dire absolument, abstraction faite de la diligence ou de la négligence habituelle du débiteur). Le premier paragraphe de l'article établirait un maximum, jamais la responsabilité ne saurait dépasser celle de la faute abstraite; mais d'après le deuxième paragraphe elle pourrait être moins lourde, elle aurait alors pour objet exclusif la faute que le débiteur ne commet pas dans l'administration de ses affaires (1).

Nous rejetons cette distinction comme contraire au texte de l'article 1137, et absolument étrangère, sauf un cas exceptionnel, aux rédacteurs du Code Napoléon. Nous l'avons déjà dit, si le deuxième paragraphe de l'article 1137 autorise dans les cas qu'il prévoit à prendre un terme de comparaison autre que la diligence du bon père de famille, le premier paragraphe de l'article est formellement démenti par le second : et cependant les termes de celui-ci n'annoncent pas une telle décision, car il n'est pas rédigé sous la forme d'une exception, il fait allusion à l'obligation que vient de caractériser le paragraphe précédent, il la montre plus ou moins étendue, tandis qu'il devrait dire que dans certains cas elle n'existe pas, s'il faisait allusion à des cas où la responsabilité ne s'étendrait pas à des fautes qu'un bon père de famille n'aurait pas commises. Dans les différents articles que nous allons citer, qui énumèrent ces cas où l'appréciation de la faute doit être indulgente, un seul, l'article 1927, parle d'une appréciation *in concreto*, et pour celui-là il existe une raison spéciale, tandis que dans les autres cas on ne pouvait accepter ce mode de mesurer la responsabilité sans se jeter dans des difficultés pratiques insurmontables. Dans l'article 1927 il s'agit du dépôt, et

(1) V. M. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, art. 1137, n° 4.

si la loi se contente d'imposer au dépositaire l'obligation de veiller à la chose déposée comme aux siennes propres, c'est par une interprétation raisonnable de la volonté des parties. Le dépositaire ne promet pas de jouer un rôle actif, il permet de placer la chose déposée parmi les siennes, et dès lors on peut avoir entendu qu'il ne promet pas ses soins, mais qu'il veillera sur cette chose comme sur les siennes.

Si on se place dans les autres hypothèses prévues, dans celle de l'article 1992 où il s'agit d'un mandataire, de l'article 1374 sur le gérant d'affaires, de l'article 804 sur l'héritier bénéficiaire, non-seulement la raison spéciale n'existe plus, car ce n'est plus un rôle passif que le débiteur a accepté, mais il y a plus, le terme de comparaison manquerait bien souvent s'il devait être pris dans le caractère personnel du débiteur. Supposez que le mandataire, le gérant d'affaires, l'héritier bénéficiaire soit accusé de négligence dans l'administration d'un immeuble, comment se rendre compte de la diligence qu'il apporte à ses propres affaires s'il n'est pas propriétaire d'immeuble? La règle qui mesure la responsabilité d'après le plus ou moins de soin que le débiteur apporte à ses propres affaires a donc été écartée avec juste raison, parce que dans un grand nombre de cas elle ne fournirait pas au juge le point de comparaison nécessaire pour caractériser et qualifier les faits.

54 *bis*. II. Si la règle de l'article 1137 reçoit une exception qui en atténue la rigueur dans l'article 1927, elle subit, au contraire, au titre du prêt une dérogation en sens inverse. On trouve en effet dans l'article 1882 un cas où le débiteur peut être tenu de faire plus pour la chose d'autrui qu'un bon propriétaire n'eût fait pour sa propre chose. Si par exemple de deux choses exposées au même danger il a sauvé la plus précieuse, il a fait ce qu'eût fait tout père de famille, et cependant il est tenu envers celui qui lui aurait prêté la chose qui a péri, parce qu'aux termes de l'article il eût dû la sauver par préférence à la sienne.

54 *bis*. III. Quand on pose le principe de la responsabilité comme nous l'avons posé, il y a bien peu d'intérêt pratique à rechercher si dans le cas d'un contrat innommé le deuxième paragraphe de l'article est applicable. On pourrait se contenter de renvoyer au principe sur les contrats innommés et dire qu'il

faut toujours leur appliquer les règles des contrats qui ont avec eux une grande affinité, mais il faut ajouter que, puisque le juge est toujours maître de prendre pour type un propriétaire plus ou moins soigneux, il aura *a fortiori* une grande latitude à l'occasion des contrats non prévus par la loi, et qu'il pourra ainsi, à l'exemple du législateur, se montrer plus ou moins indulgent suivant la nature des contrats.

54 *bis*. IV. On doit remarquer, en terminant l'explication de l'article 1137, que, malgré la place qu'il occupe et les termes qu'il emploie, il est essentiellement général; seul, dans le Code, il contient la théorie du législateur sur les fautes, par conséquent il régit aussi bien les obligations de faire que celles de donner ou de livrer, et les obligations nées de quasi-contrats aussi bien que celles nées de contrats (voy. art. 450, 1374).

55. Les contrats étant, en général, parfaits par le seul consentement, il est tout naturel que l'obligation naisse immédiatement de ce consentement. Ce principe, appliqué ici à l'obligation de livrer *la chose* (c'est-à-dire un corps certain), a toujours amené pour conséquence la mise aux risques du créancier (v. *Just.*, Inst., § 3, *De empt. vend.*). Mais, dans l'ancien droit, la propriété ne pouvant, en général, commencer que par la possession, on en concluait, même lorsqu'il s'agissait d'une obligation de *donner* (*dandi*), que le créancier ne devenait pas propriétaire avant la tradition (v. *Diocl. et Max.*, L. 20, Cod. *De pact.*).

L'abrogation de ce dernier principe, déjà annoncée par l'article 711, est ici formellement et textuellement prononcée. C'est une raison de plus pour mettre la chose aux risques du créancier, puisqu'il en est devenu propriétaire. Et cependant le débiteur, devant répondre de sa faute, et même du cas fortuit auquel elle a donné lieu (art. 1147), répond par la même raison de la perte arrivée pendant sa demeure. V. art. 1138; v. aussi art. 1302.

55 *bis*. I. L'article 1138 traite simultanément deux questions qu'il faut nécessairement séparer pour les étudier : 1° A quel moment la propriété de la chose promise est-elle transférée au

stipulant? 2° A quel moment cette chose est-elle aux risques du créancier?

Avant d'examiner ces deux questions il est important de remarquer que, d'après les termes comme d'après le but de l'article 1138, il ne peut être question ici que des effets d'une convention ayant pour objet un corps certain. D'abord le texte parle de *la chose*, puis les solutions de l'article supposent nécessairement qu'il s'agit d'un corps certain, car il serait impossible de concevoir que le créancier pût devenir propriétaire d'une chose qui ne serait pas individuellement déterminée, pas plus qu'il ne pourrait courir le risque de la perte, quand l'objet de sa créance est un être quelconque à prendre dans un genre qui lui-même est impérissable.

55 *bis*. II. *Acquisition de la propriété*. — Le créancier d'un corps certain devient immédiatement, par le seul effet de la convention, propriétaire de la chose promise. Tel est, de l'avis de tous, la décision de l'article 1138 sur la principale question traitée par cet article, décision importante et surtout nouvelle, dérogation aux principes du Droit romain, encore en vigueur dans le Droit français ancien.

On sait en effet qu'en Droit romain les contrats n'ont jamais transmis la propriété, qu'ils créaient seulement des obligations, et qu'il fallait la tradition, la mancipation ou la *cessio in jure*, pour opérer la mutation de propriété. (*D. fr.* 3 *pri. de obligat. et act. Cod. const.* 20 *de pactis*).

Dans l'ancienne France, nous retrouvons la même règle; il n'est plus, bien entendu, question de mancipation ou de *cessio in jure*, mais la chose continue d'appartenir au débiteur jusqu'à la tradition, qui seule peut rendre le créancier propriétaire (1).

55 *bis*. III. Ces théories anciennes sont abandonnées par l'article 1138, tout le monde en convient; cependant il n'est pas facile de découvrir cette décision dans les expressions obscures de l'article, parce que les rédacteurs du Code n'ont pas formulé nettement leur innovation, qu'ils l'ont introduite pour ainsi dire timidement en la dissimulant autant qu'il leur a été possible. Voici en effet comment et par quels détours ils sont arrivés au but que nous avons tout d'abord signalé. Ils venaient de dire (art. 1136) : l'obligation de donner emporte celle de livrer; et sui-

(1) V. Pothier, nos 151, 152.

vant toujours la même idée, ils ajoutent (art. 1138) : l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement, c'est-à-dire cette obligation de livrer, qui découle de celle de donner, est accomplie, consommée, exécutée, par le seul consentement : le mot *parfaite, perfecta,* qui signifie souvent *née, formée,* pouvant aussi bien s'entendre dans le sens d'*accomplie*. Puis l'article continue : cette obligation exécutée rend le créancier propriétaire, c'est-à-dire cette exécution fictive, cette tradition supposée transfère la propriété.

Ainsi entendu, l'article 1138 ne semble pas bouleverser radicalement les principes anciens sur la tradition; au lieu de la déclarer désormais inutile, il la proclame opérée de plein droit, et il ne fait au reste que consacrer et convertir en règle un usage dont nous trouvons les traces jusque dans Pothier (1). Il arrivait, en effet, autrefois que le vendeur déclarait par contrat se dessaisir de la possession au profit de l'acheteur, l'investir de sa possession, et cette simple déclaration, appelée clause de *saisine* et de *dessaisine,* était acceptée comme équivalant à une tradition réelle; elle transférait la propriété. C'est cette clause usuelle que les rédacteurs de notre Code ont sous-entendue dans tous les contrats, et qui rend inutile toute tradition, ou, pour parler comme l'article 938 qui contient un vestige de cette théorie, toute *autre* tradition.

Il résulte de cette explication que la première phrase de l'article n'a pas trait à la naissance de l'obligation de donner, qu'elle ne répète pas une vérité inutile et incomplétement exprimée : inutile, puisque la formation de l'obligation par le consentement est déjà consacrée par les articles 1101 et 1134 : mal exprimée, puisque l'obligation de donner n'est pas la seule qui résulte de la simple convention. L'article en outre ne peut être accusé d'employer à tort le mot *livrer* au lieu du mot *donner,* puisque c'est bien de l'obligation de livrer qu'il est ici question, et que c'est elle qui est censée accomplie par le consentement (2).

(1) V. Pothier, *Vente,* n° 313.

(2) Nous avons respecté le texte du programme tel que l'a imprimé M. Demante, bien que le commencement du § 55 considère l'article comme régissant la naissance de l'obligation. Mais M. Demante lui-même avait adopté l'explication que nous venons de donner, et nous l'avons entendue à son cours.

55 *bis*. IV. Des parties de l'article 1138 qui concernent la translation de propriété il reste à expliquer un seul membre de phrase, celui qui détermine le moment où la propriété est transférée par ces mots *dès l'instant où la chose a dû être livrée*. Pris dans son sens le plus naturel, il signifierait que la propriété est transférée immédiatement dans le cas d'une obligation sans terme, tandis qu'elle continue d'appartenir au débiteur à terme jusqu'à l'échéance. Mais cette traduction est inacceptable, car elle serait contraire au principe sur la nature du terme qui suspend l'exécution sans suspendre l'engagement (art. 1185) et qui, par conséquent, ne peut pas plus faire obstacle à la naissance du droit de propriété qu'à la naissance du droit de créance. Elle contredirait l'article 1583, qui admet l'acquisition par l'acheteur avant la livraison. Enfin elle mettrait l'article 1138 en opposition flagrante sur la question des risques avec la doctrine ancienne et la doctrine moderne manifestée dans l'article 1302. En effet, les mots dès l'instant où la chose a dû être livrée régissent dans l'article 1138, non-seulement la partie qui concerne la mutation de propriété, mais celle qui met la chose aux risques du créancier, s'ils signifient, après l'échéance du terme, il faut en conclure qu'avant le terme le risque est pour le débiteur, et cette conclusion est directement contraire à l'article 1302.

Ces expressions ont donc une autre signification; on peut les remplacer par celles-ci : *dès l'instant où la livraison a été due*, c'est-à-dire du moment de la convention, car le terme qui suspend l'exécution n'empêche pas la dette d'exister depuis la convention. On a contesté, il est vrai, cette interprétation, on l'a accusée de ne pas embrasser le cas où par une convention spéciale les parties auraient entendu reculer non-seulement la tradition matérielle, mais la translation de propriété; et s'éloignant encore plus du sens naturel du texte, on lit *dès l'instant où la livraison est censée faite*, pour comprendre le cas même où la tradition fictive translative de propriété est reculée par la volonté des parties. Le grand vice de cette traduction, outre qu'elle ajoute singulièrement au texte, c'est qu'elle exprimerait en termes bien obscurs une idée fort contestable par rapport à la question des risques dans le cas précisément qu'elle veut embrasser. Car rien ne prouve que dans la pensée de la loi le terme qui suspend la

mutation de propriété suspende aussi l'obligation imposée au créancier de courir le risque de la chose, et que cette convention porte atteinte à la règle qui libère le débiteur quand la chose a péri par cas fortuit (art. 1302). Enfin, quant à notre manière de comprendre les expressions en question, on ne peut pas lui faire un reproche sérieux de laisser de côté un cas très-rare, une convention exceptionnelle, puisque presque toutes les règles du titre des obligations contiennent ce sous-entendu : sauf convention contraire.

56. Les principes qui viennent d'être exposés, sur la translation de propriété par suite de l'obligation de donner, sont diversement appliqués, suivant que cette obligation a pour objet des immeubles ou des meubles. Nous ne doutons pas que, sous l'empire du Code Napoléon, leur application ne fût pleine et entière pour les immeubles, et conséquemment, qu'entre deux acquéreurs du même bien, la préférence n'appartînt nécessairement au plus ancien, sans distinguer même s'il avait fait ou non transcrire son contrat. C'est un point, cependant, que le législateur ne voulait pas encore décider ici. V. art. 1140; v., à ce sujet, art. 1583, 2182; v. pourtant art. 941 et loi du 23 mars 1855.

56 *bis*. I. La règle que la convention transfère la propriété, acceptée sans difficulté comme régissant les rapports entre les deux contractants, n'a pas été admise sans hésitation par le Code Napoléon, par rapport à ceux qui avaient contracté avec l'aliénateur, elle n'est plus entièrement vraie aujourd'hui en ce qui concerne les immeubles; il est donc nécessaire d'examiner les différentes phases de la législation sur ce point. Parlons d'abord des immeubles, puis des meubles.

Immeubles. — Nous avons dit que dans l'ancien Droit la tradition réelle ou feinte transférait la propriété, c'était du moins le droit commun, mais dans quelques rares coutumes du Nord, la tradition ne suffisait pas pour les immeubles et l'on exigeait un investissement par écrit, c'est-à-dire une insertion sur des registres de l'acte d'aliénation. Ces coutumes portaient le nom de coutumes de *nantissement* ou coutumes de *vest* et de *devest*.

Ce système, dont le résultat était de donner sécurité aux tiers

par la publicité des mutations de propriété, fut accepté comme droit commun de la France par la loi du 11 brumaire an VII sur les hypothèques. L'art. 26 de cette loi imposait à l'acquéreur d'immeubles l'obligation de faire transcrire son titre d'acquisition, et jusqu'à l'accomplissement de cette formalité déclarait l'acte non opposable aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la loi.

56 *bis*. II. Il s'agissait lors de la rédaction du Code Napoléon, d'adopter ou de rejeter le principe de publicité introduit par la loi de brumaire, et c'est sous ce rapport, c'est-à-dire quant aux relations du stipulant et d'autres acquéreurs du même bien, qu'il restait à régler les effets de l'obligation de donner un immeuble. Ce qui explique comment l'art. 1140 a pu revenir sur un sujet qui semblait complétement traité par l'art. 1138.

Les adversaires du principe de publicité étaient nombreux, influents et convaincus; ils réussirent à faire ajourner la question que devait trancher l'article 1140. Cet article, au lieu de contenir une décision, n'est plus qu'un simple renvoi à des titres subséquents, et comme un engagement de donner plus tard une solution. Cet engagement ne fut pas tenu : au titre de la vente, nouvel ajournement de la difficulté, l'art. 1583 dit bien que le contrat transfère la propriété, mais comme il ajoute : *à l'égard du vendeur,* la question n'a pas fait un pas, puisque c'est par rapport aux tiers que la publicité peut avoir quelque intérêt. Dans le titre des hypothèques, on chercherait en vain la décision annoncée; le projet l'avait donnée : un article (n° 91), consacrait le principe de la transcription, mais il a disparu dans la dernière rédaction, après un renvoi à la section de législation, et en résultat définitif, le Code Napoléon ne contient ni la consécration formelle, ni l'abrogation expresse de l'art. 26 de la loi de brumaire. Ce silence de la loi, que quelques-uns interprétaient comme une adhésion tacite à la législation précédemment en vigueur, avait donné lieu à des hésitations, bien que l'article dernier de la loi du 30 ventôse an XII ne permît guère de ressusciter une disposition faisant partie d'une loi, nécessairement abrogée par la promulgation du titre des hypothèques.

56 *bis*. III. Mais postérieurement au Code Napoléon, le légis-

lateur lui-même avait condamné l'opinion qui continuait à considérer la transcription comme nécessaire à la transmission absolue de la propriété. L'art. 834 du Code de procédure distinguait dans son texte l'acte d'aliénation et la transcription de cet acte, d'où on devait conclure que ce n'était pas la transcription qui opérait l'aliénation. De plus, le même article 834, tout en permettant aux créanciers hypothécaires de l'aliénateur de s'inscrire jusqu'à la transcription, et même dans la quinzaine suivante, réservait ce droit aux créanciers ayant hypothèque antérieurement à l'aliénation. Ce qui supposait nécessairement que l'aliénateur avait cessé d'être propriétaire depuis qu'il avait consenti à l'aliénation, puisque depuis ce moment et avant même la transcription, il ne pouvait plus conférer de droits opposables à son acquéreur.

56 *bis*. IV. Le Code Napoléon et le Code de procédure ne sont plus aujourd'hui la législation en vigueur sur le point qui nous occupe. Les idées qui avaient produit la législation de brumaire avaient repris grande faveur depuis la promulgation du Code de procédure. La publicité des mutations entre vifs de propriété était regrettée et désirée presque généralement comme une garantie contre la fraude, comme une sécurité pour le crédit immobilier. La loi du 23 mars 1855 a organisé un système de publicité, qui se rapproche de celui de brumaire, sans cependant qu'il y ait identité parfaite entre les deux législations.

D'après la loi de 1855, la formalité de la transcription doit être remplie, non-seulement pour les actes entre vifs translatifs de propriétés immobilières ou de droits susceptibles d'hypothèques, mais encore pour un certain nombre d'autres actes énumérés par les articles 1 et 2.

La sanction de cette disposition se trouve dans l'art. 3 : il déclare les articles non transcrits non opposables aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois.

56 *bis*. V. Il résulte de cette disposition qu'aujourd'hui l'article 1138 reste vrai dans les rapports du créancier et du promettant, mais que, dans les rapports du créancier et des tiers, il serait singulièrement imprudent d'accepter pour vraie l'ancienne règle que la propriété s'acquiert par la convention.

Il faut cependant distinguer : tous les tiers ne sont pas dans la même position ; il en est encore quelques-uns auxquels peut être opposé le titre non transcrit, ce sont en première ligne les créanciers chirographaires de l'aliénateur, qui ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur, puis ceux qui n'ont aucun droit sur la chose, comme des usurpateurs ou même des possesseurs en vertu d'un titre émané *a non domino,* et enfin ceux qui sont ayant-cause du même aliénateur, mais qui n'ont pas fait transcrire leur titre.

Quant à ceux qui ont des droits et qui les ont conservés régulièrement, la propriété n'est plus acquise par la simple convention; elle ne date que de la transcription. Ainsi, entre deux ayant-cause du même auteur, la propriété ne dépendra plus de la date des contrats, mais de la date des transcriptions.

56 *bis.* VI. Il faut même remarquer, quand on compare dans leurs textes les lois de l'an VII et de 1855, que la première réservait aux ayant-cause du même aliénateur le droit d'opposer le défaut de transcription, et que la loi actuelle est beaucoup plus générale; de sorte qu'un tiers quelconque ayant des droits sur l'immeuble peut se prévaloir du défaut de transcription d'un titre d'acquisition. Ordinairement, il est vrai, c'est entre les ayant-cause d'une même personne que les conflits sont possibles, cependant on peut supposer la lutte entre deux prétendus propriétaires, ayant-cause tous deux de deux auteurs différents. Ainsi, il peut arriver qu'un possesseur en vertu d'un titre émané *a non domino,* invoque la prescription de 10 ou 20 ans contre le véritable propriétaire. Si le titre n'avait pas été transcrit, celui-ci pourrait faire considérer ce titre comme non avenu, et, par conséquent, changer les conditions de la prescription, qui ne pourrait plus être acquise que par la possession de 30 ans.

57. Quant aux meubles, quoique la propriété s'en transmette également par l'effet immédiat de l'obligation, on n'a pas dû, néanmoins, accorder au premier acquéreur le droit de les revendiquer contre un second acquéreur de bonne foi, mis le premier en possession : car, en fait de meubles, possession vaut titre, et la revendication n'est admise contre un tiers,

supposé de bonne foi, que pour les choses perdues ou volées (art. 2279). V. art. 1141.

57 *bis*. I. L'ancien droit exigeait la tradition pour les *meubles* comme pour les immeubles, et bien que l'art. 1138 soit applicable aux biens de toute nature, cependant, l'art. 1141 peut faire croire, qu'au moins à l'égard des tiers, la convention est impuissante à investir le créancier, et que la tradition est encore indispensable. Nous allons voir qu'il n'en est rien; mais, pour comprendre et l'objection et sa réfutation, il faut bien saisir l'espèce que suppose l'article. Le propriétaire d'un meuble, corps certain, l'a promis à Pierre, mais ne lui a pas fait la livraison, puis il a promis de nouveau la même chose à Paul, et lui a fait la tradition que celui-ci a reçue de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de la convention faite avec Pierre. Si le premier créancier, Pierre, veut s'armer de l'article 1138 pour revendiquer le meuble entre les mains de Paul, celui-ci, d'après l'art. 1141, doit triompher et être maintenu en possession de la chose.

57 *bis*. II. Quand on cherche le motif de cette décision, il semble qu'elle se fonde sur les idées anciennes relatives à la tradition, et qu'elle en est l'application dans le droit actuel. De deux acheteurs successifs, préférer le second en date parce qu'il est en possession, n'est-ce pas reconnaître que la tradition seule transfère la propriété, et que la convention ne suffit pas pour opérer la mutation, au moins à l'égard des tiers?

On a soutenu que tel est en effet le système du Code, et cependant l'article lui-même fournit une objection grave contre cette manière de voir. Le second acheteur n'est préféré au premier qu'autant qu'il est de bonne foi. Or, dans un système qui, reproduisant les idées romaines, subordonnerait l'acquisition à la tradition, peu importerait la bonne ou la mauvaise foi de celui qui aurait reçu la tradition, comme en matière d'immeubles peu importe qu'un second acheteur, qui oppose au premier le défaut de transcription, ait connu ou non le contrat fait avec celui-ci. Cette objection, bien puissante cependant, n'a pas suffi, et on a essayé de la réfuter en présentant la restriction contenue dans l'art. 1141, non comme une condamnation de la théorie qui exige la tradition, mais comme une application de la règle sur la révocation des actes faits en fraude des créanciers (art. 1167). La seconde

promesse est, dit-on, frauduleuse par rapport au premier créancier; il doit donc avoir l'action révocatoire contre le second, pourvu que celui-ci soit *conscius fraudis,* dès lors celui-ci ne peut valablement argumenter contre lui du droit de propriété qui dériverait d'une livraison frauduleuse (1).

Pour détruire cette prétendue réfutation de l'objection que nous avons présentée, et rendre à cette objection toute sa puissance, il suffit de rechercher par anticipation quelles sont les conditions de l'acte révocatoire; on trouvera qu'elles ne se rencontrent pas dans notre espèce. D'abord, il faut que le débiteur accusé de fraude soit insolvable, Pothier insiste sur ce point dans le n° 153, et notre article ne subordonne pas sa décision à cette condition; secondement, il faut que l'aliénateur ait su qu'il nuisait à ses créanciers, et on peut supposer des hypothèses régies sans aucun doute par l'art. 1141, et dans lesquelles cependant le second contrat émanera de personnes qui ignoraient l'existence du premier. Ainsi, des héritiers auront vendu et livré un meuble déjà vendu mais non livré par leur auteur; ils peuvent avoir ignoré la première convention, par conséquent aucune action, fondée sur la fraude, ne pourrait être intentée pour attaquer l'acte qu'ils ont fait, et néanmoins le second acheteur serait protégé par l'art. 1141. Il faut donc le reconnaître, les derniers mots de l'art. 1141 démontrent que cet article ne reproduit pas l'ancienne théorie sur la tradition, mais qu'il est la conséquence d'un autre principe qu'il nous faut maintenant rechercher.

57 *bis.* III. C'est la règle de l'art. 2279 qui est appliquée par l'art. 1141.

En fait de meubles, la possession vaut titre, ce qui veut dire que le possesseur de bonne foi d'un meuble en devient propriétaire par la seule possession. Or, l'application de ce principe peut parfaitement se concilier avec la disposition de l'art 1138. Car la reconnaissance de la propriété en la personne du second acheteur, possesseur de bonne foi, n'implique pas la négation de l'acquisition faite par le premier acheteur au moment du contrat. Cette acquisition a eu lieu, l'acheteur est devenu propriétaire, mais il a cessé de l'être quand le second acheteur a acqui-

(1) V. Pothier, n° 153.

en vertu de l'art. 2279. Le premier acheteur qui a laissé la possession entre les mains du vendeur, et qui est dépouillé au profit du second acheteur protégé par la maxime *en fait de meubles possession vaut titre*, est dans la position d'un propriétaire qui aurait prêté ou loué un meuble et qui se verrait dépouillé de sa propriété si le locataire ou le commodataire vendait et livrait la chose à un tiers de bonne foi. Le bailleur ou le prêteur était propriétaire, personne ne peut en douter, et cependant la possession de bonne foi de l'acheteur le prive de sa propriété; il n'y a donc rien dans l'article 1141 qui suppose nécessairement que le premier acheteur n'était pas propriétaire. On comprend parfaitement, au contraire, qu'il ait été propriétaire mais qu'il ait cessé de l'être.

57 *bis*. IV. La recherche que nous venons de faire sur le véritable caractère de l'art. 1141 n'est pas dénuée d'intérêt, comme on pourrait le croire, en présence d'un texte qui statue très-clairement sur l'espèce posée. En effet, il importe à l'acheteur qui n'a pas reçu la livraison d'être reconnu propriétaire par l'effet de la convention. Tous les possesseurs ne sont pas protégés par la règle *en fait de meubles possession vaut titre*, et contre ceux qui ne peuvent pas invoquer cette règle le droit de propriété de l'acheteur ne sera pas un vain mot. Ainsi il revendiquera utilement le meuble acheté: 1° contre un possesseur de mauvaise foi; 2° contre tout possesseur, même de bonne foi, si la chose est sortie des mains du vendeur par perte ou par vol. (V. art. 2279, 2280.) Enfin, il sera préféré aux créanciers chirographaires du vendeur qui n'auront pas pu, depuis le contrat de vente, frapper valablement de saisie un meuble qui a cessé d'appartenir à leur débiteur.

Cette dernière conséquence de l'article 1138 n'est pas acceptée par tous sans difficulté, cependant, si on n'admet pas que la propriété reste sur la tête du vendeur jusqu'à la tradition, il est impossible d'attribuer à des créanciers chirographaires un droit de suite sur des biens qui ont cessé d'appartenir à leur débiteur. Ils n'ont pas personnellement une possession valant titre, car ils n'ont sur les biens de leur débiteur qu'un droit de gage imparfait, c'est-à-dire sans possession. Ils ne peuvent prétendre qu'à l'exercice des droits de leur débiteur, et celui-ci, sans contredit,

ne peut contester la propriété de son acheteur. Enfin, si on peut craindre que cette décision n'engendre quelques fraudes, que des débiteurs n'essaient de soustraire leur actif à des créanciers saisissants, en produisant des actes d'aliénation antérieurs aux saisies, il faut remarquer qu'il n'est pas de règle de droit dont la fraude ne puisse abuser, et que, dans l'hypothèse, la garantie des créanciers consiste d'abord dans la nécessité de produire des actes ayant date certaine, et surtout dans l'appréciation souveraine des tribunaux (1).

58. A l'occasion de la mise aux risques du débiteur par l'effet de la demeure encourue, la loi consacre ici sur la manière de l'encourir un tempérament d'équité introduit par notre ancienne jurisprudence : même après l'exigibilité de la dette, la faveur du débiteur fait présumer que le créancier, qui a les moyens d'exiger son paiement, et qui n'en use pas, ne veut pas encore être payé, tant qu'il n'a pas démenti cette présomption par une interpellation, qui, du reste, peut n'être qu'extra-judiciaire, c'est ordinairement une sommation. Quoi qu'il en soit, la présomption ne peut exister lorsqu'elle est démentie à l'avance par la convention des parties. Ainsi la demeure peut encore s'encourir de plein droit, mais il faut pour cela une clause expresse. V. art. 1139; v. aussi art. 1146.

58 *bis*. I. Nous avons réservé *la question des risques* et l'explication de la partie de l'art. 1138 qui régit ce point important. Il est temps d'y revenir. L'art. 1138 déclare que le risque est à la charge du créancier. Le sens et le motif de cette décision sont des plus simples quand le contrat qui a produit l'obligation était unilatéral. Le créancier supporte le risque en ce sens que ses droits s'éteignent et que le débiteur est libéré. Telle est la conséquence nécessaire de l'impossibilité dans laquelle le débiteur se trouve désormais placé, d'exécuter son obligation; nul ne peut être tenu à l'impossible, le débiteur ne peut donc être contraint à livrer une chose qui n'existe pas, et il serait injuste de lui imposer l'obligation de fournir un équivalent, des dommages-intérêts, quand le fait qui a détruit l'objet dû ne lui est pas imputable.

(1) V. C. I. Dijon, 27 juin 1864. Dev. 1864-2-183.

58 *bis*. II. Dans le cas où le contrat est synallagmatique, la décision qui met les risques à la charge du créancier a une portée plus grande, elle fait autre chose que constater la libération du débiteur de la chose qui a péri, elle statue en même temps sur le sort de l'obligation corrélative; et prononce que cette obligation survit à celle qui lui a servi de cause. Ainsi le créancier de la chose qui n'existe plus, débiteur de la chose qui n'a pas péri, perd son droit de créance et reste débiteur : l'acheteur d'une chose détruite par cas fortuit depuis la vente ne peut obtenir ni la chose ni son équivalent, tandis qu'il continue à être débiteur du prix envers le vendeur. Voilà quelle est la signification de cette formule : la chose est aux risques du créancier.

58 *bis*. III. Il faut maintenant rechercher quels sont ses motifs. Cette règle n'est pas nouvelle, elle remonte au droit romain (v. *Instit*. L. III, T. XXIII, § 3), et elle paraît fondée dans le droit romain sur la corrélation qui doit naturellement exister entre les bonnes et les mauvaises chances : comme le créancier profite des événements qui peuvent augmenter la valeur de la chose due, il a paru raisonnable qu'il souffrît des événements malheureux qui diminuent cette valeur. C'est cette considération qui a fait passer la règle romaine dans l'ancien droit français, et qui suffit encore pour la justifier dans le Code Napoléon. Aujourd'hui surtout que la valeur vénale des choses mobilières et immobilières est sujette à de fréquentes variations, par l'effet des événements politiques, administratifs et économiques, et aussi par les variations capricieuses de la mode, la solution ancienne paraît d'autant plus raisonnable qu'il serait difficile de justifier une différence dans les résultats entre la plus ou la moins value, résultant uniquement des variations de l'offre et de la demande, sans détérioration physique de la chose, et la plus ou la moins value dérivant d'un accident matériel survenu à la chose; et s'il est impossible que le créancier ne coure pas les chances de la hausse et de la baisse qui peuvent affecter la valeur de la chose due, pourrait-on trouver de bonnes raisons pour le désintéresser des chances bonnes ou mauvaises de détérioration ou d'amélioration physique?

58 *bis*. IV. On cherche cependant à rattacher la décision de l'art. 1138 sur les risques, à celle qu'il a donnée sur la translation de propriété, et on dit que le créancier court le risque de

la chose parce qu'il en est devenu propriétaire. Cette manière de voir est contraire aux antécédents historiques de la question, puisque nous avons trouvé déjà dans le droit romain la règle que la chose est aux risques de l'acheteur à partir du contrat, c'est-à-dire même avant la tradition, quand nous savons que dans ce droit le vendeur restait propriétaire tant que la chose n'était pas livrée. Dans l'ancien droit français les principes n'avaient changé ni quant à l'acquisition de la propriété, ni quant aux risques. Il faudrait donc que le Code Napoléon eût établi un lien entre deux questions jusque-là étrangères l'une à l'autre. Il est vrai que la rédaction de l'article 1138, qui contient une double décision dans une phrase unique, semble établir une certaine affinité entre les deux solutions qu'il renferme ; mais n'est-ce pas attacher trop d'importance à une rédaction déjà bien obscure que d'y trouver un changement dans les bases d'une théorie si anciennement acceptée ? On exagère la portée de l'article qui se contente de signaler la simultanéité de deux effets de la convention, quand de cette simultanéité on conclut qu'ils sont nécessairement dépendants l'un de l'autre. La loi, qui se préoccupe toujours des événements ordinaires plutôt que des faits exceptionnels, constate que maintenant, grâce à l'innovation introduite relativement à la translation de propriété, c'est au même moment que le créancier devient propriétaire et qu'il est soumis au risque de la chose, mais rien ne prouve qu'on ait entendu dire : il court le risque parce qu'il est propriétaire, puisque depuis le droit romain jusqu'au Code Napoléon, il supportait les risques d'une chose qui ne lui appartenait pas encore.

58 *bis*. V. La question que nous venons d'agiter sur le fondement de la règle qui met la chose aux risques du créancier, est dénuée d'intérêt pratique, quand on se place comme la loi dans l'hypothèse ordinaire, c'est-à-dire quand aucune convention particulière n'a reculé le moment de la translation de propriété. La décision de la loi n'est pas douteuse quels qu'en aient été les motifs. L'intérêt, au contraire, se montre quand on suppose une convention, rare il est vrai, mais que rien n'interdit cependant, et par laquelle la translation de propriété serait reculée jusqu'à une époque déterminée, par exemple jusqu'à la livraison. On s'aperçoit alors que si les rédacteurs du Code ont opéré le changement dont

on parle, s'ils considèrent le créancier comme courant le risque à raison de son droit de propriété, on doit dire dans cette nouvelle hypothèse que la chose reste aux risques du débiteur, tandis qu'en admettant que le Code a conservé l'ancien système sur les risques, le créancier doit toujours souffrir des cas fortuits. C'est, à notre sens, l'opinion qu'il faut adopter, sans s'étonner que les rédacteurs de l'art. 1138 n'aient pas réservé ce cas, parce qu'il suppose une convention que l'analyse théorique doit bien prévoir, mais dont la pratique ne fournirait certainement que bien peu d'exemples.

58 *bis*. VI. L'article 1138 contient une restriction à la règle qu'il pose sur les risques. Si le débiteur est en demeure (*in mora*, en retard), de livrer la chose, la responsabilité du cas fortuit pèse sur lui ; idée qui doit être complétée par cette autre restriction puisée dans l'art. 1302 : alors même que le débiteur est en demeure, il échappe à la responsabilité s'il démontre que la chose eût dû périr également chez le créancier.

Cette exception et cette sous-exception à la règle de l'art. 1138 se rattachent directement au principe qui soustrait ordinairement le débiteur au risque de la chose. En effet, pour que le débiteur puisse, sans injustice, être libéré par la destruction de la chose, il faut au moins qu'il ne soit ni directement, ni indirectement l'auteur de cette destruction. Or, si la chose a péri chez le débiteur pendant sa demeure, par un événement de force majeure qui ne l'aurait pas frappée chez le créancier, c'est le retard du débiteur qui a exposé la chose à cet accident, et il est juste que le débiteur subisse les conséquences de sa faute. Si au contraire l'accident eût dû frapper la chose chez le créancier comme chez le débiteur, s'il s'agit, par exemple, d'une maladie qui s'est spontanément manifestée, la demeure n'a aucune influence sur la perte de la chose et la responsabilité du débiteur n'a plus sa raison d'être.

58 *bis*. VII. L'importance de la demeure, au point de vue des risques de la chose, a conduit le législateur à faire, dans l'art. 1139, une digression sur les événements qui constituent un débiteur en demeure. Le paragraphe 58 expose suffisamment quelle est la règle de la loi, et quels sont ses motifs; nous n'ajouterons qu'une chose: l'acte d'où résulte la mise en demeure est, d'après

l'article, la sommation ou un autre acte équivalent, et il faut entendre par ces derniers mots soit une citation en justice, soit un commandement, acte d'huissier comme la sommation, mais acte qui menace plus énergiquement le débiteur, parce qu'il est fait en vertu d'un titre exécutoire et qu'il est le préliminaire indispensable de la saisie et de la vente forcée de ses biens.

SECTION III.

De l'obligation de faire ou de ne pas faire.

59. La nature des choses, ou, dans tous les cas, le respect dû à la liberté de l'homme, ne permet pas de contraindre précisément une personne à faire ce qu'elle a promis, ou à s'abstenir du fait qu'elle s'était interdit. De là le principe général, que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts. V. art. 1142.

60. Mais, quoiqu'il soit toujours loisible au créancier de s'en tenir, en pareil cas, à une condamnation pécuniaire, on conçoit qu'il peut, sans attenter à la liberté de son débiteur, obtenir de la justice la destruction de ce qui a été fait en contravention de l'engagement, se faire même autoriser à le détruire lui-même aux dépens du débiteur; comme aussi, il peut être autorisé à faire ou faire faire par un autre, également aux dépens du débiteur, ce que celui-ci a manqué d'exécuter. Le tout, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu (v. art. 1143-1144); et remarquez que, soumise à ces modifications, la règle qui résout en dommages-intérêts toute obligation de faire, ne paraît plus constituer une différence essentielle entre ces obligations et celles de donner.

60 *bis*. I. Les articles 1142, 1143 et 1144 ne doivent pas être séparés l'un de l'autre parce que ceux-ci corrigent ce que celui-là peut avoir de trop général et de trop absolu. S'il est vrai de dire que le plus ordinairement le débiteur d'une obligation de faire ne peut être condamné qu'à des dommages-intérêts, c'est là plutôt la constatation d'un fait que l'énoncé d'une règle de droit.

L'art. 1144 le démontre suffisamment. Dire en effet que le créancier peut aussi être autorisé à faire exécuter l'ouvrage par un tiers, c'est reconnaître que le créancier peut obtenir l'exécution effective de l'obligation, et, ce qui est plus grave et plus rare, que le débiteur ne peut pas toujours échapper à prix d'argent aux conséquences de son engagement. Cela va s'éclaircir par des exemples : Un maçon a promis de construire un bâtiment dans un jardin appartenant à celui qui lui fait faire cette promesse; si au refus du maçon le créancier fait faire l'ouvrage par d'autres ouvriers aux frais du débiteur, il obtient l'exécution réelle de l'obligation, car, à son point de vue, peu importe quel est l'ouvrier qui accomplit l'ouvrage, pourvu que l'ouvrage soit fait. Cependant, dans cette hypothèse, on peut encore prétendre qu'on n'est pas sorti des termes de l'art. 1142, car, au regard du débiteur, la question est restée une simple question d'argent, il n'a pas exécuté le fait qu'il refusait d'exécuter, on a simplement substitué un moyen d'estimer les dommages-intérêts à celui qui consiste dans l'appréciation arbitraire du juge.

Dans d'autres cas, au contraire, l'exécution forcée, telle qu'elle est autorisée par l'art. 1143, aura, à l'égard du débiteur lui-même, des conséquences qui ne sont pas purement pécuniaires, et pour lui comme pour le créancier il sera vrai que l'obligation aura été réellement exécutée. Supposez qu'un propriétaire a promis à son voisin d'abattre des arbres qu'il a sur son propre terrain et qui font obstacle à la vue de ce voisin. Si, se repentant de cette promesse et disposé à faire de grands sacrifices d'argent pour conserver ses arbres, le débiteur refuse d'exécuter son obligation, le créancier pourra ne pas se contenter des dommages-intérêts, il obtiendra l'autorisation d'entrer sur le fonds de son débiteur et de faire abattre les arbres. Dans ce cas, on le voit, et dans tous ceux où le débiteur aura promis de faire un certain travail sur son fonds, l'exécution forcée par le ministère d'un tiers n'est pas un simple mode d'arriver à la détermination des dommages-intérêts, c'est une exécution en nature de l'obligation.

60 *bis*. II. Il faut faire les mêmes remarques sur l'obligation de ne pas faire : quand l'accomplissement du fait dont le débiteur a promis de s'abstenir a produit sur le fonds du débiteur des

résultats matériels susceptibles de destruction, le créancier qui se fait autoriser à détruire l'œuvre du débiteur obtient l'accomplissement réel et effectif de l'obligation; tandis que s'il s'agit d'un fait dont les résultats ne sont pas destructibles, soit à raison d'une impossibilité physique, comme lorsqu'un chanteur a chanté sur un théâtre où il s'était interdit de paraître, soit à raison d'une impossibilité juridique, comme si le travail a été exécuté sur la chose d'un tiers, la question se réduit à une question de dommages-intérêts.

60 *bis*. III. On le voit, la formule de l'article 1142 est trop générale, ce n'est pas toute obligation de faire ou de ne pas faire qui se résout nécessairement en dommages-intérêts, c'est celle dont l'exécution effective est impossible par voie de contrainte, parce que cette exécution forcée ne pourrait être obtenue sans porter atteinte à la liberté individuelle du débiteur, sans exercer une pression matérielle sur sa personne. Ainsi un artiste a promis à un directeur de théâtre de chanter sur son théâtre ou au contraire de ne pas paraître sur une scène rivale; s'il refuse de tenir ses engagements, le créancier ne saurait obtenir l'exécution effective sans être autorisé à exercer sur la personne de son débiteur des violences physiques, une sorte de contrainte par corps, soit pour l'amener de force sur son théâtre, soit pour l'écarter du théâtre qui lui fait concurrence. Ces violences, cette contrainte physique, dont les résultats ne pourraient être que fort imparfaits, sont contraires à l'esprit et au texte de notre législation, et c'est dans ces cas-là que l'obligation se résout nécessairement en dommages-intérêts.

60 *bis*. IV. Il faut tirer une conséquence importante du correctif que l'article 1143 apporte à l'article 1142 : c'est que dans certains cas l'obligation de faire a le caractère immobilier. Si elle se résolvait toujours en dommages-intérêts, elle aurait toujours pour objet des sommes d'argent et serait un meuble; mais comme l'obligation de construire une maison sur le terrain du créancier doit procurer dans tous les cas à ce créancier un immeuble, soit que le débiteur fasse lui-même l'ouvrage, soit que le créancier le fasse exécuter par un tiers, il faut ne pas s'arrêter à la formule trop générale de l'article 1142, et reconnaître que cette créance est un droit immobilier.

61. Celui qui s'est obligé à donner ou à faire, et qui n'exécute point, ne contrevient réellement à son obligation, que lorsqu'il est mis en demeure. Aussi n'est-ce que de ce moment qu'il doit, en général, les dommages-intérêts (v. art. 1139, 1146). Mais la contravention de celui qui s'est obligé à ne pas faire existant matériellement dès l'instant qu'il a fait ce qui lui était défendu, il est évident qu'il doit les dommages-intérêts, par ce seul fait, et sans sommation. V. art. 1145.

SECTION IV.

Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.

62. Les conventions tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites, celui qui manque à les exécuter ne peut rester impuni, et la peine doit naturellement consister dans l'indemnité de celui auquel l'obligation avait conféré un droit. C'est donc un principe commun à toute obligation, que son inexécution soumet le débiteur à des dommages-intérêts, c'est-à-dire, *ad id quod interest creditoris obligationem impletam esse* (v. art. 1136, 1142, 1143, 1145).

On manque à exécuter son engagement, non-seulement quand on s'en dispense entièrement, mais même lorsqu'on n'exécute pas au temps convenu. Sous ce rapport, le retard dans l'exécution peut être compris sous le nom d'*inexécution*.

On ne peut dire que le débiteur manque d'exécuter son engagement, tant qu'il n'y a pas de la part du créancier volonté d'être payé. Aussi n'est-il, en général, passible de dommages-intérêts que lorsqu'il est en demeure (v. art. 1139). Toutefois ce principe reçoit exception lorsque, l'obligation ne pouvant être utilement accomplie que dans un certain temps, le débiteur l'a laissé passer. V. art. 1146; v. pourtant art. 1145.

62 *bis*. I. On entend par dommages-intérêts l'indemnité destinée à réparer le tort que cause au créancier l'inexécution de l'obligation, c'est-à-dire, comme nous le verrons plus tard, à

représenter la perte et le manque de gain que l'inexécution de l'obligation a occasionnés.

Les dispositions de la section IV sur les dommages-intérêts sont générales; elles s'appliquent aussi bien aux obligations de donner qu'à celles de faire ou de ne pas faire, car bien qu'on ne trouve pas dans la section relative à l'obligation de donner un article analogue à l'article 1142, cependant nous avons vu en traitant de la responsabilité des débiteurs de corps certain (art. 1137), que la perte de la chose peut entraîner contre le débiteur une condamnation à des dommages-intérêts. D'un autre côté, quand l'objet dû est une quantité, il peut arriver que le créancier soit dans l'impossibilité d'obtenir l'exécution réelle de l'obligation; enfin, qu'il s'agisse d'un corps certain ou d'une quantité, le retard seul de livrer la chose peut occasionner au créancier un préjudice dont il doit être indemnisé.

62 *bis*. II. Il ne suffit pas que le débiteur n'ait point exécuté son obligation pour que des dommages-intérêts soient dus, il faut que le débiteur soit en demeure. Nous avons dit sur l'article 1139 de quel moment datait la demeure, c'est-à-dire le retard légal (*mora*). Nous savons que, hormis le cas où les parties sont convenues que l'échéance du terme suffirait, la demeure ne résulte que d'un acte signifié au débiteur et lui enjoignant d'exécuter ses engagements. En effet, tant que le créancier n'a pas ainsi énergiquement manifesté par une sorte de menace l'intention d'être payé, le débiteur peut croire que le créancier n'est pas pressé, qu'il consent tacitement au retard, et l'inaction du créancier peut être un piége tendu à la négligence ou même à la confiance du débiteur.

62 *bis*. III. Aux deux cas de mise en demeure cités par l'article 1139, l'article 1146 en ajoute un troisième : lorsque la chose ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps. — *Exemples* : Un fabricant a promis des marchandises à un débitant pour le jour d'une foire, un entrepreneur a promis de lui construire pour la même époque une boutique sur le champ de foire : ces deux débiteurs sont suffisamment prévenus par la nature de la chose ou du fait promis que l'exécution doit avoir lieu à jour fixe; ils ne peuvent supposer une tolérance de la part du créancier; ici le retard équivaut à l'inexécution. On peut dire

si l'on veut que, par une convention tacite, la demeure résulte sans acte de la seule échéance du terme.

62 *bis*. IV. Il est encore nécessaire de rappeler comme faisant exception à l'article 1146 la disposition de l'article 1145. Dans les obligations de ne pas faire, la mise en demeure est inutile, et les dommages et intérêts sont dus par cela seul que le débiteur a accompli le fait dont il avait promis de s'abstenir. Cette disposition, qui paraît exceptionnelle, est au reste parfaitement conforme à l'esprit de l'article 1146. Si la mise en demeure est exigée quand il s'agit de donner ou de faire, c'est que le débiteur peut croire quelquefois sur des apparences de raison à une tolérance de la part du débiteur, à la concession tacite d'un délai, mais quand il s'agit d'une abstention, il n'y a pas de terme moyen entre observer son engagement ou le violer; le débiteur peut-il raisonnablement prétendre qu'il a compté sur la tolérance du créancier, quand il a non plus tardé à tenir sa promesse, mais positivement contrevenu à l'engagement contracté?

63. Il n'est pas nécessaire pour que les dommages-intérêts soient encourus, que l'inexécution ou le retard provienne de la mauvaise foi du débiteur. Il les doit, par cela seul qu'il manque à son engagement sans excuse légitime. Or, il n'est excusable qu'autant que l'exécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. Il est évident, dès lors, que c'est à lui à prouver l'existence de cette cause. V. art. 1147.

64. La force majeure et le cas fortuit sont évidemment des causes étrangères, non imputables en elles-mêmes au débiteur. Par conséquent, l'inexécution qui en provient ne doit point, en principe, le soumettre aux dommages-intérêts (v. art. 1148); et n'en concluez pas que celui qui promet quelque chose au-dessus de ses forces soit par là même affranchi de son obligation. V. art. 1148.

64 *bis*. I. Pour que la force majeure et le cas fortuit ne puissent être imputés au débiteur, il est nécessaire qu'il n'ait pas par sa faute déterminé l'accident qui a rendu impossible l'exécution de l'obligation : par exemple, l'animal promis a péri par maladie, voilà le cas fortuit; mais cette maladie a été causée par une imprudence du débiteur, le cas fortuit alors est imputable au

débiteur, et celui-ci ne peut plus l'alléguer pour se soustraire à l'obligation de dommages-intérêts. Toutefois, il faut observer que la faute ne se présume pas; par conséquent, le débiteur tenu de prouver sa libération doit prouver seulement l'événement fortuit qui a détruit la chose, dans l'espèce la maladie ; cette preuve faite, ce serait au créancier qu'il appartiendrait d'établir que cet événement est imputable à la négligence du débiteur. (Voy. art. 1807 et 1808.)

64 *bis*. II. L'article 1147 suppose que l'inexécution peut être plus ou moins complète, que par conséquent on peut concevoir deux sortes de dommages et intérêts, les uns dus en cas d'inexécution véritable, les autres en cas de retard dans l'exécution; les premiers, qui sont destinés à représenter pour le créancier l'exécution de l'obligation, portent quelquefois dans la doctrine le nom de dommages-intérêts *compensatoires ;* les autres, appelés *moratoires,* sont l'indemnité du tort causé par le simple retard, et se cumulent avec l'exécution de l'obligation. Les deux classes de dommages-intérêts sont du reste soumises aux mêmes règles, si ce n'est que les dommages-intérêts ne doivent être prononcés pour inexécution que quand l'exécution n'est plus possible, parce qu'on ne doit changer la nature de l'objet dû qu'en désespoir de cause, et quand il est impossible de rester dans les termes de la convention, tandis que les dommages-intérêts moratoires sont dus dès qu'il y a eu demeure et que le retard a été préjudiciable au créancier.

65. Le principe général en matière de dommages-intérêts, c'est qu'ils consistent dans la perte éprouvée, et dans le gain dont on a été privé par suite de l'inexécution ou du retard. V. art. 1149. Mais ce principe s'applique diversement suivant les cas (art. 1150, 1151); il est sujet, d'ailleurs, à quelques exceptions ou modifications (art. 1152-1155).

65 *bis*. Nous avons déjà indiqué dans la définition des dommages-intérêts les deux éléments qui doivent entrer dans l'appréciation de l'indemnité due au créancier au cas d'inexécution ou d'exécution tardive de l'obligation. — Perte éprouvée, gain manqué, c'est-à-dire diminution du patrimoine, défaut d'accroissement du patrimoine; c'est ainsi que Paul décompose les valeurs que doivent représenter les dommages-intérêts : *Quan-*

tum mihi abest, quantumque lucrari potui (*D. fr.* 13 *ratam rem haberi*). La nuance entre la perte que peut éprouver le créancier et le bénéfice dont il peut être privé ressort clairement de l'exemple suivant : Un entrepreneur de concerts a fait des frais pour préparer et annoncer l'audition d'un artiste qui s'est engagé envers lui à chanter un certain jour. Si l'artiste ne tient pas son engagement, non-seulement il devra restituer à l'entrepreneur les dépenses faites, affiches, annonces dans les journaux, location de salle, d'instruments de musique, d'accompagnateurs, etc., toutes dépenses qui ont diminué le patrimoine du créancier (*damnum emergens*), mais encore il faudra comprendre dans l'estimation de l'indemnité le bénéfice probable que le concert aurait procuré à l'entrepreneur, c'est-à-dire le produit qu'aurait donné la location des places, frais déduits (*lucrum cessans*).

66. L'application du principe est différente, selon les diverses causes d'où procède l'inexécution. Ainsi, celui qui, sans être coupable de dol, manque seulement à accomplir son engagement, ne peut être tenu que des dommages-intérêts dont il s'est chargé en contractant; et il n'est réputé s'être chargé que de ceux qu'il a dès lors prévus ou dû prévoir. Au contraire, celui qui se rend coupable de dol, s'oblige, *velit nolit*, à la réparation de tout le tort que le dol causera. Il doit donc même les dommages-intérêts imprévus. V. art. 1150.

66 *bis*. I. Si l'estimation des dommages-intérêts doit être faite plus ou moins rigoureusement selon que le débiteur est coupable ou non de dol, c'est que le principe de l'obligation n'est pas absolument le même dans les deux cas. Quand il n'y a pas eu dol, l'obligation de réparer le dommage causé par l'inexécution a son germe dans la convention elle-même; elle résulte d'une clause tacite du contrat par laquelle le débiteur aurait promis réparation du dommage, et dès lors elle ne peut avoir pour objet que les dommages prévus, car ceux-là seuls ont pu être dans la pensée des contractants.

Quand l'inexécution provient du dol, l'obligation de réparer le dommage ne peut plus dériver d'une clause du contrat, car les parties n'ont pas pu faire une convention sur le dol futur de l'une d'elles et restreindre la responsabilité de l'auteur d'un acte

frauduleux. Dès lors il ne s'agit plus d'une interprétation de volonté, peu importe ce que les parties ont prévu ou pu prévoir au moment du contrat, et la loi applique dans toute sa rigueur le principe général qui impose à chacun l'obligation de réparer le tort causé à autrui par sa faute.

66 *bis*. II. L'application de la règle qui distingue entre les dommages prévus ou qu'on a pu prévoir et les dommages imprévus, est essentiellement dans le domaine des faits. C'est au juge qu'il appartient de statuer sur les espèces diverses en se servant de la formule que donne la loi.

On peut seulement constater que le dommage résultant de la privation même de la chose, la perte de sa valeur, a dû nécessairement être prévue et qu'il en est toujours dû réparation; il faut ajouter la perte provenant de travaux qui ont conservé ou amélioré la chose (dépenses nécessaires, dépenses utiles), parce qu'il n'est pas difficile de prévoir qu'une personne qui se croit propriétaire fera sur la chose des dépenses de conservation ou d'amélioration.

Il est encore d'autres causes de dommage qui auront été nécessairement prévues. Ainsi un entrepreneur de construction devra une indemnité pour la détérioration des meubles qui garnissaient la maison quand elle s'est écroulée, car il était impossible de ne pas prévoir que la maison serait garnie de meubles.

Pour certaines causes de dommage la question dépendra des circonstances. *Exemple* : Le locataire d'une maison est expulsé avant la fin de son bail, parce que son bailleur n'était pas le vrai propriétaire. Ce locataire exploitait dans la maison louée un commerce, et le déplacement de ses magasins peut détourner sa clientèle et diminuer la valeur de son fonds de commerce. Cette perte est prévue ou imprévue, suivant que le bailleur connaissait ou ignorait l'intention du preneur d'établir un fonds de commerce dans les lieux loués. Dans le second cas, le bailleur de mauvaise foi devra seul la réparation de ce dommage; dans le premier, l'indemnité sera due même par le bailleur de bonne foi.

66 *bis*. III. Il est nécessaire de se fixer sur ce que la loi entend exactement par des dommages prévus ou qu'on a pu prévoir. Elle n'exige pas que le chiffre du dommage ait été prévu, ce serait demander l'impossible; elle s'inquiète de la cause du

dommage, et c'est quant à la cause du dommage qu'elle fait la distinction qui nous occupe. Ainsi nous avons dit que les parties avaient nécessairement prévu qu'un dommage pourrait résulter de la privation de la chose elle-même, ce dommage devra toujours être réparé, à quelque chiffre qu'il s'élève. L'acheteur évincé de la chose achetée, privé de la valeur de cette chose, se fera rendre au moins cette valeur, quand même depuis le temps de la vente la chose aurait augmenté de valeur dans une proportion imprévue; un locataire privé de la jouissance de la chose louée, obligé à louer plus cher une maison semblable à la sienne, obtiendra de son premier bailleur la différence des deux loyers, alors même que, par l'effet d'une hausse inattendue, il existerait une immense différence entre le prix de la première location et celui de la seconde.

66 *bis*. IV. Pothier cependant proposait une distinction qu'il nous est impossible d'admettre (1). Il voulait que les dommages et intérêts, quand ils devaient être considérables, ne fussent pas taxés et liquidés en rigueur, mais avec une certaine modération. L'hypothèse choisie par Pothier s'est présentée bien fréquemment de nos jours. Il suppose qu'un immeuble vendu 4,000 francs a acquis, par l'exécution de travaux publics dans son voisinage, une plus-value de 12,000 francs, et, bien qu'il admette en principe que le vendeur de bonne foi doit restituer la valeur de la chose, cependant il décide qu'une augmentation aussi considérable n'a pas été dans les prévisions des parties, et, sans limiter la responsabilité au double, comme la constitution de Justinien sur laquelle il s'appuie, il donne aux juges un large pouvoir d'appréciation.

Nous rejetons cette décision de Pothier, d'abord et principalement parce qu'elle constitue un véritable abandon du principe sur les dommages et intérêts, puisque la prétendue indemnité ne représenterait pas la diminution du patrimoine du créancier; secondement, parce que le Code Napoléon, tout en reproduisant les doctrines de Pothier sur les dommages et intérêts, a passé sous silence la restriction grave que cet auteur faisait aux principes généraux en lui consacrant un long développement; enfin parce que dans l'état de notre société l'augmentation considérable de la valeur d'un fonds acheté, est chose bien moins

(1) V. Pothier, n° 164. — *Cod. const.* 10, 11, *De sent. de eo quod inter.*

extraordinaire qu'au temps de Pothier, et qu'elle entre bien souvent dans les prévisions des parties. On trouvera du reste la consécration de notre doctrine dans l'article 1633.

67. Comme le débiteur ne doit jamais que la réparation du dommage dont il est vraiment l'auteur, on sent bien qu'il ne peut, dans aucun cas, être tenu de ce qui n'est pas une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. Voy. art. 1151.

67 *bis*. L'article 1151 a pour but d'éviter que, par une exagération des principes précédemment posés, on arrive à mettre à la charge du débiteur la réparation de dommages dont la cause ne se rattacherait que de fort loin à l'exécution de l'obligation. Toutes les fois que cette inexécution n'aura pas été la seule cause du dommage, qu'elle sera seulement un des événements d'où sera résulté le préjudice, qu'elle aura occasionné la perte sans la déterminer, on ne pourrait mettre la réparation du préjudice à la charge du débiteur sans faire un véritable abus et du principe et du raisonnement fondé sur ce principe. C'est ce que Pothier exprimait en disant que le débiteur n'était pas tenu, même à raison de son dol, des dommages et intérêts qui n'en sont pas une suite nécessaire et qui peuvent avoir d'autres causes; et il ajoutait une citation de Dumoulin qui résume parfaitement notre pensée : *Et adhuc in doloso intelligitur venire omne detrimentum tunc et proxime secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu* (1).

Le Code a consacré ces idées en exigeant par deux mots qui font pléonasme que le dommage fût une suite immédiate et directe de l'inexécution. Il entend par là que si le préjudice ne se rattache que *médiatement* à l'inexécution, s'il dérive d'un événement qui dérivait lui-même de l'inexécution, *ex novo casu*, la réparation n'en est pas due, parce qu'il n'est la conséquence de l'inaccomplissement de l'obligation qu'au moyen d'une série plus ou moins longue de raisonnements et, si on peut s'exprimer ainsi, par voie de ricochet.

On comprendra par des exemples combien eût été dangereuse une estimation des dommages et intérêts qui eût ainsi embrassé

(1) Pothier, nº 167.

par voie de conséquence, le préjudice causé médiatement et indirectement par le débiteur. Ainsi : l'inexécution d'un bail contraint le locataire à déménager ; dans son déménagement, ses meubles sont détériorés. Certes la nécessité de transporter les meubles a occasionné la détérioration, mais elle n'en est pas la cause unique et nécessaire : le locataire eût évité ce malheur en surveillant avec plus de soins le transport de son mobilier. Il y a plus : où s'arrêterait-on si on entrait dans cette voie, si on rattachait par le raisonnement chaque événement à celui qui en a été l'occasion? Dans l'hypothèse que nous venons de supposer on peut ajouter que le locataire était un architecte, qu'on a détérioré des plans qu'il avait promis à jour fixe sous une clause pénale, qu'il a perdu non-seulement le montant de la clause pénale, mais le prix de son travail, que faute de cet argent il n'a pu payer une dette entraînant contrainte par corps, qu'il a été emprisonné..... il faut s'arrêter ; aussi bien dans la série des suppositions ou, comme nous le disions, des ricochets, on pourrait arriver à démontrer, si cet architecte s'était suicidé, que son ancien bailleur a causé sa mort.

68. Pour prévenir les difficultés qui s'élèvent souvent dans l'évaluation des dommages-intérêts, les parties peuvent d'avance en fixer le montant à une certaine somme (v. art. 1226); c'est alors un véritable forfait qui ne permet plus aux juges d'entrer dans l'examen du fait. V. art. 1152; v. pourtant art. 1231.

68 *bis*. La loi anticipe sur les explications qu'elle donnera plus tard touchant la clause pénale, pour montrer le lien qui unit cette matière avec celle des dommages et intérêts, puisque la convention de clause pénale n'est qu'une estimation conventionnelle des dommages et intérêts. Le Code a voulu aussi condamner tout d'abord la doctrine de Pothier et de Dumoulin, qui permettaient au juge de modérer la clause pénale quand le chiffre paraissait excessif. C'était là une atteinte portée au principe de la liberté des conventions, et une source de difficultés sur une clause qui manque son but quand elle n'étouffe pas les procès dans leur germe. Au point de vue théorique, comme au point de vue pratique, il importait de consacrer la règle contraire (1).

(1) V. Pothier, n° 345.

69. La loi elle-même règle, par une sorte de forfait semblable, les dommages-intérêts résultant du retard dans le payement d'une somme d'argent. Ils consistent uniquement, mais ils consistent toujours, dans l'intérêt légal (v. L. 3 septembre 1807, art. 2), *sauf,* dit la loi, *les règles relatives au commerce* (v. Cod. comm., art. 178, 179) *et au cautionnement* (v. Cod. civ., art. 2028). V. art. 1153, al. 1 et 2.

La loi de plus indique ailleurs une autre exception pour le cas de société (v. art. 1846).

70. Il est tout naturel et conforme aux principes généraux, que les intérêts *moratoires* ne courent pas de plein droit (v. art. 1146, 1139). Mais il y a ceci de particulier, que la mise en demeure doit résulter d'une demande judiciaire. V. art. 1153, al. dern.; v. pourtant Cod. proc., art. 57.

Au reste, sous l'un et sous l'autre rapport, la règle admet de nombreuses exceptions.

Cas où les intérêts courent de plein droit. V. art. 455, 456, 474, al. 1, 1440, 1548, 1473, 1652, al. 3, 1846, 1996, 2001, 2028.

Cas où ils courent en vertu d'une simple sommation. V. art. 474, al. dern., 1652, al. 4.

70 *bis*. I. Quand l'obligation a pour objet une somme d'argent, il ne peut être question de prononcer une condamnation pour inexécution, parce qu'il n'y a pas besoin d'estimer en argent l'objet de l'obligation; le dommage causé au créancier résulte toujours et uniquement du retard dans le payement, la loi n'a donc à traiter que des dommages-intérêts moratoires. Sur ce point, l'article 1153 contient plusieurs dérogations aux principes contenus dans les articles précédents. Elles ont trait : 1° à la fixation du chiffre des dommages et intérêts; 2° aux conditions requises pour que les dommages-intérêts soient dus; 3° à la manière de mettre le débiteur en demeure.

70 *bis*. II. Si le créancier de somme d'argent avait pu obtenir, au cas de retard dans le payement, une indemnité pour la perte qu'il aurait faite et le gain dont il aurait été privé, s'il avait fallu tenir compte des dispositions contenues aux articles 1150 et 1151,

les juges se seraient trouvés placés en présence de difficultés insurmontables, de questions de fait impossibles à élucider, et l'appréciation de l'indemnité due au créancier eût été une affaire de hasard et d'arbitraire. L'argent est employé à trop d'usages variés, il peut trop facilement se cacher ou se montrer, pour que les juges puissent jamais être sûrs du tort que le retard a causé au créancier. S'il avait reçu la somme due, l'aurait-il employée utilement comme il veut le prétendre? Ne l'aurait-il pas dissipée? Lui a-t-elle réellement fait défaut, n'avait-il pas quelque part dans ses caisses une somme qui pouvait lui permettre d'attendre un payement? Ne pouvait-il pas emprunter à un taux modéré? Ne se serait-il pas contenté, s'il avait reçu la somme due, de la placer au taux ordinaire? Toutes questions dont le juge n'aura jamais la solution, parce qu'elles se placent presque en dehors du domaine des faits, dans celui des intentions et des volontés intérieures. Pothier disait autrefois : « Les dommages varient à » l'infini; il est aussi difficile de les prévoir que de les justifier » (1).

A une appréciation nécessairement arbitraire la loi a substitué une fixation faite d'avance, une sorte de forfait qui, sans tenir compte du plus ou moins grand dommage éprouvé par le créancier, lui alloue toujours une même indemnité, l'intérêt légal de la somme due. Pothier disait l'intérêt fixé par l'ordonnance, il s'agissait alors d'un édit de février 1770 qui indiquait pour taux le denier vingt, c'est-à-dire un denier d'intérêt pour vingt de capital, soit 5 pour cent : à l'époque de la rédaction du Code Napoléon le taux de l'intérêt légal était fixé par le décret des 3-12 octobre 1789 et la loi du 11 avril 1793; aujourd'hui la loi du 3 septembre 1807, dont le but principal a été de déterminer le taux maximum de l'intérêt conventionnel, fixe, dans son article 2, l'intérêt légal à 5 pour cent en matière civile, et à 6 pour cent en matière commerciale.

70 *bis*. III. La règle qui fixe invariablement les dommages et intérêts moratoires reçoit quelques exceptions. La première est indiquée par la loi sous forme de renvoi aux règles relatives au commerce. Ce renvoi ne doit pas être entendu dans un sens trop large, comme s'il était ainsi conçu : excepté en matière de commerce; la règle subsiste en matière commerciale, seulement l'ar-

(1) V. Pothier, n° 170.

ticle annonce qu'on trouvera une ou plusieurs dérogations à cette règle dans les lois commerciales. Le Code de commerce n'en contient qu'une, celle que Pothier indiquait et que les rédacteurs du Code avaient certainement dans la pensée. Une lettre de change n'est pas payée à l'échéance. Le porteur, qui peut avoir un grand besoin d'argent au jour et dans le lieu indiqués, a le droit de tirer une nouvelle lettre de change sur le tireur et les endosseurs, et comme la négociation de cette nouvelle lettre entraînera des frais, il peut se faire restituer ces frais, bien qu'ils excèdent l'intérêt légal de la somme non payée (1).

Au cas de cautionnement, celui qui s'est porté garant de la dette d'autrui, et qui, faute par le débiteur de payer, est obligé de payer lui-même, a droit à des dommages et intérêts excédant l'intérêt légal, parce qu'il a rendu gratuitement un service qui présente des dangers pour celui qui le rend (v. art. 2028). Enfin quand l'associé est en retard pour effectuer son apport (art. 1846), la loi fait exception à l'article 1153 en faveur des autres associés qui certes n'ont pas fait un contrat de société pour retirer de leur argent l'intérêt légal, et à raison surtout de ce que les opérations sociales étant indiquées par le but de la société, il est plus facile qu'à l'ordinaire de juger à quel usage la somme due eût été employée.

70 *bis*. IV. A ces trois dérogations au principe on ne peut pas en ajouter une quatrième, en prévoyant une convention contraire. Ici, la volonté des parties ordinairement souveraine serait impuissante; la stipulation qui sous forme de clause pénale aurait pour objet des dommages et intérêts supérieurs à l'intérêt légal, ne serait pas autre chose qu'une stipulation d'intérêts conventionnels contraire à l'article 1er de la loi du 3 septembre 1807, et cette convention, qui eût été valable sous l'empire du Code civil pur, serait aujourd'hui frappée de nullité.

Nous ne pouvons pas même accepter une doctrine qui, tenant compte des circonstances, autorise dans certains cas la stipulation d'une clause pénale supérieure aux intérêts, à condition que

(1) Voir l'énumération de ces frais dans les articles 177-186 du Code de commerce, et aussi le décret du 24 mars 1848, qui a diminué ces frais, mais dont l'existence aujourd'hui a été contestée à cause du caractère provisoire que ses auteurs lui avaient donné.

le créancier aura indiqué expressément le genre de dommage que le retard du débiteur pourrait lui causer, et pourvu que cette indication soit conforme à la vérité. *Exemple :* Le créancier veut exercer le réméré pour un immeuble de 100,000 francs vendu 50,000; si la somme de 50,000 francs qu'il a prêtée ne lui est pas rendue exactement, le délai du réméré expirera, et il sera trop tard. Certes la position du créancier en pareil cas est digne d'intérêt; mais il serait facile de multiplier les espèces dans ce genre et alors la loi de 1807 deviendrait une lettre morte : à une règle invariable et certaine on substituerait l'arbitraire des tribunaux juges des circonstances, on laisserait à l'habileté des usuriers l'espoir de dissimuler une stipulation usuraire, tandis que la loi de 1807 a voulu opposer une barrière infranchissable aux stipulations d'un intérêt excessif.

70 *bis*. V. La condition première pour obtenir des dommages et intérêts d'après les principes de notre section, c'est que le créancier ait éprouvé un dommage par l'effet de l'inexécution de l'obligation : en matière de somme d'argent, et par les raisons que nous avons indiquées, la loi ayant fixé à forfait les dommages et intérêts, le créancier obtient les intérêts moratoires quand même le retard ne lui a occasionné aucun préjudice. Cet avantage pour le créancier a sa compensation dans la règle que nous venons d'exposer, et qui ne permet pas d'établir que le préjudice éprouvé n'est qu'incomplétement réparé par le payement des intérêts légaux.

70 *bis*. VI. Les intérêts moratoires sont dus à partir de la demeure; ici nous retrouvons le principe général, mais la mise en demeure n'est pas soumise aux règles ordinaires. Elle ne peut résulter que d'une demande en justice. La loi dans cette matière a toujours voulu protéger le débiteur contre sa propre négligence. Elle a redouté l'habileté et la duplicité des créanciers qui sauraient quelquefois faire courir les intérêts par une sommation et en même temps rassurer le débiteur, en lui faisant croire que cette sommation est un acte de pure forme sans conséquence juridique. Elle exige l'acte le plus menaçant, celui sur les conséquences et les intentions duquel le débiteur peut le moins se tromper, la citation en justice; seulement il faut ajouter que, d'après le Code de procédure (art. 57), la citation en conciliation fait courir les

intérêts moratoires, pourvu qu'elle soit suivie de la citation en justice dans un bref délai. Puisque la citation en conciliation est le préliminaire indispensable de la demande en justice, le créancier en citant le débiteur au bureau de paix a manifesté, autant qu'il était possible, l'intention de poursuivre le débiteur, et il ne faut pas que ses droits soient amoindris à raison de l'accomplissement d'une formalité légale.

70 *bis*. VII. L'assignation en justice ne peut constituer le débiteur en demeure si elle est nulle en la forme, il ne peut y avoir de difficulté sur ce point, l'acte nul en la forme n'a pas d'existence légale; mais quand on cherche à rapprocher les règles sur la demeure de celles qui régissent l'interruption de la prescription, on peut croire que l'assignation devant un tribunal incompétent aurait la force de donner naissance aux intérêts moratoires. Il n'en est rien cependant, c'est en vain qu'on essaye de trouver une analogie entre les actes qui interrompent la prescription et ceux qui font courir les intérêts, puisque la sommation, le commandement et la saisie, actes interruptifs de prescription, ne peuvent servir de point de départ aux intérêts. Reste donc à apprécier, indépendamment de l'art. 2246, la valeur d'une assignation devant un tribunal incompétent; or, n'était cette disposition spéciale, il ne saurait venir à l'esprit d'attacher une importance ou un effet quelconque à un acte qui ne peut pas produire son effet principal, et qui est si bien considéré comme non avenu, qu'il ne peut être corrigé ou amendé, mais qu'il doit être remplacé par un acte nouveau, comme si jamais le demandeur n'avait tenté d'assigner le défendeur.

70 *bis*. VIII. La rédaction du dernier § de l'art. 1153 semble bien nette et bien simple, et cependant elle laisse douteuse une question fort importante. Que faut-il demander pour faire courir les intérêts? La citation doit-elle mentionner spécialement ces intérêts ou suffit-il d'avoir demandé le capital?

Et d'abord il faut bien préciser les faits, pour que la difficulté ne puisse pas être écartée par une fin de non-recevoir. Quand on suppose que le créancier n'a pas demandé les intérêts, on se place à l'époque de son assignation; il faut au moins qu'il les ait demandés dans des conclusions additionnelles, sinon les juges ne pourraient les allouer sans statuer *ultra petita*. (C. de proc.,

art. 480). Mais lorsqu'il les a réclamés par des conclusions, il s'agit de savoir s'il peut ou non les faire courir rétroactivement depuis le jour de l'assignation.

On dit : les intérêts sont les dommages et intérêts résultant du retard, et le retard, la demeure ne peut exister que par rapport au capital, donc la demande du capital a dû suffire pour rendre le défendeur débiteur de dommages et intérêts; la citation en justice joue, par rapport au débiteur de somme d'argent, le rôle que joue la sommation relativement aux autres débiteurs. Et, de même que la sommation crée le droit aux dommages et intérêts, bien qu'elle n'ait trait qu'au principal de l'obligation, de même la demande du capital doit créer le droit aux intérêts moratoires.

Mais il faut se garder d'attacher trop d'importance à cette assimilation entre les principes généraux sur les dommages et intérêts et ceux sur les intérêts moratoires. Elle conduit à des résultats faux, parce qu'elle est fausse elle-même. Nous sommes dans une matière exceptionnelle, il ne faut donc pas argumenter des règles générales. Si on réfléchit sur les motifs qui ont inspiré au législateur les dérogations que contient notre art. 1153, on est nécessairement conduit à repousser le raisonnement qui considère l'obligation aux intérêts comme une simple conséquence de la demeure quant au capital. Quand la loi a refusé à la sommation la force de faire courir les intérêts, ce peut être, parce que cet acte n'est pas assez menaçant. Mais en est-il de même du commandement et de la saisie? Ici la menace est tellement énergique, l'injonction de payer si brutale, que des auteurs ont accusé notre code d'inconséquence, pour n'avoir pas donné à ces actes l'effet de faire courir les intérêts. Mais si ce n'est pas l'énergie qui fait défaut au commandement et à la saisie, ces actes manquent cependant d'une autre qualité à laquelle le législateur a attaché une grande importance, ils n'expriment pas clairement l'intention de faire augmenter la dette, de faire courir les intérêts, ils ne parlent et ils ne peuvent parler que du capital. Qu'une demande postérieure puisse faire remonter les intérêts au commandement ou à la saisie, et le débiteur pourra être surpris, car il n'aura pas été spécialement prévenu que sa dette allait s'augmenter par le cours des intérêts. Dans cette matière des intérêts, où la loi a toujours devant les yeux l'usure et les usu-

riers, elle n'a pas voulu que des intérêts courussent à l'insu du débiteur; or la demande du capital seul tendrait au débiteur le même piége que le commandement, elle rendrait la dette susceptible d'accroissement sans que le débiteur en fût spécialement averti; l'article 1153, envisagé dans l'ensemble de ses dispositions, est donc contraire à la doctrine qui considère la demande du capital comme suffisante pour faire courir les intérêts (v. d'ailleurs art. 1207).

71. Les intérêts d'un capital étant eux-mêmes une somme d'argent, il paraît d'abord tout simple que le débiteur qui en retarde le payement en paye un nouvel intérêt. Ce redoublement d'intérêt est ce qu'on appelle *anatocisme*. Mais, comme l'anatocisme ne tarderait pas à devenir ruineux pour le débiteur, la loi ne permet de capitaliser ainsi des intérêts, soit par une demande, soit par une convention, qu'autant qu'il s'agit d'intérêts d'une année au moins. V. art. 1154.

71 *bis*. I. On entend par *anatocisme* la production d'intérêts par les intérêts, c'est-à-dire la capitalisation des intérêts qui, à leur tour, deviennent productifs d'intérêts.

Cette génération multiple d'intérêts n'a jamais été pleinement autorisée par la législation. Le droit romain ancien, qui sur ce point a laissé une grande latitude à la volonté des parties, prohibait cependant la capitalisation des intérêts futurs. (D. *fr.* 26, § 1, *de condictione indebiti*). Justinien défendit l'anatocisme d'une manière absolue (COD. *Const.* 28 *de Usuris*). Et cette prohibition fut la règle suivie dans l'ancienne jurisprudence française, on en trouve des traces dans l'ordonnance de 1673 sur le commerce (art. 2, t. VI). Dans la période révolutionnaire qui a précédé la rédaction du Code Napoléon, bien que la loi eût rendu la liberté aux conventions sur l'intérêt, la jurisprudence avait continué à appliquer les prohibitions anciennes sur l'anatocisme (1).

71 *bis*. II. Ces prohibitions persistantes démontrent qu'à toutes les époques on a considéré l'anatocisme comme un fait excessivement dangereux, et avant d'étudier la législation actuelle sur ce point, il faut se rendre compte des résultats fâcheux que peut produire la production d'intérêts par les intérêts.

La capitalisation peut se concevoir ayant pour objet des intérêts

(1) C. cass., 8 frimaire an XII.

échus ou des intérêts futurs. Quand elle a pour objet des intérêts déjà dus, le mal social qu'elle engendre, c'est l'excessif et rapide accroissement de la dette, accroissement dont il est difficile de se rendre un compte exact, à moins d'être familier avec les calculs d'intérêts composés, d'où il résulte que les débiteurs accepteraient des conditions d'anatocisme ruineuses plus facilement encore que des stipulations d'intérêts exorbitants.

Quand il s'agit de capitaliser par avance des intérêts futurs, c'est-à-dire de convenir que les intérêts, quand ils seront échus, produiront eux-mêmes des intérêts, au danger que nous venons de signaler se joint celui-ci : l'emprunteur qui a besoin d'argent est le plus souvent à la discrétion du prêteur, il s'illusionne, il espère payer exactement au moins les intérêts, et partie par ignorance du danger, partie par nécessité, il souscrit aux conditions qui lui sont dictées, puis les échéances arrivent, sans que le créancier le presse, il s'endort dans une tranquillité funeste, et sa dette s'augmente, pour ainsi dire à son insu, dans une proportion effrayante.

Le Code Napoléon n'a pas prohibé absolument l'anatocisme, mais il ne l'a autorisé que dans certaines limites. Il l'a subordonné à trois conditions : 1° les intérêts ne peuvent produire des intérêts qu'en vertu d'une demande en justice ou d'une convention spéciale; 2° les intérêts capitalisés doivent être échus ; 3° il faut que ces intérêts soient dus pour une année au moins. Il faut revenir successivement sur ces trois conditions.

71 *bis*. III. La première condition n'est que l'application des principes sur les intérêts ; hors le cas où la loi fait courir les intérêts de plein droit, un capital ne peut engendrer des intérêts qu'en vertu d'une convention ou d'une demande en justice constituant le débiteur en demeure ; les intérêts, alors même qu'on les considérerait comme devenus un capital, ne sauraient devenir productifs plus facilement que le capital lui-même.

Les intérêts doivent être échus pour devenir productifs. Si la loi a voulu dire que les intérêts de l'année 1866 ne peuvent pas produire des intérêts pendant l'année 1865, elle a dit une chose inutile et presque ridicule. Aussi, doit-on croire qu'elle a attaché un sens plus sérieux au mot *échus*, placé par elle au commencement de la phrase comme ayant une valeur importante. Ce sens,

se révèle, quand on songe à la distinction si ancienne entre la capitalisation des intérêts du temps passé et celle des intérêts du temps futur. Autoriser l'anatocisme en matière d'intérêts échus, n'est-ce pas le prohiber quant aux intérêts futurs?

Cette vérité se confirme par le rapprochement, dans le texte et dans la pensée de la loi, de la demande en justice et de la convention comme moyens de faire produire des intérêts aux intérêts. Si le mot *échus,* par rapport à la demande en justice, désigne des intérêts exigibles, et cela n'est pas douteux, on ne peut pas facilement supposer que, par rapport à la convention, il se traduira par intérêts à échoir.

On peut s'étonner cependant qu'un article spécial autorise une convention qui devrait être valable en vertu du principe général sur la liberté des conventions, et on oppose en effet à notre interprétation qu'elle rend inutile l'art. 1154, puisque des intérêts échus exigibles font en quelque sorte un capital nouveau que rien ne peut empêcher d'être l'objet d'un nouveau contrat, sans qu'il soit besoin de le déclarer dans un article : objection qui pourrait avoir sa valeur, si la matière de l'anatocisme était nouvelle, si les rédacteurs du Code Napoléon ne s'étaient pas trouvés en présence de prohibitions anciennes et absolues, qu'ils ont dû abroger sous peine de les voir revivre à la faveur du silence de la loi nouvelle. Ils voulaient, du reste, soumettre même la capitalisation des intérêts échus à une restriction, c'est pourquoi ils devaient commencer par déclarer qu'ils la permettaient.

Tous les intérêts échus ne peuvent pas être l'objet d'une demande ou d'une convention tendant à leur faire produire des intérêts, il faut qu'ils soient dus pour une année au moins. La loi a redouté l'accroissement effrayant qui résulte d'une division de l'année d'intérêts par fractions trop petites, du retour trop fréquent des échéances, et partant d'une capitalisation trop souvent répétée des intérêts. On comprend en effet que si on capitalise des intérêts tous les mois, les intérêts du premier mois produisent eux-mêmes des intérêts pendant onze mois, ceux du second mois pendant dix, etc. Ce qui ne laisse pas que d'accroître singulièrement la dette à la fin de l'année, et ce qui produirait un résultat plus étonnant encore si la capitalisation se faisait par quinzaines, par semaines ou par jours.

71 *bis*. IV. Ce n'est pas seulement la citation en justice qui est impuissante à rendre productifs les intérêts échus pour moins d'une année, c'est la convention elle-même. Ainsi, quand les intérêts sont payables par semestres, le premier semestre échu, les parties ne peuvent pas convenir qu'il produira lui-même des intérêts. Nous retrouvons ici une de ces restrictions au libre exercice de la volonté, par lesquelles la loi en cette matière a cherché à protéger les débiteurs contre leur propre faiblesse. Quoiqu'on puisse hésiter sur le sens de l'article, on doit cependant le comprendre ainsi, car il n'y a pas de doute sur les conditions de l'anatocisme par demande judiciaire, il ne saurait raisonnablement en exister sur l'anatocisme par convention. Comment comprendre, en effet, que les droits du créancier dépendent du bon vouloir du débiteur, qu'il obtienne ou non les intérêts des intérêts, suivant qu'il plaît au débiteur, et, qu'au refus de celui-ci, il ne puisse pas obtenir judiciairement ce qu'il aurait dû obtenir par convention? S'il n'est pas immoral ou dangereux que le créancier obtienne les intérêts des intérêts échus pour six mois, si la convention qui produit ce résultat est licite, pourquoi un jugement qui le produirait serait-il contraire à la loi ?

On objecte toutefois que l'article n'a pas traité des conventions postérieures à l'échéance, parce qu'il n'y avait pas à en parler, l'intérêt échu étant devenu une sorte de capital à propos duquel toute convention est licite. Mais ce raisonnement prouve trop, car il tendrait aussi à permettre l'anatocisme par demande en justice, puisque tout capital peut produire des intérêts moratoires par l'effet d'une citation, et si la loi a considéré l'origine de ce capital pour déclarer qu'il ne peut pas devenir productif au moyen d'une demande en justice, elle a bien pu tenir également compte de cette origine pour prohiber à son égard la convention d'intérêts.

Enfin il ne faut pas reculer devant notre solution, parce qu'on la prétendrait inutile à raison de fraudes possibles. Certes, le débiteur qui doit 1,000 francs pour un semestre d'intérêts peut emprunter ces 1,000 francs à une autre personne en promettant des intérêts, et pour lui le résultat est le même que s'il avait fait avec son créancier une convention d'anatocisme. Rien de plus vrai, quand on compare l'emprunt fait à la convention, mais il n'en

est rien, si on parle de l'emprunt à faire, car il est plus difficile de trouver du crédit auprès d'un nouveau créancier auquel ne peuvent être fournies les sûretés qui ont été données au premier créancier, et la capitalisation des intérêts est de moins en moins dangereuse selon qu'elle est de plus en plus difficile. La dernière fraude possible consisterait dans une simulation du payement des intérêts échus, et d'un second prêt par le créancier au débiteur qui aurait pour objet la somme payée à titre d'intérêts. Mais si la prohibition de la loi est claire et énergique, cette fraude facile à découvrir sera toujours frappée par les tribunaux, et quand elle devrait quelquefois réussir, ce ne serait pas une raison pour répudier la règle, pas plus que les dissimulations fréquentes en matière d'intérêts usuraires ne sont une raison de considérer la loi de 1807 comme inutile et dénuée de sanction.

71 *bis*. V. Ce qui est interdit par l'art. 1154, c'est la capitalisation d'intérêts dus pour moins d'une année; mais rien ne s'oppose, soit dans le texte, soit dans l'esprit de la loi, à ce que la demande ou la convention fasse produire des intérêts à des intérêts dus pour un nombre de mois supérieur à douze, mais inférieur à vingt-quatre ou trente-six, c'est-à-dire ne faisant pas un nombre exact d'années; la loi ne prescrit pas de négliger, soit dans la demande, soit dans la convention, les fractions d'année, pourvu qu'une année au moins soit due. Le danger de la conversion des intérêts en un capital productif n'existe que quand cette transformation se renouvelle trop souvent, et la dette ne risque pas de recevoir un accroissement exagéré parce que les intérêts se capitaliseront tous les dix-huit mois au lieu de se capitaliser tous les ans. En effet, si le créancier obtient judiciairement ou par convention les intérêts de dix-huit mois d'intérêts échus, il capitalisera, il est vrai, un semestre six mois plus tôt que s'il avait capitalisé exactement les intérêts année par année; mais en revanche, le second semestre de la seconde année qui aurait pu produire des intérêts aussitôt après l'expiration de cette année, ne pourra au plus tôt en produire qu'après l'expiration des six premiers mois de la troisième année, parce qu'alors seulement la masse d'intérêts dus sera due pour une année entière, et que notre article ne permet pas la capitalisation par fractions moindres.

72. La prohibition ou plutôt la restriction de l'anatocisme ne s'applique qu'aux intérêts d'un capital non aliéné ; toute autre espèce de revenu peut être capitalisée à l'échéance. Pareillement, les sommes auxquelles serait condamné un possesseur de mauvaise foi pour restitution de fruits (v. Cod. proc., art. 129), suivent la règle générale. Il y a lieu également à l'appliquer au débiteur en l'acquit duquel un tiers aurait payé des intérêts dus pour moins d'une année ; c'est vraiment un capital que ce tiers a avancé. V. art. 1155.

72 *bis*. I. Les fermages et loyers, les fruits dus par le possesseur d'un immeuble, ne sont pas des intérêts, et par conséquent la règle de l'article précédent ne leur était pas applicable. La loi aurait pu se dispenser d'en parler. Quant aux arrérages des rentes, on aurait pu, sans grand effort de raisonnement, les assimiler aux intérêts des capitaux exigibles, car le Code a traité de la constitution de rente dans le titre du prêt, et la loi du 3 septembre 1807 a étendu aux arrérages de la rente la limitation qu'elle impose au taux des intérêts. Mais l'art. 1155 consacre une différence entre les arrérages de rentes et les revenus des capitaux : les premiers peuvent produire des intérêts alors même qu'ils ne sont pas dus pour une année entière. La production des intérêts par des arrérages échus a paru moins dangereuse, parce que le capital lui-même n'étant jamais exigible, le débiteur risque moins d'être obéré par son obligation, et surtout, parce que les placements en rente ne sont pas faits ordinairement par les usuriers, qui, pour le succès de leurs opérations, ont besoin de ne pas se priver de la disposition de leurs capitaux.

72 *bis*. II. Des deux restrictions contenues dans l'art. 1154, impossibilité de rendre productifs des intérêts dus pour moins d'une année, interdiction d'une convention d'anatocisme faite avant l'échéance, si la première est certainement inapplicable aux dettes dont parle l'art. 1155, il doit en être de même de la seconde ; c'est-à-dire que les loyers, fermages, arrérages de rente, fruits à restituer peuvent être rendus productifs d'intérêts par une convention antérieure à l'échéance. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait une prohibition spéciale, puisque ces différentes dettes ne sont pas des dettes d'intérêts rentrant dans l'article précédent,

et, à défaut d'une prohibition, le principe de la liberté des conventions doit reprendre son empire. L'art. 1155 ne pourrait être considéré comme prohibant la convention faite avant l'échéance, qu'autant qu'on consentirait à raisonner *a contrario* de la décision qu'il contient; et bien plus, il contient lui-même, dans sa deuxième partie, la preuve qu'il n'a pas voulu, dans la première, interdire la convention dont il s'agit. En effet, la loi n'interdit pas à celui qui veut payer les intérêts de la dette d'autrui de convenir que s'il fait cette avance, les intérêts lui en seront immédiatement dus; elle va plus loin, car elle rend inutile cette convention et fait courir les intérêts de plein droit dans le cas de mandat (art. 2001). Or, l'art. 1155 déclare comprendre dans la même règle les intérêts payés par un tiers, les loyers ou fermages, les arrérages et les fruits à restituer: si donc, pour les intérêts payés par un tiers, elle valide la convention antérieure à l'échéance, elle ne peut pas la prohiber dans les autres cas, sans se donner un démenti à elle-même.

SECTION V.

De l'interprétation des conventions.

73. L'obligation conventionnelle n'étant que le produit de la volonté commune des contractants, c'est nécessairement d'après cette volonté qu'il faut en régler les effets. La volonté doit naturellement se manifester par les termes dont les parties se sont servies pour l'exprimer. S'ils sont clairs, il faut s'y arrêter, et ne pas supposer témérairement que les parties ont voulu autre chose que ce qu'elles ont dit. Mais si les termes sont obscurs ou ambigus, c'est alors qu'il y a lieu à interprétation. A cet égard, la loi a tracé diverses règles, toutes dictées par la droite raison, et puisées en grande partie dans le droit romain, qu'on appelle à juste titre *la raison écrite*.

74. La première, la grande règle en cette matière, c'est de rechercher la commune intention, et lorsqu'elle est suffisamment manifestée, de la faire prévaloir sur le sens littéral. V. art. 1156; v. aussi *Papin.*, L. 219, ff. *de verb. signif.*

Cette règle, au reste, ne détruit pas le principe qui défend d'élever la question de volonté quand les termes sont clairs. Les mots, dans l'emploi qu'on en fait journellement, sont si souvent détournés de leur acception propre, qu'ils peuvent offrir ambiguïté, lors même que leur sens grammatical est bien fixé. Si donc les termes ne répugnent ouvertement à l'intention probable, ils sont susceptibles de s'interpréter conformément à cette intention.

75. Les règles suivantes tendent à reconnaître l'intention commune.

1° Sur ce point, le simple bon sens nous enseigne que les parties n'ont pas dû vouloir faire une stipulation inutile. Ainsi, entre deux sens, si l'un doit amener ce résultat, il faut évidemment le rejeter. V. art. 1157; v. aussi *Ulp.*, L. 80, ff. *de verb. obl.*

2° On n'est pas, en général, censé vouloir s'éloigner du droit commun; si donc les parties ont annoncé l'intention de faire un contrat déterminé, il est probable qu'elles ont voulu se conformer à sa nature. Sous ce rapport, la matière du contrat sert à fixer le sens des expressions équivoques qui ont pu être employées. V. art. 1158; v. aussi *Julien*, L. 67, ff. *de reg. jur.*

3° L'usage est l'expression des besoins et de la volonté de tous. Et d'après cela, il est naturel de supposer qu'on a voulu s'y conformer. L'usage du pays où l'on contracte sert donc à expliquer les clauses ambiguës. V. art. 1150; v. aussi *Ulp.*, L. 34, ff. *de reg. jur.* Bien plus, l'usage suffit pour suppléer les clauses omises. V. art. 1160.

4° Les diverses clauses d'un contrat ne forment entre elles qu'un seul tout. Il ne faut donc pas les isoler, mais les prendre dans leur ensemble pour les expliquer les unes par les autres. V. art. 1161, et à ce sujet, *Procul.*, L. 126, ff. *de verb. signif.*

76. Lorsque les termes sont obscurs ou ambigus, et que l'intention commune n'apparaît pas, il y a vraiment doute, alors la faveur de la liberté doit l'emporter, et faire admettre

l'interprétation la moins onéreuse au débiteur. Cela est d'autant plus raisonnable, que le créancier, ordinairement maître des conditions du contrat, peut s'imputer de ne s'être pas expliqué plus clairement. V. art. 1162; v. aussi *Ulp.*, L. 38, § 18; *Cels.*, L. 99, ff. *de verb. obl.*; v. à ce sujet art. 1602.

77. L'intention devant toujours prévaloir sur le sens littéral, on conçoit que la généralité des termes ne puisse jamais étendre l'effet d'un contrat à des choses auxquelles les parties ne paraissent pas avoir pensé. V. art. 1163; et à ce sujet, art. 2048, 2049; v. aussi *Ulp.*, L. 9, § *fin.*, ff. *de transact.*

Toutefois, cette règle n'empêcherait pas un traité qui aurait pour objet une universalité, de comprendre les choses particulières auxquelles les parties n'avaient pas pensé, mais qui rentrent dans cette universalité (v. *Diocl.* et *Maxim.*, L. 29, Cod., *de transact.*).

78. Nous avons déjà dit qu'on ne suppose pas, en général, l'intention de s'éloigner du droit commun, si cette intention n'est d'ailleurs bien manifeste. Lors donc que la loi ayant réglé l'étendue d'une obligation, les parties ont exprimé son application à un cas particulier, qui peut-être présentait ou leur paraissait présenter plus de doute, ce n'est pas une raison pour en conclure *à contrario*, qu'elles ont voulu exclure cette application, pour les cas non exprimés auxquels l'obligation s'étendait naturellement. V. art. 1164; v. aussi *Papin.*, L. 81, ff. *de reg. jur.*; L. 56, ff. *mand.*

79. Il nous reste à faire observer que les articles qui composent cette section contiennent plutôt des conseils adressés aux juges que des règles impératives. Le seul principe fondamental, c'est qu'il faut rechercher l'intention commune des parties. Du reste, le juge peut toujours, pour la découvrir, choisir entre les diverses règles tracées par la loi, suppléer à leur insuffisance, ou même s'en écarter suivant les circonstances.

79 *bis*. Les articles de cette section sont empruntés au traité des obligations de Pothier (nos 91 à 102), où il faut lire les diffé-

rents exemples qui font mieux comprendre l'application des règles reproduites par le Code. Ces prétendues règles, au reste, n'ont pas le caractère impératif, ce sont plutôt des conseils; par leur nature, elles laissent au juge une grande latitude, puisque la principale d'entre elles recommande avant tout de rechercher la commune intention des parties. Un jugement ou un arrêt qui contiendrait une interprétation de volonté échappera donc à la censure de la Cour de cassation; il pourra mal juger, mais il ne violera pas la loi, puisqu'il aura la prétention d'avoir suivi l'intention des parties.

Il faut cependant faire des réserves, et reconnaître que dans certains cas la Cour de cassation pourra casser un jugement ou un arrêt contenant une interprétation. Elle aura ce droit si le jugement ou l'arrêt a donné à la convention une dénomination légale, l'a qualifiée vente, société, transaction, par exemple, et a tiré de cette qualification des conséquences fausses. Secondement, si le jugement ou l'arrêt indique les caractères auxquels le tribunal ou la cour a reconnu le contrat, la Cour de cassation peut casser le jugement ou l'arrêt, lorsque les caractères indiqués ne sont pas légalement ceux du contrat en question. Elle n'ira pas, en effet, chercher ailleurs que dans la décision attaquée les éléments de sa censure, la violation de la loi résultera des termes mêmes de cette décision, et dès lors il serait étrange qu'un jugement qui porte en lui-même la preuve de la violation de la loi fût respecté par la Cour de cassation.

Nous avons supposé que le tribunal ou la cour impériale avait mal qualifié une vente, un louage, une société, toutes conventions licites, et la décision que nous venons de donner doit être admise à bien plus forte raison, si les conséquences de l'erreur commise ne consistent pas seulement à confondre entre elles deux conventions permises, mais si la confusion existe entre une convention licite et une illicite, de sorte qu'en qualifiant faussement un acte, la cour ou le tribunal aurait validé un acte illicite ou annulé un acte licite. La violation de la loi serait encore plus flagrante et l'intervention de la Cour de cassation plus nécessaire.

SECTION VI.

De l'effet des conventions à l'égard des tiers.

80. Les conventions, ne tirant leur force obligatoire que du consentement des parties, ne doivent produire d'effet qu'entre elles ou leurs représentants. Elles ne peuvent donc nuire aux tiers, c'est-à-dire les obliger. La loi n'admet, à proprement parler, aucune exception à ce principe. Elles ne peuvent non plus, en général, leur profiter. Cependant la loi excepte ici le cas de l'article 1121 (v. aussi art. 1208, 1210, 1285, 1287, 2036). V. art. 1165.

80 *bis*. I. En opposant les tiers aux parties contractantes, l'art. 1165 indique suffisamment comment il faut entendre cette dernière expression. Elle comprend nécessairement les ayant-cause des personnes qui ont joué un rôle dans la convention. Ainsi les ayant-cause universels ou à titre universel (héritiers, légataires universels à titre universel, enfin créanciers), souffrent ou profitent des conventions faites par ceux auxquels ils succèdent ou dont le patrimoine est leur gage.

Quant aux ayant-cause à titre particulier, les conventions faites par leur auteur n'ont d'effet à leur égard, qu'autant qu'elles ont eu pour objet la chose qui leur a été transmise, et qu'elles ont augmenté ou diminué les droits du contractant sur cette chose. Ainsi l'acheteur souffrira des conventions par lesquelles son vendeur aura créé ou éteint des droits réels sur la chose qu'il a vendue plus tard, il profitera des conventions créant des droits réels attachés à la propriété de la chose, ou éteignant les droits qui la grevaient. Le cessionnaire de créance souffrira ou profitera des conventions faites par le cédant, et qui auraient amélioré ou aggravé la position du débiteur.

Les conventions faites par un mandataire ou un gérant d'affaires produisent aussi leur effet à l'égard du mandant ou du maître de l'affaire; mais le mandant ou le maître ne sont pas à proprement parler des tiers par rapport à ceux qui se sont constitués leurs représentants.

80 *bis*. II. La loi n'indique pas d'exception à la règle que la

convention ne nuit point aux tiers, il faut cependant citer une dérogation importante que contient le Code de commerce. En cas de faillite, le concordat qui remet le failli à la tête de ses affaires, moyennant des sacrifices que font les créanciers, souvent l'abandon d'une portion notable des créances, peut être imposé par une majorité à une minorité, et cette minorité qui n'a pas voté ou qui s'est opposée n'en est pas moins liée par le concordat. (C. com., art. 507-516.)

L'article, au contraire, signale l'art. 1121 comme dérogeant à la règle que la convention ne profite pas aux tiers. Il fait allusion aux droits qui peuvent naître pour un tiers d'une stipulation à son profit, quand cette stipulation est faite sous une clause pénale ou est la condition d'une donation. Mais à bien dire la convention n'engendre pas un droit en faveur du tiers, elle n'est qu'une sorte d'offre, de pollicitation, qui peut être rétractée, et le tiers n'a acquis un droit que quand il a déclaré vouloir profiter de la stipulation, c'est-à-dire quand en unissant sa volonté à celle des contractants il a cessé d'être un tiers.

On peut plutôt citer comme dérogeant à la règle de l'art. 1165 les donations à charge de substitution, et les donations de biens à venir ou de biens présents et à venir quand elles ne sont pas faites entre futurs époux, les premières créent un droit en faveur des appelés et les autres en faveur des enfants à naître du mariage. (Art. 1082.)

On peut être tenté d'énumérer en outre les différents articles d'où il résulte qu'un débiteur peut, par une convention, éteindre ou diminuer sa dette et en même temps éteindre ou diminuer celle d'autres personnes qui sont débitrices pour lui ou avec lui (cautions, codébiteurs solidaires). Toutefois il y a là non pas une exception à notre article, mais une application de la théorie du mandat, parce que ces différentes personnes se sont donné tacitement mandat de se représenter. (V. art. 1208, 1210, 1285, 2036.)

81. On sent bien, au reste, que les créanciers, qui ont pour gage commun les biens corporels ou incorporels de leur débiteur (art. 2093), sont nécessairement intéressés dans les droits qu'il acquiert et dans les engagements qu'il contracte.

De là, la faculté que la loi leur accorde, d'exercer les droits

et actions de leur débiteur (1). La loi en excepte seulement ceux qui sont *exclusivement attachés à la personne;* ce qui comprend : 1° ceux qui sont déclarés *incessibles* ou *insaisissables* (v. art. 631, 635; C. pr., art. 581, 582; v. aussi C. N., art. 841); 2° ceux qui, par leur nature, doivent dépendre entièrement du libre exercice de la volonté (v. art. 957, 1446). V. art. 1166.

81 *bis*. I. Nous avons dit sur l'art. 1165 que les ayant-cause d'une personne profitaient des conventions avantageuses qu'elle avait faites : on trouve dans l'art. 1166 une application et une généralisation de cette idée, bien plutôt qu'une exception à la règle que les conventions ne profitent pas aux tiers, quoique le premier mot de l'art. 1166 dût faire présager une dérogation à l'article précédent.

Les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, tout ce qui diminue ou augmente le gage intéresse le gagiste; si le débiteur augmente son patrimoine par des conventions avantageuses, les droits qui résultent de ces conventions sont des biens qui augmentent le patrimoine et par conséquent le gage des créanciers, et la loi qui a accordé aux créanciers l'exercice de ces droits ne déroge pas à la règle qui exclut les tiers du bénéfice d'une convention, elle tire une conséquence de la qualité d'ayant-cause qui appartient à ces créanciers.

81 *bis*. II. Du principe que nous reconnaissons à l'art. 1166 découlent deux conséquences : 1° dans la pensée comme dans

(1) Le principe ici posé est le fondement d'un grand nombre de droits accordés expressément par la loi aux créanciers dans des cas particuliers (v. notamment art. 618, 865, 882, 1446 *in fin.*, 2102; C. pr., 778.) Mais il faut bien se garder de voir là le pouvoir immédiat, pour tout créancier, de se saisir des droits et actions du débiteur, pour les exercer malgré lui en son lieu et place. Le créancier n'a sur les biens corporels ou incorporels de son débiteur qu'un droit de gage imparfait qui ne lui en transmet pas la possession. Ce droit de gage s'exerce, en général, par la voie des saisies autorisées et réglées par le Code de procédure. Quant à l'exercice direct des droits et actions, nécessaire dans bien des cas où les saisies ne peuvent s'appliquer, il est évident que cet exercice ne peut en général passer aux créanciers, sans cession du débiteur, que par un jugement obtenu contradictoirement avec celui-ci, après vérification de la qualité de créancier et de l'opportunité de la subrogation requise. Le tout, bien entendu, sauf les règles particulières aux cas de faillite ou de cession de biens. (*Note de* M. Demante.)

l'expression du législateur la règle est plus générale que ne pourrait le faire croire l'intitulé de la section. Ce ne sont pas seulement les droits résultant de conventions, mais les droits quelconques qui peuvent être exercés par les créanciers, car tous les droits qui auront pu être considérés comme le gage des créanciers peuvent, quelles que soient leur origine et leur nature, être exercés par eux. 2° Le droit de gage dont parle l'art. 2093 étant un droit de gage imparfait et collectif qui n'établit aucune préférence entre les divers créanciers d'un même débiteur, et qui frappe tous les biens présents et à venir, l'exercice d'un droit appartiendra aussi bien aux créanciers antérieurs à l'acquisition du droit par le débiteur qu'aux créanciers postérieurs à cette acquisition. En vain ceux-ci diront-ils qu'eux seuls ont pu compter sur l'existence de ce bien dans le patrimoine du débiteur, les premiers répondront victorieusement que leur droit de gage avait pour objet non pas telles ou telles choses déterminées, mais tous les biens qui pourraient advenir au débiteur, et qu'il doit s'exercer sur les biens acquis de même qu'il cesserait de pouvoir s'exercer sur les biens aliénés.

81 *bis*. III. La loi est muette sur les conditions auxquelles elle entend subordonner l'exercice des droits du débiteur par le créancier. Elle laisse par conséquent dans le doute trois points importants : 1° le créancier peut-il agir en vertu de l'art. 1166 quand sa créance n'est pas exigible? 2° Le peut-il sans avoir mis le débiteur en demeure d'agir? 3° A-t-il besoin d'une autorisation judiciaire pour exercer le droit de son débiteur ?

1° La réponse à la première question dépend de celle-ci, l'exercice des droits du débiteur par le créancier est-il un acte conservatoire? Car le créancier à terme peut faire les actes conservatoires, mais il ne peut faire les actes d'exécution. (Art. 1180.) Or, nous verrons, en étudiant les effets de l'acte par lequel le créancier exerce les droits de son débiteur, que cet acte a pour le débiteur des conséquences graves que ne sauraient avoir un acte conservatoire, qu'il altère le droit de disposition que le débiteur avait sur ses biens tant qu'ils n'étaient soumis qu'à un droit de gage imparfait. On dit, il est vrai, que le créancier ne cherche pas à s'approprier le droit du débiteur, qu'il le lui conserve et qu'il ne l'en dépossède pas. Mais conserver le droit du débiteur malgré lui,

le forcer d'agir quand il veut rester passif, substituer dans les affaires de ce débiteur une direction et une volonté étrangères à sa direction et à sa volonté, n'est-ce pas commencer déjà une sorte d'expropriation, une réalisation du gage? Et ne joue-t-on pas sur les mots quand on voit dans l'acte qui produit ces effets un acte conservatoire?

81 *bis*. IV. 2° Pour que le créancier puisse substituer son action à celle du débiteur, il est nécessaire que celui-ci n'exerce pas son droit, personne n'en doute; le débiteur n'est pas dépossédé au profit du créancier, par conséquent il est naturel que le droit soit exercé de préférence par celui à qui il appartient. Mais quand on suppose que le débiteur reste dans l'inaction, il y a lieu de se demander s'il est nécessaire de le mettre en demeure d'exercer son droit avant de se substituer à lui dans cet exercice. La loi n'en dit rien, mais il est difficile de croire qu'elle ait entendu autoriser l'immixtion d'une personne dans les affaires d'une autre sans avis préalable. Quand nous voyons qu'une mise en demeure est nécessaire, même après l'échéance d'un terme, pour autoriser, par exemple, celui qui a stipulé la destruction d'un mur, à faire détruire ce mur aux frais du promettant, nous avons peine à croire que la loi ait autorisé, sans avertissement préalable, l'acte bien plus grave dont nous examinons les conditions; seulement on s'explique parfaitement le silence de la loi sur la nécessité d'une sommation préalable, si, comme nous l'allons voir, elle a tacitement entendu que les créanciers devaient obtenir judiciairement l'autorisation d'agir, parce qu'alors la procédure en autorisation constituera une mise en demeure plus sûre que celle résultant d'une sommation.

81 *bis*. V. 3° La difficulté capitale de la matière, et dont la solution doit exercer une grande influence sur l'ensemble de la théorie de l'article 1166, est celle que nous avons indiquée en troisième lieu. Les créanciers peuvent-ils exercer les droits de leur débiteur sans autorisation spéciale de la justice, ou pour parler le langage consacré, sans se faire subroger judiciairement dans les droits qu'ils veulent exercer?

Plusieurs opinions partagent sur ce point les jurisconsultes. La première s'arme du silence de l'article 1166, qui ne subordonne à aucune condition l'exercice du droit qu'il confère aux

créanciers, elle conclut de ce silence que la loi par sa toute-puissance opère une subrogation qu'il est alors inutile de demander aux tribunaux. Et elle explique cette transmission *ipso jure* de l'exercice des droits, en considérant le débiteur comme ayant donné à ses créanciers un mandat général d'exercer pour lui les droits qu'il négligerait (1).

Les deux arguments sur lesquels s'appuie cette première opinion n'ont rien de concluant. D'abord le silence du texte n'a pas l'importance qu'on lui attribue, parce que le Code Napoléon a dû poser le principe, consacrer le droit, mais qu'il a pu et dû laisser dans l'ombre tout ce qui tenait à la mise en œuvre du droit qu'il consacrait, à la procédure proprement dite. Secondement, quand on présente les créanciers comme mandataires de leur débiteur, c'est plutôt là une explication d'une théorie qu'on suppose démontrée, qu'un argument à l'appui de cette théorie. Si la loi n'était pas douteuse, on pourrait la justifier ainsi; mais la loi est muette, et c'est trancher la question par la question que de dire : les créanciers peuvent agir sans autorisation spéciale parce qu'ils sont mandataires. Il y a plus, si on examine cette doctrine dans les conséquences qu'elle peut produire, on voit qu'elle présente de graves dangers et qu'on doit être heureux de ne pas la trouver expressément admise par la loi. En effet, si les créanciers sont les mandataires du débiteur, on doit en déduire nécessairement que les actes faits par eux lui sont opposables et notamment que la chose jugée contre eux est jugée contre lui. De sorte que le débiteur pourra voir ses intérêts gravement compromis par un créancier qui aura, en temps inopportun et sans preuve suffisante, intenté pour lui une instance judiciaire (2).

Un autre système part de l'idée, qu'exercer le droit du débiteur c'est commencer une poursuite d'expropriation forcée contre lui, que dès lors, l'exercice du droit conféré par l'article 1166 doit être subordonné aux conditions générales des saisies. Or, la

(1) C. c., 23 janvier 1849; Dev., 1849, 1-53; C. c., 9 juillet 1851; Dev., 1851, 1-593.

(2) Aussi la Cour de cassation, ch. civ.. Rejet, 26 juillet 1854 (Dev., 1854, 1-563), admet que les tribunaux peuvent décider si l'exercice de l'action est utile et nécessaire, et par là elle me paraît s'approcher beaucoup du système qui exige l'autorisation judiciaire préalable.

garantie principale du débiteur en matière de saisie, c'est la nécessité de l'existence d'un titre exécutoire entre les mains du créancier. On exige donc que le créancier soit muni d'un titre exécutoire, mais de même que l'autorisation de la justice n'est pas nécessaire pour saisir, de même cette autorisation sera inutile pour que le créancier puisse exercer le droit du débiteur. Seulement pour conserver au débiteur les mêmes garanties qu'en matière de saisie, le créancier devra lui notifier l'usage qu'il fait du droit que lui confère l'article 1166, comme on lui notifierait la saisie d'un de ses immeubles (1).

Ce système a sur le premier l'immense avantage de ne pas laisser aussi complétement le débiteur à la discrétion de ses créanciers, il le protége contre l'immixtion de prétendus créanciers dont les droits ne seraient pas même justifiés en apparence, il ne conduit pas à ce résultat effrayant qui donnait au jugement rendu contre le créancier force de chose jugée contre le débiteur; mais s'il tient un compte suffisant des intérêts du débiteur dont on exerce les droits, il ne sauvegarde pas ceux des tiers contre lesquels ces droits sont exercés. S'il s'agit en effet d'intenter une action contre le possesseur d'un bien revendiqué au nom d'un débiteur, ou contre un prétendu débiteur de ce débiteur, la loi n'a pu consacrer un système qui permettrait à chaque créancier et au débiteur lui-même de reçommencer le procès. Or, si le créancier qui intente le procès agit en vertu d'un droit propre, il est clair que le jugement rendu contre lui n'a force de chose jugée que contre lui. Le défendeur pourrait, il est vrai, se prémunir contre l'éventualité d'un second procès en exigeant la mise en cause du débiteur, mais alors si ce débiteur refuse d'intervenir au procès, et que la justice déclare néanmoins que le jugement produira ses effets contre lui, il est clair qu'on sera revenu par un chemin détourné au système de l'autorisation, seulement la subrogation du débiteur dans l'action du créancier, au lieu d'être préalable à l'action, aura lieu après l'action intentée.

Ces difficultés et ces objections ne se présentent pas quand on soumet toujours et préalablement à l'autorisation judiciaire l'exercice des droits du débiteur par le créancier. C'est le sys-

(1) V. un article de notre collègue M. Labbé, professeur à la Faculté de Paris — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 9, septembre 1856.

tème que M. DEMANTE a indiqué dans la note que nous avons reproduite sur le n° 81. Quand l'exercice des droits du débiteur ne peut avoir lieu par la voie d'une des saisies réglées et organisées par le Code de procédure, le créancier ne peut pas de lui-même réaliser le droit de gage imparfait qu'il a sur les biens de son débiteur, et à défaut de dispositions spéciales comme celles qui règlent les formalités et les délais des procédures de saisie, on crée arbitrairement une procédure, si on donne au débiteur d'autres garanties que celle résultant de l'intervention de la justice. Cette intervention d'ailleurs est surtout utile en ce qu'elle met régulièrement le créancier qui agit au lieu et place du débiteur et des autres créanciers, et qu'elle protége en même temps le débiteur contre une immixtion irrégulière, et l'adversaire de ce débiteur contre la réitération possible de pareilles poursuites.

81 *bis*. VI. Il faut maintenant se rendre compte des résultats que produit l'exercice du droit du débiteur par un créancier. Les uns sont antérieurs et les autres postérieurs à la réalisation du droit du débiteur, c'est-à-dire que certains effets sont produits par la poursuite même du créancier, et les autres par le succès de cette poursuite.

D'abord par le seul fait que le créancier a été judiciairement subrogé aux droits du débiteur, et pourvu qu'il lui ait fait régulièrement connaître cette subrogation par une notification, il devient impossible au débiteur de faire aucun acte qui nuise à ce créancier ; il ne peut ni aliéner son droit, ni transiger avec le tiers : les jugements rendus contre lui ne sont pas opposables au créancier, et des causes de compensation ne peuvent de son chef diminuer la dette, si ces jugements ou ces causes de compensation sont postérieurs à la signification du jugement de subrogation.

Si maintenant nous nous plaçons après que le créancier a réussi à obtenir le bénéfice du droit qu'il exerçait au nom du débiteur, il faut constater que ce bénéfice ne lui est pas exclusivement réservé, qu'il n'existe en sa faveur aucune cause de privilége, qu'il a seulement conservé à la masse des créanciers une valeur faisant partie du patrimoine, leur gage commun, et que par conséquent cette valeur, comme tout le reste du patrimoine, doit être partagée proportionnellement entre tous les créanciers, conformément à l'article 2093.

81 *bis*. VII. Les règles précédentes reçoivent exception dans quelques cas particuliers où la loi a accordé à certains créanciers d'un créancier une action directe contre le débiteur de celui-ci, ce qui rend inutile la subrogation judiciaire, et ce qui permet en outre au créancier de s'attribuer exclusivement le bénéfice de son action sans y faire participer les autres créanciers du même débiteur. (V. art. 1753, 1798, 1994, *in f.*, *C. N.*, 133 *C. de procéd.*) Ces divers créanciers sont placés par la loi dans la position de créanciers privilégiés, c'est à leurs dépens que leur débiteur a acquis le droit qu'il s'agit d'exercer : ils ont mis dans son patrimoine la valeur sur laquelle ils élèvent des prétentions, et si cette valeur restait le gage commun de tous les créanciers du même débiteur, ceux-ci profiteraient de la valeur créée, au détriment du créateur de cette valeur. Ces raisons qui ont fait admettre le privilége du vendeur, de celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose, de l'architecte, et d'autres encore, sont bien suffisantes pour expliquer la préférence accordée au bailleur primitif sur les autres créanciers du locataire principal, aux ouvriers sur les autres créanciers de l'entrepreneur, au mandant ou à l'avoué sur les autres créanciers du mandataire ou de la partie qui a été représentée par l'avoué.

81 *bis*. VIII. Tous les droits du débiteur ne peuvent pas être exercés par les créanciers. D'après l'article 1166 il en est qui sont exclusivement attachés à la personne, et, bien que le texte ne dise pas quels sont ces droits, il ne serait pas difficile d'en énumérer un certain nombre. Mais si au lieu d'une énumération on cherche une règle, si on veut déterminer les caractères auxquels on reconnaîtra un droit exclusivement attaché à la personne, on ne peut pas procéder avec certitude, puisque la loi s'est contentée d'employer l'expression vague que nous venons de rappeler, et de donner çà et là quelques décisions isolées qui ne permettent guère de construire l'ensemble d'un système.

On peut cependant, en prenant pour point de départ la nature du droit qu'exercent les créanciers sur les biens de leurs débiteurs, arriver à caractériser certaines classes de droits. — Les créanciers agissent en vertu d'un droit de gage imparfait sur les biens de leur débiteur : d'où il est facile de conclure qu'un droit qui n'aura pu être l'objet d'une convention de gage, ne pourra

pas être exercé par un créancier. Ce qui met en dehors de l'article 1166 : 1° les droits qui ne présentent aucun intérêt pécuniaire; 2° les droits déclarés incessibles par la loi. Les premiers ne peuvent procurer aucun avantage aux créanciers, les autres ne peuvent pas plus être l'objet d'une cession générale et tacite que d'une cession spéciale et expresse. — Ainsi dans la première classe se placent les droits accordés aux pères et mères sur la personne de leurs enfants, les droits de tutelle, d'administration légale du père, les actions et réclamations d'état quand elles sont principales (à la différence des actions et réclamations d'état intentées à l'appui d'une pétition d'hérédité et comme moyen destiné à faire réussir cette action).

Comme appartenant à la seconde classe, nous pouvons citer les droits d'usage et d'habitation, ceux énumérés par les articles 581 et 582 du Code de procédure, et nous devons ajouter le droit d'exercer le retrait successoral (art. 841). Ce droit ayant pour but d'écarter les étrangers du partage d'une succession, il est impossible d'admettre pour l'exercer soit des cessionnaires, soit des créanciers, car on substituerait alors des étrangers à ceux qui seraient écartés par le retrait.

81 *bis*. IX. Après avoir indiqué ces deux grandes classes de droits, il est impossible de procéder ainsi par catégories. Il reste à citer le droit de demander la séparation de biens, dont l'exercice est interdit aux créanciers de la femme par l'article 1446, et sur les autres il n'est possible que de statuer par analogie, ce qui laisse par conséquent une assez grande latitude à l'interprétation et à la discussion.

On peut remarquer que si l'article 1146 réserve à la femme le droit de demander sa séparation, c'est que le Code a voulu lui laisser l'appréciation personnelle des sacrifices pécuniaires que peuvent exiger la paix de son ménage et l'honneur du nom de ses enfants. On doit conclure de cet exemple qu'il peut exister des droits qui, par leur nature, doivent dépendre entièrement du libre exercice de la volonté. Il reste à déterminer quels sont ces droits.

Nous placerons en première ligne le droit de demander la séparation de corps, droit dont l'exercice peut avoir quelque intérêt pécuniaire, mais qui plus encore que celui de demander la sépa-

ration de biens, doit être le résultat d'une volonté libre et personnelle. Nous citerons encore le droit de faire révoquer une donation pour ingratitude (V. t. 4, n° 100 *bis*. VIII), et celui d'obtenir des dommages et intérêts en réparation de crimes ou délits contre la personne. La personne en effet n'était pas le gage des créanciers, et il doit dépendre de la partie lésée d'apprécier si elle juge convenable d'estimer à prix d'argent ce que valent les souffrances qu'elle a personnellement endurées. Enfin nous pouvons encore citer le droit de révoquer une donation faite entre époux, comme un droit dont l'exercice doit être abandonné au libre arbitre de la partie.

81 *bis*. X. On a voulu en dire autant des actions en nullité des conventions pour cause de violence, d'erreur ou de dol, et pour cause de minorité. On s'est appuyé sur ce que dans ces cas la partie seule pouvait apprécier si elle avait été victime d'un dol, d'une erreur ou d'une violence, ou si sa volonté avait été suffisamment réfléchie; on a même prétendu trouver un argument de texte dans l'article 2012 qui applique au moyen tiré de la minorité la qualification de moyen purement personnel paraissant synonyme de celle-ci, exclusivement attaché à la personne. Il faut cependant accorder aux créanciers l'exercice de ces actions; en effet, quand on dit que le contractant seul peut savoir si sa volonté a été libre, on confond l'exercice de l'action avec le moyen de justifier la demande en nullité. Il peut être plus difficile pour les créanciers du contractant que pour celui-ci de prouver les faits à l'appui de la demande en rescision, mais ce n'est pas une raison pour les dépouiller de l'action elle-même. S'il s'agit d'une question de capacité on peut bien, il est vrai, prétendre que le contractant est seul juge de la valeur du consentement qu'il a donné, et qu'il peut en conscience vouloir ratifier l'obligation; mais ces considérations ne doivent pas avoir plus de force qu'en matière de prescription, où, bien qu'on puisse également alléguer que le débiteur peut seul savoir si son obligation est éteinte, qu'il peut répugner en conscience à opposer la prescription, cependant les créanciers peuvent l'invoquer de son chef, parce que la loi a pensé qu'il ne fallait pas, même en se déterminant par des scrupules louables, préférer des créanciers dont les droits sont douteux, à d'autres dont les droits sont cer-

tains. Quant à l'argument tiré de la prétendue synonymie entre les expressions : exceptions purement personnelles (art. 2012), et droits exclusivement attachés à la personne (art. 1166), elle méconnaît cette règle que les mots doivent être entendus *secundum subjectam materiam*, que par exemple on appelle enfants naturels les enfants nés hors mariage, quand on les oppose aux enfants légitimes, et les enfants nés du mariage quand on les oppose aux enfants adoptifs. Or, c'est précisément ainsi qu'il faut entendre les mots de l'article 2012, il faut comprendre qu'ils sont opposés aux mots : exceptions réelles, qu'ils désignent les moyens de défense spéciaux au débiteur principal, par opposition à ceux dont pourrait profiter la caution elle-même. Il n'y a rien là qui ait pu rappeler au législateur la distinction indiquée par l'article 1166 et qui puisse nous servir à interpréter cette distinction.

82. Par suite du principe contenu dans l'art. 2093, et pour que la mauvaise foi des débiteurs ne puisse soustraire aux créanciers leur gage, la loi permet à ceux-ci d'attaquer les engagements pris, et généralement tous actes faits par le débiteur, en fraude de leurs droits. Notre Code ne distingue même pas, à cet égard, entre les actes par lesquels le débiteur se dépouille, et ceux par lesquels il manque seulement d'acquérir. V. art. 1167, al. 1, et à ce sujet, art. 622, 788, 1053, 1447, 1464; C. pr., art. 474, 873; C. comm., art. 446-449.

82 *bis*. I. L'article 1166 nous a montré les créanciers profitant des droits de leur débiteur, se mettant à sa place pour exercer ses droits et agir en son nom. L'article 1167, au contraire, consacre en faveur des créanciers un droit que n'aurait pas le débiteur, celui d'attaquer, de faire révoquer les actes qu'il a faits; aussi l'article a-t-il soin d'exprimer que les créanciers agissent en leur nom personnel. Pour faire révoquer des actes consommés il faut nécessairement s'adresser à la justice, intenter une action. Cette action qui a pour but de faire révoquer les actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers, est ordinairement désignée sous le nom d'action *révocatoire* ou *Paulienne*. Cette dernière dénomination qui lui était donnée par les Romains, du nom du

préteur qui l'avait introduite dans l'édit, lui a été conservée dans la doctrine française, comme un vestige de son origine romaine.

Dans l'article 1167, comme dans l'article 1166, le Code Napoléon s'est contenté de poser un principe sans donner aucun développement, et il y a tout lieu de le regretter, parce que la matière présente un très-grand nombre de points à régler, et que la doctrine est obligée de les traiter sans autre guide que la raison et la tradition. Nous examinerons successivement : 1° quels actes peuvent être attaqués par l'action révocatoire ; 2° quelles personnes peuvent intenter l'action; 3° à quelles conditions elle est subordonnée; 4° contre quelles personnes l'action peut être dirigée; 5° quelles sont les conséquences de l'action; 6° quelle est sa durée.

82 *bis*. II. 1° Les créanciers qui intentent l'action révocatoire ou Paulienne, attaquent les actes de leurs débiteurs comme faits en fraude de leurs droits; c'est-à-dire qu'ils agissent en vertu du droit de gage imparfait qu'ils ont sur tout le patrimoine de leur débiteur (art. 2093). Il ne s'agit plus ici comme dans l'article 1166 d'exercer purement et simplement ce droit de gage, il faut le revendiquer sur des biens qui ont cessé d'appartenir au débiteur, et à défaut d'un droit de suite proprement dit qu'ils pourraient avoir si leur gage n'était pas imparfait, ils ont une sorte de droit de suite subordonné à cette condition que l'acte a été fait en fraude de leurs droits.

En tenant compte du lien qui unit l'article 1167 à l'article 1166, on arrive à ce résultat que tout acte du débiteur qui sera l'exercice d'un droit que ses créanciers n'auraient pas pu exercer en son nom, sera inattaquable par l'action révocatoire. A quoi servirait en effet la révocation, puisque le droit dont le débiteur aurait disposé n'était pas le gage des créanciers? Ainsi le débiteur aura renoncé à une action en révocation de donation pour ingratitude, il se sera désisté d'une action en retrait successoral, il aura fait un acte de puissance paternelle, etc. Tous ces actes échappent à l'action révocatoire des créanciers, parce que ceux-ci n'auraient pas pu exercer les droits dont il est disposé par ces actes.

82 *bis*. III. Il faut tirer encore une autre conséquence du rapprochement que nous faisons entre le droit d'agir pour le débi-

teur et le droit de faire révoquer les actes qu'il a faits. De même que les créanciers ne pourraient pas, sous le prétexte d'exercer les droits de leur débiteur, substituer leur initiative à la sienne, administrer son patrimoine à sa place, acheter pour lui, donner à bail en son nom, pour profiter de propositions avantageuses qu'il ne serait pas disposé à accepter : de même quand le débiteur a repoussé une proposition de vente, d'achat, de louage, d'échange, les créanciers ne pourraient pas faire annuler ce refus comme frauduleux, pour augmenter leur gage du bénéfice que le débiteur n'a pas voulu ou n'a pas osé faire. S'il en était autrement, l'administration des biens du débiteur passerait entièrement dans les mains de ses créanciers, et il faudrait, pour être conséquent, autoriser ceux-ci à rechercher une augmentation de leur gage par tous les moyens possibles, à faire construire ou à démolir, parce que le propriétaire a le droit de bâtir ou de détruire sur son fonds. En un mot, ce ne seraient pas seulement les actes du débiteur, mais ses déterminations, ses résolutions qui dépendraient de ses créanciers. Or, quand la loi a parlé des actes des débiteurs, elle a eu en vue les actes juridiques et non pas les intentions ou les simples manifestations de volonté ne produisant pas ou n'éteignant pas de droits.

L'article 2092 reconnaît, il est vrai, que le droit de gage des créanciers frappe les biens présents et à venir du débiteur. Mais il ne faut pas exagérer la valeur de ces derniers mots, ils ne signifient pas que les biens futurs du débiteur soient le gage des créanciers, tant qu'ils n'appartiennent pas au débiteur, mais seulement que le droit des créanciers n'est pas limité aux biens qui appartenaient au débiteur lorsqu'il a contracté, et qu'il frappera au fur et à mesure des acquisitions les biens acquis postérieurement.

On peut donc aujourd'hui considérer comme vraie, mais en la restreignant aux cas que nous venons d'indiquer, la règle romaine qui soumettait seulement à l'action Paulienne les actes par lesquels le débiteur diminuait son patrimoine à l'exclusion de ceux par lesquels il refusait de l'augmenter (1). Toutefois les conséquences que les jurisconsultes romains tiraient de cette

(1) *Pertinet edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunne locupletentur. D. fr. 6. p. quæ in fraudem.*

règle ne sont plus toutes exactes en droit français, à raison d'autres changements survenus dans le droit. Ainsi la renonciation à une succession peut être attaquée par les créanciers (art. 788), parce que de nos jours la succession est acquise de plein droit et que la renonciation a réellement pour résultat l'extinction d'un droit qui s'était fixé sur la tête de l'héritier. Nous en dirons autant de la renonciation à un legs, parce que le legs est acquis au légataire par le seul effet de la mort du testateur (art. 1014). Mais il faudrait donner une solution tout opposée à propos de la renonciation à une donation entre vifs non encore acceptée. La donation n'est pas, comme le legs, parfaite par la seule volonté du disposant, elle n'existe que par le concours des deux volontés: jusqu'à ce concours, il y a une offre, une pollicitation, une proposition, mais aucun droit n'est encore né, le gage de créancier n'est donc pas accru à la suite de cet acte imparfait, de sorte que la déclaration de ne pas vouloir accepter peut tromper l'espérance des créanciers, mais ne porte pas atteinte à leurs droits.

On a quelquefois cité l'art. 2225 comme contraire à la règle romaine et démontrant qu'elle a été abandonnée par les rédacteurs du Code Napoléon. De ce que les créanciers peuvent attaquer une renonciation à une prescription on a conclu qu'ils pourraient se plaindre de ce que le débiteur manquait d'acquérir. Mais si on tient compte de la définition que la loi donne de la prescription, on verra que le Code qui traitait du droit des créanciers, dans la section même où il avait défini la prescription, devait considérer la renonciation à la prescription comme un acte qui diminue véritablement le patrimoine. En effet, l'art. 2219 définit la prescription un moyen d'acquérir ou de se libérer, d'où cette conséquence que l'acquisition ou la libération est consommée par le laps de temps et que renoncer au bénéfice de la loi c'est aliéner ou s'obliger, c'est diminuer son patrimoine. On peut contester l'exactitude de la définition légale, mais les rédacteurs de l'art. 2225 devaient avoir foi dans la formule de l'art. 2219, il ne faut donc tirer de l'art. 2225 aucune conséquence qui prendrait un point de départ autre que la définition légale de la prescription.

Nous ne terminerons pas sur cette question sans reconnaître que le texte du programme de M. DEMANTE attribue aux rédac-

teurs du Code l'intention de ne pas distinguer entre les actes qui diminuent le patrimoine et ceux qui font obstacle à son augmentation; mais les raisons que nous avons données nous ont empêché d'accepter cette doctrine, qui n'est du reste pas développée dans le programme, et que M. DEMANTE n'aurait peut-être pas poussée jusqu'aux conséquences qui nous paraissent en découler.

82 *bis*. IV. Dans les limites que nous venons d'indiquer tous les actes du débiteur peuvent être attaqués par ses créanciers, qu'ils soient à titre gratuit ou onéreux, qu'il s'agisse de conventions ou d'actes de la volonté isolée du débiteur, d'aliénations, de constitutions de droits réels, d'obligations contractées, de remises de dettes, de renonciations à des droits acquis. Les conditions de l'action Paulienne pourront différer quelque peu suivant les cas, mais l'action sera donnée quelle que soit la nature des actes. Les jugements eux-mêmes peuvent être attaqués avec succès quand le débiteur s'est laissé condamner par suite d'une entente frauduleuse avec la partie adverse; les créanciers auraient alors la voie de la tierce opposition contre les jugements.

82 *bis*. V. 2° L'action révocatoire appartient aux créanciers, c'est-à-dire à plusieurs ou à un d'entre eux, car l'expression de l'art. 1167 n'implique pas la nécessité d'une action collective de la part des créanciers; il serait impossible en fait qu'une procédure fût intentée au nom de tous les créanciers, pour la plupart inconnus, et à moins de créer tout un système analogue à celui du Code de commerce en matière de faillite, à moins de convoquer les créanciers, de les faire délibérer à la majorité des voix, il serait impossible d'obtenir leur assentiment à la poursuite de l'action révocatoire.

Il est cependant certains créanciers qui doivent être privés de l'action révocatoire, ce sont les créanciers postérieurs à l'acte attaqué. Ils ne peuvent se plaindre d'une fraude dont ils n'ont pas souffert, de la diminution d'un gage qui ne leur a pas été donné plus complet; à l'époque où ils ont contracté, le bien aliéné était déjà sorti du patrimoine, leur droit de gage n'a jamais reposé sur ce bien, l'action révocatoire ne leur appartient pas. Nous verrons plus tard (n° 82 *bis*. XV) s'ils ne pourraient pas profiter indirectement de l'action intentée par d'autres; mais certainement ils ne pourraient l'intenter eux-mêmes.

82 *bis*. VI. 3° Les actes du débiteur peuvent être révoqués quand ils ont été faits en fraude des créanciers. Telle est la formule de l'art. 1167. Reste à décomposer l'expression de la loi, à rechercher quels sont les éléments de la fraude. Ces éléments sont au nombre de deux, un fait et une intention: préjudice causé aux créanciers et intention de causer ce préjudice. *Eventus fraudis, consilium fraudandi* (1).

82 *bis*. VII. Le préjudice causé aux créanciers consiste dans la diminution de leur gage devenu insuffisant pour les payer, ou dont l'insuffisance déjà existante augmente à raison de l'acte du débiteur. C'est en effet l'insolvabilité du débiteur qui nuit aux créanciers, soit qu'elle résulte de l'acte, soit qu'elle augmente par l'effet de cet acte. Tant que le patrimoine du débiteur suffit à payer les créanciers, ceux-ci n'ont pas à se plaindre d'un acte qui diminue ce patrimoine, mais qui n'est pas menaçant pour leurs intérêts. Aussi la première défense qui peut être opposée à l'action révocatoire, est-elle tirée de la solvabilité du débiteur, c'est-à-dire de l'absence de préjudice éprouvé par les créanciers. Le défendeur à l'action révocatoire jouit donc d'une sorte de bénéfice de discussion; mais il est dans une meilleure condition que les personnes qui jouissent du bénéfice de discussion proprement dit, parce que son droit ne se rattachant pas à l'art. 2023 n'est pas assujetti dans son exercice aux conditions imposées par cet article, il ne doit pas notamment faire l'avance des frais de discussion ni indiquer les biens à discuter, puisque le demandeur obligé de prouver son droit, qui a pour point de départ un préjudice éprouvé, doit établir qu'il éprouve ce préjudice, c'est-à-dire que le débiteur était insolvable.

82 *bis*. VIII. L'insolvabilité du débiteur ne doit être prise en considération que quand elle existait lorsque l'acte a été fait ou qu'elle en a été le résultat immédiat, de même que l'effet de l'acte sur le patrimoine doit être apprécié tel qu'il se produisait nécessairement au moment où on l'a fait, et non pas tel qu'il s'est produit à raison de circonstances postérieures. Ainsi le débiteur a fait un échange d'objets de valeurs égales, mais la chose qu'il a reçue a péri ou a perdu une notable valeur par des circonstances fortuites, les créanciers ne peuvent attaquer l'échange, parce que

(1) V. *Inst.*, § 3, t. 4, l. 1er.

l'action révocatoire est donnée contre les actes faits en fraude, et que par conséquent, indépendamment de la question d'intention, il ne suffit pas que leurs conséquences éloignées soient nuisibles aux créanciers, mais il faut qu'au moment où ils ont été faits ils leur aient porté préjudice.

Il ne suffit pas que l'acte porte préjudice aux créanciers, il faut que le débiteur ait eu l'intention de causer ce préjudice; c'est cette intention qui distingue les actes frauduleux des actes simplement préjudiciables aux créanciers. Cette intention, du reste, se manifeste d'une manière suffisante par la conscience qu'a eue le débiteur du préjudice qu'il causait à ses créanciers, c'est-à-dire la connaissance qu'il avait et de son insolvabilité et des résultats préjudiciables de l'acte qu'il accomplissait. Il n'est pas nécessaire pour obtenir la révocation de l'acte de scruter la volonté intime du débiteur et d'y trouver une intention malveillante pour les créanciers, il suffit qu'il ait eu connaissance des faits qui rendaient l'acte dangereux pour leurs intérêts. A l'inverse, quand un débiteur a diminué sciemment son patrimoine, mais dans l'ignorance du mauvais état de ses affaires, il n'a pas cru nuire à ses créanciers, il est impossible de trouver dans sa volonté rien qui ressemble à l'intention de frauder, et l'action révocatoire ne peut être donnée, car elle ne protége les créanciers que contre la fraude.

32 *bis*. IX. Des deux conditions auxquelles est subordonnée l'action révocatoire, la seconde, l'intention de frauder, est exigée alors même qu'il s'agit de révoquer un acte à titre gratuit. C'est la doctrine romaine admise dans le droit ancien, et rien dans la rédaction de l'art. 1167 ne permet de croire qu'on ait voulu sur ce point rompre avec la tradition. Nous savons quel sens on a toujours attaché au mot fraude, et l'article ne déclare révocables que les actes faits en fraude. On comprendrait il est vrai un système qui préférerait au donataire les créanciers du donateur même de bonne foi; mais ce système serait nouveau, il bouleverserait les théories de la loi, il appliquerait aux donations entre vifs la règle *nemo liberalis nisi liberatus* qui n'est applicable qu'en matière de legs, il donnerait à des créanciers chirographaires une sorte de droit de suite sur des biens aliénés, et il faudrait, pour attribuer au Code Napoléon une pareille disposition, trouver dans

sa rédaction la preuve manifeste d'une intention sur ce point. Cette preuve cependant ne se trouve ni dans l'art. 1167, dont les termes sont généraux, ni dans d'autres articles du Code. On rencontre il est vrai quelques dispositions spéciales dans lesquelles la loi semble se contenter de la preuve du préjudice, pour accorder l'action révocatoire contre des actes gratuits. (V. art. 622, 788, 1053, 2225.) Mais outre que le sens de ces articles est lui-même assez douteux pour qu'il soit dangereux d'y voir la base d'une théorie, il faut remarquer qu'il ne s'agit pas dans ces articles de donations, mais de renonciations, et qu'il ne serait pas sûr de conclure, de ce que la loi a dit pour la renonciation, à ce qu'elle pense de la donation. L'un de ces actes est l'œuvre d'une seule volonté et l'autre le résultat du consentement de deux personnes, de sorte qu'on peut concevoir que la loi, entre une renonciation, acte d'un seul dont le bénéfice n'arrive à un tiers qu'indirectement, et une donation, acte de deux volontés, dont le but était d'investir directement et immédiatement d'un droit l'une des parties, révoque plus facilement le premier de ces deux actes que le second.

82 *bis*. X. Si, à défaut de dispositions spéciales, on doit décider que les donations ne sont révocables qu'au cas de fraude, il n'en est pas de même des renonciations dont nous venons de parler incidemment. Nous avons cité les articles qui semblent subordonner la révocation de ces actes à la preuve du simple préjudice (art. 122, 788, 1053, 2225); et cependant, malgré le texte de ces articles, un grand nombre de jurisconsultes pensent que les renonciations elles-mêmes sont soumises à la règle générale, qu'elles ne sont révoquées qu'au cas de fraude. On commence en effet par écarter de la question l'art. 2225, qui ne traite peut-être pas de l'action révocatoire, mais de l'action fondée sur l'article 1166, et en restreignant la difficulté aux art. 622, 788 et 1053, on fait remarquer qu'ils sont antérieurs à l'art. 1167 : que par conséquent les rédacteurs du Code pouvaient réserver la décision à prendre sur les conditions de l'action Paulienne : que tout ce qui a été dit avant l'art. 1167, siége de la matière, n'a pas d'importance : et que la règle générale rétroagit en quelque sorte pour expliquer les dispositions spéciales antérieures. On constate, en terminant, pour confirmer toute cette

théorie, que l'art. 1464 soumet à la preuve de la fraude la révocation de la renonciation à la communauté, sans qu'on puisse trouver à cette différence entre l'art. 788 et l'art. 1464, aucune raison, si ce n'est que l'un est antérieur et l'autre postérieur à l'art. 1167.

Dans le sens de la même opinion, quand on ne veut pas accuser le législateur de n'avoir pas prévu, aux art. 622 et 788, ce qu'il écrirait sur l'art. 1167, on prétend que le texte de ces trois articles est parfaitement en harmonie, parce que, dit-on, quand les articles 622 et 788 traitent d'une renonciation faite au préjudice des créanciers, ils ont en vue, par une sorte de latinisme, des actes faits pour préjudicier, *ad præjudicium*, dans le but de nuire, par conséquent en fraude.

M. Demante a exposé, sur les art. 622 et 788, les raisons qui l'ont déterminé à rejeter cette opinion. Il a montré les rédacteurs du Code substituant, dans les articles en question, le mot préjudice au mot fraude sur l'observation du Tribunal de cassation, et comme depuis le droit romain le sens de ces expressions était bien fixé, ainsi que les principes de l'action Paulienne, il a induit de cette substitution que le Code avait voulu excepter les renonciations de la règle générale. Cette observation répond à la fois à ceux qui pensent que le Code avait réservé sa décision jusqu'à l'art. 1167, et à ceux qui voient dans les mots au préjudice un synonyme des mots en fraude. Il est vrai que l'art. 1464 n'est plus en harmonie avec l'art. 788, mais on s'explique parfaitement que dans une correction des articles du projet celui-là ait été oublié, et, si on ne peut pas dans l'application changer le texte de cet article, ce n'est pas une raison pour ne pas tenir compte du texte des deux autres.

Nous n'avons pas parlé de l'art. 1053 parce que la renonciation à la substitution est, de l'aveu de tous, soumise à des règles particulières, et nous avons exposé (t. 4, n° 212 *bis*. VIII) les raisons spéciales qui, dans tous les systèmes, justifient l'exception que la loi a faite à l'art. 1167.

82 *bis*. XI. 4° L'action révocatoire est dirigée contre la personne qui a profité de l'acte attaqué : l'acquéreur, par exemple, s'il s'agit d'une aliénation, le créancier s'il faut faire révoquer une obligation, le débiteur si on attaque une remise de dette, le

cohéritier ou l'héritier du degré subséquent, si les créanciers se plaignent d'une renonciation à une succession. Mais parmi ces personnes, il est important de faire une distinction entre celles qui ont profité d'un acte à titre gratuit et celles qui ont retiré un bénéfice d'un acte à titre onéreux. Les premières ne sont pas défendues contre l'action révocatoire par leur bonne foi, les autres ne peuvent être attaquées que si elles sont complices de la fraude, c'est-à-dire si elles ont eu connaissance des circonstances qui faisaient de l'acte du débiteur un acte frauduleux.

Nous n'avons pas distingué les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit autres que les renonciations, quand il s'est agi de la bonne foi ou de la mauvaise foi du débiteur; dans tous les cas, nous avons exigé qu'il fût de mauvaise foi. La tradition du droit romain et du droit français ancien, et le silence du Code ne permettaient guère de supposer qu'on avait voulu consacrer une nouvelle doctrine. Mais quand il s'agit de la bonne ou de la mauvaise foi de la partie qui a traité avec le débiteur, ou plus généralement qui profite de l'acte frauduleux, nous trouvons au contraire une distinction très-ancienne, constante depuis le droit romain jusqu'au Code, et le laconisme de l'art. 1167 ne peut faire supposer qu'on ait voulu l'abandonner (1). On doit ajouter que les articles 446 et 447 C. com. contiennent une application de cette théorie ancienne qui pourrait au besoin lui servir de confirmation. La raison, du reste, accepte facilement une décision qui met les créanciers, dont l'intérêt est d'éviter une perte, avant les donataires que la révocation n'appauvrit pas, et qui, entre les créanciers et les acquéreurs à titre onéreux, menacés également d'une perte, les uns par la révocation, les autres par la non-révocation, ne préfère les créanciers qu'autant que les acquéreurs sont de mauvaise foi.

Il faut au surplus, pour que la décision qui distingue entre les acquéreurs à titre onéreux et ceux à titre gratuit ne contienne pas un piége pour ces derniers, reconnaître avec le droit romain qu'ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de ce dont ils se sont enrichis, et ajouter avec l'art. 549 qu'ils garderont les fruits par eux perçus de bonne foi (2).

(1) *D. fr.*, 6, § 11, *Quæ in fraudem.* — Pothier, t. 5, coutume d'Orléans, n° 67. — Oblig., n° 153.

(2) *D. fr. cit. in f.*

82 *bis*. XII. Le droit des créanciers serait bien souvent illusoire s'ils n'avaient action que contre celui qui a directement profité de l'acte frauduleux. Toutes les fois que cet acte aura été une aliénation, une constitution de droits réels, ou une renonciation à un droit réel, les créanciers ne seront efficacement protégés que si leur action peut être dirigée contre l'ayant-cause de celui qui avait au premier degré profité de l'acte frauduleux. Il reste à examiner si l'action révocatoire peut recevoir cette extension.

En règle générale, nul ne peut transférer sur une chose plus de droit qu'il n'en a lui-même (art. 2125), d'où on conclut naturellement que celui qui a succédé au débiteur, n'ayant qu'un droit révocable, n'a pu transférer qu'un droit révocable. Cependant cette décision ne saurait être admise sans une distinction. Dans la matière que nous traitons on a toujours refusé d'appliquer la règle de l'article 2125 aux acquéreurs à titre onéreux de bonne foi. Car, bien que le débiteur n'ait pas le droit d'aliéner en fraude de ses créanciers, on maintient cependant l'aliénation qu'il a faite au profit d'un ayant-cause à titre onéreux et de bonne foi. Dès qu'on entre dans cette voie il faut, pour être conséquent, considérer les acquéreurs à titre onéreux à tous les degrés comme préférables aux créanciers, pourvu qu'ils aient acquis de bonne foi. Cette réserve en faveur des sous-acquéreurs est d'autant plus nécessaire qu'ils sont moins bien placés que les acquéreurs en premier ordre pour connaître l'état des affaires de l'aliénateur primitif, et qu'on les exposerait le plus souvent à une perte considérable, sans qu'on pût leur reprocher même une négligence, quand ils auraient traité dans l'ignorance de la situation de leur auteur médiat.

Les sous-acquéreurs à titre onéreux de mauvaise foi, ou les sous-acquéreurs à titre gratuit, sont au contraire exposés à l'action révocatoire, parce qu'à leur égard il n'y a pas de raison spéciale qui paralyse la règle de l'article 2125 (1).

Nous avons énuméré parmi les sous-acquéreurs exposés à l'action révocatoire, les ayant-cause de celui qui a profité de la renonciation du débiteur à un droit réel. D'après la théorie de M. Demante que nous avons rappelée (n° 82 *bis*. X), ces actes

(1) *D. fr.*, 9, *Quæ in fraudem.*

sont révocables à raison du préjudice causé, sans qu'il y ait fraude. Par conséquent, la bonne foi de l'acquéreur en second ordre devra consister dans l'ignorance du préjudice causé aux créanciers; nous ne parlons pas de la bonne foi de celui qui, au premier degré, a profité de la renonciation, par exemple du nu propriétaire ou du propriétaire du fonds servant dans le cas de renonciation à un usufruit ou à une servitude, car la renonciation est par elle-même un acte gratuit, et qu'alors la bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur est indifférente.

82 *bis*. XIII. 5° L'effet de l'action révocatoire est de faire considérer comme non avenus les actes attaqués, par conséquent de faire rentrer fictivement dans le patrimoine du débiteur la valeur qui en était frauduleusement sortie, pour que les créanciers puissent exercer sur cette valeur, comme sur les autres, leur droit de gage. Le jugement qui révoque l'acte frauduleux n'attribue pas aux créanciers le bien dont le débiteur s'était dépouillé, car, s'il en était ainsi, ces créanciers auraient un droit plus puissant sur les biens aliénés par fraude que sur ceux restés dans les mains du débiteur. Seulement ce jugement, écartant les droits des tiers, met en présence les créanciers et le débiteur et permet d'agir sur le bien sorti du patrimoine comme sur les autres, en se conformant aux règles de procédure spéciales à chaque nature de bien. Ainsi le plus ordinairement il s'agira d'un bien aliéné, la révocation de l'aliénation permettra de le saisir, de le faire vendre et de provoquer une distribution judiciaire du prix. Si l'acte frauduleux avait été une remise de dette, la remise étant révoquée, une saisie-arrêt deviendrait possible, puis une distribution par contribution. Quand on suppose une dette contractée en fraude, le résultat de l'action est simplement d'écarter le créancier de toute participation au partage de l'actif. Si le débiteur a constitué frauduleusement un droit réel, il s'agira de faire tomber ce droit pour vendre le bien dégrevé de la charge qui en diminuait la valeur, et enfin quand le jugement révoquera une renonciation à un droit réel, il en résultera une amélioration du fonds dominant pour le cas de servitude prédiale, ou une vente du droit recouvré, si ce droit était un usufruit.

82 *bis*. XIV. De ce que nous venons de dire sur les effets de la révocation, il résulte nécessairement que ces effets ne sont pas

relatifs, exclusivement produits entre le créancier qui a obtenu le jugement et le tiers qui avait profité de l'acte frauduleux. De savants jurisconsultes ont cependant émis cette idée en invoquant les principes sur les effets essentiellement relatifs de la chose jugée. Ils présentent le créancier qui a obtenu le jugement comme pouvant seul en profiter, et déclarent nécessaire, même à l'égard des tiers, un nouveau jugement de révocation au profit de chaque nouveau créancier (1). Mais, dans la matière de l'action révocatoire, faire une pareille application de la règle sur la chose jugée, c'est méconnaître la nature particulière du droit des créanciers, et faire, d'un article qui a pour but de remettre les créanciers dans la position qu'ils avaient avant l'acte frauduleux, une disposition créatrice de privilége en faveur d'un des créanciers sur les autres. Le droit de gage en vertu duquel le créancier intente son action, n'étant pas un droit individuel, mais collectif, comment comprendre que la revendication de ce gage puisse donner à celui qui l'intente un droit exclusif? Le demandeur dans l'action révocatoire ne prétend pas que l'acte est frauduleux seulement envers lui, mais qu'il l'est par rapport à tous les créanciers, car s'il était seul créancier le débiteur ne serait pas ordinairement insolvable; par la nature même de sa prétention, il reconnaît donc qu'il n'agit pas pour lui seul, mais pour d'autres, et par conséquent il se présente comme le gérant d'affaires des autres créanciers, ce qui ne lui permet pas de repousser ceux-ci en alléguant que le jugement de révocation ne peut pas leur profiter. Quel sera d'ailleurs son rôle? Pourrait-il, après avoir plaidé contre l'acquéreur du bien que l'aliénation avait été frauduleuse, soutenir contre les autres créanciers qu'elle ne l'a pas été? Et n'est-il pas plus raisonnable et en même temps plus conforme aux faits accomplis de le considérer comme ayant agi dans l'intérêt de tous?

Nous avons dit en outre que le créancier tirerait un profit de l'acte frauduleux, s'il pouvait se réserver exclusivement le bénéfice de l'action révocatoire. La fraude du débiteur ne doit en effet pas profiter aux créanciers si elle ne doit pas leur nuire. Or, en changeant les relations qui existaient entre les divers créanciers, en permettant à celui qui a obtenu le jugement de s'en appro-

(1) V. Zachariæ, Aubry et Rau. Édit. 1856, t. 3, p. 96, nº 35.

prier le bénéfice, d'écarter ceux qui ne pourraient pas à leur tour prouver que l'acte était frauduleux, la loi, dans l'hypothèse improbable, mais possible, d'un second jugement contraire au premier, donnerait au créancier qui a obtenu le premier jugement un privilége sur ceux qui ne parviendraient pas à faire révoquer, quant à eux, l'acte du débiteur commun.

La question, du reste, a une double face, si les créanciers peuvent se prévaloir du jugement de révocation, peuvent-ils à l'inverse souffrir du jugement qui rejette la demande? C'est un point qui tient plus aux principes sur la chose jugée qu'à ceux sur l'action révocatoire. Nous pouvons seulement dire d'avance que les actes du gérant n'étant opposables au maître que s'ils sont utiles, la qualité de gérant que nous avons reconnue au demandeur ne fait pas obstacle à ce que les créanciers recommencent le procès perdu par l'un d'eux. Il y a certes dans cette solution un inconvénient pour le tiers exposé à de nombreux procès, mais il y aurait dans la solution contraire un trop grave danger pour les créanciers que compromettraient les poursuites mal dirigées de l'un d'entre eux.

82 *bis*. XV. Le succès de l'action révocatoire n'intéressera pas seulement les créanciers qui auraient pu l'intenter et dont le demandeur peut être considéré comme le gérant d'affaires. Mais les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux, auxquels nous avons dénié le droit de demander la révocation de l'acte, devront en profiter et participer aux distributions faites sur l'actif augmenté du bien recouvré. Il est vrai que le bien n'a jamais été leur gage, et c'est pour cela qu'ils ne peuvent intenter l'action. Mais du moment que le bien redevient affecté au payement de certains créanciers chirographaires, il doit en même temps être affecté au payement de tous les autres, car, entre créanciers chirographaires du même débiteur, la fraude elle-même ne saurait constituer un privilége. Comment, du reste, pourrait-on faire la distinction des créanciers antérieurs et des créanciers postérieurs à l'acte annulé, quand cet acte serait non plus une simple aliénation de meuble ou d'immeuble, mais la constitution d'une servitude grevant un fonds resté dans le patrimoine du débiteur? Faudrait-il après la vente de l'immeuble et lors de la distribution du prix faire une ventilation, et ne pas colloquer les créanciers

postérieurs à l'acte sur le prix de la servitude? S'il s'agit d'une dette contractée frauduleusement, faudra-t-il faire deux contributions, l'une qui, pour régler les droits des créanciers antérieurs à la fraude, ne tiendrait pas compte du créancier dont le droit a été anéanti, et l'autre qui, par rapport aux créanciers postérieurs, ferait figurer au tableau du passif la créance contestée? On voit quelles difficultés pratiques naîtraient de la distinction entre les créanciers antérieurs et ceux postérieurs à l'acte frauduleux, et ces considérations pratiques confirment la solution que nous avons d'abord justifiée théoriquement.

82 *bis*. XVI. Il ne reste plus qu'une observation à faire sur les effets de la révocation. Elle n'est prononcée que dans l'intérêt des créanciers, et l'acte subsiste dans les rapports entre le débiteur qui l'a consenti et le tiers qui en a profité. Ce tiers pourra donc en poursuivre l'exécution si les créanciers sont désintéressés, et notamment il aura le droit de se faire restituer la valeur du bien dont il aura été dépouillé, parce que ce bien qui était devenu sien aura servi à payer les créanciers de son auteur.

82 *bis*. XVII. 6° La durée de l'action révocatoire n'est déterminée ni par l'article 1167, ni par aucun autre article spécial. D'où cette conséquence nécessaire que le droit des créanciers est soumis à la prescription ordinaire de trente ans (art. 2262), et que le point de départ de ce délai est le jour où a été fait l'acte frauduleux, c'est-à-dire le jour où est né le droit soumis à la prescription. Nous n'essayons pas de faire à l'action révocatoire l'application de l'article 1304, qui soumet les actions en rescision à la prescription de dix ans, parce que cette action ne peut pas être confondue avec les actions que la loi qualifie en nullité ou rescision. Celles-ci supposent, les exemples donnés par l'article le démontrent, une attaque dirigée par l'un des contractants contre l'acte auquel il a consenti, et tendent à faire anéantir dans toutes ses conséquences l'acte attaqué, tandis que l'action révocatoire est intentée par une personne qui a été étrangère à la convention, et qu'elle tend à paralyser les effets de l'acte à l'égard de cette personne et d'autres, étrangères comme elle à l'acte attaqué, mais en laissant subsister l'acte dans les rapports entre les personnes qui y ont pris une part directe.

82 *bis*. XVIII. Nous n'appliquerons pas aussi dans notre

matière l'article 2265, qui permettrait aux acquéreurs de bonne foi d'opposer aux créanciers demandeurs la prescription de dix ou vingt ans. D'après les termes et la disposition même de cet article, il est évident qu'il n'a aucun rapport avec la prescription de l'action révocatoire. En effet, l'article 2265 traite de l'acquisition de la propriété de l'immeuble, par conséquent il régit les rapports du vrai propriétaire et du possesseur qui a acquis *a non domino,* tandis que quand il s'agit d'une action Paulienne, l'immeuble a été aliéné par le véritable propriétaire, et il n'est pas nécessaire que la propriété soit acquise par prescription.

82 *bis*. XIX. L'article 2279 n'est pas non plus applicable s'il s'agit de meubles. En effet, pour les actes à titre onéreux, comme la mauvaise foi de celui qui a traité avec le débiteur est une des conditions de l'action, il ne pourrait être question de l'article 2279 qui suppose la bonne foi du possesseur; mais quand l'acte frauduleux est une donation et que le donataire est de bonne foi, si ce donataire était protégé par la maxime *en fait de meubles, possession vaut titre,* les créanciers n'auraient aucun moyen pour se prémunir contre ce genre d'aliénations, puisqu'elles seraient aussitôt confirmées que consommées. Il faut ajouter que, comme l'article 2265, l'article 2279 traite de l'acquisition de la propriété et non pas de l'extinction d'un droit qui n'a jamais appartenu au véritable propriétaire.

83. En proclamant le principe de l'action révocatoire, le Code annonce des modifications portées à ce principe dans les titres des successions et du contrat de mariage. V. art. 1167, al. dern. La loi, sans doute, fait allusion ici à la disposition de l'article 882, qui ne permet point d'attaquer un partage consommé, s'il n'y a eu préalablement opposition de la part des créanciers. Mais nous ne voyons, au titre du contrat de mariage, aucune modification au principe général, dont les articles 1447 et 1464 semblent, au contraire, contenir l'application pure et simple. Au reste, cette modification se trouve dans l'article 873 du Code de procédure.

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

SECTION PREMIÈRE.

Des obligations conditionnelles.

84. Sous ce nom la loi comprend non-seulement l'obligation conditionnelle proprement dite, dont l'existence est suspendue par une condition, mais encore l'obligation résoluble, qui, bien que parfaite dans le principe, dépend réellement aussi d'une condition, puisque l'événement de cette condition doit la résilier (art. 1168)

84 *bis.* L'obligation conditionnelle est celle dont l'existence dépend d'une condition. Or on peut concevoir qu'une condition affecte de deux manières l'existence d'un droit : ou bien l'existence du droit est en suspens jusqu'à l'arrivée de la condition, ou bien au contraire le droit a, dès le principe, reçu sa perfection et produit tous ses effets, sauf à être anéanti, considéré comme n'ayant jamais existé si la condition se réalise. C'est cet anéantissement, en quelque sorte rétroactif, d'un droit existant et produisant tous ses effets qu'on appelle *résolution*, ou *résiliation* quand on parle non plus du droit, mais du contrat qui a produit le droit.

Les Romains qui comprenaient la condition comme essentiellement suspensive, ne rangeaient pas dans les obligations conditionnelles l'obligation qui devait se résoudre si un certain événement arrivait, ils la qualifiaient d'obligation pure et simple dont la résolution était seule en suspens, *pura quæ sub conditione resolvitur*. Cette différence dans la manière de s'exprimer n'a du reste aucune importance, et on peut accepter sans scrupule les qualifications du Code Napoléon.

§ Ier.

De la condition en général et de ses diverses espèces.

85. Cet intitulé comprend : 1° les principes sur la nature et les diverses espèces de conditions (art. 1168-1174) ; 2° les règles sur l'accomplissement des conditions (art. 1175-1178); 3° les effets généraux de la condition, avant et après son accomplissement (art. 1179, 1180).

86. Le mot *condition,* dans un sens étendu, s'applique à tout fait, toute circonstance, d'où dépend l'existence d'une chose ou d'un droit, *quod condit.* En ce sens, les diverses clauses d'un contrat, les charges dont on accompagne une donation ou autre aliénation, peuvent être, et sont souvent appelées *conditions.* Sous ce rapport, il n'y aurait guère d'obligations qui ne fussent *conditionnelles.* Mais dans la propriété des termes, on ne donne ce nom qu'à celles qui sont spécialement subordonnées au cas d'un événement incertain.

L'événement n'est vraiment incertain qu'autant qu'il est futur. En effet, un événement déjà arrivé peut bien être ignoré des contractants, mais cela n'empêche pas qu'il ne soit certain dans la nature des choses. Nul doute, dès lors, que cette ignorance n'ait pour effet de retarder l'exécution d'une obligation qui, dans la pensée des parties, ne devait prendre naissance que par cet événement ; mais elle n'en retarde nullement l'existence. Pareillement, si l'événement ignoré avait été pris pour condition résolutoire, l'ignorance pourrait bien donner lieu à l'exécution provisoire de l'obligation, et suspendre, de fait, les restitutions jusqu'à la connaissance acquise; mais en réalité, l'obligation n'aurait jamais existé, et c'est pour défaut de cause dès le principe, que les restitutions devraient s'opérer après la connaissance acquise. V. art. 1168, nonobstant art. 1181.

86 *bis.* On peut définir la condition dans son sens propre, un événement futur et incertain auquel on subordonne l'existence d'un droit et en particulier d'une obligation.

Il est intéressant de constater, avec l'article 1168 et malgré l'article 1181, que l'événement déjà arrivé, mais encore inconnu des parties, n'est point une véritable condition, parce que l'obligation conditionnelle et l'obligation à terme diffèrent notablement au point de vue des risques. Nous verrons, en effet, que dans le cas de l'obligation sous condition suspensive, le risque de la chose est pour le débiteur, tandis que si l'obligation est à terme, c'est le créancier qui court le risque. Lors donc que la chose promise si tel événement est arrivé, périt avant la vérification de l'événement, il importera d'avoir décidé que le créancier était créancier à terme et non sous condition; car, en admettant que l'événement fût arrivé lors de la convention, la perte serait à la charge du créancier.

87. Tout événement futur n'est pas par là même incertain: s'il doit nécessairement arriver dans un temps quelconque, cet événement n'est qu'un terme, qui retardera l'exigibilité ou bornera la durée de l'obligation, mais qu'il ne faut pas confondre avec une condition suspensive ou résolutoire. Toutefois, cette règle n'a pas d'application aux dispositions testamentaires.

88. Considérée sous le rapport de l'effet qu'elle doit produire, quant à l'obligation qui en dépend, la condition est *suspensive* ou *résolutoire* (v. art. 1168). Les principes particuliers à chacune de ces deux espèces font l'objet de deux paragraphes distincts (v. ci-dessous §§ 2 et 3).

89. Considérée en elle-même, la condition est *positive* ou *négative : positive*, quand elle consiste dans le cas où un événement arrivera; *négative*, quand elle consiste au contraire dans le cas où un événement n'arrivera pas. Cette division, que le Code n'a pas expressément consacrée, n'en est pas moins utile à connaître pour l'application des dispositions diverses de la loi (v. art. 1176, 1177).

89 *bis*. Il semblerait résulter des termes de l'article 1168 que la condition résolutoire peut seule être négative, et que la condition suspensive ne peut être que positive; mais il n'y a là qu'une inexactitude de rédaction dont les conséquences ne peuvent être

douteuses, car l'article 1177 suppose une condition négative suspensive. Il faut, du reste, remarquer que la plupart du temps la différence entre la condition positive et la condition négative est une différence d'expression, que le même fait peut être envisagé sous la forme négative ou positive, suivant la tournure de phrase adoptée par les parties : ainsi au lieu de dire si Pierre se marie, on pourra dire s'il ne reste pas célibataire, au lieu de si l'armée prend telle ville qu'elle assiége, on dira si le siége n'est pas levé par notre armée, etc.

90. Le Code lui-même divise les conditions en *casuelles*, *potestatives* et *mixtes*, suivant que l'événement qui les constitue est plus ou moins indépendant de la volonté des contractants.

Il considère comme dépendant du hasard, et nomme *casuelle*, celle qui n'est nullement au pouvoir de l'une des parties, ce qui comprend évidemment celle qui dépendrait de la volonté d'un tiers. V. art. 1169. Il appelle *potestative* celle qui est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties. V. art. 1170. Il appelle *mixte* celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties et de la volonté d'un tiers. V. art. 1171.

Il est bien à remarquer, au reste, que sauf la disposition de l'article 1174 (où même le mot *condition potestative* ne peut guère être pris dans le sens que lui attribue l'article 1170), le Code, dans aucune des dispositions suivantes, ne se reporte à la division ci-dessus. Cette division qu'il a prise dans les anciens auteurs, et qu'il n'a pas d'ailleurs bien exactement reproduite, n'est pas sans importance par application aux legs; mais il ne paraît pas qu'elle en offre beaucoup dans l'application aux obligations conventionnelles.

90 *bis*. I. On peut voir dans Pothier (n° 201) la division que le Code a reproduite, en la modifiant quelque peu, c'est-à-dire en généralisant la définition que Pothier donnait des conditions potestative et mixte. Cette définition n'envisageait la condition que du côté du créancier; elle qualifiait potestative celle qui est au pouvoir du créancier, et mixte celle qui dépend du concours de la volonté du créancier et de celle d'un tiers. Le Code, au

contraire, appelle potestative la condition qui dépend de l'une des parties, et mixte celle qui dépend de l'une des parties et d'un tiers.

Quand on lit l'énumération de trois espèces de conditions, il semble que la condition mixte est celle qui participe de la nature des deux premières, c'est-à-dire qui dépend à la fois du hasard et de la volonté d'une des parties. Mais ce n'est pas ainsi que Pothier et le Code Napoléon emploient cette expression ; parmi les événements indépendants de la volonté des parties qui peuvent affecter la convention, il n'y a que la volonté d'un tiers qui donne à la condition le caractère mixte ; si la condition qui dépend de la volonté est subordonnée en même temps au hasard, elle rentre alors dans la définition de la condition potestative. *Exemple :* Si je fais l'ascension du mont Blanc, si je vais en Amérique. En effet, bien qu'une foule de circonstances fortuites puissent mettre obstacle à la réalisation d'un pareil événement, cependant comme la volonté de la partie en est la cause première et nécessaire, la condition peut être qualifiée potestative.

90 *bis*. II. L'intérêt de la distinction des conditions casuelles, potestatives et mixtes, se manifestait autrefois en matière de legs. Quand un legs était subordonné à une condition potestative ou mixte, la condition était réputée accomplie lorsqu'elle manquait malgré les efforts du légataire pour la réaliser. Pothier donne pour exemple la condition d'affranchir un esclave et celle d'épouser une personne déterminée ; la mort de l'esclave avant l'affranchissement ou le refus de la personne qu'il s'agit d'épouser n'empêchait pas le légataire de recueillir son legs. Mais Pothier reconnaît lui-même que cette interprétation indulgente de la volonté ne peut avoir lieu qu'en matière de legs et non lorsqu'il s'agit de conventions. Nous devons certainement accepter aujourd'hui sa décision sur les conventions, sauf à l'étendre même à la matière des legs, puisque chez nous il n'y a plus de raison pour interpréter les volontés des testateurs moins rigoureusement que les volontés manifestées entre vifs. Les deux matières doivent être régies par l'art. 1175, qui est une consécration de la souveraineté de la volonté, principe commun à la matière des legs et à celle des conventions.

91. La liberté des conventions entraîne naturellement celle

de les faire sous telles conditions qu'on le juge à propos. Et toutefois la raison elle-même renferme ce principe dans de certaines limites.

92. Et d'abord, l'existence de l'obligation conditionnelle étant entièrement subordonnée à l'événement prévu, il est clair que cette obligation doit être nulle, si l'événement est impossible. Au reste, quoiqu'une prohibition de la loi constitue une sorte d'impossibilité morale, il n'est pas également évident que la condition d'une chose illicite doive amener sans distinction le même résultat que la condition d'une chose impossible. Toutefois, le législateur, préoccupé sans doute du cas où la condition illicite consisterait dans un fait de la personne qui veut devenir créancière sous cette condition, assimile les deux espèces d'impossibilité, et prononce deux choses: 1° que la condition est nulle, c'est-à-dire que celui qui a stipulé sous cette condition, en s'obligeant à la remplir, n'est pas tenu de l'exécuter; 2° qu'elle rend nulle la convention qui en dépend, c'est-à-dire que la partie qui a promis sous cette condition n'est obligée dans aucun cas. V. art. 1172; voyez pourtant art. 900.

92 *bis*. L'art. 1172, en comprenant dans une seule et même disposition la condition impossible et la condition illicite, a négligé certaines distinctions qui sont nécessaires quant à la seconde condition, et qui ne peuvent être faites par rapport à la première.

Quand un fait est impossible, on est certain dès le jour de la convention qu'il ne se réalisera pas, et l'effet de la convention ne saurait être un instant en suspens. Mais quand le fait auquel la convention subordonne l'obligation est immoral ou illicite, comme ce fait est physiquement possible, il est indispensable de comprendre pourquoi et dans quel cas l'obligation est nulle.

La loi probablement n'a aperçu qu'une seule espèce, celle où le fait illicite doit être accompli, d'après la convention, par le futur créancier; elle a voulu qu'il n'eût aucun intérêt à l'accomplir, qu'il ne pût tirer aucun avantage d'une violation de la loi.

Mais si le fait duquel dépend l'obligation est le fait du futur débiteur, serait-il raisonnable d'annuler la convention et l'obli-

gation? Quand les parties ont ajouté conventionnellement une sanction à celle de la loi, quand l'une d'elles a consenti à s'obliger si elle commettait un acte illicite, pourquoi le législateur interviendrait-il ? pourquoi frapperait-il une convention dont le but et les résultats sont essentiellement moraux ?

Enfin la condition peut consister dans le fait d'un tiers. Qu'importerait alors que ce fait fût illicite, si la convention ne doit pas avoir pour résultat de déterminer ce tiers à mal faire? Tout deviendra alors une question de fait; s'il est prouvé que la convention a pour but de donner au futur créancier intérêt à déterminer le tiers à commettre l'acte illicite, on tombera sous l'application de l'art. 1172, car le droit du créancier dépendra d'un fait illicite de sa part, à savoir, agir sur le tiers pour le déterminer à commettre un acte illicite. Mais s'il est constant que le créancier ne doit pas agir sur le tiers, la condition n'aura rien d'illicite entre les parties, et la convention sera une sorte d'assurance contre les conséquences d'un délit possible.

93. Mais l'impossibilité du fait pris pour condition *négative*, loin d'annuler l'obligation, doit au contraire la faire exister purement et simplement dès le principe, si la convention réunit d'ailleurs les conditions essentielles à sa validité. La loi, du reste, se borne à dire que la condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition. V. art. 1173.

93 *bis*. I. L'article précédent avait statué en même temps sur la condition positive de l'accomplissement d'un fait impossible et d'un fait illicite, l'art. 1173, au contraire, quant à la condition négative, traite des faits impossibles et ne dit rien des faits illicites. Pothier cependant, après avoir parlé des faits impossibles, disait que la condition de ne pas faire une chose contraire aux mœurs ou aux lois peut rendre l'acte nul, parce qu'il est contraire à la justice et à la bonne foi de stipuler une somme pour s'abstenir d'une chose dont nous sommes d'ailleurs obligés de nous abstenir (1). Le silence du Code Napoléon en présence de l'explication de Pothier est assez significatif. La loi n'a pas voulu poser une règle invariable, elle a laissé aux juges un pouvoir d'appré-

(1) V. Pothier, n° 204.

ciation, parce que les espèces que pourrait embrasser la formule de Pothier sont essentiellement diverses, et que suivant les hypothèses il faudra valider ou annuler la convention. Ainsi, quand une personne, pour encourager une autre personne dans la voie du bien, ou la détourner du mal, lui a spontanément fait une promesse sous la condition qu'elle s'abstiendrait d'un acte illicite, la convention a un but moral, et la justice ne doit pas la prohiber; mais si c'est le futur créancier qui, procédant en quelque sorte par voie de menace, exige une promesse sous la condition qu'il s'abstiendra d'un fait illicite, il y a là un fait immoral, une spéculation honteuse que les tribunaux ne sauraient sanctionner.

93 *bis*. II. Les deux articles 1172 et 1173 parlent de la condition en général, et cependant ils ne régissent que la condition suspensive; si on recherche quelle est la valeur d'une condition résolutoire impossible ou illicite, le simple raisonnement démontre qu'au lieu de se tenir à la lettre des deux articles que nous étudions, il faut au contraire les appliquer en sens inverse. Les solutions de ces deux articles, malgré leur apparence générale, n'ont trait qu'à la condition suspensive, parce qu'elles sont empruntées à Pothier, qui dans cette partie de son chapitre ne traitait que de cette condition (1).

Supposons d'abord la condition résolutoire positive d'un fait impossible. Je vends ma maison, mais la vente sera résolue si je transporte cette maison dans la lune. Comme il est dès aujourd'hui certain que l'événement n'arrivera pas, la vente est pure et simple. Si un pareil événement était indiqué comme condition résolutoire négative, si je ne transporte pas la maison dans la lune, il serait au contraire certain que l'événement ne se réalisera jamais, et la vente serait nulle dès le principe. C'est donc la décision des articles 1172 et 1173 prise en sens inverse, en vertu des motifs mêmes qui ont dicté ces articles.

Si la condition résolutoire est d'un fait illicite, c'est la condition négative qui présente le plus de dangers, puisqu'elle tend à donner à une personne un intérêt à violer la loi, par exemple, le contrat sera résolu si la partie ne commet pas un meurtre. La condition négative d'un fait illicite doit donc annuler la convention

(1) V. Pothier, n° 204.

tion, tandis que la condition positive de commettre un fait illicite, considérée comme condition résolutoire, tend à donner à la partie intérêt à ne pas commettre l'acte prohibé, et alors, sauf les distinctions que nous avons faites sur les promesses faites spontanément et celles extorquées par des menaces, la convention n'a pas par elle-même raison d'être annulée.

94. Une condition peut bien rendre incertaine l'existence d'une obligation, mais non la subordonner entièrement à la volonté du débiteur ; car alors il n'y a pas de lien. C'est en ce sens qu'une obligation est nulle, si elle est contractée sous une condition potestative de la part du débiteur. V. art. 1174, et gardez-vous d'en conclure qu'une obligation ne puisse être contractée sous la condition d'un fait au pouvoir du débiteur.

94 *bis*. I. L'obligation est un lien de droit ; tout ce qui détruit le lien détruit l'obligation. Si le prétendu débiteur n'est pas astreint à donner, à faire ou à ne pas faire, il n'est pas débiteur. Telle est l'idée que Pothier exprimait au numéro 205, immédiatement après avoir traité des conditions impossibles et illicites. La place de l'art. 1174 doit donc faire présumer que cette simple vérité est ce que le Code a voulu énoncer. Mais il faut reconnaître qu'il a employé des expressions infiniment moins claires que celles de Pothier. En effet, si on cherche à attribuer au mot condition potestative dans l'art. 1174 le sens que lui a donné l'art. 1170, on arrive à des résultats impossibles, condamnés par la raison et par la loi elle-même. Si toute condition potestative annulait l'obligation, il faudrait dire que l'artiste qui promet dix mille francs à un directeur de théâtre s'il chante sur un théâtre rival, a contracté un engagement nul, parce qu'il dépend de lui, en ne paraissant pas sur ce théâtre, de ne pas donner les dix mille francs. Cette convention et bien d'autres semblables ne sauraient cependant être déclarées nulles, car elles tendent à assurer l'exécution d'une obligation qui, elle-même, remplit les conditions exigées pour sa validité. Une pareille condition lie le promettant, puisqu'il est astreint, s'il veut éviter de donner la somme promise, à s'abstenir du fait qu'on a voulu lui interdire, et on ne comprendrait pas par quelles raisons la loi la déclarerait nulle. Elle la consacre d'ailleurs, ainsi que nous l'avons déjà vu, sous le nom de clause pénale.

L'expression condition potestative doit donc être entendue dans l'art. 1174 en un sens plus restreint que dans l'art. 1170; ce sens doit être précisé par le paragraphe de Pothier, que la loi a la prétention de résumer et de traduire. Or, Pothier donnait pour exemple la condition *si voluero, si cela me plaît.* Et c'est ce que les rédacteurs du Code avaient voulu exprimer en mettant dans leur article le mot *purement* avant le mot *potestative.* Cette qualification établissait clairement la nuance entre la condition potestative simple, qui ne détruit pas le lien de droit, et la condition potestative pure qui, détruisant le lien, empêche l'obligation d'exister; mais elle a été malheureusement supprimée dans l'article, sur une observation du tribunat qui probablement a redouté qu'à l'aide de cette expression, purement potestative, on arrivât par argumentation à restreindre l'effet de l'article à la condition *si voluero.* Or il faut raisonnablement comprendre dans l'article d'autres conditions qui ne consistent pas dans un simple acte de la volonté, mais dans un acte matériel si facile, si insignifiant et si inutile, qu'en réalité il se réduit à une manifestation de volonté et qu'il ne lie pas le prétendu débiteur, parce qu'il ne l'astreint pas à s'abstenir d'un fait utile s'il veut se soustraire à l'effet de sa promesse. *Exemples :* Si je lève le bras, si je me promène demain aux Tuileries, si je porte un chapeau gris.

94 *bis.* II. De la condition purement potestative, si je veux, il faut distinguer d'autres conditions qui paraissent s'en rapprocher, mais qu'une interprétation intelligente ne confondra pas toujours avec elle. Ainsi, lorsque le promettant a dit quand je voudrai, *cum voluero,* on pourra quelquefois entendre qu'il n'a pas subordonné à sa volonté l'existence de l'obligation, mais son exécution seulement; de sorte qu'il a réservé pour lui-même la faculté de choisir le jour de cette exécution, sans cependant stipuler cette faculté pour ses héritiers, qui seraient alors tenus dans les termes du droit commun. Cette interprétation, qui s'appuierait sur les articles 1157 et 1175, serait, en l'absence de circonstances probantes contraires, bien préférable à celle qui confondrait la condition, si je veux, avec celle, quand je voudrai.

94 *bis.* III. La décision de l'art. 1174 s'applique au cas de condition résolutoire, comme à celui de condition suspensive. Puisque la loi se borne à constater qu'il n'y a pas obligation quand il n'y

a pas de lien; de quelque manière que le prétendu débiteur soit maître de se soustraire à l'obligation, il n'est pas débiteur, soit qu'il ait dit, je serai obligé si je veux, soit qu'il ait reconnu s'obliger immédiatement en stipulant le droit de détruire l'obligation à sa volonté, *si voluerit*. Dans un cas comme dans l'autre, il n'y a pas de lien, l'obligation n'existe pas.

94 *bis*. IV. L'article 1174 déclare nulle l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige; mais il faut se garder d'étendre cette nullité à tout contrat qui dépendrait d'une condition potestative de la part d'une des parties. Dans un contrat synallagmatique l'insertion d'une condition purement potestative de la part d'un des contractants n'annihile pas le contrat, elle a seulement pour effet de faire dégénérer le contrat synallagmatique en un contrat unilatéral, et la loi reconnaît la validité des contrats unilatéraux. *Exemple:* Pierre vend sa maison à Paul moyennant 10,000 francs, si Paul déclare vouloir l'acheter. L'obligation de Paul est nulle d'après notre article, mais celle de Pierre n'est pas abandonnée à sa volonté, elle le lie, donc elle existe. Le contrat seulement n'a que les apparences d'un contrat synallagmatique, il est unilatéral, c'est une promesse de vente au lieu d'une vente. Il dépendra de Paul de devenir ou non acheteur aux conditions indiquées, tandis que Pierre ne pourra plus se rétracter. On trouve des exemples de ventes abandonnées ainsi à la volonté de l'acheteur dans les articles 1587 et 1588.

95. Les docteurs ont agité la question de savoir si les conditions doivent s'accomplir *in forma specifica*, ou si, au contraire, il suffit qu'elles soient accomplies *per æquipollens*. Le Code tranche cette question en s'en référant ici, comme dans tous les cas d'interprétation des conventions, à la commune intention des parties. V. art. 1175.

95 *bis*. Quand on oppose l'accomplissement de la condition *in forma specifica* à l'accomplissement *per æquipollens*, on entend comparer l'exécution littérale du fait à l'exécution d'un fait équivalent, et s'il est vrai de dire que les tribunaux ne peuvent pas accepter, comme accomplissement d'une condition, l'accomplissement d'un fait équivalent, néanmoins il serait dangereux de

prendre toujours à la lettre les expressions employées lors de la convention, parce qu'on risquerait de donner plus d'importance à des mots qu'à la volonté même des contractants. Les exemples cités par Pothier font parfaitement comprendre et l'objet de la discussion entre les anciens auteurs et la règle que le Code Napoléon a adoptée. Il suppose d'abord la condition de donner mille francs à Paul, or Paul est mineur, et il décide que la condition sera accomplie selon l'intention des parties quand la somme aura été comptée au tuteur. Il cite en second lieu la condition de donner vingt-cinq louis à Pierre, condition qui sera le plus ordinairement réalisée, d'après l'intention commune, par la numération de la somme représentée par vingt-cinq louis, alors même que cette somme serait comptée en espèces d'argent, mais qui, quelquefois, devra être exécutée à la lettre, s'il résulte de la convention que les parties ont entendu procurer à Pierre des pièces d'or et non pas d'autres espèces (1).

96. Cette règle sert à décider quand une condition est censée accomplie ou défaillie. On distingue, à cet égard, entre les conditions positives et négatives : les premières sont défaillies et les secondes accomplies, lorsque l'événement ne peut plus arriver. Cette proposition évidente s'applique au cas même où, un terme ayant été fixé pour l'arrivée de l'événement, l'impossibilité surviendrait avant l'échéance du terme. Mais au même cas de terme fixé, il suffit, pour que la condition soit défaillie ou accomplie, que l'événement n'arrive pas avant l'expiration de ce terme. Au reste, il est certain, en principe, que tant qu'il n'y a pas impossibilité ou échéance du terme, l'obligation doit rester en suspens. V. art. 1176, 1177.

96 *bis*. I. Bien que l'obligation conditionnelle devienne pure et simple lorsque la condition positive se réalise avant l'échéance du terme fixé, ou quand, la condition étant négative, il devient certain avant le terme que l'événement n'arrivera pas, cependant il y a place encore à une interprétation de volonté. En effet, dans les deux hypothèses que nous venons de supposer, il est possible que l'obligation ait été non-seulement affectée d'une condition,

(1) V. Pothier, nº 206.

mais encore d'un terme, en sorte que, même après qu'elle a cessé d'être incertaine, elle ne soit pas encore exigible et qu'il faille attendre l'époque fixée. Tout dépendra de la volonté des parties.

96 *bis*. II. Les articles 1176 et 1177 statuent sur des conditions casuelles, mais quand il s'agit de conditions dépendant de la volonté des parties, peut-être qu'on arrivera par interprétation de la convention à des résultats autres que ceux indiqués par les articles. C'est quand les parties ont négligé de fixer un délai pour l'accomplissement ou le non-accomplissement du fait, qu'on peut hésiter à appliquer les dispositions de nos articles. Plusieurs hypothèses doivent être examinées sur ce point :

1° La condition est positive et le fait auquel est subordonnée l'obligation dépend du futur créancier. Pierre promet mille francs à Paul, si celui-ci abat un arbre qui fait obstacle à la vue de Pierre. Si un délai a été fixé, rien de plus simple que d'appliquer l'art. 1176. Mais si les parties n'ont pas indiqué de délai pour l'accomplissement du fait, on doit introduire dans l'article une distinction, car il n'est pas probable que Pierre ait voulu rester indéfiniment à la discrétion de Paul, tenu de lui payer mille francs à une époque quelconque, alors peut-être que le fait accompli n'aura plus pour lui aucun intérêt. Il faudrait donc faire fixer un délai par les tribunaux, non pas pour contraindre la partie à exécuter le fait, mais pour la proclamer déchue de ses droits après l'expiration du délai (1).

La nécessité de cette fixation d'un délai par les tribunaux ne serait pas aussi grande toutes les fois que la convention contiendrait un terme tacite ; par exemple, si le fait était de nature à ne pouvoir être accompli que par le créancier lui-même, parce qu'alors le terme nécessaire serait la mort du créancier, ou bien si le fait ne pouvait être accompli que dans un certain temps, comme le dressage d'un cheval, qui devient impossible quand le cheval a atteint un certain âge, et on ne pourrait pas faire dans ces cas intervenir la justice, puisque le débiteur ne serait pas exposé indéfiniment à la demande de la somme promise.

2° Supposons une condition négative imposée au futur débiteur, Pierre promet mille francs s'il n'abat pas tel arbre, l'art. 1176 régit très-simplement l'hypothèse si un délai a été fixé. Mais en

(1) V. Pothier, n° 209, *in f.*

l'absence d'une convention déterminant le délai, il est probable que les parties ont entendu que le fait serait accompli assez promptement, sinon le débiteur ne serait pas lié, car lui et ses héritiers pourraient indéfiniment prétendre que la condition est en suspens et qu'ils abattront l'arbre un jour à venir. Les tribunaux devraient donc, comme dans l'hypothèse précédente, intervenir pour fixer un délai, sauf les cas où la convention contiendrait un terme tacite, cas que nous avons déjà réservé dans l'espèce précédente (1).

3° Si la condition positive consiste dans un fait du débiteur, Pierre promet mille francs s'il abat tel arbre : il ne peut être question de faire limiter par un délai le temps où la condition peut être accomplie; quel que soit ce temps, le créancier a autant d'intérêt après qu'avant son expiration à ce que le fait ne soit pas accompli, et d'ailleurs le débiteur n'est pas indéfiniment sous le coup d'une action, puisqu'il peut se soustraire à l'obligation en n'abattant pas l'arbre en question.

4° Enfin la condition peut être négative et imposée au créancier. Pierre promet dix mille francs à Paul si celui-ci n'accomplit pas un certain fait. Il n'y aura pas de difficulté si la convention contient un terme tacite, comme s'il s'agit d'un acte qui ne peut être accompli que par le créancier; à sa mort la condition sera réalisée, s'il n'a pas de son vivant accompli le fait interdit; mais quand on suppose que le fait n'a rien de personnel, comme s'il s'agit de ne pas bâtir sur un terrain, de ne pas abattre un arbre, le promettant peut toujours se soustraire à l'exécution de sa promesse en alléguant que dans l'avenir le créancier commettra peut-être le fait interdit. La convention, dès lors, n'a pas d'effet, et le terme exprès ou tacite doit être considéré comme un des éléments essentiels à son existence.

97. La bonne foi veut encore que l'on considère comme accomplie la condition dont le débiteur conditionnel a empêché l'accomplissement. V. art. 1178; v. pourtant *Paul*, L. 38, ff. *De statu lib.*

97 *bis*. I. Si le débiteur conditionnel est tenu quand il a par son fait empêché la réalisation de la condition, c'est que ce fait

(1) Pothier, n° 211.

causerait au créancier un tort dont il lui doit la réparation. *Exemple* : Pierre a promis mille francs si son navire rentrait au port du Havre avant la fin du mois; il apprend que le navire a relâché dans un port d'Angleterre d'où il aurait certainement le temps d'arriver au Havre dans le délai fixé, et il envoie au capitaine l'ordre de prolonger son séjour en Angleterre pour ne rentrer au Havre qu'après le délai fixé. Il y a dans le fait du débiteur une sorte de fraude à la convention, que l'art. 1178 a pour but de frapper (1).

97 *bis*. II. Il résulte de ce que nous venons de dire sur le principe de l'art. 1178, qu'il est impossible d'en faire l'application toutes les fois que l'intention des parties a été de donner au débiteur le pouvoir d'empêcher la condition d'arriver. Ainsi, quand le débiteur s'est obligé sous une condition potestative de sa part, il est clair qu'il est le maître d'empêcher l'arrivée de la condition sans qu'on puisse lui faire reproche d'avoir apporté obstacle à la naissance de l'obligation. S'il en était autrement, la condition négative potestative serait réputée accomplie toutes les fois que le fait serait devenu possible de la part du débiteur, et la stipulation faite en vue du cas où une personne causerait à l'autre un dommage en accomplissant un certain fait, donnerait des droits au créancier sans qu'il eût éprouvé aucun préjudice.

98. La condition, tant qu'elle n'est pas accomplie, suspend l'existence du droit qui lui est subordonné; et néanmoins, comme ce droit, lorsqu'il viendra à naître, sera toujours le produit de la convention qui est parfaite dès l'origine, ses effets remonteront au jour de cette convention. C'est sur ce principe de rétroactivité que la loi semble fonder la transmission du droit éventuel du créancier à ses héritiers. V. art. 1179.

98 *bis*. I. Il faut donner à l'art. 1179 un sens plus général que celui qui lui semble assigné par Pothier, dont le numéro 220 parlait uniquement de la condition suspensive, et par la seconde phrase de l'article dont la décision est également spéciale à cette condition. En effet, la rétroactivité de la condition se produit aussi bien en matière de condition résolutoire qu'en matière de condition suspensive. Si, dans ce dernier cas, l'engagement est censé produire ses effets depuis le jour du contrat, à l'inverse, dans

(1) V. *D. fr.*, 85, § 7, *De verborum obligat.*

l'autre système, il est censé n'avoir jamais produit d'effet quand la condition s'est réalisée.

Pothier montrait l'intérêt de l'effet rétroactif des conditions en supposant que le contrat primitif emportait hypothèque, et il constatait que cette hypothèque prendrait rang avant une hypothèque constituée depuis la convention, mais avant l'arrivée de la condition. Cet exemple peut encore être cité aujourd'hui, en ajoutant toutefois que le créancier conditionnel a pris inscription avant le créancier postérieur, parce qu'aujourd'hui le rang des hypothèques dépend des dates des inscriptions et non de celles des contrats.

Mais le principe de l'art. 1179 a de nos jours une importance qu'il n'aurait pas eue autrefois, à raison des innovations admises par le Code Napoléon quant à la translation de propriété. En effet, comme la convention transfère la propriété et que le contrat conditionnel est censé produire ses effets depuis le jour de la convention, le créancier sous condition suspensive est censé, quand la condition s'est accomplie, propriétaire depuis le jour du contrat, et par conséquent tous les droits conférés par le débiteur depuis cette époque sont anéantis.

Il faut ajouter qu'en vertu de la rétroactivité le créancier sous condition aurait droit à tous les accroissements que la chose due aurait reçus pendant que la condition était en suspens.

98 *bis*. II. Mais nous n'en dirons pas autant des fruits que la chose aurait produits. L'effet rétroactif de la condition ne doit pas avoir pour effet de rendre le débiteur conditionnel comptable des fruits de la chose.

Il ne faut pas, en effet, exagérer les conséquences de la rétroactivité ; il y a là une fiction qui par la force des choses ne peut pas produire tous les effets de la réalité. Supposez que l'objet dû soit un tableau, une parure de diamants, un service d'argenterie : le débiteur conditionnel aura conservé la chose en sa possession, il s'en sera servi, et quand la condition arrivera, la rétroactivité de cette condition ne pourra pas faire qu'il ne s'en soit pas servi et que le créancier n'en ait pas été privé pendant des mois ou des années : il y a là un fait matériel accompli, contre lequel la loi est impuissante, parce qu'on ne pourrait pas imposer au débiteur conditionnel l'obligation de payer un loyer, attendu qu'on ajou-

terait à ses obligations et qu'on substituerait la volonté de la loi ou de la justice à celle des parties. Si l'objet dû est une somme d'argent, il est plus évident encore que *pendente conditione* le débiteur en aura la jouissance gratuite, car les sommes d'argent ne peuvent produire intérêt, quand la loi n'a rien dit, qu'en vertu d'une convention ou d'une demande judiciaire, qui dans l'espèce n'ont pas eu lieu.

Nous constatons par ces exemples que relativement à un grand nombre de dettes il n'y a pas de rétroactivité possible quant à la jouissance de la chose due. Ceci posé, il y aurait, ce nous semble, une grande inconséquence à s'appuyer sur l'art. 1179 pour forcer le débiteur sous condition suspensive à restituer les fruits par lui perçus. Pourquoi le débiteur d'un champ ou d'une vigne serait-il privé rétroactivement de la jouissance de la chose due, tandis que le débiteur d'un tableau ou d'une bibliothèque n'en est pas privé? Il faut ajouter que la loi, dans diverses espèces, s'est expliquée sur cette question pour décharger des fruits celui qui a eu la possession intérimaire (art. 856, 928, 958, 962), et on doit remarquer que dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle de la vente, la question perdra presque tout son intérêt, parce que si le vendeur doit les fruits perçus *pendente conditione*, l'acheteur devrait pendant le même temps l'intérêt du prix (art. 1652).

99. Du reste, le créancier ayant au moins, avant l'événement de la condition, l'espérance d'un droit qu'il ne dépend point de l'autre partie de lui enlever, peut naturellement faire tous les actes conservatoires. V. art. 1180.

99 *bis*. I. Le créancier conditionnel ne peut pas exiger du débiteur l'exécution de l'obligation, ni par conséquent avoir recours aux voies de contrainte que peut employer le créancier dont le droit est échu; d'un autre côté, il serait dangereux de lui refuser le droit de veiller à la conservation de sa créance éventuelle. Il fallait donc trouver un milieu entre ces deux extrêmes : interdire les actes d'exécution et permettre les mesures qui ne sont point de nature à léser les droits du débiteur, tout en empêchant les biens de se détériorer et les droits de se perdre. L'art. 1180 autorise le créancier à faire les actes conservatoires. Il serait difficile d'énumérer les actes conservatoires; ils varieront suivant les

événements, la nature des droits à conserver et celle des biens servant de gage aux créanciers.

On doit citer sans hésitation : 1° les actes qui ont pour but de publier le droit conditionnel (inscription d'hypothèque ou transcription d'actes d'aliénation);

2° L'action en reconnaissance d'écriture ou de signature, sauf à ne prendre l'inscription qu'après l'arrivée de la condition (art. 1324, 193 C. pr., et loi du 3 septembre 1807);

3° Les actes qui tendent à la conservation du patrimoine du débiteur et qui ne sont pas des actes d'exécution. (Art. 112, 406, 421, 820, 821, 865, 882.)

Il faudrait ranger dans la même catégorie l'interruption de la prescription contre un débiteur du débiteur conditionnel, ou l'inscription d'une hypothèque au nom de ce débiteur conditionnel sur un débiteur de celui-ci.

99 *bis*. II. Parmi les actes qui n'ont pas le caractère purement conservatoire et que ne peut faire le créancier conditionnel, il faut ranger la saisie-arrêt, qui, dépouillant le saisi de la faculté de toucher le montant de sa créance ou d'en disposer par voie de cession, ne peut être considérée comme un simple acte de conservation, mais franchit certainement la limite qui sépare ces actes de ceux d'exécution.

Le créancier conditionnel aurait encore moins de droit à pratiquer une saisie-exécution ou une saisie immobilière; mais lorsqu'une de ces trois saisies aura été faite par un autre créancier et qu'une contribution ou un ordre sera ouvert, il pourra produire pour être colloqué éventuellement, afin que son créancier ne fût pas rendu insolvable à son détriment par les autres créanciers; mais sa production ne lui donnerait pas le droit de toucher le montant de sa collocation, qui devrait être déposé à la caisse des consignations ou qui pourrait, dans le cas d'une procédure d'ordre, être attribué aux créanciers hypothécaires postérieurs à la charge par celui sur qui les fonds auraient manqué si le créancier conditionnel avait été payé, de donner caution pour assurer la restitution au créancier conditionnel, au cas où la condition se réaliserait (1).

(1) V. Pothier, n° 222.

§ II.

De la condition suspensive.

100. L'obligation n'est véritablement contractée sous une condition suspensive que quand elle dépend d'un événement futur et incertain, jusqu'à l'arrivée duquel elle est suspendue (v. art. 1168). La loi, cependant, semble considérer comme telle celle qui dépend d'un événement actuellement arrivé, pourvu qu'il soit inconnu des parties. Mais si elle accorde à cette dernière le nom d'obligation conditionnelle, parce qu'elle en a l'apparence et la forme, il est certain qu'elle lui en refuse les effets, puisqu'elle la fait naître du jour même de la convention, tandis que la véritable obligation conditionnelle *ne peut être exécutée,* disons mieux, n'existe pas avant l'événement. V. art. 1181.

100 *bis.* I. On a déjà vu, numéros 86 et 86 *bis*, quel intérêt il y avait à constater que l'obligation conditionnelle proprement dite est celle qui dépend d'un événement futur et incertain, et que l'événement accompli, mais inconnu des parties, ne constitue pas une véritable condition.

100 *bis.* II. Les effets de la condition suspensive ont été presque tous expliqués dans le paragraphe précédent sur les effets de la condition en général, et il résulte de ce que nous avons dit qu'il est difficile de ne pas reconnaître un droit au créancier conditionnel. Les Romains, il est vrai, niaient l'existence de la dette suspendue par une condition ; ils n'attribuaient au stipulant sous condition qu'une espérance, *ex stipulatione conditionali tantum spes est debitum iri* (1). Pothier reproduit cette idée aux numéros 218 et 222. Mais les rédacteurs du Code Napoléon ont substitué, dans les art. 1179 et 1180, le mot droit au mot espérance, et les effets importants qui découlent de la convention conditionnelle démontrent que le stipulant a véritablement acquis un droit; ce qu'il peut être fort intéressant de constater, car il doit résulter de là qu'une loi nouvelle ne porterait aucune atteinte aux effets des conventions conditionnelles antérieures à sa pro-

(1) *Inst.*, § 4, l. III, t. 16 ; v. cependant *D. fr.*, 42, *p. De oblig. et act.*

mulgation, tandis qu'elle pourrait sans rétroactivité détruire ou modifier une simple espérance. (V. art. 2.)

100 *bis*. III. Un effet important des conventions sous condition c'est de transférer la propriété quand la convention a pour objet un corps certain (v. art. 1138), seulement la propriété est affectée de la même modalité que la créance; elle est conditionnelle, suspendue jusqu'à l'arrivée de l'événement. La loi ne dit rien de cette conséquence des stipulations sous condition, parce que les anciens auteurs ont seulement envisagé la convention comme créatrice d'obligations, et par suite les rédacteurs du Code n'ont pas eu souvent l'attention appelée sur les conséquences du principe posé par l'art. 1138; mais il n'y a pas de raison pour douter que la propriété puisse être conditionnelle comme le droit de créance, et le Code Napoléon le reconnaît presque en termes exprès dans l'art. 2125. En traitant des personnes qui peuvent hypothéquer, il règle l'effet des hypothèques constituées par ceux qui n'ont sur la chose qu'un droit soumis à une condition, c'est-à-dire une propriété conditionnelle, puisque c'est le propriétaire qui a le droit d'hypothéquer.

Quand la convention sous condition a pour objet un corps certain, et que par conséquent elle transfère une propriété sous condition, il se produit alors un résultat curieux: la convention qui crée en apparence un propriétaire conditionnel, fait en réalité deux propriétaires sous des conditions inverses; au même événement sont subordonnés deux droits, seulement cet événement est suspensif quant à l'un des droits et résolutoire quant à l'autre. En effet, il est impossible qu'une chose appartienne à un propriétaire *si navis ex Asia venerit*, sans appartenir à un autre propriétaire *interim* et cesser de lui appartenir *si navis ex Asia venerit*. Lors donc que Pierre aura vendu sa maison à Paul sous condition suspensive, tant que la condition n'est pas réalisée Pierre est resté propriétaire, il cesse de l'être, et même rétroactivement, quand la condition s'accomplit. Pierre, le débiteur sous condition suspensive, est donc propriétaire sous condition résolutoire.

La même observation doit être faite quand la convention est subordonnée à une condition résolutoire, la propriété est encore dans cette hypothèse résoluble pour l'un et suspendue pour l'autre. Si Pierre a vendu sa maison à Paul avec cette condition

que la vente serait résolue *si navis venerit*, Paul, l'acquéreur, est propriétaire sous condition résolutoire ; mais Pierre, le vendeur, n'a pas perdu tout droit sur la chose, il redeviendra propriétaire si l'événement se réalise, il a un droit suspendu par une condition, une propriété sous condition suspensive.

101. Si l'obligation n'existe pas encore, il est clair que la chose qui en fait l'objet n'est pas mise aux risques du créancier. Lors donc que la chose périt entièrement sans la faute du débiteur, l'événement postérieur ne pouvant réaliser une obligation sans objet, les parties doivent être respectivement quittes l'une envers l'autre. C'est en ce sens que l'on dit que *l'obligation est éteinte*. Il en est autrement lorsque la chose est simplement détériorée : l'événement réalisant alors l'obligation, l'effet rétroactif doit faire considérer la chose comme ayant été, dès le principe, aux risques du créancier, qui ne peut dès lors obtenir de diminution de prix. Le Code lui réserve seulement le droit de faire résoudre l'obligation, c'est-à-dire de faire résilier la convention tout entière. A plus forte raison a-t-il ce droit quand la détérioration provient du fait du débiteur, sans préjudice de la faculté qui est laissée, d'exiger la chose avec dommages-intérêts. V. art. 1182.

101 *bis*. I. L'art. 1182 traite des risques de la chose due sous condition suspensive; il suppose par conséquent une obligation ayant pour objet un corps certain, et nous devons ajouter, une obligation née d'un contrat synallagmatique. En effet, nous avons déjà dit (n° 58 *bis*. I) comment la perte fortuite de la chose due en vertu d'un contrat unilatéral, ne pouvait tomber que sur le créancier, et il n'y a aucune raison pour que la condition qui affecte l'obligation, contraigne le débiteur à payer des dommages et intérêts à raison d'un fait qui lui est étranger. C'est donc ici, comme dans le cas d'obligation pure et simple, le créancier qui supporte sans indemnité les conséquences de la perte.

101 *bis*. II. La loi examine plusieurs hypothèses par rapport à la perte de la chose due sous condition, en vertu d'un contrat synallagmatique. Toutes ces hypothèses supposent toujours que la perte est survenue avant l'arrivée de la condition; car après cet

événement l'obligation serait devenue pure et simple, et il faudrait appliquer l'art. 1138.

1° La chose a péri entièrement par cas fortuit. Elle a péri, d'après le premier paragraphe de l'article, pour le débiteur, non pas qu'il puisse être obligé à des dommages et intérêts à raison d'un fait accidentel, mais parce qu'il ne peut exercer le droit qu'il avait acquis comme équivalent de son obligation. Dépouillé du droit de demander contre l'autre partie l'exécution du contrat synallagmatique qu'il avait fait, privé de la chose matériellement détruite, il supporte véritablement, à l'exclusion de son cocontractant, les conséquences de la perte.

Si l'article commençait au paragraphe 2, on devrait croire que le Code n'a pas consacré cette théorie, qui est la théorie ancienne; car, d'après ce paragraphe, l'effet de la perte est d'éteindre l'obligation du débiteur, d'où l'on pourrait raisonnablement conclure que l'obligation corrélative n'est pas éteinte et que c'est le créancier qui supporte le risque; mais l'inexactitude de l'expression est démontrée par le premier paragraphe qui expose le principe d'une manière explicite, ainsi que par la tradition du droit romain et de l'ancien droit français qui mettaient le risque à la charge du débiteur conditionnel (1).

Il reste à expliquer pourquoi le débiteur conditionnel supporte le risque tandis que le débiteur pur et simple ne le supporte pas. Ceci est le résultat de l'application des principes sur les éléments nécessaires à la formation des contrats. On part de cette idée que le contrat conditionnel n'est parfait qu'à l'arrivée de la condition, qu'il doit alors réunir tous les éléments essentiels à sa formation. Or, la chose qui doit être l'objet d'une des obligations n'existant plus à cette époque, cette obligation ne peut naître : partant, l'autre obligation, qui doit avoir celle-là pour cause, manque de cause et ne peut non plus prendre naissance; les parties sont alors replacées dans la même position que si elles n'avaient pas contracté, par conséquent c'est le débiteur qui subit les conséquences de la perte. On pourrait, il est vrai, présenter cette décision comme contraire à celle qui donne à la condition accomplie un effet rétroactif; mais la loi ne mérite pas ce reproche, parce que la rétroactivité des effets suppose que la convention produit quelque

(1) *D. fr.*, 8, *De peric. et comm.* Pothier, n° 219.

effet, et il ne peut être question de faire rétroagir un contrat qui manque des éléments essentiels à son existence.

101 *bis*. III. 2° La chose due s'est détériorée par cas fortuit. — Les rédacteurs du Code ont probablement pensé que la perte partielle devait être à la charge de celle des parties qui supporte la perte totale; ils ont admis pour la partie ce qui était vrai du tout. En effet, l'art. 1182, troisième al., accorde au créancier le droit de résoudre le contrat, de le faire considérer comme non avenu, et par conséquent de se soustraire aux conséquences de la détérioration subie par la chose. Il peut arriver, il est vrai, que le créancier supporte cette détérioration s'il use de la seconde faculté que lui accorde l'article, s'il opte pour l'exécution du contrat, en prenant la chose sans diminution de prix. Mais comme le créancier n'est pas contraint de prendre ce second parti, qu'il jouit d'un droit de libre option, il est évident qu'il choisira toujours le premier quand la détérioration sera notable, et qu'en réalité tout le désavantage de la situation est pour le débiteur.

Cette décision de l'art. 1182, troisième al., est contraire au droit romain et à l'ancien droit français, et de plus elle n'est pas en harmonie avec la règle sur la rétroactivité de la condition accomplie. On disait autrefois que la détérioration de la chose était aux risques du créancier, parce qu'au moment où la condition arrivait l'obligation du débiteur de cette chose ne manquait pas d'objet, ni l'autre obligation de cause. Le contrat réunissant tous les éléments nécessaires à son existence, il se formait, et dès lors réputé existant depuis le jour de la convention, il mettait rétroactivement la chose aux risques du créancier. La différence entre cette espèce et celle où la perte est totale résultait de l'existence ou de l'inexistence de l'objet dû au moment de l'arrivée de la condition, et il n'était pas étonnant que cette circonstance exerçât une grande influence au point de vue théorique sur la solution.

Mais les rédacteurs du Code n'ont pas probablement voulu sacrifier à la logique d'un raisonnement théorique une solution qui leur a paru plus simple et plus naturelle; ils ont préféré mettre le risque partiel à la charge de celui des contractants qui supporte le risque total. On leur a, du reste, reproché comme une inconséquence d'avoir imposé la charge des détériorations à celui qui n'a pas la chance des accroissements, mais il n'y a rien

là qui puisse étonner, puisque la décision sur la perte totale, conforme au droit romain et à l'ancien droit français, ne tient pas compte elle-même du parallélisme qui existe ordinairement entre les chances de perte et les chances d'amélioration, et met la chose aux risques du débiteur, tandis que si cette chose avait augmenté, la condition venant à se réaliser, les accroissements profiteraient au créancier.

101 *bis*. IV. 3° La chose a péri entièrement par la faute du débiteur. La loi n'a pas prévu cette hypothèse, qui doit être régie sans difficulté par les principes généraux; le créancier a le droit d'obtenir des dommages et intérêts.

101 *bis*. V. 4° La chose a été détériorée par la faute du débiteur. C'est le cas prévu par le dernier alinéa de l'article. La faute du débiteur ne pouvant porter préjudice au créancier, celui-ci peut à son choix demander l'exécution ou la résolution du contrat; seulement, quel que soit son choix, il obtiendra des dommages et intérêts. Le texte peut présenter sur ce point quelque ambiguïté, si on le lit en rattachant exclusivement le dernier membre de phrase, *avec des dommages et intérêts,* à celui qui précède; mais la construction de la phrase et sa ponctuation ne rendent pas nécessaire cette manière de lire l'article, les mots rejetés à la fin peuvent se rattacher aux deux membres de phrase précédents, aussi bien qu'au dernier seulement; et, ainsi entendu, l'article se trouve constater un résultat auquel le raisonnement seul eût dû conduire. Il accorde le droit de demander des dommages et intérêts au créancier qui opte pour la résolution du contrat, parce que cette résolution peut lui causer un préjudice, et que le débiteur qui, par sa faute, a occasionné ce préjudice en doit la réparation.

§ III.

De la condition résolutoire.

102. La condition résolutoire ne suspend point l'obligation, mais elle révoque l'engagement existant, qui, par suite de l'effet rétroactif, est censé, après l'événement, n'avoir jamais existé. Ainsi l'obligation s'exécute jusque-là, sauf restitution de part et d'autre à l'événement. V. art. 1183; v. aussi art. 1234, al. 9.

102 *bis*. I. Nous avons eu l'occasion sur l'art. 1168 (n° 84 *bis*), de donner une idée de la condition résolutoire et de la comparer à la condition suspensive. Ses effets se résument en ceci : l'obligation est censée n'avoir pas existé quand la condition résolutoire s'accomplit. Elle peut par conséquent opérer de deux manières selon que l'obligation a ou n'a pas été exécutée. L'obligation a-t-elle été exécutée avant l'arrivée de la condition résolutoire: cet événement donne naissance à une obligation en sens inverse de la première, elle oblige l'ancien créancier à restituer ce qu'il a reçu. C'est le seul moyen de remettre les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Si, au contraire, l'obligation sous condition résolutoire n'est pas encore exécutée quand la condition arrive, l'effet de cet événement est purement extinctif; il libère le débiteur. (V. art. 1234.)

102 *bis*. II. La loi a donné encore moins de détails sur les effets des obligations soumises à des conditions résolutoires que sur ceux des obligations sous condition suspensive. C'est donc en se référant d'une part à la définition des conditions, et de l'autre aux règles contenues dans le chapitre sur les conditions en général, qu'on peut régler les difficultés qui s'élèveraient à propos de ce genre d'obligations conditionnelles.

Il résulte d'abord de l'article 1183, que tant que la condition est en suspens, l'engagement doit être exercé comme s'il était pur et simple, sauf à réserver à la partie dont les droits peuvent renaître à l'arrivée de la condition résolutoire, la faculté de faire des actes conservatoires, en vertu de l'art. 1180.

Cette incertitude peut cesser par la défaillance ou l'arrivée de la condition; dans le premier cas, l'obligation doit être considérée comme ayant toujours été pure et simple, et, dans le second, comme n'ayant jamais existé.

Dans ce dernier cas, c'est-à-dire quand la condition se réalise, il y a lieu d'appliquer l'article 1179, et de contraindre le créancier, s'il a reçu livraison de la chose, à la restituer avec les accroissements qu'elle aura pu recevoir, en gardant toutefois les fruits ainsi que nous l'avons établi (n° 98 *bis*. II).

Par une autre application non moins importante de l'article 1179, les droits réels concédés par le créancier sous condition résolutoire pendant la propriété intérimaire, sont anéantis, comme

constitués par une personne qui est réputée n'avoir jamais été propriétaire. Cet effet de la résolution a sa formule dans une phrase latine, dont on a vu déjà de nombreuses applications: *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.*

102 *bis*. III. Mais parmi les actes que le créancier sous condition résolutoire a pu faire relativement à la chose, il en est qui ne seraient pas atteints par l'effet rétroactif de la condition: ce sont les actes d'administration, les baux par exemple. L'ancien débiteur, bien qu'il soit après l'accomplissement de la condition réputé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire, n'en a pas moins, en fait, laissé volontairement la possession et la gestion de sa chose entre les mains de l'autre partie. Il est impossible dès lors de ne pas traiter celle-ci comme un mandataire autorisé à faire les actes d'administration nécessaire et d'intérêt commun, et notamment les baux; car à leur défaut, des immeubles inoccupés ou incultes auraient forcément subi des détériorations. L'article 1673 donne sur ce point, dans un cas particulier, une décision trop raisonnable et trop utile pour qu'on hésite à la généraliser.

102 *bis*. IV. Le paragraphe qui traite de la condition résolutoire, à la différence de celui qui régit la condition suspensive, est muet sur la question des risques. Il faut cependant déterminer qui supportera les conséquences du cas fortuit, survenu à la chose due sous condition résolutoire, en vertu d'un contrat synallagmatique.

Ce n'est pas sans intention que la loi est muette sur ce point. Une question traitée dans l'article 1182, à propos des conditions suspensives, ne peut avoir été oubliée sur l'art. 1183. Au lieu de croire à une omission improbable, n'est-il pas plus simple de supposer un renvoi tacite du législateur, d'abord, aux règles générales sur les risques, secondement à l'article 1182 lui-même? En effet, quand survient l'événement fortuit qui détruit la chose, ou cette chose n'a pas été livrée au créancier ou elle lui a été livrée. Dans le premier cas, le créancier doit être traité comme ayant un droit pur et simple, car le contrat produit les effets d'un contrat pur et simple, en attendant sa résolution. Dans le second cas, la chose étant livrée, l'ancien créancier a cessé d'avoir une créance; au contraire, comme nous l'avons dit, il est éventuellement débiteur de la chose, si la condition arrive: de créancier

sous condition résolutoire, il est devenu débiteur sous condition suspensive. Dans les deux cas, il doit donc souffrir le risque, comme créancier pur et simple, en vertu de l'art. 1138, comme débiteur sous condition suspensive, en vertu de l'art. 1132.

Cette solution est cependant combattue comme contraire au principe de rétroactivité des conditions et faisant obstacle à ce que, la condition échéant, les choses soient remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Mais il ne faut pas s'arrêter à cette objection, parce que, nous l'avons vu sur l'art. 1182, la loi n'a pas tenu compte de la rétroactivité des conditions, quand il s'est agi de la question des risques. En effet, quand la condition suspensive s'accomplit, on devrait, pour appliquer à la lettre l'art. 1179, mettre le risque à la charge du créancier, considéré rétroactivement comme ayant toujours été créancier pur et simple, et néanmoins le débiteur supporte le risque; d'où l'on peut conclure que l'effet rétroactif n'est pas attaché à la condition qui ne se réalise qu'après la destruction de la chose due. Dans le cas même qui nous occupe, on peut se rendre compte de la raison qui exclut l'application du principe de rétroactivité. En effet, le plus souvent, c'est-à-dire quand l'obligation est exécutée, l'effet de la condition résolutoire est de faire renaître une obligation de l'ancien créancier envers l'ancien débiteur. Or, la condition s'accomplissant après la destruction de la chose, l'obligation de restituer cette chose ne peut pas naître faute d'objet, et réciproquement l'obligation corrélative de l'ancien débiteur de restituer ce qu'il a reçu ne naît pas faute de cause; les choses restent donc forcément dans le même état qu'avant l'arrivée de la condition, c'est-à-dire que le créancier sous condition résolutoire supporte la perte de la chose qu'il avait reçue. S'il en est ainsi pour la force des principes quand l'obligation a été exécutée, ce qui est l'hypothèse ordinaire, il n'est pas étonnant que la même solution soit admise quand la perte survient avant la tradition de la chose au créancier, parce que le règlement d'un point aussi important que la question des risques ne doit pas dépendre d'une circonstance accidentelle comme la plus ou moins grande hâte dans la livraison d'une chose si elle n'est pas due à terme, ou comme la plus ou moins grande brièveté du délai quand l'exécution de l'obligation était retardée par un terme. D'ailleurs, quand l'obligation n'a pas été

exécutée, les parties sont jusqu'à l'arrivée de la condition dans la même position que si le contrat était pur et simple. Le débiteur est donc libéré par la perte et le créancier tenu d'exécuter son obligation corrélative. Puis la condition arrivant n'opère pas la libération du débiteur, puisque c'est déjà un fait accompli, et par conséquent l'extinction de l'obligation du créancier de la chose qui a péri, manque de cause et ne peut avoir lieu, ou s'il a lui-même exécuté sa promesse c'est l'obligation de restituer ce qu'il a livré, qui ne peut naître elle-même faute de cause. Dans tous les cas, le créancier de la chose qui a péri ne peut se soustraire aux conséquences de l'obligation qu'il avait contractée et par conséquent il supporte le risque.

Il faut ajouter en terminant que le risque peut être imposé au débiteur sous condition résolutoire par la convention des parties et que les tribunaux pourraient interpréter dans ce sens, d'après les circonstances, une convention qui ne serait pas explicite sur ce point.

103. Observons ici que l'effet de la condition résolutoire n'est pas toujours et nécessairement aussi complet que le suppose l'article 1183; si un événement incertain avait été seulement assigné pour limite à la durée d'un engagement, cet événement constituerait bien certainement une condition résolutoire, dont l'accomplissement éteindrait l'obligation, mais il ne donnerait pas lieu à restitution de ce qui aurait été payé; bien plus, il ne libérerait même pas le débiteur en demeure.

104. La condition résolutoire est d'un fréquent usage, particulièrement dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties manquerait à ses engagements. Dans ces contrats, en effet, où l'engagement d'une partie est toujours pour l'autre la cause de celui qu'elle prend, il est assez naturel que celle-ci n'entende point demeurer obligée, si l'engagement réciproque n'est pas accompli. Cette intention de sa part est tellement probable, que la loi n'oblige pas même à l'exprimer.

Et cependant, comme il ne peut dépendre de chacun des contractants de forcer l'autre à la résiliation du contrat, en

se dispensant de l'exécuter, on sent bien que la résolution doit être seulement facultative pour la partie envers laquelle il y a inexécution, et que dans le cas même où elle use de cette faculté, il lui est dû des dommages-intérêts.

D'un autre côté, la condition n'étant ici sous-entendue que par une raison d'équité, doit admettre dans ses effets un tempérament d'équité. C'est pour cela que la résolution n'a lieu qu'autant qu'elle est prononcée par le juge, qui non-seulement doit examiner si c'est par sa faute que le débiteur a manqué à son engagement, mais qui peut même, en tout cas, prendre en considération sa position, et lui accorder un délai suivant les circonstances. V. art. 1184.

104 *bis*. I. La condition résolutoire tacite, dont parle l'art. 1184, n'a pas le même effet que la condition résolutoire expresse, dont il a été parlé jusqu'à présent. Les différences entre ces deux conditions résolutoires ressortent de l'article même. Ainsi l'une opère de plein droit et par conséquent les deux parties peuvent l'invoquer, des tiers mêmes pourraient s'en prévaloir : par exemple, des possesseurs sans titre, des acquéreurs *a non domino*, si la partie dont le droit est résolu voulait exercer contre eux le droit que la convention lui avait conféré. Tandis que, dans le cas d'inexécution des obligations, la partie qui souffre de cette inexécution peut seule demander la résolution ; il lui appartient de choisir entre l'exécution du contrat ou son anéantissement. Les juges, quand il s'agit de constater la réalisation d'une condition résolutoire ordinaire, n'ont pas le pouvoir d'apprécier les circonstances particulières à la position des parties et, suivant ces circonstances, de traiter comme non résolue une obligation anéantie par l'événement prévu. Au contraire, dans le cas de l'art. 1184, comme la résolution n'est qu'une ressource dernière, que l'exécution de la convention est le résultat désirable, le juge peut apprécier les circonstances, prendre en considération la position du débiteur et lui accorder des délais pour exécuter son obligation. Enfin, quand la résolution est le résultat d'une condition expresse, elle n'entraîne pour aucune partie obligation à des dommages et intérêts ; mais quand elle provient de l'inexécution, celle des parties qui, par sa faute, a occasionné la résolution,

doit à l'autre la réparation du tort que lui cause l'anéantissement du contrat.

104 *bis*. II. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, jouit d'une option entre l'exécution du contrat ou sa résolution. Voilà ce que nous trouvons dans l'art. 1184, mais nous ne voyons pas jusqu'à quel moment elle jouit de cette faculté d'option, quels sont les actes qui peuvent l'en dépouiller, et notamment si, après avoir pris l'un des deux partis, elle peut se repentir et revenir sur son choix. Sur ce point des distinctions sont nécessaires. Il est clair, en effet, que le droit principal du créancier c'est le droit à l'exécution, l'autre droit n'est que subsidiaire dans la pensée des parties et de la loi : il n'est ordinairement exercé que faute de mieux; par conséquent, l'exercice du droit principal n'est pas exclusif de l'exercice du droit subsidiaire. Il n'y a rien que de très-naturel dans le fait du créancier qui a d'abord demandé l'exécution du contrat, et qui, désespérant d'obtenir cette exécution, demande ensuite la résolution. A l'inverse, demander la résolution c'est renoncer à demander l'exécution, c'est par conséquent s'interdire un changement de volonté; mais comme nul ne peut se lier par sa seule volonté, il faut reconnaître que la simple demande du créancier peut être rétractée par lui tant qu'à sa volonté ne s'est pas jointe celle de l'autre partie acquiesçant à la demande, ou qu'il ne s'est pas formé par un jugement le quasi-contrat judiciaire.

105. Au reste, le principe de la résolution des contrats synallagmatiques, pour inexécution des engagements, est diversement appliqué aux divers contrats dont la loi a déterminé les effets spéciaux (v. à ce sujet art. 1655, 1657). Nul doute non plus qu'on ne puisse, dans tous les cas, augmenter l'efficacité de cette condition résolutoire par le moyen d'une stipulation expresse (v. art. 1656).

105 *bis*. I. On peut concevoir différentes conventions sur la résolution du contrat au cas d'inexécution.

1° Les parties conviennent purement et simplement que le contrat sera résolu dans le cas où l'une des parties n'exécutera pas ses obligations. Cette convention n'est autre chose que l'insertion dans la convention d'une clause que la loi y aurait sous-

entendue, elle ne peut avoir pour effet de modifier les effets de la résolution, d'assimiler notamment cette résolution à celle qui a lieu en vertu d'une condition expresse; les parties n'ont fait que répéter pour plus de sûreté une règle de la loi, et il serait dangereux d'attacher à cette clause un effet important, quand il n'est pas rare de rencontrer dans les écrits qui constatent des conventions, un grand nombre de clauses inutiles, comme celle qui astreint le vendeur à la garantie, ou le locataire à garnir les lieux loués. La clause dont nous parlons, comme celles que nous venons de citer et une foule d'autres, n'a pas eu d'autre objet que d'insister sur une des conséquences légales du contrat, sans prétendre modifier en rien cette conséquence.

105 *bis*. II. 2° Les parties conviennent que, faute d'exécution dans un certain temps, la résolution aura lieu de plein droit. — L'addition des mots *de plein droit* ou d'autres ayant le même sens, ne permet plus de considérer la clause comme une répétition surabondante de l'article 1184. Cette clause doit donc avoir un effet, et cependant elle n'a pas pour conséquence de faire rentrer la condition résolutoire qui nous occupe dans la clause des conditions résolutoires ordinaires. Ainsi, elle ne peut rendre commun aux deux parties et étendre même à des tiers le droit d'invoquer la résolution. L'interprétation raisonnable de la volonté des parties ne permet pas qu'il en soit ainsi, car si les deux parties pouvaient invoquer la résolution, il arriverait toujours que celle qui regretterait d'avoir contracté serait maîtresse de se dégager en ne remplissant pas ses engagements. La convention qui donne au créancier une arme contre son débiteur, ne peut raisonnablement avoir pour effet de permettre au débiteur de s'appuyer sur ce qu'il n'a pas rempli ses engagements pour s'en faire relever.

Il y a plus, la loi n'attache pas à la clause de résolution de plein droit l'effet de mettre le débiteur en demeure, par la seule échéance de terme. Dans l'article 1656, où elle traite par occasion cette question, elle exige que le débiteur ait été mis en demeure par une sommation, et tout ce qu'elle induit de la clause, c'est que les juges ne pourraient pas accorder de délais, peut-être même que la partie ne pourrait plus exécuter avant le jugement, dès que le temps moral nécessaire pour obtempérer à la somma-

tion est expiré. Nous pensons que l'article 1656 révèle la pensée générale du législateur, qu'il n'a rien d'exceptionnel, d'abord parce qu'il serait difficile d'expliquer pourquoi la loi aurait établi une règle spéciale en matière de vente d'immeubles; secondement, parce que cette solution se rattache parfaitement aux règles sur la demeure. La convention qu'il s'agit d'interpréter déroge ouvertement à l'article 1184, puisqu'elle déclare que l'inexécution entraînera de plein droit résolution, mais elle ne s'exprime que sur ce point, elle ne déroge pas expressément aux règles qui déterminent ce qu'il faut entendre par l'inexécution; ces règles sont résumées dans l'article 1139, le débiteur ne peut être accusé d'inexécution que s'il a été mis en demeure ou si la convention porte que sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme le débiteur soit en demeure. Or, dans notre hypothèse, il n'y a pas de convention sur ce point, et l'article 1656, loin de contenir une disposition exceptionnelle, ne fait qu'appliquer sainement les principes; il doit donc être appliqué d'une manière générale.

105 *bis*. III. 3° La condition exprime spécialement que la résolution aura lieu de plein droit et sans qu'il soit besoin de sommation. Dans ce cas, la clause déroge formellement et aux règles sur la résolution et à celles sur la demeure; il faut donc pour respecter la liberté des conventions reconnaître que les juges devront accepter cette clause et lui laisser produire tous ses effets.

105 *bis*. IV. La demande en résolution, fondée sur l'inexécution d'un contrat synallagmatique, n'est pas une demande en nullité ou en rescision, car loin de s'appuyer sur un vice qui aurait entaché le contrat dans son origine, elle a pour base l'inaccomplissement de l'obligation, c'est-à-dire un événement postérieur au contrat qui était parfait dans son principe. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer ici l'article 1304, qui restreindrait à dix ans la durée de l'action. La prescription sera de trente ans, conformément à l'art. 2262. Il faut même remarquer que la demande en résolution n'étant qu'une dérivation de la demande en exécution du contrat, tout acte interrompant la prescription par rapport à l'exécution du contrat aura le même effet par rapport à la résolution, qui doit toujours être à la disposition du créancier tant qu'il conserve son droit de créance.

105 *bis.* V. Si au lieu de supposer la résolution résultant de l'inexécution du contrat, nous parlons d'une résolution provenant de l'arrivée d'une condition résolutoire, indépendante de l'accomplissement des engagements des parties, il ne peut plus être question d'une action en résolution, puisque la condition opère de plein droit. Il s'agira ou d'une action en revendication si la chose à restituer est un corps certain, ou d'une action personnelle en restitution, si la chose n'est pas un corps certain. Ces deux actions sont incontestablement soumises aux règles générales sur la prescription, c'est-à-dire que l'action personnelle se prescrira par trente ans et que l'action en revendication s'éteindra avec le droit de propriété qu'elle tend à faire protéger lorsque la chose sera devenue, par l'effet d'une prescription acquisitive, propriété d'une personne autre que son ancien maître.

105 *bis.* VI. L'arrivée de la condition résolutoire, expresse ou tacite, a des conséquences contre les tiers acquéreurs, quand l'objet qui doit être restitué est un corps certain. Nous avons dit que la partie qui avait reçu cet objet sous une condition ne pouvait avoir transmis que des droits soumis à la même condition. Ces tiers ont dû être prévenus par les titres des conditions qui affectaient le droit de leurs auteurs, ou des obligations contractées par ceux-ci, et dont ils doivent, pour être prudents, se faire prouver l'exécution. Il y a plus, la loi du 23 mars 1855 a assuré la publicité de l'action en résolution dans une hypothèse particulière. L'article 7 de cette loi soumet le droit de résolution pour non payement du prix d'une vente d'immeubles aux mêmes conditions de publicité que le privilége du vendeur. Mais si cette loi a prévu et réglé le cas le plus fréquent de résolution pour inexécution, il faut reconnaître cependant que dans tous les autres cas, même en matière de vente, l'exercice du droit fondé sur l'article 1184 n'est assujetti à aucune publicité.

A l'égard des tiers acquéreurs, il ne peut être question de déterminer le délai d'une prescription libératoire. Contre eux l'action est toujours une revendication, et la prescription qu'ils peuvent invoquer est nécessairement la prescription à fin d'acquérir. En effet, s'il s'agit d'une condition résolutoire expresse, il ne peut exister aucun doute, puisqu'à l'égard de leur auteur lui-même l'action était une revendication; et quant à la résolu-

tion en vertu de l'article 1184, bien qu'elle n'opère pas de plein droit, comme ce n'est pas contre les tiers acquéreurs qu'elle peut être demandée, mais contre le contractant, que cette action contre le contractant est le préliminaire indispensable de l'action contre le tiers acquéreur, celle-ci n'est toujours, comme dans le cas d'une résolution de plein droit, qu'une action en revendication.

Les tiers acquéreurs doivent donc accomplir une prescription acquisitive pour être soustraits aux conséquences de la résolution, et cette prescription aura certainement lieu par une possession de trente ans. Ils pourraient même, quand ils ont titre et bonne foi, prescrire par dix ou vingt ans (art. 2265), mais il faut reconnaître qu'ils pourront rarement être considérés comme de bonne foi, parce que leurs titres ou l'inscription prise en vertu de la loi de 1855 aurait dû leur révéler la condition qui affectait le droit de leurs auteurs.

SECTION II.

Des obligations à terme.

106. L'obligation à terme est celle qui dépend, sous certain rapport, de l'expiration d'un laps de temps.

Ce qui distingue essentiellement le *terme* de la *condition*, c'est sa certitude : soit qu'il consiste dans un temps fixe, soit qu'il consiste dans un événement, incertain peut-être quant à l'époque de son arrivée, mais qui ne peut manquer de se réaliser dans un temps quelconque.

107. Le terme peut avoir pour objet de retarder l'exécution d'une obligation, ou d'en limiter la durée. Sous ce rapport, on peut reconnaître un terme *suspensif* et un terme *résolutoire*: la loi ne s'occupe que du premier, dont elle compare les effets avec ceux de la condition suspensive. La différence substantielle, c'est que la suspension, au lieu de s'appliquer à l'existence même de l'obligation, ne s'applique qu'à son exécution. V. art. 1185.

Le terme, au reste, peut être exprès ou tacite (v. *Just.*, Inst., § 5, *De verb. obl.*). Il peut être établi par la convention

ou accordé par le juge (v. art. 1244; C. pr., art. 122 et 123). Au dernier cas, on l'appelle *terme de grâce* (v. art. 1292).

107 *bis*. Le terme accordé par le juge est appelé *terme de grâce*, par opposition au terme résultant de la convention qui est qualifié *terme de droit*. Ces deux expressions indiquent nettement la différence entre une faveur que les tribunaux peuvent accorder ou refuser suivant les circonstances, et un avantage assuré au contractant par la convention qui fait loi, et dont les juges ne peuvent le priver. Il résulte du reste de ce que le terme de grâce est une faveur, qu'il ne fait point obstacle à la compensation (v. art. 1291 et 1292), et que le débiteur en est plus facilement déchu que du terme de droit (v. art. 1188 et 124 Proc. civ.)

108. Le terme suspendant l'exécution, la chose qui fait l'objet de l'obligation ne peut être exigée; mais comme elle est due, elle ne pourrait être répétée s'il y avait payement. V. art. 1186; v. pourtant C. comm., art. 446, al. 3; C. civ., art. 1167, 1753; C. pr., art. 820.

108 *bis*. I. Des deux propositions contenues dans l'article 1186, la seconde seule demande un examen sérieux. La première, en effet, consacre le droit du débiteur de n'être pas poursuivi avant l'échéance du terme, c'est la conséquence nécessaire de la définition même du terme suspensif. Il nous suffira d'ajouter que le débiteur jouit du bénéfice du terme jusqu'au dernier instant du dernier jour compris dans le terme, par conséquent les poursuites ne pourraient être commencées contre lui que le jour qui suit l'échéance du terme, le 1er septembre, par exemple, si le terme devait échoir le 31 août.

108 *bis*. II. La seconde proposition énoncée par l'article demande un examen plus sérieux, parce qu'elle est l'objet de doutes graves. En effet, quand la loi interdit la répétition de ce qui a été payé d'avance, a-t-elle l'intention de prohiber indistinctement cette répétition? Refuse-t-elle de venir au secours de l'erreur? Ou au contraire sa pensée n'a-t-elle pas été moins absolue que sa phrase? De telle sorte qu'il ne faudrait regarder comme irrévocable que le payement fait avant le terme et avec intention de renoncer au bénéfice du délai?

Des auteurs recommandables ont pensé que l'article supposait

un payement fait par le débiteur avec intention d'avancer l'échéance, mais quand le débiteur a payé par erreur avant le terme, parce qu'il croyait la dette exigible, ils ont dit que ce débiteur avait payé trop en payant trop tôt, que le créancier avait profité indûment de la jouissance depuis ce payement prématuré, et qu'il devait réparer le tort éprouvé par le débiteur, en lui remettant la chose, ou au moins en lui payant l'intérêt ou le loyer pour le temps de la jouissance indue.

Nous croyons, au contraire, que la loi doit être entendue sans distinction, comme elle est écrite, et c'est sans contredit un préjugé favorable à une opinion que de ne pas ajouter une distinction où le texte est absolu. Une autre circonstance milite *a priori* pour l'opinion qui repousse dans tous les cas la répétition, c'est que la section des obligations à terme suit pas à pas le texte de Pothier (n° 230), et que dans l'alinéa qui suit celui que représente l'article 1185 et qui contient les deux propositions de l'article 1186, cet auteur refusait la répétition alors même que le payement était le résultat de l'erreur. On a reproché, il est vrai, à Pothier d'avoir servilement reproduit la disposition des lois romaines, qui était elle-même la conséquence du caractère strict de la *condictio indebiti* (1), et qui, dès lors, a dû être abandonnée par le Code Napoléon, complétement étranger à la distinction des actions *stricti juris* et *bonæ fidei.* Mais il faut remarquer que si la solution des lois du Digeste était dictée par des principes tout romains, Pothier n'a pas développé ces raisons spéciales dans son n° 230, et que par conséquent le Code Napoléon a pu accepter la décision qui lui était ainsi transmise, en l'appuyant sur des raisons nouvelles, sur des considérations pratiques qui nous paraissent décisives. En effet, s'il est vrai, en théorie pure, que celui qui reçoit plus tôt ce qui lui est dû reçoit plus qu'il ne lui est dû, il serait dans la grande majorité des cas impossible d'apprécier exactement si le créancier a retiré un avantage du payement anticipé, et quel est cet avantage; par conséquent, on exposerait le créancier qui a reçu aux chances d'une appréciation arbitraire et on risquerait d'être injuste pour lui en cherchant à éviter une injustice au détriment de l'autre partie. C'est surtout quand il s'agira d'une dette de somme d'argent que ces apprécia-

(1) V. *D. fr.*, 10-16-18, *De condict. indebiti.*

tions seront difficiles, et auront chance d'être inexactes. Obligera-t-on le créancier à restituer la somme reçue? On peut lui causer un préjudice considérable s'il l'a employée, dissipée, et qu'il lui soit difficile de trouver les fonds nécessaires à la restitution. Quand, pour éviter cette restitution difficile, on se contente d'exiger l'intérêt, *inter usurium,* on part d'une idée qui peut paraître exacte à des commerçants, à des banquiers, mais qui pour le grand nombre des pères de famille est loin de la vérité, on admet que la jouissance du capital représente toujours l'intérêt légal; mais si le créancier a dissipé la somme reçue, s'il a payé une dette pour laquelle il jouissait lui-même d'un terme et qui ne produisait pas d'intérêts, s'il a placé à 3 ou 4 p. 100, peut-on dire que la jouissance anticipée de son capital lui a procuré un avantage équivalant à l'intérêt légal? Il ne s'agit pas ici, comme dans le cas de l'article 1159, d'un débiteur qui est en demeure et qui par conséquent doit être frappé, il s'agit d'une action qui de tout temps a été considérée comme ayant pour base un principe d'équité, et en pareille matière la loi a dû raisonnablement redouter les appréciations de fait qu'elle a évitées dans l'article 1153, en fixant à forfait les dommages et intérêts pour cause de retard. Ces appréciations ont été évitées ici par la reproduction de la règle qu'elle trouvait écrite dans le droit romain et dans le traité de Pothier.

La difficulté d'appréciation, évidente surtout lorsque la chose due était une somme d'argent, se présenterait encore à propos des autres quantités ou même des corps certains; car comment savoir ce qu'est devenue la chose payée quand c'était une quantité, quel profit le créancier a retiré du payement? Et s'il s'agit d'un corps certain, qui peut avoir été soit aliéné, soit détruit, le payement d'un loyer sera-t-il la représentation exacte d'un profit qui n'a peut-être pas existé pour le créancier?

Il faut faire une dernière observation sur la question que nous venons d'agiter. On ne peut pas prétendre que le créancier serait en faute soit d'avoir reçu avant le terme, car le débiteur avait le droit d'anticiper le payement, soit de n'avoir pas prévenu le débiteur que le terme n'était pas échu, d'abord parce que s'ils sont tous deux coupables de la même ignorance, le défendeur, le possesseur doit être préféré, et ensuite parce qu'à moins d'exiger que la quittance porte la preuve de l'avertissement donné par le

créancier au débiteur, tous les payements anticipés pourront être contestés par ceux qui les auront faits et ne laisseront jamais aucune sécurité aux créanciers qui les auront reçus.

109. Il est certain, au reste, que le terme n'empêche pas le créancier de faire des actes conservatoires, puisque ce droit appartient même au créancier conditionnel (art. 1180). Parmi ces actes, il faut évidemment ranger la demande en reconnaissance ou vérification d'écriture (voy., à ce sujet, art. 1324; C. pr., art. 193, et loi du 3 septembre 1807).

109 *bis*. On ne pourrait pas considérer comme acte conservatoire une demande formée avant l'échéance et tendant à obtenir une condamnation dont l'exécution serait retardée jusqu'à l'échéance du terme; tant que le débiteur n'est pas déchu du bénéfice du terme, une poursuite dont le résultat devrait même être ajourné, sort des limites des actes purement conservatoires, elle peut porter atteinte au crédit du débiteur, elle devient une sorte de vexation à laquelle le débiteur a le droit de se soustraire. Si cette demande *in futurum* était admise par le législateur, le jugement entraînerait certainement hypothèque judiciaire, et comme la suspension du droit de s'inscrire n'est pas prononcée dans ce cas comme en matière de vérification d'écriture, le danger que la loi du 3 septembre 1807 a prévenu dans cette procédure revivrait dans une autre, et le silence même de cette loi sur les condamnations prononcées avant l'échéance est la preuve que les législateurs n'ont pas considéré ces condamnations comme possibles.

110. Le terme est ordinairement une faveur accordée au débiteur, faveur dont il est maître d'user ou de ne pas user. Toutefois, il en est autrement si c'est *aussi* (ajoutons ou si c'est uniquement) en faveur du créancier qu'il est convenu; ce que la loi ne présume pas; mais ce qui, à défaut même d'une stipulation expresse, peut s'estimer d'après les circonstances. V. art. 1187, et à ce sujet, art. 1944, C. comm., art. 146 et 187.

110 *bis*. Le terme est souvent, suivant l'expression de Pothier, un espace de temps accordé au débiteur pour payer. Il est alors

stipulé en faveur du débiteur auquel il rend plus facile l'exécution de l'obligation.

Mais il peut être stipulé en faveur du créancier, comme lorsque celui qui fait un dépôt convient que le dépôt durera une année; il entend par là que le dépositaire ne pourra pas lui restituer le dépôt avant le terme. Mais le dépositaire qui n'a pas un intérêt légitime à garder une chose dont il n'a pas le droit de se servir, ne peut refuser la restitution avant le terme fixé.

Dans beaucoup d'autres cas le terme est fixé dans l'intérêt commun : dans le prêt à intérêts, par exemple, l'emprunteur trouve bien, il est vrai, son avantage dans le terme qui lui permet de se procurer les fonds nécessaires au payement, mais le prêteur aussi, qui a fait un placement en prêtant ses capitaux, entend quelquefois que ses fonds ne lui rentreront pas avant l'époque fixée, parce qu'il faudrait leur trouver un nouvel emploi, et qu'il ne pourrait peut-être pas le faire avantageusement. Dans ce cas, comme dans le précédent, la conséquence de ce que le terme n'est pas stipulé exclusivement en faveur du débiteur, est que celui-ci ne peut pas se libérer avant le terme malgré le créancier.

111. Le terme n'est jamais accordé au débiteur, qu'en raison de la confiance du créancier en sa solvabilité. Si même le créancier, en contractant, s'est fait donner des sûretés, c'est uniquement dans ces sûretés qu'il est réputé avoir placé sa confiance. De là, la déchéance encourue dans deux cas : 1° faillite du débiteur; 2° diminution par son fait des sûretés données par le contrat. V. art. 1188; C. comm., art. 444.

111 *bis*. I. La faillite du débiteur, c'est-à-dire l'état du commerçant qui cesse ses payements, fait craindre que les créanciers ne puissent être payés intégralement; de plus, il importe, pour arriver à la liquidation de la faillite et à la répartition équitable de l'actif entre les créanciers, que tous les créanciers puissent immédiatement exercer leurs droits, et qu'on ne se trouve pas dans la nécessité ou de sacrifier les créanciers à terme, en distribuant aux autres tout l'actif du débiteur, ou de retarder indéfiniment les opérations de la faillite jusqu'à l'échéance de toutes les créances à terme. Ces raisons expliquent comment toutes les

dettes du failli deviennent exigibles par le seul fait de sa faillite.

L'état de faillite est particulier aux commerçants; les débiteurs non commerçants dont les biens sont insuffisants pour satisfaire leurs créanciers apparents, sont en déconfiture (1), c'est-à-dire dans une situation qui n'est ni définie ni réglementée par notre législation. Mais malgré le silence de la loi sur les conséquences de la déconfiture, on doit dire qu'elle produit, quant au terme, le même effet que la faillite, parce que les raisons qui expliquent la déchéance du terme dans le cas expressément prévu par la loi, subsistent avec la même énergie dans le cas de déconfiture. La loi du reste a rapproché la déconfiture de la faillite dans un cas qui présente, avec celui qui nous occupe, une grande analogie (v. art. 1913).

111 *bis*. II. Pour que la diminution des sûretés données au créancier entraîne déchéance du terme, il faut que ces sûretés aient été données par le contrat. Ainsi un immeuble aura été hypothéqué et le débiteur aura démoli les constructions, abattu une futaie. Mais la règle ne s'applique pas au droit de gage imparfait du créancier sur tous les biens du débiteur, parce que cet engagement imparfait n'est pas une sûreté spéciale donnée au créancier, et qu'il ne prive pas le débiteur du droit d'administrer librement son patrimoine. Il faut, en outre, que la diminution des sûretés provienne du fait du débiteur, parce qu'il ne peut être responsable d'un événement auquel il est étranger, et qu'il serait injuste de le déposséder à raison de cet événement d'un bénéfice auquel il a droit en vertu d'une convention.

La loi cependant donne à propos de l'hypothèque et du cautionnement une décision qui peut être généralisée et étendue aux autres sûretés, parce qu'elle consacre une différence importante entre la perte des sûretés résultant du fait du débiteur et celle qui provient du cas fortuit; dans ce cas, le créancier peut demander un supplément d'hypothèque ou une autre caution, et le remboursement immédiat n'est exigé que si le débiteur ne fournit pas l'hypothèque ou la caution, tandis que dans le cas prévu par l'article 1188, le créancier peut exiger le remboursement alors même que le débiteur offrirait d'autres sûretés à la place de celles qu'il a détruites.

(1) V. *Coutume de Paris*, art. 180.

111 *bis.* III. Nous avons cité, comme détruisant les sûretés, les actes matériels qui anéantissent ou diminuent le gage du créancier. Ces actes ne sont pas les seuls, des actes de disposition auront quelquefois ce caractère. Non pas la constitution d'une hypothèque ou d'une servitude sur l'immeuble déjà hypothéqué, parce que le créancier, s'il a satisfait aux règles sur la publicité, n'a rien à redouter d'un créancier plus récent, et que pour la servitude, elle ne peut en rien lui préjudicier, attendu qu'il exercerait son droit hypothécaire sur l'immeuble, sans tenir compte de la charge réelle qui, pour tout autre que lui, en diminuerait la valeur.

111. *bis.* IV. Mais l'aliénation d'un immeuble hypothéqué peut quelquefois être considérée comme une diminution des sûretés données par le contrat. Ceci demande cependant une explication, car il semble que par sa nature le droit hypothécaire du créancier, s'exerçant par voie de suite contre les tiers détenteurs, est à l'abri d'un dommage résultant d'une aliénation; mais ce dommage résulte de la faculté de purger qui appartient à l'acquéreur. Celui-ci peut, en effet, offrir aux créanciers hypothécaires le prix de l'immeuble, les mettre en demeure d'accepter le prix offert comme représentant exactement la valeur du bien, ou sinon de demander une mise de l'immeuble aux enchères, en s'engageant à porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui est offert. Si les créanciers acceptent le prix offert, ceux d'entre eux qui ne sont pas désintéressés complétement par leur collocation sur ce prix, ont perdu les chances qu'ils avaient de voir l'immeuble, vendu peut-être en temps inopportun, acquérir une plus-value; celui d'entre eux qui a été colloqué en dernier rang a de plus été, dans la plupart des cas, contraint à recevoir un payement partiel. Leur position n'est donc plus la même avant qu'après la purge, elle est détériorée par le fait du débiteur, par conséquent le bénéfice du terme doit être perdu.

Ces conséquences dangereuses de la purge ne justifient pas seulement l'application de l'article 1188, au cas où cette procédure a eu lieu, mais il suffit qu'elle soit possible, pour que le créancier n'ait plus sa sécurité entière; le simple fait de l'aliénation suspend sur la tête du créancier une menace incessante de purge, il a perdu ses sûretés; la déchéance doit être encourue. La loi en

effet ne subordonne pas cette déchéance à la preuve de ce fait que le créancier ne sera pas payé, mais à cette circonstance unique que les sûretés sont diminuées; or, il n'y a plus sûreté dès qu'un tiers peut à son caprice éteindre par la purge l'hypothèque du créancier. Dira-t-on qu'il faut attendre que le mal soit consommé, que la purge ait eu lieu? Mais le mal deviendrait souvent irréparable, et le créancier n'a-t-il pas un intérêt légitime à se hâter pour empêcher la dissipation des autres biens du débiteur?

Quand on refuserait d'accepter ces idées pour le cas d'aliénation totale de l'immeuble hypothéqué, il faudrait au moins ne pas hésiter si l'aliénation était partielle, parce qu'il pourrait résulter du morcellement même une dépréciation de la partie aliénée et de la partie conservée : comme aussi dans le cas d'aliénation d'un usufruit ou d'une nue propriété, car, bien que le créancier hypothécaire dût conserver ses droits sur chacun des deux éléments dans lesquels se décomposera désormais la propriété, cependant par ce fractionnement la valeur vénale du tout a dû être affectée, à raison de ce fait qu'on ne vend pas avantageusement des droits d'usufruit ou de nue propriété.

112. Aux deux cas prévus par l'article 1188, le Code de procédure en ajoute quelques autres, dans lesquels, comme dans ceux-ci, le débiteur ne pourrait ni obtenir de terme de grâce, ni profiter de celui qu'il aurait obtenu (v. C. procéd., art. 124).

112 *bis*. Nous avons déjà dit que la déchéance du terme de grâce était plus facilement encourue que celle du terme de droit; en effet, l'article 124 du Code de procédure parle spécialement du terme de grâce, et rien, dans son texte, ne nous autorise à priver d'un droit résultant de la convention celui qui n'a pas contrevenu à cette convention en détruisant les sûretés données à son créancier.

113. Quant au terme *résolutoire*, dont la loi n'a pas parlé, il n'y a nulle difficulté, dans notre droit, de lui attribuer, comme à la condition résolutoire, l'effet d'éteindre l'obligation (v. art. 1134), pourvu qu'il arrive avant le payement effectué, et avant la demeure du débiteur.

113. *bis*. On rencontre assez fréquemment des exemples du terme résolutoire, ou plus exactement *extinctif* (v. art. 771 C. N., 155 C. com.). On doit citer en outre la convention si usuelle par laquelle celui qui donne à bail un immeuble, restreint à un temps limité d'avance ses obligations de bailleur.

SECTION III.

Des obligations alternatives.

114. Nous avons vu, en traitant de l'objet des contrats, qu'il n'est pas nécessaire que cet objet soit précisément déterminé, pourvu qu'il soit déterminable. L'indétermination peut être entre tous les individus d'un genre plus ou moins limité; il y a alors ce qu'on appelle obligation *indéterminée* (v. art. 1246); comme aussi l'indétermination peut n'exister qu'entre deux ou plusieurs individus désignés; l'obligation alors est alternative.

114 *bis*. L'obligation alternative est celle qui a pour objet deux ou plusieurs prestations, mais qui doit s'éteindre par l'accomplissement d'une seule d'entre elles. — *Exemples :* Le débiteur a promis un cheval ou un bœuf, — le cheval *Gontran* ou le cheval *Ambassadeur*, — il s'est engagé à peindre un tableau, ou à faire un voyage. — L'obligation dans tous ces cas a pour objet deux choses à livrer ou deux faits à accomplir, mais elle doit être éteinte, et le débiteur libéré, par la dation d'une seule des deux choses ou l'accomplissement d'un seul des deux faits. Elle pourrait aussi avoir pour objet des abstentions, ou un fait et une abstention, et c'est pour cela qu'il est nécessaire d'employer le mot prestation quand on donne l'idée générale de l'obligation alternative, et de le substituer au mot chose qui, rapproché par l'article 1189 de l'expression délivrance, pourrait faire croire que le caractère d'obligation alternative ne peut être attribué qu'à des obligations de donner.

115. L'obligation alternative n'a vraiment pour objet qu'une seule des choses comprises sous l'alternative; par conséquent, il n'y a qu'une obligation; mais la chose particulière qui doit

être l'objet de cette obligation reste inconnue jusqu'à la détermination qui aura lieu ultérieurement (ordinairement par la délivrance que fera le débiteur). Et, comme il n'en est aucune sur laquelle la détermination ne puisse faire porter et concentrer l'obligation, on peut dire, sous certain rapport, qu'elles y sont toutes comprises. Il est certain, cependant, que chaque chose en particulier semble n'être due que conditionnellement, car la question de savoir si l'une plutôt que l'autre sera en définitive la chose due, dépend d'un événement futur et incertain. Mais il faut se garder d'en conclure que l'obligation alternative soit pour cela conditionnelle; car, dès le principe, il y a une chose due.

De cet exposé il résulte, qu'il n'y a pas obligation alternative, lorsque, une seule chose étant due, une autre est cependant *in facultate solutionis*. L'obligation dont il s'agit a reçu de quelques auteurs le nom d'obligation *facultative*.

L'obligation n'est pas non plus alternative lorsque, une seule chose étant due, une autre est promise pour le cas où le débiteur manquerait à son engagement. Il y a alors obligation avec clause pénale (v. ci-dessous section VI).

Enfin il n'y a pas obligation alternative lorsque, sans s'obliger à donner ou à faire une chose, on en promet une autre pour le cas où celle-là ne serait pas donnée ou faite, c'est simplement une obligation conditionnelle.

115 *bis*. I. Les prestations auxquelles est assujetti le débiteur sous l'alternative sont toutes l'objet de l'obligation; il n'y a pas lieu de distinguer entre elles un objet principal et un objet accessoire, et il découle de ce fait des conséquences importantes quant à la nature de l'obligation alternative et quant à ses effets :

1° La nature de l'obligation ne peut être déterminée *a priori*, si les objets dus sont de nature diverse; s'il est dû par exemple un meuble ou un immeuble, l'obligation sera mobilière ou immobilière, suivant la nature de l'objet choisi à l'époque du payement par celle des parties qui aura le droit de choisir, mais il est impossible de dire, dans le principe, si le droit est mobilier ou immobilier, puisque les deux choses sont également dues, qu'elles

le sont au même degré, qu'il n'y a pas là un objet principal et un accessoire, partant l'un des deux objets dont la nature déterminerait nécessairement et à tout événement la nature de l'obligation.

2° Si des deux objets dus, l'un était principal et l'autre accessoire, la décision contenue dans l'article 1192 demanderait une distinction; elle ne serait vraie que si c'était la chose due à titre accessoire qui se trouvât ne pouvoir être l'objet d'une obligation, et il faudrait au contraire proclamer la nullité de l'obligation quand la chose due principalement ne rentrerait pas dans les conditions énumérées au chapitre de l'objet. C'est parce que toutes les prestations promises sous l'alternative sont principales, placées par les parties sur le même plan, que l'impossibilité de comprendre l'une d'elles dans une convention n'anéantit jamais l'obligation contractée sous l'alternative.

3° Les mêmes raisonnements conduisent au même résultat, quand on suppose la perte par cas fortuit de l'une des choses promises; l'obligation véritablement alternative ne cesse pas pour cela d'exister, seulement la faculté de choisir se trouve nécessairement restreinte, la chose qui a péri cesse d'être l'objet de l'obligation, l'obligation devient pure et simple si l'alternative n'existait qu'entre deux choses, ou elle reste alternative, mais elle n'a plus pour objet que les choses qui n'ont pas péri, si l'alternative s'appliquait à plus de deux choses.

115 *bis*. II. En exposant les conséquences qui découlent du caractère et de la nature de l'obligation alternative, nous avons par avance indiqué les différences entre cette obligation et une autre qui lui ressemble, et qui a reçu dans la doctrine le nom d'*obligation facultative*. On entend par là une obligation qui n'a qu'un objet, mais qui peut être éteinte par la prestation d'une autre chose, prestation qui n'est pas due, mais qui est simplement, pour parler le langage consacré, *in facultate solutionis*. Puisque cette obligation a un objet unique, que la seconde prestation n'est que subsidiairement indiquée pour faciliter le payement, mais qu'elle n'est pas due, cette seconde prestation ne peut avoir aucune influence sur la nature et les effets de l'obligation; par conséquent, 1° la nature de l'obligation facultative dépend de celle de l'objet unique qui est dû; 2° si la prestation

principale ne peut être l'objet d'une obligation, l'obligation est nulle, bien qu'il fût loisible de stipuler la chose qui est *in facultate solutionis;* 3° l'extinction de l'obligation par la perte de la chose dépend de la destruction de la chose qui seule est due, et la conservation de celle que le débiteur avait la faculté de payer ne perpétue pas l'obligation.

115 *bis*. III. La théorie distingue donc les obligations facultatives des obligations alternatives. Il reste à examiner si, en fait, on rencontrera souvent de véritables obligations facultatives. Le plus ordinairement les conventions n'accuseront pas nettement la nuance qui caractérise ces deux espèces d'obligations, et dans le silence de la convention, il ne sera pas permis de considérer l'obligation comme facultative, parce que le débiteur en promettant deux prestations semblera donner à chacune d'elles le caractère d'objet de l'obligation. Il faudra que la convention soit explicite pour que le juge ait le droit de distinguer entre les deux prestations celle qui est due principalement, et celle qui peut être payée subsidiairement.

On trouve néanmoins dans le Code Napoléon des exemples d'obligations facultatives. Les articles 891 et 1681 autorisent le copartageant ou le vendeur d'immeubles, défendeur à une action en rescision pour cause de lésion, à éviter un nouveau partage, ou à se soustraire à la nécessité de restituer la chose achetée, en payant une somme d'argent. On voit dans ces hypothèses une personne qui ne peut être obligée qu'à restituer le lot reçu ou l'immeuble acheté, mais qui peut se libérer en payant une autre chose mise par l'autorité de la loi *in facultate solutionis*.

115 *bis*. IV. L'obligation alternative doit être aussi distinguée des obligations conditionnelles; bien que chaque chose puisse paraître due sous la condition : si l'autre chose n'est pas choisie, il est cependant important de ne pas confondre ces deux espèces d'obligations. Quand l'obligation est conditionnelle son existence est incertaine, quand elle est alternative, son existence n'est pas douteuse; l'incertitude n'existe que sur la prestation qui sera accomplie par le débiteur : voilà la différence théorique. Si on recherche l'intérêt de la distinction, on trouve qu'elle a une importance capitale quant aux risques, car, d'après les principes précédemment exposés, la perte survenue avant l'arrivée de la

condition est aux risques du débiteur sous condition; par conséquent, si l'obligation alternative n'était qu'une obligation conditionnelle le débiteur ne serait pas libéré par la perte des choses promises survenue avant l'option, tandis que l'article 1195 met la perte des deux choses aux risques du créancier.

On doit attribuer à notre solution sur le caractère des obligations alternatives, une autre conséquence quand l'obligation résulte d'un legs. Les legs conditionnels sont exposés à des causes de caducité qui n'affectent pas les legs purs et simples, ni par conséquent les legs sous l'alternative. C'est-à-dire que si le légataire sous l'alternative meurt avant que l'option ait été faite, son droit n'est pas frappé de caducité et passe à ses héritiers (v. art. 1040).

115 *bis*. V. On doit encore comparer l'obligation alternative avec l'obligation sous clause pénale, mais nous traiterons ce point au chapitre de la clause pénale.

115 *bis*. VI. La convention de donner un corps certain est translative de propriété, la convention de donner qui a pour objet un genre n'a pas le même effet. Par conséquent des doutes peuvent naître sur l'effet, quant à la translation de propriété, de la convention qui crée une obligation alternative. Cette obligation se rapproche de l'obligation de genre, et l'incertitude de la chose qui sera prestée semble faire obstacle à ce que la convention reçoive l'effet translatif de propriété. Il y a plus, on trouve dans le discours de Bigot Préameneu, exposant les motifs du titre des obligations, « qu'aucune propriété n'est transmise au « créancier que par le payement de l'une des choses ». Cependant la généralité des termes de l'article 1138 ne permet pas de refuser aux obligations alternatives l'effet translatif de propriété, et de priver ainsi le créancier des garanties que le Code Napoléon a voulu lui donner contre la mauvaise foi et l'insolvabilité de son débiteur. La loi n'a pas défendu de soumettre la propriété à une alternative, et on ne comprendrait guère qu'elle eût édicté cette prohibition quand elle reconnaît la propriété conditionnelle; il y a trop de relations entre l'obligation sous condition et l'obligation sous l'alternative, malgré les différences que nous avons signalées entre elles, pour que le législateur ait attaché des effets si dissemblables aux conventions qui les produisent l'une et l'autre.

Quant à la phrase de Bigot Préameneu citée plus haut, elle ne doit pas être lue et comprise isolément, elle sert de transition aux règles sur la perte de la chose (art. 1193); elle ne présente l'idée sur la translation de propriété qu'incidemment et comme argument justificatif de la décision sur les risques. Il n'est pas prouvé par conséquent que Bigot Préameneu ait entendu, en l'écrivant, consacrer une théorie sur laquelle les articles de la loi sont muets, et qui modifierait d'une manière notable des dispositions formelles et générales.

La décision que nous venons de donner a des conséquences pratiques fort intéressantes; il en résulte notamment que le créancier sous l'alternative de deux immeubles peut les hypothéquer, soit ensemble, soit séparément, et que le sort de son hypothèque dépendra du choix qui sera fait plus tard par la partie qui jouit du droit d'option.

Au cas d'insolvabilité du débiteur, le créancier sous l'alternative revendiquera comme propriétaire une des choses promises, et ne subira pas la perte qu'une contribution lui aurait imposée s'il n'eût été que simple créancier.

Enfin ce droit de revendication que le créancier exerce sans difficulté quand les choses dues ne sont point aliénées, et quand il s'agit seulement de lutter contre d'autres créanciers, il pourra également l'exercer contre des tiers acquéreurs, après l'aliénation que le débiteur aurait consentie; mais son droit sera soumis aux conditions ordinaires de l'action en revendication, c'est-à-dire que s'il s'agit de meubles, il ne pourra être exercé contre un tiers acquéreur de bonne foi (art. 2279), et que s'il s'agit d'immeubles l'exercice de son droit sera subordonné aux conditions imposées par la loi du 23 mars 1855 (art. 1er et 3).

116. L'obligation alternative n'ayant qu'un objet, il est évident que le débiteur est libéré par la délivrance d'une des choses comprises sous l'alternative. V. art. 1189.

117. En vertu du principe qui veut qu'on interprète en faveur du débiteur, c'est à lui qu'appartient en général le choix; mais rien n'empêche de l'attribuer au créancier par la convention, seulement il faut s'en expliquer expressément. V. art. 1190.

117 *bis*. Le débiteur ne perdrait pas le droit d'option qui lui appartient, alors même qu'il aurait par erreur livré les deux choses promises. Ce payement indû lui donnerait certainement droit à la répétition, et il pourrait demander une des choses à son choix, autrement, l'exercice de la répétition ne le placerait pas dans la même position que s'il n'avait pas fait un payement indû. La prestation faite par ce débiteur était indue, non-seulement parce qu'il livrait deux choses au lieu d'une, mais encore parce qu'il se privait du bénéfice de l'option entre les deux choses; à ces deux titres le payement doit être annulé. En vain dirait-on que l'ancien créancier est devenu débiteur sous l'alternative de l'une des deux choses reçues indûment, et que c'est lui qui peut désormais invoquer l'article 1190. Il ne faut pas oublier que cet article contient une disposition interprétative des conventions, et que dans l'hypothèse qui nous occupe il n'y a point eu convention créatrice d'obligation, que par conséquent ce n'est pas l'article 1190, mais les principes sur la répétition de l'indû qui doivent être appliqués (1).

118. L'obligation devant, en définitive, être déterminée à l'une des choses comprises sous l'alternative, c'est une de ces choses qu'il faut délivrer en totalité. Le débiteur ne peut donc, malgré le créancier, se libérer par le payement d'une partie de l'une et d'une partie de l'autre. V. art. 1191; v. aussi art. 1243, 1244.

118 *bis*. I. Il faut généraliser la règle contenue dans l'article 1191 et l'appliquer au créancier comme au débiteur; le choix, à quelque partie qu'il appartienne, doit porter sur l'une ou sur l'autre des choses promises, mais il ne peut avoir pour objet une partie de chacune de ces choses, le créancier ne peut pas exiger le payement par portions des différentes choses promises, et le débiteur n'a pas le droit de fractionner son payement.

Quand on suppose un créancier et un débiteur unique, la règle que nous exposons n'est autre chose que l'application des articles 1220 et 1244, mais elle mérite plus d'attention quand il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, soit que dès le principe il en ait été ainsi, soit que le créancier ou le débiteur unique

(1) Ce point a été controversé en droit romain. V. C. *Cons.* 10, *De cond. indebiti*

ait laissé plusieurs héritiers. Alors d'après l'article 1220 la dette se divise, et chaque débiteur pourrait prétendre que son obligation est distincte de celle des autres et qu'il peut l'acquitter comme il l'entend, de même que chaque créancier aurait la prétention d'exercer à sa fantaisie sa créance. Mais il résulte de l'article 1191 que si l'obligation est divisible, l'option du moins est indivisible, ce qui entraîne pour les créanciers ou les débiteurs la nécessité de se mettre d'accord pour exercer la faculté de choisir.

118 *bis*. II. Il ne suffit pas de dire que les créanciers ou les débiteurs doivent s'entendre pour exercer la faculté d'option. Il reste à déterminer les conséquences de leur désaccord. Il faut pour cela distinguer deux hypothèses : ou le choix appartenait aux débiteurs, ou il appartenait aux créanciers. Examinons d'abord la première. Si les débiteurs ne s'entendent pas pour faire leur option, comme ce défaut d'entente ne peut pas paralyser indéfiniment le droit du créancier et le priver de ce qui lui est dû, les tribunaux devraient fixer aux débiteurs un délai pour opter et après l'expiration de ce délai, désigner eux-mêmes la chose à payer, ou laisser le choix au créancier s'ils n'apercevaient pas un grand intérêt pour les débiteurs à diriger le choix dans tel ou tel sens.

Si, au contraire, ce sont les créanciers qui restent en désaccord sur la chose qu'ils doivent choisir, leur position par rapport au débiteur est très-simple; tant que ce désaccord existe, ils ne peuvent demander le payement, car la demande doit être collective, pour être régulière, elle ne peut être individuelle; et la demande ne saurait être collective, si les divers créanciers ne sont pas disposés à demander la même chose.

Le droit des créanciers est donc paralysé par leur dissentiment, et la plupart du temps le débiteur n'aura pas lieu de s'en plaindre. Si cependant il voulait se libérer, il faudrait bien lui reconnaître, comme au créancier dans l'hypothèse précédente, le droit de s'adresser à la justice, pour mettre les créanciers en demeure de choisir, ou pour faire faire à leur défaut la désignation par le juge.

Que si le débiteur n'est pas en cause, et que la question s'agite entre les créanciers seulement, une solution n'en est pas moins

nécessaire, car le mauvais vouloir de l'un d'entre eux ne peut pas anéantir le droit des autres, et ce mauvais vouloir ou ce défaut d'entente est d'autant plus supposable que quelquefois l'un des créanciers profitera seul ou ne profitera pas de la créance, suivant la nature de la chose choisie. *Exemple :* Il est dû un meuble ou un immeuble, et le créancier a laissé un légataire à titre universel des meubles et un légataire à titre universel des immeubles. C'est encore aux juges qu'il faut demander une décision. On a pu penser à la règle donnée par Justinien qui ordonnait de s'en référer au sort, *fortunam esse hujus optionis judicem* (1), mais c'est là un moyen dangereux qu'il est difficile d'admettre dans le silence de la loi, et malgré les parties. Quand des parties ne sont pas d'accord, c'est à la justice à statuer en connaissance de cause sur leurs prétentions; le tirage au sort n'a pas d'inconvénients quand il s'agit de répartir entre des cohéritiers des lots égaux, il ne pourrait pas se justifier quand il aurait pour conséquence possible l'attribution exclusive à l'une des parties du bénéfice d'une créance alternative. Les juges devront donc statuer en recherchant quel serait d'après les probabilités le choix que ferait un créancier unique.

119. L'obligation n'ayant pour objet aucune des choses en particulier, elle n'est pas nulle, parce qu'une ou plusieurs d'entre elles ne pouvaient être le sujet ou la matière de l'engagement. Elle ne s'applique alors qu'à celles qui ont les qualités requises. Si donc il n'y en a qu'une qui ait ces qualités, l'obligation n'est pas alternative, mais pure et simple. V. art. 1192.

119 *bis*. Bien que l'article 1192 parle d'une chose qui ne peut être le *sujet* de l'obligation, il est clair qu'il a en vue les choses qui, d'après la section III du chapitre II, ne peuvent être l'*objet* de l'obligation, c'est-à-dire qu'il suppose une alternative comprenant une chose qui n'est pas dans le commerce. *Exemple :* Le débiteur a promis sa maison ou un monument public. En pareil cas le choix n'est pas possible, et par conséquent l'obligation n'a qu'un objet, mais elle reste valable.

Il faudrait cependant faire une restriction. Les parties ne

(1) Inst., § 23, *De legatis.*

peuvent pas, en dissimulant le caractère véritable d'une convention, couvrir les vices d'un acte illicite. Si donc la prétendue obligation alternative n'était autre chose qu'une convention ayant un objet illicite et sanctionnée par une clause pénale, ce ne serait plus l'article 1192, mais l'article 1227 qu'il faudrait appliquer, la convention tout entière serait dénuée d'effet. C'est aux tribunaux qu'il appartient de découvrir l'intention des contractants, de rechercher si la convention avait réellement deux objets distincts et principaux, ou si l'un des objets, celui qui est illicite, était l'objet principal. La première supposition sera probable quand les parties auront pu se tromper sur le caractère illicite de l'une des prestations promises; la seconde sera vraisemblable au contraire, quand le caractère illicite de l'une des prestations n'aura pu faire doute pour aucune des parties.

120. Par suite du même principe, aucune des choses n'est mise en particulier aux risques du créancier, et, tant qu'il en reste une qui puisse être la matière de l'engagement, l'obligation subsiste et se concentre sur celle-là. C'est en ce sens que supposant seulement deux choses ainsi dues, la loi dit que, par la perte de l'une l'obligation devient pure et simple, ce qui exclut la faculté d'offrir le prix de celle qui a péri.

Cette règle reçoit son application au cas même où la perte est arrivée par la faute du débiteur, si, comme on doit le supposer, le choix appartenait à celui-ci; car le créancier, alors, ne peut se plaindre de ce qu'en détruisant ou laissant périr l'une le débiteur ait déterminé l'obligation à l'autre. Toutefois, si la chose qui reste venait ensuite à périr, même par cas fortuit, il ne serait pas juste que la faute antérieure du débiteur lui procurât sa libération. Dans ce cas, il paraîtrait raisonnable de lui faire payer le prix de celle qui a péri par sa faute. Mais notre Code, sans s'attacher à cette rigueur de principes, oblige le débiteur en faute, à l'égard d'une des deux, à payer le prix de celle qui a péri la dernière. V. art. 1193.

120 *bis*. La question des risques, au cas d'obligation alternative, est traitée dans trois articles (1193, 1194, 1195). Elle ne présente pas de difficultés quand toutes les choses promises ont

péri par cas fortuit, le débiteur est libéré, c'est l'hypothèse la plus simple. Mais quand on suppose le débiteur en faute, les solutions changent selon qu'il jouissait ou non du droit d'opter.

Dans l'article 1193 il est sous-entendu que le débiteur avait le choix, c'est la probabilité, confirmée d'ailleurs par le texte de l'article 1194, où l'on oppose au cas prévu par l'article précédent celui où le choix appartient au créancier. Deux hypothèses sont prévues : 1° perte d'une des deux choses ; 2° perte des deux choses.

Si l'une des deux choses seulement a péri, l'obligation devient pure et simple quant à l'autre. Ce qui ne peut soulever aucune objection quand la chose a péri par cas fortuit, et ce qui s'explique même au cas de faute du débiteur, par cette considération, que, libre de donner celle qu'il lui plaît, celui-ci ne peut être exposé à des réclamations de la part du créancier, pour avoir fait périr une chose qu'il aurait le droit de ne pas lui livrer si elle existait encore.

Si les deux choses ont péri, il faut nécessairement supposer que le débiteur est en faute à l'égard de l'une d'elles, autrement il serait libéré en vertu de l'article 1195. Mais a-t-il causé par sa faute la perte de celle qui a péri la première? A-t-il causé la perte de celle qui a péri la seconde? Voilà des faits qu'il faut vérifier pour comprendre et apprécier la décision de la loi. — S'il est en faute à l'égard de la seconde, c'est-à-dire si la première chose a péri par cas fortuit, il doit la valeur de la seconde chose, parce que l'obligation était devenue pure et simple par la destruction fortuite de la première chose, et que, d'après l'article 1302, le débiteur n'est pas libéré par la perte de la chose quand la perte provient de sa faute.

Si, au contraire, le débiteur a détruit par sa faute la première chose, et que la seconde ait péri par cas fortuit, il faut se garder d'attacher trop d'importance à la formule de l'article : l'obligation devient pure et simple par la destruction de l'une des choses. Cette formule conduirait à libérer le débiteur, puisque devenu débiteur pur et simple de la seconde chose, il devrait être délié quand cette chose, seul objet de son obligation, aurait fortuitement cessé d'exister. Il résulterait de là que la faute du débiteur causerait au créancier un préjudice sérieux, puisqu'elle

aurait, en spécialisant l'objet de l'obligation, multiplié les chances de libération *rei interitu*.

Dans cette hypothèse le Code impose au débiteur l'obligation de payer le prix de la chose qui a péri la dernière. Pothier, dont la décision a été regrettée par un grand nombre d'interprètes du Code, le condamnait à payer le prix de la chose détruite par sa faute (1). Mais la décision du Code nous paraît à la fois plus pratique et plus juste : plus pratique, parce qu'elle n'oblige pas à rechercher rétroactivement la valeur d'une chose détruite peut-être depuis longtemps : plus juste, parce que si le débiteur a été dans son droit en détruisant la chose, il serait désastreux qu'un cas fortuit survenu à l'autre chose pût le rendre débiteur d'une valeur considérable, et devînt une cause de bénéfice pour le créancier. Tout ce que celui-ci peut raisonnablement exiger, c'est que la destruction de la première chose ne lui nuise pas en tant qu'elle rendrait plus facile l'extinction de l'obligation par la perte de la chose; et la loi protége suffisamment sur ce point son intérêt légitime. Elle considère le débiteur qui détruit une des choses comme ayant accepté les risques de celle qui reste, et par conséquent elle l'oblige à payer la valeur de celle-ci, même quand elle périt par cas fortuit.

121. Les principes sont différents, lorsque le choix appartenait au créancier. Alors encore, il est vrai, la perte d'une des choses par cas fortuit concentre l'obligation sur celle qui reste; mais la faute du débiteur ne devant pas dépouiller le créancier de la prérogative qu'il s'était réservée, on ne pouvait lui refuser le droit de demander à son choix la chose qui reste, ou le prix de celle qui a péri par la faute du débiteur. Il est évident qu'il doit avoir aussi le choix entre le prix de l'une ou de l'autre chose, si toutes deux ont péri par la faute du débiteur. Mais notre Code va plus loin, il lui accorde ce choix par cela seul que le débiteur est en faute à l'égard de l'une d'elles. V. art. 1194.

121 *bis*. I. Quand le créancier avait le choix parmi les choses dues, le principe dominant c'est qu'il peut bien souffrir du cas

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 252.

fortuit, mais que jamais, par la faute du débiteur, il ne peut perdre son option.

La loi suppose, successivement, la perte d'une des deux choses, ou la perte des deux. — Dans la première hypothèse, si la perte résulte d'un cas fortuit l'obligation est devenue pure et simple, et le créancier a perdu son droit d'option, car le débiteur ne peut être responsable de l'événement qui a détruit la chose. Si la perte est imputable à la faute du débiteur, comme il n'a pu dépouiller le créancier de son droit d'option, celui-ci conserve le droit de choisir entre la chose qui subsiste et le prix de la chose détruite.

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire quand les deux choses ont péri, nous savons déjà que si elles ont péri toutes deux par cas fortuit le débiteur est libéré (art. 1195); si, au contraire, toutes deux ont péri par la faute du débiteur, le créancier a le choix de demander la valeur de l'une ou de l'autre. Enfin si l'une a péri par la faute du débiteur et l'autre par cas fortuit, le créancier a encore le choix entre la valeur des deux choses (art. 1194, *in fin.*).

Cette dernière solution a été l'objet de vives et justes critiques, dont il est facile de se rendre compte en examinant les deux espèces qu'elle régit. Le débiteur est en faute à l'égard d'une des deux choses. Ce peut être à l'égard de la première qui a péri ou à l'égard de la seconde. S'il est coupable de la destruction de la première chose et que la seconde ait péri par cas fortuit, pourquoi l'obliger à payer la valeur de cette seconde chose? Ce n'est pas par sa faute que le créancier est placé dans l'impossibilité de l'obtenir, pourquoi donc le débiteur serait-il tenu de réparer un mal qu'il n'a pas causé? On dit, il est vrai, qu'en détruisant la première chose il a accepté le risque de la seconde, et on signale ainsi une analogie entre notre hypothèse et une de celles traitées par l'article précédent; mais cette analogie n'existe pas, car dans le cas auquel on fait allusion, si on considère la faute du débiteur comme le chargeant du cas fortuit par rapport à la seconde chose, c'est qu'on part de cette idée qu'il avait le droit de détruire la première, et que l'obligation est devenue pure et simple quand cette première chose a péri même par la faute du débiteur; alors pour que le cas fortuit qui détruit la seconde chose ne dépouille

pas le créancier de tous ses droits, il faut bien admettre qu'en détruisant la première chose le débiteur s'est chargé du risque de la seconde. Mais quand on se place dans l'hypothèse prévue par l'article 1194, comme le choix appartient au créancier, que le débiteur en détruisant la première chose ne peut pas être considéré comme ayant usé d'un droit, qu'il reste en tout cas débiteur de la valeur de cette chose, il n'y a pas de raison pour lui imposer le risque du cas fortuit qui a détruit le second objet de son obligation.

Si nous supposons maintenant que la première chose a péri par cas fortuit et que la seconde seulement a été détruite par la faute du débiteur, la décision de notre article est plus difficile encore à justifier; car l'obligation était bien et définitivement devenue pure et simple par l'accident qui avait détruit la première chose, et on ne saurait comprendre comment la faute qui a occasionné la perte de la seconde chose, devenue l'objet unique de l'obligation, peut contraindre le débiteur à payer la valeur d'une chose qui, depuis longues années peut-être, a cessé d'être un des objets de l'obligation. Il suffit de lire l'exposé des motifs de Bigot Préameneu pour comprendre que les rédacteurs du Code n'ont pas songé à toutes les hypothèses qu'ils embrassaient dans leur formule générale, et pour apprécier le peu de fondement de la raison alléguée en faveur de la décision de la loi. Bigot Préameneu s'exprime ainsi : « Le motif est que dans le cas » même où le débiteur n'est en faute qu'à l'égard de l'une des » choses, il doit répondre de ce que cette faute a privé le créan- » cier du choix entre les deux choses. » Or, il est incontestable que, dans le cas qui nous occupe, quand la première chose a péri par cas fortuit, ce n'est pas la faute du débiteur qui a privé le créancier du choix, et il n'est dû à ce titre aucune indemnité au créancier.

121 *bis*. II. Les articles 1193 et 1194 opposent constamment à la perte par cas fortuit celle qui résulte de la faute du débiteur, nous verrons, sur l'article 1302, que le débiteur est non-seulement responsable de sa faute, mais encore de son fait, en ce sens que son fait, pas plus que sa faute, ne peut produire sa libération; nos articles ne sont autre chose qu'une application de la théorie générale contenue dans l'article 1302; par conséquent il

n'y a pas à tirer de conclusion de ce que le mot fait n'y est pas prononcé, et il faut assimiler à la perte résultant de la faute celle qui provient du fait du débiteur.

121 *bis*. III. Il faut rapprocher du cas de perte celui d'aliénation des choses ou d'une des choses promises, quand cette aliénation peut avoir pour conséquence de dépouiller le créancier de la possibilité d'obtenir la chose aliénée. Nous avons établi, n° 115 *bis*. VI, que le créancier sous l'alternative avait sur les choses promises un droit de propriété également soumis à l'alternative; il résulte de là qu'ordinairement l'aliénation consentie par le débiteur ne lui portera pas préjudice, puisqu'il aurait le droit de revendiquer la chose : dans le cas où il a le choix, s'il lui plaît d'opter pour cette chose : et quand le choix est au débiteur, si la perte de l'autre chose rend impossible toute autre prestation que celle de l'objet aliéné. Cependant pour qu'il en soit ainsi il faut que l'objet soit de nature à être revendiqué, car si l'objet aliéné est un meuble, que l'acquéreur soit de bonne foi et par conséquent protégé par l'article 2279, alors, pour le créancier, dépouillé dans tous les cas du droit de revendiquer cette chose, l'aliénation aura les mêmes conséquences que la destruction, et ce créancier devra avoir les mêmes droits qu'au cas de perte de la chose.

122. La loi n'a pas eu besoin de s'expliquer sur le cas où toutes les choses viendraient à périr en même temps par le fait ou la faute du débiteur; il est clair que celui-ci doit alors le prix de l'une d'elles, à son choix ou à celui du créancier, suivant que ce choix avait été primitivement attribué à l'une d'elles.

123. Que si toutes les choses ont péri, ensemble ou séparément, sans la faute, ajoutons et sans le fait du débiteur, cette perte comprenant nécessairement l'objet de l'obligation, il est clair que c'est le cas ordinaire de libération par la perte de la chose due; libération, au reste, qui n'a lieu en général qu'autant que la perte a précédé la demeure du débiteur. V. art. 1195, et à ce sujet, art. 1302, 1138, 1139.

124. C'est ordinairement, et sauf le cas de perte, par l'effet du choix que l'obligation alternative se trouve déterminée,

soit par la délivrance faite par le débiteur, qui avait le choix, soit par la demande du créancier dans le cas contraire.

124 *bis*. I. Nous avons établi plus haut que le choix appartient, suivant les cas, soit à l'une, soit à l'autre des parties; mais nous n'avons pas examiné par quel acte se manifeste le choix de la partie qui a le droit d'option.

Quand le choix appartient au débiteur, c'est par la délivrance d'une des deux choses qu'il manifeste son option, toute autre indication de sa volonté serait insuffisante ; ainsi nous avons vu que la destruction ou l'aliénation de l'une des choses promises ne restreignait pas absolument l'obligation à l'autre chose, parce que, bien que le débiteur eût le droit de choisir l'autre chose, au moins fallait-il que son choix ne consistât pas dans un simple acte de volonté, qui aurait converti l'obligation alternative en une obligation pure et simple. Cette conversion, ou modification de l'obligation primitive ne pourrait s'opérer que du consentement du créancier.

L'option du créancier se manifeste par la demande de l'une des choses promises.

124 *bis*. II. Quand le choix du débiteur ou du créancier est consommé il doit être irrévocable; il ne peut y avoir doute sur ce point, car la situation de l'autre partie ne peut dépendre indéfiniment du caprice de celle qui jouit de la faculté d'option. Il est seulement nécessaire de fixer d'une manière précise le moment où le choix est irrévocablement consommé.

Quand le débiteur a fait la délivrance, il est impossible de prétendre que son option n'a pas été faite avec l'intention qu'elle fût définitive, et si au lieu d'une délivrance effective nous supposons qu'il a été réduit à faire des offres réelles, le choix ne sera devenu irrévocable qu'au moment où les offres elles-mêmes ne pourraient plus être rétractées. (V. art. 1261, 1262.)

La demande du créancier, lorsqu'il a le choix, ne peut avoir par elle-même un effet irrévocable, il faut appliquer à cette demande la théorie que la loi a consacrée pour les offres dans les deux articles que nous venons de citer. Œuvre de la volonté unique du créancier, la demande peut être rétractée par le créancier seul, tant qu'un fait étranger n'a pas fait naître de cette demande un droit pour le débiteur. Jusqu'à une acceptation ou un jugement passé en force

de chose jugée la demande du créancier ne peut pas avoir pour effet de le lier, elle peut être modifiée par lui, en un mot il peut revenir sur son choix. (V. art. 1211.)

124 *bis*. III. Il faut au reste reconnaître que la délivrance faite par le débiteur doit, pour être considérée comme un choix irrévocable, avoir été véritablement l'exercice d'une faculté d'option, c'est-à-dire avoir été faite par le débiteur en connaissance de cause. Que si le débiteur avait livré l'une des choses dues sous l'alternative, mais dans la pensée qu'il ne devait que cette chose et qu'il la devait purement et simplement, il faudrait alors lui permettre de reprendre la chose qu'il aurait imprudemment livrée, à la condition de remettre l'autre au créancier. Car bien que la chose payée fût une des choses dues, cependant le débiteur se trouve avoir payé trop, non pas *re aut quantitate*, comme disent les textes, mais *causa*, c'est-à-dire en ne tenant pas compte d'un bénéfice qui pouvait diminuer le fardeau de l'obligation.

124 *bis*. IV. Ce que nous venons de dire sur l'irrévocabilité du choix s'applique au cas où le débiteur doit se libérer par une prestation unique, mais il ne faut pas exagérer la portée de la règle en l'étendant au cas où l'obligation aurait pour objet des prestations successives, des payements périodiques; l'obligation alors se décompose en autant d'obligations qu'il doit être fait de payements, et à chaque période, chaque année par exemple, le droit de choisir est entier, soit pour le débiteur, soit pour le créancier, sans que la partie qui jouit de la faculté d'option soit liée par le choix fait les années précédentes.

125. Le Code, dans les diverses décisions qu'il a consacrées en cette matière, a toujours supposé l'alternative existant entre deux choses seulement. Il est évident que la nature de l'obligation est la même, lorsqu'elle en comprend un plus grand nombre. En usant donc de discernement, il sera facile d'appliquer à ce cas les principes posés. V. art. 1196.

126. Les mêmes principes s'appliquent en général aux obligations qui ont pour objet un genre plus ou moins limité, obligations dont la loi reconnaît et consacre l'existence (v. art. 1129, 1246), mais dont elle n'a pas réglé en détail les effets.

SECTION IV.

Des obligations solidaires.

127. Une même chose peut être due à plusieurs ou par plusieurs; chacun alors n'est en général créancier ou débiteur que pour sa part, pourvu que la chose soit divisible. Mais la loi ou le titre de l'obligation peut constituer chacun créancier ou débiteur pour le total, *in solidum;* il y a alors obligation solidaire.

127 *bis*. I. La physionomie latine du mot *solidaire* fait deviner sa signification; dérivant du mot *solidum,* il signifie *au tout,* ou *total.* Par là on indique qu'on suppose plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, car il ne serait pas nécessaire d'insister sur ce que l'obligation est au tout, s'il n'y avait qu'un créancier ou qu'un débiteur.

Voici par conséquent la notion de l'obligation solidaire : Obligation au profit de plusieurs créanciers ou à la charge de plusieurs débiteurs, et en vertu de laquelle chaque créancier peut exiger la totalité de la chose due, et chaque débiteur est tenu de la totalité, mais de telle sorte que le payement fait à l'un des créanciers ou par l'un des débiteurs éteigne toute l'obligation.

Dans cette longue définition, qui n'est que la réunion en une seule phrase des deux articles 1197 et 1200, la partie principale et spéciale qui indique le caractère distinctif de la solidarité, est celle qui énonce que chaque créancier peut demander le tout ou chaque débiteur être poursuivi pour le tout. Si on néglige ce caractère de l'obligation solidaire, on la confond avec une autre espèce d'obligation, l'*obligation conjointe*, qui embrasse plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, mais de telle sorte que chaque créancier ne puisse demander qu'une portion de la chose due ou que chaque débiteur ne soit tenu que pour sa part.

127 *bis*. II. Quand, pour donner une idée de l'obligation solidaire, on dit que l'objet est dû *in solidum* on rattache l'expression *solidaire* à son étymologie, mais il faut immédiatement faire une réserve; la solidarité a des effets plus ou moins étendus, et quand nous entrerons dans le détail de ces effets, nous verrons que la

doctrine oppose aux obligations solidaires proprement dites, 'autres qu'elle appelle obligations *in solidum* et dont les effets e sont pas les mêmes ; aussi faut-il se garder de croire à la nonymie des deux expressions qui se trouvent nécessairement pprochées au commencement d'une étude sur la solidarité (1).

§ Ier.

De la solidarité entre les créanciers.

128. La solidarité entre créanciers n'est pas, à beaucoup rès, aussi usitée dans notre pratique française, qu'elle paraît avoir été dans le droit romain. On ne la conçoit guère qu'en pposant plusieurs intéressés dans une créance, qui, pour n faciliter le recouvrement, et assurer la conservation du droit de tous par la diligence d'un seul, se donnent, à cet effet, le pouvoir d'agir les uns pour les autres. Ainsi, en réalité, le énéfice de l'obligation étant partageable entre tous, chacun n'est créancier que pour sa part ; pour tout ce qui l'excède, il est que le mandataire des autres. Mais à l'égard du débi- ur, chacun est réputé créancier pour le tout, en ce sens du moins, qu'il peut demander le payement intégral ; et néan- moins, comme il n'y a qu'une dette, le payement fait à l'un libère envers tous les autres. Cette solidarité, au reste, ne eut résulter que de la volonté des parties, qui doit, dès lors, tre formellement exprimée par le titre. V. art. 1197.

128 *bis*. I. Plusieurs personnes ont prêté à un même débiteur différentes sommes, si elles veulent, pour faciliter le recouvre- ent de leurs créances, et assurer la conservation de leurs droits, donner mutuellement le pouvoir d'agir les unes pour les autres, les auront ordinairement la pensée de se constituer simples mandataires les unes des autres et non pas créanciers solidaires, rce que le mandat qui résulte de la solidarité est irrévocable, tandis que le mandat simple est essentiellement révocable. Pour qu'elles trouvassent dans la solidarité un avantage sur le mandat, il faudrait que, dans la supposition de la mort de l'une d'elles,

(1) V. N° 135 *bis*.

elles voulussent que ses pouvoirs passassent à son héritier, ou que le mandat par elle donné ne fût pas anéanti de plein droit; en un mot, il faudrait qu'elles cherchassent à se soustraire à l'application de l'article 2003, spécial au mandat, mais étranger à la solidarité. Encore faut-il remarquer que les parties n'auront pas souvent une semblable pensée, parce que la confiance, ordinairement personnelle, ne descend pas aux héritiers, et en outre parce qu'au cas où le défunt laisserait plusieurs héritiers, chaque mandant se trouverait avoir plusieurs mandataires et serait obligé de diviser son recours, c'est-à-dire de ne recouvrer sa créance que par parties.

On peut au reste signaler un autre intérêt de la solidarité entre créanciers : de même que la solidarité entre débiteurs est stipulée dans l'intérêt du créancier, de même on conçoit que la solidarité entre créanciers soit stipulée dans l'intérêt du débiteur, qui ne veut pas être exposé à des poursuites multipliées et qui désire être traité comme s'il avait un créancier unique.

128 *bis*. II. Dans la définition que donne l'article 1197 de la solidarité active, le Code traite incidemment des rapports que cette solidarité établit entre les différents créanciers. Il admet entre eux un partage du bénéfice de l'obligation. Il reconnait qu'en résultat définitif chacun doit avoir sa part de la chose due, quel que soit celui qui a reçu le payement; il sous-entend en un mot, entre les différents créanciers, un contrat de société ayant pour objet la créance commune. On pourrait cependant douter à ne considérer que l'article, car ses derniers mots pourraient être pris comme une allusion à une hypothèse possible, mais non pas nécessaire, au cas où par exception la volonté des parties aurait établi une société entre elles. Tel n'est pas cependant le système du Code; pour s'en convaincre il suffit de se reporter aux règles qui régissent la solidarité passive où cette société est sous-entendue (art. 1213, 1214), ce qui crée un argument d'analogie des plus puissants, et de réfléchir sur la disposition de l'art. 1198 2°, qui ne permet à chaque créancier de faire remise que pour sa part, d'où on doit nécessairement induire que le bénéfice de l'obligation ne pouvait pas lui advenir en entier.

128 *bis*. III. La solidarité entre créanciers doit résulter expressément du titre; elle ne se présume pas, parce qu'elle peut être pour

le débiteur une aggravation de son obligation, et qu'elle implique un mandat donné par chaque créancier aux autres ; mais il faut remarquer que le titre peut aussi bien être un testament qu'une convention, seulement il arrivera que bien souvent le testateur aura créé des légataires conditionnels et non pas des créanciers solidaires. Ainsi, Pothier présente le legs suivant comme établissant la solidarité des créanciers : *mon héritier donnera aux Carmes ou aux Jacobins une somme de cent livres* (1). Il est évident que le plus ordinairement les deux légataires ne sont pas, dans l'intention du testateur, considérés comme créanciers solidaires, parce que le bénéfice du legs ne doit point être partagé, et parce qu'il ne peut dépendre de l'un d'entre eux de priver l'héritier de son choix en commençant les poursuites. Il y a là un legs conditionnel, sous la condition d'un choix à faire par l'héritier, mais il n'y a pas solidarité. Il faut reconnaître cependant qu'un testateur pourrait avoir eu l'intention de créer la solidarité entre des légataires, et que, s'il l'avait voulu, il aurait eu la puissance de le faire.

129. Chaque créancier ayant pouvoir de recevoir, il est clair que le débiteur peut, dans le principe, payer à qui bon lui semble ; mais chacun étant en droit de demander, il ne peut se dispenser de payer à celui qui le poursuit le premier. V. art. 1198, al. 1.

129 *bis*. Les articles 1198 et 1199 traitent, mais très-sommairement, des rapports des créanciers solidaires avec le débiteur : d'après ce que nous avons déjà dit, le bénéfice de la créance étant commun, aucun des créanciers ne peut avoir sur cette créance un droit exclusif, exercer les pouvoirs qu'il aurait s'il était créancier unique. La pensée de la loi est que, pour ce qui excède sa part, chaque créancier n'a qu'un simple mandat de poursuivre le débiteur et de recevoir le montant de la créance. Quelques-unes des conséquences de ce mandat sont indiquées par la loi, nous en déduirons quelques autres.

De ce fait que les créanciers, par le contrat fait avec le débiteur, se sont mutuellement autorisés à recevoir les uns pour les autres la chose due, découle pour le débiteur le droit de payer à

(1) V. Pothier, n° 259.

l'un d'entre eux à son choix. Seulement le débiteur perd cette faculté de choisir quand il a été prévenu par les poursuites de l'un des créanciers. Il est juste que celui qui a été le plus diligent profite de sa diligence, et qu'il ait l'avantage de recevoir directement du débiteur. Cette préférence attribuée à celui qui a le premier dirigé des poursuites, n'a plus aujourd'hui le même intérêt qu'en droit romain; en effet, le créancier qui a reçu le payement n'a plus chez nous le droit de s'approprier la chose due à l'exclusion de ses cocréanciers, mais il a au moins cet avantage de tenir au lieu de courir, c'est-à-dire de n'avoir point à redouter l'insolvabilité de celui de ses cocréanciers qui aurait reçu, et contre lequel il lui faudrait exercer un recours.

130. Le pouvoir donné à chaque créancier de recevoir le payement, ne lui attribuant pas en propre la totalité de la créance, ne lui donne pas le droit d'en disposer pour tout ce qui excède sa part; il ne peut donc, comme à Rome, faire remise de toute la dette. V. art. 1198 *in fin.;* voyez aussi art. 1365, al. 2.

Concluez qu'il ne peut transiger, compromettre, ou faire novation.

130 *bis*. I. Pour qu'on puisse appliquer sans difficulté la règle sur la remise consentie par un des créanciers solidaires, il faut que cette remise n'ait point été dissimulée sous de fausses apparences. S'il en était autrement, par exemple si le créancier a donné quittance pour faire croire à un payement, il pourrait arriver que la règle fût éludée faute de preuves, et que le débiteur se trouvât libéré, sauf au créancier signataire de la quittance à compter avec ses coïntéressés. Mais les créanciers qui n'auraient pas consenti la remise pourraient démontrer la fraude et restituer à l'acte son véritable caractère, de manière à rentrer sous l'empire de l'article 1198, et à conserver leurs droits contre le débiteur. Ils auraient surtout intérêt à agir ainsi au cas où l'insolvabilité du cocréancier, auteur de la quittance, rendrait illusoire leur recours contre lui.

130 *bis*. II. La délation du serment décisoire par un prétendu créancier est une sorte de remise de dette conditionnelle, puisque celui qui défère le serment et qui se prétend créancier consent à

n'être pas payé si l'autre partie jure qu'elle ne doit pas. Pour être conséquente, la loi devait donc donner sur le serment décisoire une solution en harmonie avec celle qui est relative à la remise de la dette. Aussi l'article 1365 2° décide que le serment prêté par le débiteur sur la délation d'un seul des créanciers solidaires, n'éteint la dette que pour la part de ce créancier.

130 *bis*. III. Voilà les deux seules dispositions de la loi d'où l'on puisse induire quel est le système du Code sur l'étendue des pouvoirs que les créanciers solidaires se confèrent les uns aux autres. Quant à la valeur des autres conventions qu'ils peuvent faire sur l'existence de la créance et à l'effet des autres modes d'extinction des obligations, on ne peut raisonner que par analogie.

Ainsi la novation par laquelle un des créanciers aurait remplacé la créance primitive par une autre, en changeant soit le débiteur, soit la chose due, ne pourrait avoir d'effet que pour la part du créancier qui aurait fait la novation.

Il en serait de même d'une transaction par laquelle un des créanciers aurait consenti à sacrifier une portion de ses droits pour assurer le reste contre les chances d'un procès.

Enfin, un des créanciers n'aurait pas davantage le droit de faire un compromis pour le tout, c'est-à-dire de soumettre à des arbitres le jugement d'une contestation avec le débiteur commun.

Les différentes conventions dont nous venons de parler, novation, transaction, compromis, n'ont pas, comme la remise de dette, un effet simple; leur effet est complexe, de sorte qu'on n'a pas tout dit, quand on a refusé au débiteur le droit de s'en prévaloir contre le cocréancier de celui qui les a consenties. Reste à décider si ces cocréanciers ne peuvent pas les invoquer quand ces conventions leur paraissent avantageuses. Ici les analogies nous font défaut; mais la logique nous conduit à décider que la convention, dont le débiteur ne peut profiter, ne saurait lui préjudicier. En effet, ou les cocréanciers ont mandat de faire novation, de transiger, de compromettre, ou ils ne l'ont pas; s'ils ne sont pas mandataires, l'acte qu'ils ont fait ne peut pas avoir plus d'effet que l'acte d'un tiers quelconque étranger à la créance, sinon la position des parties serait inégale, puisque la convention serait opposée au débiteur quand elle serait avantageuse aux

créanciers et qu'il ne pourrait l'invoquer quand il y trouverait son intérêt. Le créancier qui a fait la convention aurait pu, il est vrai, agir comme gérant d'affaires de ses créanciers, mais il faudrait que la convention portât trace de l'intention d'agir en cette qualité, et alors le débiteur aurait su à quoi il s'exposait en traitant avec lui.

130 *bis*. IV. Parmi les modes d'extinction des obligations, il en est qui ne sont pas le produit d'une convention, et par conséquent il ne suffit pas d'avoir étudié l'étendue des pouvoirs des cocréanciers solidaires quant aux conventions extinctives de la créance commune; il faut se rendre compte de l'effet que peuvent produire, par rapport aux divers créanciers, les événements qui éteignent de plein droit l'obligation par rapport à l'un d'eux : la compensation et la confusion. Nous ne parlons pas de la perte de la chose, dont l'effet libératoire est évidemment absolu.

Parlons d'abord de la compensation : Un des créanciers solidaire est devenu débiteur du débiteur commun, avant que ce débiteur ait été poursuivi par aucun autre des créanciers. Entre un débiteur et un créancier unique, les deux dettes seraient éteintes de plein droit, pourvu qu'on se trouvât dans les conditions déterminées par l'art. 1291. Mais dans notre hypothèse il s'élève des difficultés. En effet, d'un côté la compensation peut être comparée au payement, parce qu'elle n'est qu'une sorte de payement abrégé et fictif, ce qui conduirait à dire que, puisque le créancier solidaire peut recevoir le payement intégral, la compensation intégrale peut être invoquée de son chef, sauf à lui à se trouver placé, par rapport à ses cocréanciers, dans la même position que s'il avait reçu le payement. Mais d'un autre côté, le créancier solidaire n'est, à proprement parler, maître de la créance que pour sa part, et, pour la part des autres, il n'est qu'un mandataire dont les pouvoirs, nous l'avons dit, sont soumis à de sévères restrictions. Or, le mandant n'est pas tenu de subir la compensation de ce que son mandataire doit au débiteur, d'où l'on a conclu que la compensation n'éteignait la créance commune que pour la part du créancier qui est devenu débiteur du débiteur. Nous n'admettons cependant ni cette conclusion, ni la puissance du motif d'où elle est tirée. Nous reconnaissons bien que le créancier solidaire n'est, pour une partie de la créance, que le

mandataire de ses coïntéressés, mais nous constatons aussi que sa position ne saurait être assimilée exactement à celle d'un mandataire ordinaire. Ce mandat est irrévocable, il résulte du contrat primitif qui a donné naissance à l'obligation, et de ce contrat est né pour le débiteur un droit, celui de payer à l'un des créanciers à son choix. Voilà la considération que négligent ceux qui raisonnent uniquement en s'appuyant sur les règles qui régissent les mandants et les mandataires par rapport à la compensation. D'ordinaire un débiteur ne peut pas payer entre les mains du mandataire malgré le mandant, et voilà pourquoi on ne peut pas contraindre celui-ci à tenir compte de ce que le mandataire est devenu débiteur du débiteur. Mais quand il s'agit de créanciers solidaires, le débiteur peut payer à l'un d'eux malgré les autres, et dès lors on ne verrait pas quel obstacle ils pourraient mettre à ce qu'il compensât sa dette avec l'un d'entre eux, à son choix. Serait-ce celui-ci qui pourrait refuser de recevoir en payement la libération de ce qu'il doit lui-même? Et faudrait-il le payer pour avoir immédiatement une sorte de reprise sur les deniers versés? Faudrait-il faire un payement *ad pompam et ostentationem?* Si ce créancier ne peut pas refuser cette sorte de payement, comment les autres pourraient-ils en dénier la validité? Est-ce qu'ils ont le droit de se préoccuper de la nature des valeurs données en payement? Ont-ils un intérêt légitime à exiger que leur créancier ait reçu des espèces monnayées?

Nous ne voyons qu'une objection sérieuse à la décision que nous venons de donner, elle serait puisée dans l'art. 1294 3°, mais nous démontrerons plus tard que cette disposition a un caractère exceptionnel, et, par conséquent, il n'y a pas lieu de l'appliquer par analogie dans un cas où la loi n'a pas parlé.

130 *bis*. V. Quand les qualités de créancier et de débiteur de la même dette se réunissent dans la même personne, il y a confusion, et la dette est éteinte. Si cette confusion s'opère entre la personne d'un des créanciers solidaires et celle du débiteur commun, elle éteint l'obligation solidaire et ne laisse plus subsister que l'action en recours de chaque cocréancier contre celui en la personne de qui s'est opérée la confusion. En vain voudrait-on encore argumenter des restrictions imposées par la loi aux pouvoirs des cocréanciers, en vain dirait-on que l'effet de la con-

fusion est essentiellement relatif, qu'il ne se produit que par rapport aux deux personnes dont l'une succède à l'autre : il n'en resterait pas moins vrai que le débiteur a le droit de choisir celui des créanciers auquel il fait le payement, et que quand il est lui-même un des créanciers, il est de toute évidence qu'il a dû se payer à lui-même ; comme aussi, bien que la confusion n'ait qu'un effet relatif, pour qu'elle ait au moins cet effet il faut que le débiteur, devenu créancier, ne puisse plus être poursuivi comme débiteur. La loi, il est vrai, dans les art. 1209 et 1301, admet l'effet partiel de la confusion quand un débiteur solidaire devient héritier d'un créancier unique, et réciproquement. Mais il n'y a pas analogie avec notre espèce, parce que quand il s'agit de créanciers solidaires, nous partons de cette idée que le débiteur a le droit de choisir celui à qui il fait le payement, et c'est pour cela qu'il est censé se payer à lui-même ; au contraire, si on suppose des débiteurs solidaires dont l'un hérite du créancier, c'est ce créancier qui peut choisir le débiteur auquel il demande ce payement, par conséquent il ne peut être contraint de se demander ce payement à lui-même, et il faut bien lui reconnaître le droit de s'adresser aux autres. La question, du reste, n'a pas le même intérêt que celle que nous avons examinée sur la compensation, parce que les créanciers solidaires qui contestent l'effet de la confusion sont en présence d'une seule personne, créancier et débiteur à la fois, et que si elle est insolvable, l'action primitive ne leur profitera pas plus que le recours, tandis que quand il s'agit de la compensation, si la dette n'est pas éteinte, l'insolvabilité du cocréancier laisse intacte l'action contre le débiteur commun. Les cocréanciers ne contestent donc l'effet de la confusion que pour pouvoir toucher le tout moins une part, sauf à compter avec les autres cocréanciers, et surtout pour jouir des hypothèques ou autres droits accessoires, garantissant la créance primitive et qui ne protégeraient pas l'action en recours.

131. Au contraire, chacun peut conserver la créance commune, et conséquemment interrompre la prescription au profit de tous. V. art. 1199.

131 *bis*. I. Il faut ajouter à l'article que la demande formée par un des créanciers ferait courir les intérêts en faveur de tous. C'est l'effet ordinaire de la demande, et le cocréancier, mandataire

pour former cette demande, doit avoir le pouvoir de faire produire à cette demande tous les effets qu'elle produit naturellement. (Voyez d'ailleurs l'art. 1207.)

131 *bis*. II. Si les interruptions de prescription émanées d'un des créanciers solidaires profitent aux autres à raison du mandat réciproque qu'ils se sont donné, parce que les actes du mandataire doivent profiter au mandant, on ne saurait en dire autant des suspensions de prescription. Celles qui auraient pour cause un privilége personnel à l'un des créanciers ne doivent pas profiter aux autres, car un mandant n'a pas le droit d'invoquer des causes de suspension de prescription du chef de son mandataire. Ainsi, quand l'un des créanciers sera mineur ou interdit, quand il sera l'époux ou l'épouse du débiteur (art. 2252, 2253), la créance ne sera conservée que pour la part de ce créancier, et la prescription l'éteindra pour le surplus.

§ II.

De la solidarité de la part des débiteurs.

132. Le but de la solidarité des débiteurs est d'assurer les droits du créancier, en donnant à celui-ci la faculté de contraindre chacun au payement du total de la dette. Mais le but étant rempli lorsque le créancier est payé, il est bien entendu que le payement fait par l'un libère tous les codébiteurs. Voy. art. 1200, et remarquez que la solidarité n'est pas la seule cause qui puisse forcer l'un ou plusieurs débiteurs à subir pour le tout l'obligation commune. V. art. 1221, 1222. Mais son caractère particulier est dans l'engagement personnel à chacun de payer pour les autres, engagement qui subsistera pour tous, tant que l'un d'eux demeurera obligé.

132 *bis*. Nous avons déjà donné la notion de la solidarité en général, d'où il est facile de déduire celle de la solidarité entre débiteurs. L'article 1200 répète ce que nous avons déjà dit, seulement il doit être complété; car si on se contente de dire qu'il y a solidarité quand plusieurs débiteurs de la même chose peuvent être poursuivis chacun pour le tout, on s'expose à confondre la solidarité et l'indivisibilité. Nous verrons, en effet, dans l'ar-

ticle 1222 que les débiteurs non solidaires d'une chose indivisible peuvent être poursuivis chacun pour le tout; or la loi ne confond pas la solidarité et l'indivisibilité. Nous examinerons plus tard, et en détail, les différences entre les obligations solidaires et les obligations indivisibles, mais il faut dire tout d'abord que la solidarité établit des relations plus intimes entre les débiteurs, qu'elle suppose entre eux un mandat de se représenter les uns les autres, tandis que l'indivisibilité entraîne obligation pour chacun de payer le tout, sans que les codébiteurs se représentent mutuellement. C'est cette différence qu'on exprime en termes d'école en disant que les débiteurs solidaires doivent *totum et totaliter*, tandis que les débiteurs d'une chose indivisible doivent *totum, sed non totaliter*.

M. Demante fait allusion à l'indivisibilité quand il dit que la solidarité n'est pas la seule cause qui puisse forcer l'un des débiteurs à subir pour le tout l'obligation commune; et en songeant aux conséquences du mandat réciproque que suppose la solidarité, il ajoute que l'engagement des débiteurs solidaires subsiste pour tous, tant que l'un d'eux demeure obligé : formule qui n'est exacte que par rapport aux actes interruptifs de prescription (v. art. 1206), mais qu'il ne faudrait pas appliquer d'une manière trop générale (v. art. 1285, 1294).

133. Les codébiteurs solidaires ne sont, à le bien prendre, que des cautions mutuelles, qui s'obligent à payer les uns pour les autres la dette ou la partie de dette qui ne les concerne pas personnellement (v. art. 1216); mais le créancier peut, suivant son intérêt, ou les considérer comme tels, ou considérer chacun comme débiteur principal, et comme aussi totalement obligé à la prestation de la chose due que s'il avait seul contracté.

133 *bis*. Au premier aperçu, on peut être tenté de décomposer l'obligation des débiteurs solidaires en une obligation principale et une accessoire, de dire que, codébiteur solidaire de 10,000 fr. avec Pierre, je suis débiteur principal de 5,000 francs, et caution de Pierre pour 5,000 francs, tandis que Pierre est débiteur principal de 5,000 francs et ma caution de pareille somme. Mais de cette manière de considérer l'obligation solidaire, il résulterait

qu'on doit appliquer au débiteur solidaire, pour les parts de la dette qu'il ne supporte pas définitivement, les règles qui régissent les cautions. Or il n'en est rien, et de nombreuses différences que nous signalerons, séparent les cautions des débiteurs solidaires.

134. L'obligation solidaire est une, par rapport à la chose qui en fait l'objet; mais elle se compose d'autant de liens qu'il y a de personnes obligées. Les codébiteurs doivent donc nécessairement la même chose, mais ils ne peuvent la devoir différemment, notamment sous le rapport du terme ou de la condition. V. art. 1201.

134 *bis*. I. Bien que dans les obligations solidaires il y ait unité d'objet dû, il y a pluralité de liens, c'est-à-dire autant d'obligations que de débiteurs, par conséquent rien de plus facile à concevoir en théorie que la possibilité d'affecter chacune de ces obligations de modalités différentes, comme aussi rien de plus naturel en pratique qu'un contrat qui donne au créancier deux débiteurs si tel événement arrive, et un seul si l'événement ne se réalise pas, ou qui donne à l'un des débiteurs un terme plus long qu'à l'autre.

Les exemples abondent : un des débiteurs peut avoir promis de payer dans un lieu, et l'autre dans un autre, l'un peut être mineur, et par conséquent n'avoir contracté qu'une obligation annulable, tandis que l'autre est majeur et n'est pas restituable contre son engagement. Enfin un débiteur peut être soumis à la contrainte par corps sans que cette voie rigoureuse d'exécution menace le codébiteur.

134 *bis*. II. L'unité d'objet dû n'entraîne pas non plus, comme conséquence inévitable, la nécessité que les obligations des codébiteurs aient été contractées dans le même acte. Mais il faut observer que la solidarité supposant entre les codébiteurs un mandat réciproque, il faut que les divers engagements contractés dans des actes différents se réfèrent les uns aux autres, que le premier contractant ait déclaré, en promettant seul, qu'il consentait à s'obliger solidairement avec l'autre, et que celui-ci, dans le second acte, ait accepté le premier pour codébiteur. Autrement, si un premier engagement a été contracté par un débiteur unique et que postérieurement une personne étrangère à cette convention

déclare s'engager solidairement avec le premier débiteur, il se peut résulter de cette volonté unique une solidarité proprement dite. Le mandat doit dériver de la volonté du mandant et du mandataire; l'une des volontés fait ici défaut, et par conséquent il peut bien exister pour le second promettant une obligation au tout, se rattachant à celle du premier débiteur, mais il n'y aura pas une obligation solidaire, c'est-à-dire que parmi les règles de la solidarité, celles qui dérivent du mandat réciproque que se donnent les codébiteurs seront inapplicables.

135. Nul n'étant présumé vouloir s'engager pour autrui, une obligation contractée conjointement n'est pas pour cela même réputée solidaire, s'il n'y a stipulation expresse ou disposition de la loi. V. art. 1202, et à ce sujet, art. 395, 396, 1442, 1033, 2002; Cod. comm., art. 22, 140, 187; Cod. pén., art. 55.

135 *bis*. I. La règle contenue dans le premier alinéa de l'article est la conséquence de ce principe que les obligations ne se présument pas, ni l'aggravation de l'obligation, partant que les conventions s'interprètent en faveur des débiteurs (art. 1162). Il faut que la solidarité ait été expressément établie, mais il n'est pas nécessaire que le mot solidarité ait été prononcé, la volonté doit être exprimée d'une manière positive, mais non pas en termes sacramentels.

Nous venons de dire que la solidarité doit être expressément *établie*, et nous n'avons pas reproduit le mot *stipulée*, employé par l'article 1202. En effet, prise à la lettre, cette dernière expression ferait croire que la solidarité ne peut résulter que d'une convention. Or, rien ne fait obstacle à ce qu'elle soit imposée par un testateur à ses héritiers ou autres successeurs, codébiteurs d'un legs. Le testateur pouvant, en effet, priver ses héritiers du disponible, pouvait mettre un legs à la charge exclusive d'un des héritiers ou des successeurs, et dès lors chacun d'eux constitué débiteur solidaire du legs, ne peut raisonnablement se plaindre de la disposition, car il vaut toujours mieux pour lui être débiteur solidaire que débiteur unique.

135 *bis*. II. Le second alinéa de l'article 1202 annonce des cas où la solidarité existe de plein droit. On trouve, en effet, dans les

différents codes, de nombreux articles établissant la solidarité entre codébiteurs.

Dans les articles 395 et 396 du Code Napoléon, la loi suppose une sorte d'association entre la mère et son second mari, soit qu'elle ait obtenu d'être maintenue dans la tutelle de ses enfants, soit qu'elle l'ait gardée indûment.

On voit l'application de la même idée dans l'article 1887 du Code Napoléon, par rapport aux divers commodataires conjoints de la même chose : dans l'article 2002 du Code Napoléon, par rapport aux mandants d'un même mandataire pour une affaire commune, et dans l'article 1033 du Code Napoléon, par rapport aux exécuteurs testamentaires qui ont consenti à concourir conjointement à l'exécution d'un même testament.

Il faut rapprocher de toutes ces dispositions l'article 22 du Code de commerce, sur les associés en nom collectif.

Indépendamment de ces hypothèses, il en est d'autres dans lesquelles la loi prononce la solidarité sans qu'il soit aussi évident qu'une société a été formée entre les codébiteurs.

D'abord l'article 55 du Code pénal déclare solidaires les personnes condamnées pour un même crime ou délit. Dans cette hypothèse, il n'a pas existé de société entre les divers débiteurs; et pour parler plus exactement, s'il y a eu entre eux une certaine association, elle ne peut pas produire de résultats juridiques : *nulla societas maleficiorum.*

Dans l'article 1442 du Code Napoléon, le survivant des deux époux qui n'a pas fait faire l'inventaire des biens de la communauté est solidairement responsable avec le subrogé tuteur des enfants mineurs. C'est une négligence commune, une sorte de délit civil commis par les deux débiteurs, qui engendre ici la solidarité légale.

Il en est de même dans l'article 1734 du Code Napoléon. Les colocataires sont solidairement responsables de l'incendie des bâtiments loués. Une présomption de faute pèse sur tous, et les place dans la même position que les auteurs d'un même délit.

Dans ces dernières hypothèses, on a essayé d'équivoquer sur le sens des textes que nous venons de citer, et partant de l'idée que les différents débiteurs ne s'étaient pas associés, qu'il n'y avait pas entre eux de relation juridique, on a refusé de donner

dans ces articles au mot solidairement son sens technique et complet. On a dit il y a obligation au tout, mais non pas véritable obligation solidaire, le débiteur doit *solidum*, *totum*, mais non *totaliter*. On est arrivé alors à une distinction doctrinale entre l'obligation *in solidum* et l'obligation solidaire, la solidarité *parfaite* et la solidarité *imparfaite*.

Il faut apercevoir l'intérêt de cette distinction : il se rattache à des règles régissant la solidarité, et qui ne sont point encore exposées, mais qui peuvent être indiquées par anticipation, parce qu'elles sont facilement comprises.

Il s'agit de l'application des articles qui, dans la matière de la solidarité, ont pour raison d'être l'espèce de société qui existe entre les débiteurs solidaires (1205, 1203, 1206). Dans les trois cas prévus par ces articles, qu'il s'agisse de faire supporter à un des débiteurs les conséquences de la faute ou de la mise en demeure de l'autre, qu'il s'agisse de rendre commune à tous l'interruption de prescription, ou la demande d'intérêts signifiée à l'un des débiteurs seulement, il est clair que la loi a dû tenir un compte sérieux des rapports que l'association a produits entre les débiteurs solidaires ordinaires. Ceci constaté, il n'a pas été difficile de dire, là où l'association n'apparaît pas, les articles 1205, 1206 et 1207 sont inapplicables, et leur inapplicabilité constitue la différence entre l'obligation *in solidum* et l'obligation solidaire.

Il faut avouer cependant qu'il est étrange que la loi emploie le mot *solidairement* dans deux sens différents, sans que rien dans son texte fasse jamais supposer une distinction. Les expressions cependant ne manquaient pas, car sans se condamner à parler latin et à déclarer la mère tutrice et le mari cotuteur, ou les divers colocataires, tenus *in solidum*, on pouvait les frapper d'une responsabilité *au tout*, les constituer débiteurs de la *totalité*, et on aurait nettement accusé la différence entre ces débiteurs et des débiteurs solidaires. Loin de là, la loi a employé un mot technique, dont le sens et les conséquences sont développés dans une section spéciale, celle que nous étudions, et par là elle peut raisonnablement être considérée comme ayant manifesté l'intention d'assimiler ces débiteurs à ceux qui constituent conventionnellement entre eux la solidarité.

Cette assimilation n'est pas d'ailleurs quelque chose d'injusti-

fiable. On peut en effet comprendre que, pour multiplier les garanties du créancier, la loi lui ait accordé des droits qu'elle consacrait elle-même dans les cas ordinaires de solidarité, et qu'elle se soit plus occupée de la disposition même des articles 1205, 1206, 1207 que des motifs qui les ont fait admettre comme règles de la solidarité.

Il y a plus, si on examine de près les hypothèses qui font difficulté, on n'y trouve pas des raisons d'incompatibilité absolue entre les faits qu'elles supposent et les dispositions des articles 1205, 1206, 1207.

Si on traite en effet des codélinquants, on doit reconnaître qu'il y a eu entre eux une convention, une association; cette convention est, il est vrai, frappée de nullité comme immorale, mais il serait absurde que l'immoralité de la convention pût profiter à ses auteurs, et que les victimes du fait à propos duquel la convention est intervenue eussent une action moins bien garantie que si leurs débiteurs avaient fait une convention licite.

Quand on s'occupe des deux autres hypothèses, on peut y trouver une convention tacite établissant entre les divers codébiteurs une relation juridique. Ainsi, le subrogé tuteur est bien certainement avec le tuteur dans des rapports dont les effets peuvent sans injustice être assimilés à ceux qui dériveraient d'une convention. Et pour les colocataires de la même maison, on peut bien dire qu'ils ne sont pas absolument étrangers les uns aux autres, qu'ils ont accepté une sorte d'association fondée sur l'article 1734 quand ils ont consenti à prendre à bail une partie seulement de l'édifice, et qu'à partir du moment où l'incendie a créé leur responsabilité collective, ils ont été bien et dûment avertis par la loi de ne pas se perdre de vue, et de conserver les uns avec les autres des relations devenues nécessaires.

135 *bis*. III. Nous ne trouvons donc pas la solidarité imparfaite dans les divers cas où, sans explication, la loi a employé l'expression solidarité, mais, dans d'autres hypothèses, nous pouvons reconnaître que les débiteurs sont tenus au tout sans être tenus solidairement.

D'abord la loi s'est expliquée positivement sur ce point dans le Code de commerce à propos des divers signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Car après avoir établi que tous les

débiteurs de la lettre de change sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur (art. 140 et 187), le Code reconnaît dans les articles 167, 168, que le recours du porteur non payé n'est pas toujours exercé utilement contre un seul des débiteurs pour tous, et que quelques-uns des débiteurs peuvent être libérés par le défaut de poursuites, sans que tous soient libérés.

Nous constaterons également l'existence d'une solidarité imparfaite, dans les cas de responsabilité collective fondée sur les articles 1382, 1383, quand il s'agit des différents auteurs d'un fait dommageable non prévu par le Code pénal. On n'est point alors engagé par le texte, on ne trouve pas la constitution d'une solidarité légale, mais il y a lieu d'imposer aux différents débiteurs au moins la responsabilité pour le tout, parce que chacune des personnes qui ont participé au fait dommageable a causé le dommage pour le tout, et que le nombre des coupables ne peut pas diminuer la responsabilité de chacun d'eux. Seulement, en l'absence de texte et de conventions valable entre les parties, il n'est pas possible de donner à l'obligation les caractères que la solidarité parfaite tient de la convention de société dont elle est ordinairement le résultat.

136. Chacun des obligés solidaires étant tenu comme s'il était seul débiteur, le créancier peut s'adresser, à son choix, à l'un d'eux, sans que celui-ci puisse, comme un cofidéjusseur, opposer le bénéfice de division. V. art. 1203, et à ce sujet, art. 2025 et 2026.

136 *bis*. I. La loi commence à traiter à partir de l'article 1203 des effets de la solidarité. Elle les envisage d'abord dans les rapports du créancier et des débiteurs (art. 1203-1212), puis dans les rapports des débiteurs entre eux (art. 1213-1216).

D'après l'article 1200, chaque débiteur peut être contraint pour le tout, la conséquence est que le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir. Le texte a soin d'ajouter à l'exemple de Pothier, sans que celui-ci puisse opposer le bénéfice de division (1). Il fait allusion au droit conféré par l'article 2026, à la caution qui a cautionné le débiteur conjointement avec d'autres; elle peut exiger que le créancier divise son action, et

(1) V. Pothier, nº 270.

ne poursuive chaque caution que pour la part qu'elle doit définitivement supporter dans la dette. Or, nous avons vu qu'il y avait une certaine analogie entre la position des cautions et celle des codébiteurs solidaires, que ceux-ci pouvaient paraître de simples cautions les uns des autres, pour la part de dette qui ne doit pas rester à leur charge définitive (1). De cette analogie on aurait pu conclure que les codébiteurs solidaires jouissaient du bénéfice de division, et on aurait cité comme autorité dans ce sens la novelle 99 de Justinien. Mais nous avons établi que la loi n'avait pas fait des codébiteurs solidaires de simples cautions mutuelles; par conséquent, la solidarité doit avoir pour résultat non-seulement la garantie complète que le créancier obtiendra son payement, mais l'assurance de l'obtenir en une seule fois, sans fractionnement et sans multiplication des poursuites. C'est sous l'influence de cette idée que Pothier et les rédacteurs du Code civil ont repoussé l'application aux débiteurs solidaires du bénéfice de division.

136 *bis*. II. Le refus du bénéfice de division n'entraîne pas la privation, pour le débiteur solidaire poursuivi, du droit d'appeler en cause ses codébiteurs; il ne s'agit pas pour lui de refuser le payement, de contraindre le créancier à un fractionnement incommode de son action, il s'agit uniquement de profiter d'une disposition générale du Code de procédure, l'article 175. Celui qui prétend avoir le droit d'appeler un garant jouit à cet effet d'un délai de huitaine; or, les codébiteurs solidaires sont certainement, en vertu des articles 1213 et 1214, garants les uns des autres; c'est un cas de *garantie simple*. L'appel du codébiteur en garantie n'a pour le créancier qu'un inconvénient bien minime, la perte d'un temps limité par la loi, et elle présente pour le codébiteur actionné un intérêt considérable, puisqu'elle lui assure son recours au cas de condamnation, tandis que s'il était condamné par un jugement s'appliquant exclusivement à lui, il serait exposé, quand il intenterait son action en recours, à voir contester par ses codébiteurs le bien jugé du jugement de condamnation, et à courir les chances d'une nouvelle décision judiciaire qui pourrait être rendue contrairement à la première.

136 *bis*. III. Quand le texte de l'article permet de demander le

(1) N° 138 *bis*.

tout à un débiteur quelconque, il suppose qu'il s'agit d'un des débiteurs primitifs, ou, ce qui revient au même, que l'un des débiteurs primitifs est mort laissant un héritier unique. Mais à la suite de la mort d'un débiteur et en vertu des principes sur les successions, il peut se faire qu'une personne soit engagée dans les liens de l'obligation sans être tenue à la totalité de la dette.

Un des débiteurs a laissé plusieurs héritiers, la dette se divise (art. 873, 1220), chaque héritier ne doit pas le tout, il doit une fraction, non pas de la part que le défunt devait supporter en dernière analyse, mais une fraction de la dette totale. Le défunt, en effet, pouvait être poursuivi pour le tout, son représentant peut être poursuivi pour une fraction du tout.

La solidarité produit donc cet effet d'obliger l'héritier à payer plus que la part définitivement à sa charge. *Exemple :* deux débiteurs solidaires doivent 12,000 francs. Pierre, l'un d'eux, meurt laissant trois héritiers, chaque héritier pourra être poursuivi pour un tiers des 12,000 francs, soit 4,000 francs. Seulement chaque héritier qui aura payé 4,000 francs aura un recours, non pas contre ses cohéritiers, pour lesquels il n'a rien payé, mais contre le codébiteur du défunt qu'il a libéré de 2,000 francs quand il en a payé 4,000. Tout est proportionnel : Pierre, le défunt, pouvait être contraint de payer 12,000 francs, sauf recours pour 6,000 contre son codébiteur, l'héritier qui représente Pierre pour un tiers est poursuivi pour une somme de 12,000 francs divisée par trois, et il a un recours contre le débiteur du défunt pour le tiers de 6,000 francs.

137. Les poursuites dirigées contre l'un d'eux n'éteignant point la dette, il est juste que le créancier puisse toujours revenir contre les autres. V. art. 1204.

137 *bis*. Non-seulement le créancier peut choisir le débiteur qu'il veut poursuivre, mais il peut agir successivement contre les différents obligés. Il semble que cela était inutile à dire, mais le Code a suivi l'exemple de Pothier (1), qui citait à ce propos la constitution 28 *De fidejussoribus* au Code de Justinien, pour opposer sa décision à celle de l'ancien droit romain, où le créancier n'avait que le droit de choisir celui des débiteurs qu'il voulait

(1) Pothier, n° 271.

poursuivre, et se trouvait dépouillé de toute action contre l'un des obligés quand il avait intenté des poursuites contre l'autre (1).

138. Les codébiteurs étant dans la réalité des cautions mutuelles, il s'ensuit que tout ce qui perpétue l'obligation à l'égard de l'un, la perpétue en général à l'égard des autres.

139. Ce principe s'applique, 1° au cas de perte de la chose arrivée, soit par la faute (ajoutons, ou par le fait), soit pendant la demeure de l'un, ou de plusieurs d'entre eux. Aucun d'eux ne sera donc libéré par cette perte; mais, d'un autre côté, le fait de l'un ne devant pas augmenter l'obligation des autres, il ne sera dû de dommages-intérêts que par ceux qui seront en faute ou en demeure. V. art. 1205.

139 *bis*. I. Un corps certain est dû solidairement par plusieurs débiteurs, c'est, par exemple, une chose prêtée à plusieurs commodataires conjointement (art. 1887). Elle périt et il s'agit de déterminer l'effet de cette perte de la chose due sur l'obligation des différents débiteurs solidaires.

Il est constant, et c'est pour cela que la loi n'en dit rien, que si la chose a péri par cas fortuit, dans les conditions de l'article 1302, tous les débiteurs sont libérés. Comme aussi il est certain que si la perte provient du fait de tous les débiteurs ou arrive pendant la demeure de tous, ils sont tous tenus de toutes les conséquences de leur fait ou de leur retard.

Mais il peut arriver au contraire que la perte soit le résultat du fait de l'un des obligés seulement, ou qu'elle arrive pendant la demeure de l'un d'entre eux seulement. C'est l'hypothèse de l'article, et voici la solution : Tous les débiteurs peuvent être poursuivis pour le prix de la chose due, mais non pas pour les dommages-intérêts excédant le prix.

La perte de la chose peut, en effet, causer au créancier un dommage supérieur à la valeur vénale de cette chose, si par exemple, faute de l'animal qui devait lui être restitué, il a été obligé, pour faire un voyage nécessaire, d'en louer un autre dans des conditions onéreuses; la réparation de ce dommage lui est due, mais d'après l'article, elle n'est due que par le débiteur qui a causé la perte ou qui a été en demeure. La raison de cette déci-

(1) Fr. 2, *De duob. reis. D.*

sion est indiquée par Pothier (1). On considère les codébiteurs comme mandataires les uns des autres, comme se représentant mutuellement, mais seulement dans les limites primitivement assignées à l'obligation, de sorte que du chef de l'un d'eux, par sa faute ou sa demeure, l'obligation de l'autre peut être perpétuée, mais non augmentée. Elle n'est que perpétuée, continuée, conservée, tant que le préjudice causé au codébiteur par la faute ou la demeure de son coobligé consiste en ce qu'il est tenu de payer le prix de la chose ; elle serait augmentée si ce coobligé solidaire devait des dommages et intérêts supérieurs au prix.

Cette distinction entre les effets de la faute ou de la demeure du codébiteur peut être très-sérieusement critiquée; examinons-la d'abord en ce qui touche la faute. Il semble que si les codébiteurs doivent être traités comme se représentant les uns les autres, si la faute de l'un doit être considérée comme la faute de l'autre, celui-ci doit subir toutes les conséquences d'un fait qui est considéré comme sien; que si, au contraire, il est assez étranger à la faute pour ne pas en subir les conséquences extrêmes, pourquoi les conséquences premières retombent-elles sur lui ? Il ne faut pas se faire illusion avec des mots : quand on parle de perpétuer seulement l'obligation, et qu'on semble ménager la responsabilité du codébiteur en ne l'aggravant pas, on n'en consacre pas moins une situation qui est plus onéreuse pour lui après la perte de la chose qu'avant cet événement, parce qu'il faudra faire plus de sacrifices pécuniaires pour payer la valeur d'une chose qui a péri, que pour restituer la chose elle-même.

Il nous semble donc que le législateur eût dû opter entre les deux idées. On peut très-bien comprendre que pour donner plus de sûreté au créancier, la loi traite les débiteurs solidaires comme ne faisant qu'un au point de vue de la perte, mais s'il en est ainsi, pourquoi faire une distinction arbitraire et inexacte en fait entre les diverses conséquences de la perte ?

Comme aussi quand il s'agit de la demeure, on aurait pu décider que la mise en demeure de l'un des débiteurs constituait en demeure tous les autres, il y aurait eu harmonie entre cette décision et celle des articles 1206 et 1207, mais puisqu'on a reconnu ici que la mise en demeure pouvait être individuelle, comment

(1) Pothier, n° 273.

a-t-on pu attribuer à cette mise en demeure un effet contre le débiteur qui n'est point en retard? Bien qu'il s'agisse seulement de perpétuer l'obligation, nous venons de montrer que cette prétendue conservation de la situation des débiteurs était une véritable aggravation, et dès lors il est bien dur de l'imposer à un débiteur qui n'est pas légalement responsable de l'exécution, puisqu'il n'est pas légalement et personnellement en retard.

Il est facile de comprendre comment cette théorie, malgré les critiques sérieuses qu'elle soulève, a pris place dans le Code civil. Elle n'a pas été examinée à nouveau par les rédacteurs du Code, ils ont reproduit de confiance, et comme des vérités traditionnelles, les doctrines de Pothier, que cet auteur avait lui-même empruntées à Dumoulin; et ces deux jurisconsultes n'avaient pas *a priori* établi leur système sur des raisons puisées dans la nature de l'obligation solidaire, mais ils l'avaient édifié pour la nécessité de l'interprétation de deux textes du Digeste. Dans l'un, ils trouvaient *alterius factum alteri quoque nocet* (1); dans l'autre, *alterius mora alteri non nocet* (2), et pour concilier ces deux fragments ils avaient supposé que le premier avait trait à la perpétuation de l'obligation, et le second à son augmentation, de sorte que sur le premier texte on disait *nocet ad perpetuandam obligationem*, et sur le second, *non nocet ad augendam*. Cette interprétation un peu divinatoire des textes du Digeste est rejetée aujourd'hui; plusieurs autres ont été proposées (3), l'une entre autres, la plus simple, voit dans les deux décisions une différence constatée entre les effets de la faute et ceux de la demeure; mais il n'en est pas moins vrai que c'est l'interprétation de Dumoulin qui a engendré l'article 1205 du Code Napoléon.

139 *bis*. II. La distinction que fait l'article 1205 entre ce qui perpétue et ce qui augmente l'obligation doit être abandonnée, quand il a été stipulé une clause pénale pour le cas de retard. Il ne s'agit plus en effet de donner pour conséquence à l'inexécution une obligation nouvelle ayant uniquement pour cause la contravention commise par l'un des débiteurs; l'obligation de payer la clause pénale est une obligation conditionnelle, stipulée

(1) D. fr., 18, *De duob. reis.*
(2) D. fr., 32, § 4, *De usuris.*
(3) V. M. Demangeat, *Des obligations solidaires en droit romain*, page 379.

accessoirement à l'obligation principale, et il n'y a pas à s'étonner que le fait qui lui donne naissance produise des effets à l'égard de tous les débiteurs solidaires, car tous ont consenti à cette augmentation conditionnelle de la dette. Il y a, du reste, sur ce point un argument d'analogie très-puissant dans l'article 1232 (1).

140. Le principe s'applique, 2° à l'interruption de la prescription, qui ne peut avoir lieu à l'égard de l'un, sans s'étendre à tous les autres. V. art. 1206, et remarquez que la reconnaissance du débiteur a le même effet que l'interpellation (art. 2249).

140 *bis*. Il faut appliquer à propos de l'article 1206 les principes déjà posés sur la division de la dette solidaire entre les héritiers de chacun des codébiteurs. Les héritiers sont solidaires avec les codébiteurs de leur auteur, mais non pas entre eux. Donc, en poursuivant un des codébiteurs solidaires on interrompt la prescription à l'égard de tous les héritiers de celui qui est décédé. Mais en poursuivant un des héritiers, on n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres héritiers; on l'interrompt à l'égard des codébiteurs solidaires du défunt, seulement, cette interruption n'a effet que pour la part pour laquelle l'héritier poursuivi représente le débiteur décédé. *Exemple :* Pierre et Paul étaient débiteurs solidaires de 12,000 francs. Pierre est mort laissant trois héritiers pour parts égales; si le créancier poursuit seulement l'un des trois héritiers, la prescription continue à courir en faveur des deux cohéritiers, elle est interrompue à l'égard de Paul, mais seulement pour 4,000 francs, exactement comme si Pierre de son vivant avait été poursuivi, mais seulement pour un tiers de la dette. (V. art. 2249.)

141. Nous avons dit que le fait de l'un ne devait pas augmenter l'obligation des autres. Cependant notre Code, apparemment pour éviter des frais, veut que la demande formée contre un seul fasse courir, contre tous, les intérêts moratoires. V. art. 1207.

141 *bis*. I. La décision de l'article 1207 peut paraître contraire à celle de l'article 1205, puisqu'elle impose au débiteur qui n'a

(1) V. Pothier, n° 273, *in fin.*

pas été mis à demeure l'obligation de payer des dommages-intérêts moratoires, d'où la conséquence que la négligence de l'un des débiteurs a ici un effet *ad augendam obligationem*. Cependant elle se rattache à la décision que nous avons donnée sur l'effet de l'inexécution par rapport à la clause pénale. L'obligation de payer des dommages et intérêts moratoires en matière de sommes d'argent a son fondement dans l'article 1153 et dans la loi du 3 septembre 1807, le chiffre même en est déterminé à l'avance; on peut donc facilement la considérer comme une obligation de clause pénale tacitement stipulée entre les parties, et cela suffit pour expliquer théoriquement la décision de l'article 1207, qui se justifie du reste parfaitement dans la pratique, par cette considération que le créancier, ayant stipulé le droit de demander le tout à un seul des obligés, a dû compter qu'il ne serait pas astreint à multiplier ses demandes en justice pour faire produire à sa réclamation tous les effets qu'il a droit d'en attendre.

141 *bis*. II. La raison qui nous sert à expliquer l'article 1207 nous conduit à faire une distinction dans son application par rapport à une hypothèse un peu rare, et que les rédacteurs du Code n'ont pas probablement prévue quand ils écrivaient l'article. Il peut arriver qu'un des débiteurs solidaires soit obligé à terme ou sous condition, tandis que les autres sont obligés purement. Si en pareil cas le créancier a poursuivi l'un de ceux contre lesquels la dette est exigible, il ne peut pas avoir fait courir les intérêts contre celui qui jouit d'un terme, ou qui, débiteur sous condition suspensive, ne devra peut-être jamais. Tout l'effet que nous pouvons en pareil cas conserver à l'article 1207, c'est que les intérêts courent de plein droit contre le débiteur à terme ou sous condition aussitôt l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition. Certes on ne pourrait pas repousser d'une manière absolue en théorie une solution qui ferait courir les intérêts à l'égard de tous les débiteurs du jour de la demande, parce qu'on peut concevoir que celui qui n'est pas lui-même en faute ait accepté les conséquences de la faute de son coobligé, comme les aurait acceptées une caution conditionnelle ou à terme; mais puisque nous avons expliqué l'article 1207 par une convention tacite, il est nécessaire de ne pas donner à la convention tous les effets rigoureux qu'elle pourrait produire, et de l'interpréter dans le sens

probable que les parties lui ont attribué : or, quand par convention une clause pénale, c'est-à-dire une peine, a été stipulée, il y a tout lieu de présumer que cette peine n'a pas été imposée à ceux qui personnellement n'étaient pas en faute, non pas seulement à raison de ce qu'aucune demande ne leur avait été adressée, ce qui serait de pure forme, mais parce qu'aucune demande ne pouvait leur être adressée, la dette n'étant point encore exigible quant à eux.

142. La dette solidaire étant une, on conçoit que non-seulement le payement fait par l'un doit libérer les autres, mais qu'en général, tout ce qui tend à éteindre ou anéantir la dette, enfin à repousser l'action du créancier, doit produire le même effet à l'égard de tous. Et néanmoins, la loi, qui comprend ici sous le nom d'*exception* tous les moyens de défense ou de libération, distingue avec raison trois classes d'exceptions : celles qui résultent de la nature de l'obligation, celles qui sont personnelles à l'un des débiteurs, et celles qui sont communes à tous. Chacun évidemment peut opposer celles qui résultent de la nature de l'obligation, celles qui lui sont personnelles à lui-même, et celles qui sont communes à tous. V. art. 1208, al. 1.

A l'égard de celles qui sont particulières à l'un des codébiteurs, la loi défend seulement aux autres d'opposer celles qui sont *purement personnelles*. V. art. 1208, alin. dern.

Remarquons ici qu'une exception est, sous certain rapport, *personnelle*, toutes les fois que, née dans la personne d'un des codébiteurs, elle ne se réfère qu'à son engagement particulier. Mais ce n'est pas une raison pour que les codébiteurs, tenus pour lui et sauf recours contre lui, ne puissent pas l'invoquer jusqu'à concurrence de sa part dans la dette commune. Leur refuser ce droit, ce serait véritablement le priver lui-même des effets de la libération qui lui est acquise, puisque le payement fait par les autres l'exposerait à leur action en recours. Il n'y a de purement personnelles que les exceptions qui tiennent au privilége ou à l'incapacité de la personne (v. art. 1125, 1268; C. comm., art. 545). Ce sont celles-là

seulement qu'une caution ne pourrait point faire valoir du chef du débiteur principal (v. art. 2012, 2036). Ce sont les seules aussi qu'un codébiteur solidaire ne puisse aucunement invoquer du chef de son codébiteur.

142 *bis*. I. La règle posée par le Code civil sur les moyens de défense que chaque débiteur peut opposer à l'action du créancier présente une certaine obscurité, parce que l'article 1208, au lieu d'énumérer les moyens qui pourraient être invoqués soit par l'un des codébiteurs, soit par tous, s'est contenté d'indiquer une classification des moyens de défense en employant des expressions dont le sens n'est pas suffisamment précisé.

Le mot même que le législateur emploie pour désigner les moyens de défense, est détourné du sens technique qui lui est ordinairement attribué. En effet, on oppose ordinairement en procédure les *exceptions* aux défenses, celles-ci tendant à faire reconnaître que le demandeur n'a pas le droit auquel il prétend, celles-là tendant seulement à faire déclarer, sans examiner le fond de sa prétention, qu'il a procédé irrégulièrement. Mais il n'est pas douteux que l'article 1208 ait voulu parler des moyens de défense au fond. La place qu'occupe l'article, les divisions mêmes qu'il annonce entre les exceptions, le lien qui rattache sa décision à celles des articles 1209 et 1210, tout démontre qu'il n'est pas ici question de moyens de procédure, mais de moyens du fond. Ce n'est pas, du reste, la seule fois que le Code civil donne au mot exception un sens aussi large : il l'emploie avec cette acception dans quelques articles, et notamment dans l'article 2012 et dans l'article 1361, où il l'oppose au mot *demande*.

L'action divise les moyens de défense en trois, et à bien dire, en quatre catégories : 1° Moyens résultant de la nature de l'obligation; 2° moyens communs à tous les codébiteurs (on pourrait confondre ces deux classes, car les moyens que la loi rattache à la nature de l'obligation peuvent être invoqués par tous les débiteurs); 3° moyens personnels; 4° moyens purement personnels. — Il faut se rendre compte du sens que la loi attache à ces diverses expressions.

La première classe, *moyens résultant de la nature de l'obligation*, comprend les défenses consistant à opposer un vice qui en-

tache l'obligation à l'égard de tous. *Exemples :* Obligation dont l'objet est illicite (vente solidaire d'une succession future). — Contrat solennel (donation) dénué des formes requises. — Vente d'immeuble par plusieurs vendeurs solidaires, entachée de lésion pour plus des sept douzièmes au préjudice des vendeurs.

La deuxième expression *moyens communs*, restreinte par la première, et par conséquent n'embrassant pas les défenses dérivant de la nature de l'obligation, ne peut plus désigner que les moyens fondés sur l'extinction de la dette. — Il faudra examiner tout à l'heure si toutes les causes d'extinction peuvent être également invoquées par tous les codébiteurs; il y aura des distinctions à faire; mais la majorité des causes d'extinction, le payement, par exemple, engendrera un moyen de défense commun à tous les codébiteurs.

La troisième classe, celle des *moyens personnels*, comprend les défenses qui ont pour fondement un vice entachant l'obligation par rapport à un seul des débiteurs, ou un événement postérieur à la naissance de l'obligation ne pouvant produire d'effet qu'en sa faveur.

Parmi ces moyens, il y en a qui sont *purement personnels* (quatrième classe), en ce sens que les codébiteurs ne peuvent aucunement s'en prévaloir, qu'ils ne peuvent pas même les invoquer pour prétendre à une diminution quelconque de leur obligation; tandis que les autres, *simplement personnels*, ne peuvent être invoqués comme détruisant complétement l'obligation que par un des débiteurs, mais peuvent servir aux autres obligés, pour obtenir de ne payer le total que déduction faite de la part du codébiteur qui jouissait d'un moyen personnel de défense.

Il pourra se rencontrer quelques difficultés pour déterminer exactement, parmi les causes d'extinction de la dette, celles qui donnent naissance à des moyens personnels ou purement personnels. Mais avant de faire cet examen, il est facile de rendre claire par des exemples la distinction que nous venons d'indiquer. Ainsi, la confusion peut être invoquée pour partie par les codébiteurs de celui en la personne duquel elle s'est opérée, c'est un moyen personnel; le concordat accordé à l'un des débiteurs failli ne pourrait pas diminuer l'obligation des autres; c'est un moyen purement personnel (Code de commerce, 507-526). L'incapacité d'un

des débiteurs ne doit vicier que le consentement de celui-ci ; elle ne peut être invoquée par les autres comme cause de nullité (v. art. 2012), et enfin les moyens fondés sur ce que le consentement d'un des obligés aurait été entaché d'erreur, de violence ou de dol, devraient être assimilés à celui tiré de l'incapacité, et ne profiter exclusivement qu'à la partie dont le consentement aurait été vicié. Ce sont des moyens purement personnels.

142 *bis*. II. Il reste maintenant à énumérer les causes d'extinction des obligations pour les répartir conformément aux notions que nous venons de donner dans une des catégories annoncées par l'article 1208. L'énumération se trouve dans l'article 1234.

1° Le payement donne sans difficulté naissance à un moyen commun. Il éteint la dette à l'égard de tous, et tous peuvent l'invoquer.

2° La novation n'est qu'une dation en payement dans laquelle l'objet donné en payement est une créance ; elle peut être invoquée par tous les codébiteurs (art. 1281.)

3° La remise de la dette. — A examiner sur l'article 1210 où nous traiterons des diverses remises qui peuvent être faites par le créancier d'une dette solidaire.

4° La compensation. — C'est l'extinction d'une dette et d'une créance qui coexistent en sens inverse, de sorte que le créancier de l'une est débiteur de l'autre et réciproquement. Or, il peut très-bien arriver en fait qu'un des débiteurs solidaires se trouve avec le créancier commun dans les conditions de la compensation légale, qu'il soit créancier du créancier. *Exemple :* Pierre et Paul doivent solidairement 1,000 francs à Jacques, et Jacques doit 1,000 francs à Pierre. La compensation est souvent présentée comme un double payement fictif se réalisant de plein droit (art. 1290) ; d'où il résulte qu'on est tenté d'assimiler, dans le cas qui nous occupe, ses effets à ceux du payement, de donner au second débiteur solidaire, Paul, les mêmes droits que si son codébiteur solidaire, Pierre, avait payé réellement. Ce codébiteur, qui n'était pas créancier du créancier, pourrait repousser le créancier en objectant la compensation opérée, comme il pourrait se prévaloir d'un payement, et le moyen tiré de la compensation prendrait rang dans les moyens communs.

L'article 1294, troisième alinéa, repousse formellement cette

solution. Il n'appartient pas au codébiteur de repousser l'action du créancier en invoquant la compensation. Le codébiteur qui est en même temps créancier du créancier, pourrait seul faire valoir la compensation; le moyen de défense lui est personnel. On n'a pas voulu détruire l'égalité de situation et de chances que la solidarité fait aux différents codébiteurs; on a vu que, dans les circonstances ordinaires, chaque débiteur est exposé à être poursuivi pour le tout, à faire l'avance du tout, sauf recours contre les autres, suivant les chances du hasard ou, plus exactement, de la libre détermination du créancier. Mais on a compris que donner à tous le droit d'invoquer la compensation du chef de l'un d'eux, c'était supprimer toute éventualité quant à la nécessité de faire l'avance, et l'imposer fatalement à celui des débiteurs qui est créancier du créancier. Il ne faut pas que ce débiteur soit sûr que la dette s'éteindra par compensation avec sa créance, pas plus qu'il ne faudrait dans d'autres hypothèses que la dette dût nécessairement s'éteindre par un payement à la charge d'un des débiteurs.

La compensation n'est donc pas nécessaire, mais elle est possible; si le créancier dirigeait son action, en vertu de son libre choix, contre le débiteur qui est son créancier, celui-ci, obligé de payer par avance la totalité, se prévaudrait certainement de la compensation; le moyen lui est personnel et il en use, et alors il faut remarquer que le moyen deviendra commun. Une fois que le codébiteur créancier aura fait valoir la compensation, la dette est éteinte comme par un payement et il n'y a plus aucune raison contre l'effet commun de cette cause d'extinction.

142 *bis*. III. Nous venons de traiter la compensation non encore opposée comme donnant naissance à un moyen de défense personnel; faut-il aller plus loin et le déclarer purement personnel? Ce qui revient à dire : le codébiteur qui ne peut pas opposer la compensation pour le tout, peut-il au moins l'opposer pour la part que devrait supporter définitivement dans la dette son codébiteur créancier du créancier? *Exemple :* Pierre et Paul sont débiteurs solidaires de 1,000 francs envers Jacques, qui est lui-même débiteur de 1,000 francs envers Pierre. Nous venons bien de constater que Paul ne pourrait pas repousser la demande intentée contre lui par Jacques, mais s'il ne peut pas la repousser pour le tout, ne pourrait-il pas la faire réduire de 500 francs, c'est-à-dire

de la part que Pierre doit définitivement supporter dans la dette commune? C'est la solution de DOMAT que POTHIER reproduisait après des hésitations (1). Elle est très-raisonnable et très-pratique, car elle évite les circuits d'actions, elle supprime des recours. En effet, si Paul était condamné à payer le tout, il aurait action pour 500 francs contre Pierre; mais quand Pierre aurait restitué cette somme à son codébiteur, il aurait le droit de la demander à Jacques son débiteur. Bien plus, au moment où Paul s'acquitterait entre les mains de Jacques d'une somme de 1,000 francs, il pourrait, comme créancier de Pierre d'une somme de 500 francs, part de celui-ci dans la dette, saisir-arrêter entre les mains de Jacques les sommes dues par ce dernier à Pierre; d'où cette conséquence qu'il est plus simple de ne pas payer cette somme que de la payer pour la saisir en même temps. Enfin, en réfléchissant sur le motif que nous avons assigné à la disposition de l'article 1294, on trouve la solution de DOMAT et de POTHIER très-conforme au système d'égalité que la loi veut maintenir entre les codébiteurs. Il faut, avons-nous dit, que les chances soient les mêmes pour tous, que l'un d'eux ne soit pas plus exposé que l'autre à faire l'avance de la totalité de la dette; or, si le codébiteur qui n'est pas créancier du créancier doit payer le tout sans déduction, il est évident que le créancier s'adressera plutôt à lui pour encaisser le montant intégral de la dette, sauf à rester lui-même débiteur de celui des codébiteurs solidaires qui est en même temps son créancier. L'égalité des chances est donc détruite comme elle le serait par une décision qui permettrait au débiteur d'opposer la compensation du chef de son codébiteur.

Plusieurs des raisons que nous venons d'indiquer sont sérieuses, et pourraient avoir une influence décisive sur la solution de la question; cependant, parmi ces raisons, il y en a qui ne sont pas convaincantes. Ainsi, quand on parle de la faculté qu'aurait le codébiteur, au moment où il paye la totalité de la dette, de faire saisie-arrêt, entre les mains du créancier, de la somme que celui-ci doit à l'autre codébiteur solidaire, il est clair que cette faculté n'est pas pour le codébiteur l'équivalent du droit d'opposer la compensation; car, comme saisissant, il n'a pas de privilége, et doit seulement être colloqué sur les sommes arrêtées en concur-

(1) Pothier, nº 274.

rence avec les autres créanciers de son codébiteur. De l'existence du droit de saisir-arrêter, il n'y a donc pas lieu de conclure au droit de compenser, parce que l'un et l'autre droit auraient des résultats tout à fait différents.

Quand on présente ensuite le droit d'opposer la compensation pour partie comme supprimant des recours, économisant des actions, on exagère l'effet avantageux de la solution qu'on propose. En effet, il est vrai que si le codébiteur a payé le tout, il a un recours contre son codébiteur, qui ensuite, en sa qualité de créancier du créancier, a une action contre celui-ci; mais si le codébiteur n'avait payé que déduction faite de la part de l'autre débiteur qui est créancier du créancier, on supprimerait bien l'action du codébiteur qui a payé contre son codébiteur, mais il resterait toujours une action de l'ancien débiteur solidaire créancier, contre l'ancien créancier qui est son débiteur *ex alia causa*. Cette action aurait pour objet une fraction de la créance, dans l'hypothèse une moitié, au lieu d'avoir pour objet le tout, mais on ne l'aurait pas supprimée.

Il y a donc à faire des réserves sur la valeur des raisons par lesquelles on prétend établir que l'article 1294 ne s'oppose pas à ce que la compensation soit opposée pour partie. Mais alors même que ces raisons seraient toutes plus solides qu'elles ne le sont, l'histoire de l'article 1294 ne permettrait pas de les accepter. Le troisième alinéa de l'article 1294 a été ajouté sur l'observation du tribunat, et voici le motif qui a été donné de cette addition : il fallait éviter que le codébiteur solidaire qui n'est point attaqué par le créancier, et qui est prétendu créancier du créancier par l'allégation de son codébiteur, fût malgré lui engagé dans des procès *désagréables* sur l'existence de sa prétendue créance. Si tel est le motif qui, à tort ou à raison, a inspiré l'article 1294, cet article doit aussi bien interdire la compensation pour partie que la compensation pour le tout, car l'une comme l'autre autorise un codébiteur à invoquer des droits de créance dont son codébiteur ne voudrait pas se prévaloir et à lui susciter des procès désagréables sur l'existence de sa créance. La raison de l'article 1294 est donc d'accord avec sa lettre, et il devient impossible de faire la distinction proposée entre la compensation opposée pour le tout et la compensation qui tiendrait compte seulement de la part

définitivement due par le codébiteur. Le moyen tiré de la compensation est en conséquence purement personnel.

142 *bis.* IV. 5° *La confusion.* Voyez article 1209 et n^os^ 143 et 143 *bis.*

6° *La perte de la chose.* Si la perte est fortuite, tous les débiteurs sont libérés, et tous peuvent invoquer cette cause d'extinction. Le lien solidaire ne modifie en rien, quant à ce point, la règle de l'article 1302. La perte engendrera donc un moyen de défense commun, mais nous avons déjà vu sur l'article 1205 que la solidarité rendait les codébiteurs, au moins dans certaines limites, responsables du fait les uns des autres, et que si l'objet dû avait péri par le fait ou la faute de l'un d'eux, nul n'était libéré de l'obligation.

7° *La nullité en rescision.* Il y a des distinctions à faire sur les causes de nullité ou de rescision. Nous avons déjà vu n° 142 *bis.* II, que les moyens tirés de l'incapacité, de l'erreur, du dol ou de la violence étaient purement personnels; au contraire nous avons cité la lésion de plus des sept douzièmes au préjudice des vendeurs solidaires d'un même immeuble comme une cause de rescision au profit de tous les codébiteurs, n° 142 *bis.* I.

8° *La condition résolutoire.* Elle donnera naissance à un moyen de défense commun ou à un moyen purement personnel, selon la manière dont l'obligation aura été contractée : suivant que la condition résolutoire affectera l'obligation de tous, ou seulement l'obligation d'un des codébiteurs.

142 *bis.* V. 9° *La prescription.* Il résulte de l'article 1206 qu'elle aura couru au profit de tous les codébiteurs ou qu'elle n'aura couru au profit d'aucun d'entre eux; donc, si elle s'est accomplie, elle pourra être invoquée par tous.

Il faut cependant faire des réserves sur cette solution, pour le cas où il ne s'agirait plus de l'interruption, mais de la suspension de la prescription. Si par exemple l'un des débiteurs est devenu l'époux du créancier (art. 2253), si l'un des débiteurs jouit d'un terme, si son obligation est suspendue par une condition (art. 2257), le débiteur au profit duquel la prescription n'a pu courir parce qu'il était le conjoint du créancier, ou que sa dette était à terme ou sous condition, pourrait-il invoquer la prescription accomplie au profit des autres?

Quant à la première hypothèse, elle ne présente pas de difficulté si c'est la femme qui est créancière, parce qu'en pareil cas la prescription se trouve suspendue dans ses rapports avec tous les débiteurs, car l'action qu'elle aurait dû intenter contre les codébiteurs de son mari, aurait réfléchi contre celui-ci, et par conséquent aucun des codébiteurs ne peut prescrire (art. 2256).

Mais la difficulté survit pour le cas où c'est le mari qui est créancier, et pour les hypothèses régies par l'article 2257. Il nous paraît impossible de considérer la femme débitrice, et le codébiteur à terme ou sous condition comme tenu pour le tout, parce qu'il faudrait alors ou lui donner un recours contre ses codébiteurs, ce qui priverait ceux-ci du bénéfice de la prescription, ou refuser tout recours à ce débiteur tenu pour le tout, ce qui aggraverait singulièrement sa position. D'un autre côté, on ne peut pas accorder à ce codébiteur qui est, quant à la prescription, dans une situation exceptionnelle, le droit de se prévaloir pour le tout de la prescription accomplie au profit des autres. Il faut alors se décider par analogie de ce que décide la loi pour le cas de remise de dette faite expressément au profit seulement de l'un des codébiteurs solidaires; les autres codébiteurs ne peuvent être poursuivis que déduction faite de la part du débiteur auquel a été faite la remise (art. 1285, deuxième alinéa). Il y a de grands rapports entre la renonciation à la créance qualifiée remise de dette, et l'abandon implicite, la renonciation tacite résultant de la prescription, et on peut sans torturer la loi se prévaloir des motifs qui ont dicté l'article 1285, pour décider la question de prescription que nous avons agitée. Pour conclure, il faut dire que dans les hypothèses rares où la prescription a pu courir en faveur d'un des débiteurs sans courir au profit de l'autre, le moyen tiré de la prescription peut être invoqué, mais pour une part seulement, la part des autres obligés, par le débiteur dont l'obligation n'est pas prescrite, et en employant les expressions sur le sens desquelles nous nous sommes fixés, que ce moyen est personnel, mais non pas purement personnel.

143. D'après ce qui a été dit au n° 142, on comprend facilement que la confusion opérée entre l'un des codébiteurs et le créancier profite aux autres, mais seulement jusqu'à con-

currence de la part de ce codébiteur. V. art. 1209; voy. aussi art. 1300, 1301; et remarquez : 1° qu'il n'est pas absolument nécessaire pour réaliser le cas de confusion, et donner lieu à l'application de notre article, que le débiteur et le créancier deviennent, comme la loi le suppose ici, héritiers l'un de l'autre; il suffit que les qualités de débiteur et de créancier se trouvent réunies; 2° que si c'était seulement pour partie que l'un devînt héritier de l'autre, il s'opérerait encore une confusion partielle, dont les effets moins étendus se régleraient encore par les mêmes principes.

143 *bis*. I. La notion de la confusion est donnée par l'article 1300. C'est la réunion dans la même personne des deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur, réunion qui éteint la créance et la dette. Ce fait se produit assez souvent à l'occasion de l'ouverture d'une succession, quand le créancier devient héritier du débiteur, ou réciproquement, et c'est pour cela que l'article 1209 semble ne traiter que de cette hypothèse; mais il est plus général, la confusion peut avoir lieu dans d'autres circonstances, elle peut être notamment le résultat d'une cession de créance, et l'article 1301 prouve surabondamment que la disposition de l'article 1209 n'est pas spéciale au cas de succession.

La décision des articles 1209 et 1301 sur le cas de confusion est excessivement simple, c'est celle qu'on peut regretter de ne pas trouver consacrée à propos de la compensation : la dette n'est pas éteinte pour le tout, mais pour la part de celui qui est à la fois créancier et débiteur. La confusion n'a pas en effet d'autre fondement que l'impossibilité naturelle de se trouver lié envers soi-même, de pouvoir se contraindre soi-même à exécuter une obligation, et dans le cas de solidarité il n'y a impossibilité que pour la part de celui qui se trouve à la fois créancier et débiteur. Le créancier peut donc demander la dette pour le tout, moins la part qu'il devrait personnellement supporter. *Exemple :* Pierre, Paul et Jean sont débiteurs de 3,000 francs envers Jacques. Pierre devient héritier de Jacques le créancier; il peut, en sa qualité de créancier, poursuivre ses deux codébiteurs, pour le tout, moins sa part personnelle, c'est-à-dire pour 2,000 francs.

143 *bis*. II. Nous avons évité d'employer les derniers mots de

l'article : *pour la part du débiteur ou du créancier,* et nous les avons remplacés par ceux-ci : la part que doit personnellement supporter celui en la personne de qui s'est opérée la confusion; l'article en effet présente une certaine obscurité et on a peine à comprendre pourquoi il est question de la part du créancier, puisqu'il s'agit toujours d'un créancier unique, que par conséquent le droit actif n'est pas divisé. On a reproché à ce propos aux rédacteurs du Code l'inattention avec laquelle leur œuvre a été rédigée (1); le reproche n'est pas cependant mérité dans la circonstance qui nous occupe : le texte est obscur, mais il n'est pas inintelligible ou inexact. Il faut remarquer en effet que l'article a réuni deux hypothèses : dans l'une, l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, la dette est éteinte pour la part de ce débiteur; dans l'autre le créancier devient l'héritier unique de l'un des débiteurs, la dette est éteinte pour la part dont ce créancier est devenu débiteur, pour la part du créancier, comme dit le texte, appropriant une expression à chacune des deux hypothèses, faute d'avoir employé, comme nous l'avons fait, une périphrase assez générale pour embrasser les deux espèces. La pensée peut être obscure, mais elle n'est pas inexacte, par ce qu'elle ne s'est pas portée, comme semble le croire la critique que nous avons citée, sur une prétendue division de la créance, sur des parts dans le droit actif, mais sur une part de l'obligation passive devenue part de celui qui, originairement, n'avait pas d'autre qualité que celle de créancier.

143 *bis*. III. Nous avons jusqu'ici supposé avec l'article que le codébiteur décédé, ou le créancier décédé, ne laissait qu'un seul héritier, le créancier ou l'un des codébiteurs; il n'en sera pas toujours ainsi : le créancier peut être héritier pour partie seulement d'un des codébiteurs, le codébiteur peut être héritier pour partie seulement du créancier. Il ne peut y avoir difficulté de droit sur l'application des principes à ces hypothèses. La confusion produit ses effets, mais elle ne produira que des effets proportionnels aux droits du créancier dans la succession du codébiteur ou aux droits du codébiteur dans la succession du créancier. L'effet de la confusion pourra toujours être exprimé par la règle donnée plus haut : le créancier peut demander la

(1) Marcadé, sur l'article 1209, n° 1.

dette pour le tout, moins la part qu'il doit personnellement supporter. *Exemple :* Pierre, Paul et Jean sont débiteurs solidaires de 3,000 francs envers Jacques. Jacques devient héritier de Pierre pour moitié. Il peut demander à chaque codébiteur le tout, moins la moitié de la part que devait supporter définitivement Pierre, et qui est maintenant à sa charge personnelle : 3,000 francs moins 500 francs, c'est-à-dire 2,500 francs, et le codébiteur, poursuivi après avoir payé 2,500 francs, aurait un recours pour 1,000 francs contre le troisième codébiteur, et pour 500 francs contre le second héritier de Pierre qui était obligé solidairement avec eux. *Second exemple :* Trois débiteurs solidaires, Pierre, Paul et Jean, obligés pour 3,000 francs envers Jacques, et Pierre l'un des débiteurs devenu héritier pour moitié de Jacques le créancier; si Pierre veut intenter une action contre Paul et Jean, il ne peut l'intenter que pour moitié, puisqu'il ne représente le créancier que pour cette fraction ; il ne devra donc demander au codébiteur poursuivi que 1,500 francs, moins la part qu'il doit personnellement supporter dans cette moitié, c'est-à-dire 500 francs, soit 1,000 francs, et quand Paul aura payé cette somme de 1,000 francs, c'est-à-dire quand il aura éteint pour moitié les droits du créancier, il aura un recours contre Jean pour 500 francs, moitié de la part définitivement à la charge de ce codébiteur. Puis le second héritier, le cohéritier de Pierre, pourra demander la seconde moitié de la dette solidaire, et sans déduction, soit 1,500 francs contre Pierre, Paul et Jean à son choix. Celui des trois qui aura payé la totalité des 1,500 francs aura un recours pour 500 francs contre chacun des deux autres ; de sorte que le résultat définitif de ces actions, de ces déductions et de ces recours, sera de faire supporter par Paul et Jean chacun 1,000 francs, de faire toucher par celui des héritiers du créancier qui n'était pas débiteur 1,500 francs, et par Pierre, héritier du créancier et en même temps débiteur, 500 francs.

144. Quant à la remise volontaire, chacun ayant intérêt à l'extinction de la dette commune, et qualité par conséquent pour en accepter la remise, cette remise, à moins de réserve expresse, n'est, sous aucun rapport, réputée personnelle (art. 1285). Mais il ne faut pas confondre avec la remise de la dette

celle de la solidarité, qui consiste dans le consentement à la division. Cette division, appliquée à l'un des codébiteurs, ne produit qu'une exception personnelle, en ce sens que la solidarité continue à subsister entre tous les autres. Et toutefois la loi, voyant, dans cette division, l'intention de retrancher de la dette solidaire la part du débiteur qui l'a obtenue, permet aux autres de la faire valoir jusqu'à due concurrence. V. art. 1210.

144 *bis*. I. On peut comprendre trois sortes de remises, ou de renonciations gratuites du créancier d'une dette solidaire à ses droits. 1° Remise de la dette entière; 2° remise de la part au profit de l'un des codébiteurs; 3° remise de la solidarité. La première est l'abandon gratuit de tout droit contre tous les codébiteurs, elle engendre par conséquent un moyen de défense commun; par la seconde, le créancier abandonne tout droit contre un seul des codébiteurs, en réservant sa créance contre les autres. De cette seconde remise naît donc un moyen personnel, mais comme le créancier ne peut pas rendre pire la condition des codébiteurs étrangers à la convention de remise, la dette totale se trouve diminuée de la part du codébiteur qui a fait cette convention, sinon les autres seraient exposés à payer la totalité de la dette sans recours contre l'un d'entre eux, ou celui-ci actionné en recours ne profiterait pas de la remise à lui faite. La remise de la part donne naissance à un moyen de défense personnel, mais non pas purement personnel (art. 1285, deuxième alinéa).

Voilà l'effet incontestable des deux remises que nous avons d'abord citées; reste à déterminer quelle est celle des deux que le créancier a voulu faire. Ce point est réglé par l'article 1285, premier alinéa. La remise, alors même qu'elle résulte d'une convention avec un seul des débiteurs, est réputée absolue, faite dans l'intérêt de tous, ou, pour parler le langage des Romains, *in rem*. Il faut une réserve expresse du créancier pour qu'il soit traité comme ayant conservé ses droits contre les autres codébiteurs, comme n'ayant fait en un mot que la remise de la part, remise *in personam*. La doctrine du Code Napoléon sur les effets de la remise est loin de celle de Pothier, qui résolvait la difficulté par une appréciation d'intention; il s'agissait d'après lui de savoir

s'il paraissait que le créancier avait eu ou non l'intention d'éteindre la dette en total (1). D'où il fallait tirer cette conséquence nécessaire, que la présomption était pour la remise partielle, car la renonciation gratuite à un droit ne doit pas raisonnablement se supposer. Le Code Napoléon a été entraîné à abandonner la doctrine de Pothier, par une sorte d'abus de la théorie romaine sur les effets de l'*acceptilation :* remise solennelle dont les effets étaient assimilés à ceux du payement et devaient par conséquent produire la libération de tous les obligés. Il y avait cependant dans le droit romain une théorie qui avait plus d'affinité avec la théorie française sur les conventions, c'était la théorie des *pactes*, c'est-à-dire des conventions; les jurisconsultes romains s'étaient inquiétés de l'effet de la convention de remise (*pactum de non petendo*), et conformément aux règles d'une saine interprétation, ils n'avaient pas posé en principe la présomption que le pacte était fait pour profiter à tous les codébiteurs; ils avaient au contraire, jusqu'à preuve contraire, supposé le pacte *in personam,* c'est-à-dire n'ayant qu'un effet personnel et relatif (2).

144 *bis*. II. La troisième espèce de remise est la remise de la solidarité, abandon du droit de demander le tout à chaque débiteur, sans renonciation à aucune portion de la créance.

Elle peut se concevoir de deux manières : au profit de tous ou au profit d'un seul des codébiteurs. La loi ne parle pas de la première hypothèse, qui ne présente aucune difficulté. Les débiteurs deviennent alors débiteurs conjoints, chacun d'eux ne peut plus être poursuivi que pour sa part. L'article 1210 règle au contraire les effets de la remise de solidarité faite au profit d'un seul des débiteurs. Les expressions de l'article : consentir à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, sont bien la traduction de celles que nous avons employées : remettre la solidarité, puisqu'elles indiquent que le créancier consent à traiter le débiteur comme ne devant en réalité que sa part.

La remise de solidarité dont traite l'article 1210 peut avoir eu lieu isolément, sans que le créancier ait touché aucune fraction de la somme due, et par conséquent le débiteur restant obligé à

(1) Pothier, n° 275.
(2) D. fr., 21, *De pactis.*

la part à laquelle est actuellement restreinte son obligation; elle peut au contraire, et cela arrive fréquemment, être contemporaine d'un payement partiel fait par ce débiteur au créancier. Celui-ci en recevant la part de l'un des obligés, déclare le décharger de la solidarité. Les deux hypothèses sont régies par l'article 1210, qui ne fait pas de distinction; nous le démontrerons quand nous aurons expliqué la disposition de cet article.

Elle consiste à considérer la remise comme personnelle au débiteur en faveur de qui elle est faite; l'abandon gratuit du droit est une libéralité, il doit avoir été inspiré par des considérations de bienveillance personnelle, et il serait contraire aux règles d'une saine interprétation de donner à cette libéralité un sens extensif, d'y voir un abandon complet de tous les droits de solidarité. Les débiteurs étrangers à la convention restent donc solidaires, leur obligation n'est pas réduite à leur simple part.

Cependant la remise de solidarité faite à leur codébiteur n'est pas absolument dénuée d'effets par rapport à eux. Si elle donne naissance à un moyen de défense personnel, elle ne produit pas, en tout cas, un moyen purement personnel. L'obligation sera solidaire entre les codébiteurs qui n'ont point été déchargés de la solidarité, mais elle subit une diminution; chacun d'eux peut être actionné pour plus que sa part, mais il ne peut être poursuivi pour le tout que sous la déduction de la part du codébiteur déchargé de la solidarité. *Exemple :* quatre débiteurs solidaires de 20,000 francs, *Primus,* déchargé de la solidarité; les trois autres restent solidaires, et chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout, mais sous déduction de la part de *Primus*, c'est-à-dire de 5,000 francs; chaque codébiteur non déchargé de la solidarité peut donc être actionné pour 15,000 francs.

144 *bis*. III. Nous avons annoncé que cette décision de l'article 1210 s'appliquait à deux hypothèses : 1° à la remise de solidarité faite sans payement immédiat de la part du codébiteur déchargé; 2° à la remise concédée en même temps que le créancier accepte un payement partiel. Dans cette seconde hypothèse, rien n'est plus facile à justifier que la disposition de l'article, puisque le créancier a reçu la part de l'un des codébiteurs; il est nécessaire que la dette totale soit diminuée de cette part, et que les débiteurs contre lesquels il a conservé son action ne puissent être poursuivis que sous déduction de la somme déjà touchée.

Au contraire, quand on suppose une remise de solidarité faite par une convention nue, sans payement partiel, de sorte que le débiteur déchargé de la solidarité reste débiteur de sa part, la décision de l'article 1210 a paru à certains auteurs assez peu justifiable pour qu'ils aient refusé de l'appliquer et qu'ils l'aient restreinte au cas de remise accompagnant un payement. Voici comment se formule l'objection : Quand le débiteur déchargé de la solidarité reste débiteur de sa part, la convention entre ce débiteur et le créancier est indifférente aux autres codébiteurs, elle ne leur cause aucun préjudice, car s'ils payent, ils ont toujours contre leur codébiteur le recours pour sa part, le seul auquel ils aient droit (art. 1213); et s'il est vrai qu'ils puissent être poursuivis pour le total, tandis que leur codébiteur échappe à ce danger, leur position n'est pas changée, car le créancier, même avant la remise de la solidarité, était déjà maître de son choix et pouvait diriger son action solidaire contre celui des débiteurs qu'il voulait. Cette objection n'est pas déterminante, car elle présente faussement la remise de solidarité comme indifférente aux autres codébiteurs; leur position est changée, l'égalité des chances est détruite, et c'est cette égalité que l'article 1210 a voulu maintenir. Certes, sans supposer une remise de solidarité, on peut reconnaître qu'il dépend du caprice du créancier de ne jamais poursuivre celui des codébiteurs qu'il favorise de sa bienveillance, mais cela dépend de son caprice; sa volonté peut changer, son affection devenir de l'indifférence ou de la haine, il peut mourir, et ses héritiers n'avoir plus les mêmes relations avec le même débiteur : voilà des chances très-probables sur lesquelles tous les codébiteurs peuvent compter, et qui rendent incertaine la désignation de celui qui sera poursuivi pour le tout; aucun d'eux n'est sûr de se soustraire à ce danger. Mais qu'il intervienne à propos de l'un d'eux une remise de solidarité, les positions changent, et les chances aussi, celui qui profite de la remise est sûr de n'être plus jamais poursuivi pour le tout; quelque événement qu'il puisse arriver, jamais il ne sera dans la nécessité de faire l'avance du tout, et son codébiteur verra augmenter les chances qu'il a d'être poursuivi; s'ils n'étaient que deux, le codébiteur est sûr d'être poursuivi pour le tout, car le créancier, obligé de fractionner son action et d'encaisser par parties le montant de sa créance

s'il s'adresse au débiteur déchargé de la solidarité, poursuivra toujours l'autre débiteur qui devra lui faire recouvrer en bloc la totalité de la dette. Peut-on dire après cela que la remise de la solidarité faite à *Primus* est *indifférente* à *Secundus* son codébiteur, qu'elle ne lui nuit aucunement? Et peut-on s'appuyer solidement sur cette considération pour introduire une distinction dans l'article 1210, quand le texte n'annonce pas l'intention de distinguer?

144 *bis*. IV. Il y a plus, les motifs que nous venons d'invoquer nous conduisent à déclarer que la réserve expresse faite par le créancier du droit de poursuivre pour le tout les codébiteurs non déchargés de la solidarité, serait non avenue à l'égard de ceux-ci. Si nous avons démontré que la remise de solidarité faite au profit de l'un d'eux aggrave l'obligation des autres, il est bien clair que cette aggravation ne pourrait pas résulter même d'une convention expresse, à moins qu'ils n'aient été eux-mêmes parties dans cette convention et qu'ils n'y aient adhéré. Autrement, une convention entre le créancier et leur codébiteur ne peut pas leur nuire. Il faudrait donc, malgré toute réserve, appliquer l'article 1210, et toute la valeur que nous pourrions attribuer à la restriction mise par le créancier à l'abandon de la solidarité, serait de faire traiter la convention de remise comme non avenue elle-même, par rapport au débiteur qu'on a voulu décharger, si les termes étaient assez énergiques pour faire croire que le créancier a fait de la réserve de ses droits *in solidum* contre les codébiteurs, une condition *sine qua non* de la remise qu'il accordait.

145. Il est clair que la remise tacite de la solidarité produit les mêmes effets que la remise expresse. Cette remise tacite a lieu : 1° lorsque le créancier reçoit divisément la part de l'un des débiteurs; il faut alors que la quittance lui soit donnée sans réserve, et qu'elle porte que c'est *pour sa part*; 2° lorsque la demande formée contre lui, également *pour sa part*, a été suivie d'acquiescement ou d'un jugement de condamnation. V. art. 1211.

145 *bis*. I. L'article 1211 contient trois propositions sur la remise *tacite* de la solidarité : 1° Il y a remise tacite de la solidarité quand le créancier reçoit de l'un des débiteurs sa part de la dette et que la quittance contient ces expressions ou d'autres semblables :

pour sa part (2e alinéa de l'article). C'est là ce que le texte appelle recevoir *divisément* la part. La réception partielle d'une fraction de la somme due correspondante à ce que le débiteur doit supporter dans la dette en vertu de l'article 1213, n'aurait pas la même signification, parce qu'elle montre seulement le créancier recevant un à-compte, et que le payement par à-compte peut avoir lieu même de la part d'un débiteur unique, quand le créancier y consent. Ce fait n'est donc pas exclusif de la réserve de tous droits contre le débiteur qui a payé l'à-compte.

145 *bis*. II. 2° La remise de solidarité peut résulter d'une demande judiciaire intentée contre un des débiteurs, lorsque cette demande restreint expressément son objet à la part du débiteur assigné, non pas que le créancier se soit contenté de demander la somme correspondante à la part du débiteur, 5,000 francs sur 20,000 quand il y a quatre débiteurs, mais lorsqu'il a déclaré dans son assignation qu'il demandait 5,000 francs pour la part de ce débiteur, ce qui implique qu'il n'a pas entendu seulement former une demande d'à-compte, mais qu'il a reconnu en faveur du débiteur assigné une certaine division de la dette, autrement dit la cessation de la solidarité (3e alinéa de l'article).

La demande en justice, faite même dans les termes indiqués, ne dépouillerait pas le créancier de ses droits. Il est nécessaire qu'au fait de cette demande soit venu se joindre un autre fait privant le créancier du droit de se rétracter, de rectifier sa demande ; nul ne peut se lier par sa seule volonté : ce que la volonté d'un seul a produit peut être détruit par la même volonté. Si donc il s'agit de donner à la demande en justice un effet irréparable, il ne suffit pas qu'elle ait été formée par la volonté seule du demandeur, parce que ce demandeur pourrait la rétracter ou la rectifier ; il faut qu'un fait nouveau et étranger au demandeur l'ait rendue définitive, et que de ce fait nouveau, joint à la demande, soit né pour le défendeur un droit. Ce fait qui complète la demande, c'est ou l'acquiescement de la partie adverse, ou le jugement. Par l'acquiescement, une volonté est venue s'adjoindre à la volonté du demandeur, il y a accord *consensus*, un droit est né indépendant des caprices du premier auteur de la demande. Le jugement produit un effet analogue, parce que ce n'est plus la volonté seule de la partie qui qualifie et caractérise la situation

du créancier et du débiteur (*in judiciis quasi contrahimus*). Au surplus, pour que le jugement produise cet effet, il faut qu'il ait force de chose jugée, c'est-à-dire qu'il soit inattaquable, car tant qu'il peut être attaqué et anéanti, il n'a pas pu conférer aux parties de véritables droits. (Argument de l'article 1262.)

145 *bis*. III. 3° La remise tacite de la solidarité faite à l'un des débiteurs ne profite pas aux autres (alinéa 1er de l'article). C'est une application de l'article 1210. Il n'y a pas de raison pour que la convention tacite produise plus d'effet que la convention expresse. Il faut donc appliquer dans son entier l'article 1210, et notamment ce qui concerne la déduction de la part du débiteur déchargé de la solidarité, c'est une nécessité fondée sur l'intérêt des codébiteurs étrangers à la remise ; cet intérêt est le même quand la remise est tacite, et le droit doit être le même.

146. Remarquez que l'on peut renoncer à la solidarité pour les intérêts et arrérages échus, sans pour cela vouloir y renoncer à l'égard des arrérages à échoir, et du capital. Mais la loi présume cette volonté, lorsque le payement divisé a été continué pendant dix ans consécutifs. V. art. 1212.

146 *bis*. La loi consacre dans l'article 1212 une autre présomption de remise de la solidarité. Elle suppose plusieurs codébiteurs solidaires d'une rente ou d'un capital produisant des intérêts. L'un d'eux a reçu une quittance d'intérêts ou d'arrérages avec la mention *pour sa part* (la loi dit *divisément*, comme dans l'article 1211). Cette quittance vaut renonciation à la solidarité pour les intérêts ou arrérages auxquels elle s'applique, mais elle ne détruit la solidarité ni pour le capital ni pour les intérêts à échoir. Il faut, en effet, tirer de cette quittance la présomption de remise établie par l'article 1211 ; mais cette remise est une libéralité, et une libéralité partielle n'oblige jamais celui qui l'a faite à faire une libéralité plus considérable.

Cependant, si la division des payements quant aux intérêts et arrérages a duré dix ans, c'est-à-dire si pendant dix ans le créancier a consenti à renoncer tacitement à la solidarité pour les revenus, la solidarité est perdue même pour le capital ; on peut croire alors qu'il y a eu une renonciation à la solidarité pour le capital, et que la preuve en a été perdue. Cette décision est em-

pruntée à Pothier, qui exigeait toutefois que le payement divisé des intérêts ou arrérages eût duré trente ans (1).

147. Il reste à établir les effets de la solidarité entre les codébiteurs. Le principe, à cet égard, c'est que la dette se divise de plein droit, et que chacun n'étant tenu que pour sa part et portion, c'est-à-dire en raison de l'intérêt qu'il a dans la cause de la dette, celui qui a payé peut réclamer contre les autres tout l'excédant de cette part et portion. V. art. 1213. Il peut agir à cet effet, soit comme subrogé aux droits du créancier (v. art. 1251 3°), soit par une action en recours, qui naît de la société formée entre les coobligés, ou du mandat qu'ils se sont réciproquement donné.

147 *bis*. I. Sur les rapports des codébiteurs solidaires entre eux, le principe est dans l'article 1213. Les codébiteurs sont associés pour la dette; entre eux ils sont traités comme des codébiteurs conjoints; entre eux l'obligation se divise, c'est-à-dire que la perte définitive résultant pour chacun de l'exécution de l'obligation doit se répartir entre tous. Cette répartition est proportionnelle à l'intérêt que chaque débiteur avait à contracter la dette solidaire. Pothier disait : Chacune des personnes obligées « est débitrice *pour soi* quant à la part seulement qu'elle a eue à la cause de la dette (2) ». Cette part d'intérêt dans la dette est naturellement présumée la part virile, c'est-à-dire que les différents débiteurs présumés avoir eu un intérêt égal, supportent la dette par portions égales. Mais s'il était prouvé que l'intérêt n'était pas égal, la dette devrait être répartie inégalement, c'est-à-dire proportionnellement. La loi le dit dans l'article 1216 pour le cas où tout l'intérêt est d'un seul côté, et il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer cet article dans le cas où l'intérêt se partage, mais d'une manière inégale. *Exemple :* Pierre voulait emprunter 20,000 francs et Paul 15,000. Ils ont trouvé un même prêteur, qui n'a consenti à prêter les deux sommes qu'autant qu'elles constitueraient une seule et même dette solidaire. Ils doivent 35,000 francs, mais la proportion de leur intérêt n'est pas égale. Pierre est débiteur *pour soi*, en employant le langage de Pothier,

(1) Pothier, n° 279, *in fin.*
(2) Pothier, n° 264.

de 20,000 francs, et Paul de 15,000 francs; la dette, solidaire par rapport au créancier, se divise donc en septièmes par rapport aux débiteurs; l'un doit supporter quatre septièmes, et l'autre trois septièmes.

147 *bis*. II. Voilà comment doit se répartir la dette : on arrive à cette répartition par un recours. Celui des débiteurs qui a été obligé de payer poursuit ses codébiteurs pour les faire contribuer dans les proportions que nous venons de déterminer. Le droit à ce recours est certainement reconnu par l'article 1213, puisque à défaut de recours des codébiteurs entre eux, il serait impossible de dire que les codébiteurs entre eux ne sont tenus que pour leur part. Le droit au recours a d'ailleurs un double fondement; à bien dire, l'action qui appartient au codébiteur contre son codébiteur est double. Il agit d'abord de son propre chef comme associé ou comme mandataire ayant fait des avances dans l'intérêt de la société ou pour l'exécution de son mandat (art. 1852 et 1999); il a droit en outre de poursuivre ses codébiteurs du chef du créancier, dans les droits duquel il est subrogé, c'est-à-dire substitué, légalement, en vertu de l'article 1251 3°. Tenu avec d'autres au payement d'une dette, ayant intérêt à l'acquitter, il prend légalement la place et les droits du créancier qu'il a payé.

Il est utile de décomposer ainsi en deux actions l'action du codébiteur qui a éteint la dette, parce que chacune de ces actions a ses effets et ses conséquences propres. Ainsi, de ce qu'il agit comme mandataire, il résulte qu'il a droit aux intérêts des sommes par lui payées, à dater du jour du payement (art. 2001), et de ce qu'il est subrogé aux droits du créancier, il faut conclure qu'il jouirait des garanties accessoires de la créance, comme les gages, hypothèques, priviléges, qui appartenaient au créancier.

147 *bis*. III. Nous avons, sur l'article 1202, déclaré applicables aux cas de solidarité légale les différentes règles de notre section; par conséquent nous devons reconnaître que toutes les personnes déclarées par la loi débitrices solidaires jouissent du recours établi par l'article 1213. On en a douté toutefois, quant aux personnes condamnées solidairement en vertu de l'article 55 du Code pénal. On s'est armé contre le débiteur qui a payé le tout de deux formules latines : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* : et *turpi causa melior est conditio possidentis*. Sans examiner ici la

valeur réelle de ces deux maximes, il suffit de dire qu'elles sont tout à fait inapplicables ici. Celui qui a payé allègue, comme cause de son action, non pas le délit, mais le payement d'une somme due; il n'invoque pas un droit fondé sur un fait honteux, il ne s'agit pas pour lui de partager les produits d'un délit, il s'agit de répartir la charge d'une dette commune. La possession de ceux qui n'ont pas payé serait vainement invoquée, car il ne s'agit pas des conséquences du délit, mais de celles du payement. Restent donc l'article 1213 et l'article 1251 3°, et au-dessus de ces articles, reste cette considération que l'un des débiteurs ne doit pas profiter d'un hasard pour s'enrichir aux dépens de l'autre. Il s'enrichirait s'il ne contribuait pas à l'acquittement d'une charge qui leur est commune en vertu de la loi (1).

147 *bis*. IV. Nous reconnaîtrons cependant qu'il doit exister une différence entre le recours des codébiteurs solidaires ordinaires et le recours de ceux entre lesquels la solidarité résulte de l'article 55 du Code pénal. Il ne faudrait pas appliquer à ces derniers l'article 2001; on ne saurait leur conférer le droit d'obtenir les intérêts de leurs avances en dehors des conditions de l'article 1153. En effet, nous sommes bien contraints de soumettre toute solidarité légale aux règles écrites dans notre section; mais celle-ci n'y est point écrite; nous la trouvons dans un article étranger à la matière de la solidarité, au titre du mandat; et nous ne pouvons pas voir dans des codélinquants des mandants et des mandataires. Au moins il n'est pas possible d'attribuer, dans leurs rapports mutuels, à la convention qui est peut-être intervenue entre eux les effets d'un mandat. Cette observation n'a pas, du reste, l'importance qui semble lui appartenir au premier abord, parce qu'ordinairement le créancier, victime du crime ou du délit, aura demandé les intérêts dans les termes de l'article 1153, et que le codébiteur subrogé pourra alors les exiger du chef du créancier.

148. Mais, quoiqu'il pût sembler que, par l'effet de la subrogation, le débiteur qui a payé fût autorisé à réclamer le total de chacun des autres débiteurs, sous la seule déduction de sa portion personnelle, la loi, soit pour éviter le circuit

(1) Pothier, n° 264, *in fin.*

d'action, soit à cause des rapports établis entre les codébiteurs par l'espèce de société qui subsiste entre eux, ne permet de répéter contre les autres que la part et portion de chacun d'eux. V. art. 1214, al. 1.

148 *bis*. I. Si le codébiteur qui a acquitté la dette n'agissait contre les autres codébiteurs que de son propre chef, il n'aurait certainement action que pour la part de chaque codébiteur; telle serait la conséquence incontestable de l'article 1213, puisque entre eux ils ne sont tenus que chacun pour sa part. Mais des doutes s'étaient élevés autrefois sur cette limitation du recours, quand le débiteur agit en vertu des droits du créancier qu'il se faisait autrefois céder, et dans lesquels il est aujourd'hui subrogé de plein droit. Le créancier pouvait demander le tout, et il semble que celui qui lui est substitué doit également poursuivre pour la totalité, sous déduction toutefois de la part qui doit rester définitivement à sa charge. Le Code reproduit la solution que Pothier donnait à cette difficulté (1); mais il faut donner un autre motif que celui sur lequel Pothier appuyait sa décision. Il explique que si le premier des trois codébiteurs peut demander au second les deux tiers de la dette en vertu de la subrogation, celui-ci, subrogé à son tour, pourra revenir contre le premier, et lui demander le troisième tiers, au lieu d'en poursuivre le payement contre le troisième codébiteur. Il se ferait, dit Pothier, un circuit d'actions, au moyen duquel le débiteur se ferait rendre par son codébiteur ce qu'il lui a payé. Ce circuit d'actions ne se produirait pas. Là n'est pas le danger, car il est de règle en matière de subrogation que le subrogé ne peut pas agir contre le subrogeant : *Nemo censetur subrogasse contra se*, et partant, le premier débiteur, quand il aura reçu du second les deux tiers, ne pourrait pas craindre une action de celui-ci en restitution d'un tiers. L'article 1214, 1er alinéa, doit donc être justifié par une autre raison que celle donnée par Pothier. Il se rattache à la théorie générale des garanties, et il contient uniquement une décision analogue à celle de l'article 875. Les codébiteurs solidaires sont garants les uns envers les autres; ils doivent mutuellement s'indemniser de tout dommage résultant de la dette commune. Il

(1) Pothier, nº 281.

y a là un cas de *garantie simple*, pour parler le langage du Code de procédure. Ceci posé, il est clair que le codébiteur garant ne peut pas, par son fait, donner naissance à l'événement qui créerait le droit à la garantie. Il ne peut pas, en poursuivant son codébiteur pour plus que sa part, lui causer le dommage dont il doit précisément l'indemniser.

148 *bis*. II. Cette explication de l'article 1214 montre que sa décision est générale, qu'elle ne doit pas être restreinte au cas de subrogation légale, et que si le débiteur s'était fait subroger conventionnellement, il ne pourrait pas davantage poursuivre ses codébiteurs pour plus que leur part, puisqu'il n'aurait pas perdu sa qualité de garant, et que c'est son obligation qui amoindrit les effets de la subrogation.

149. Bien entendu, au reste, que l'insolvabilité de l'un des débiteurs ne peut rester exclusivement à la charge de celui qui a payé, et que la perte qui en résulte doit se répartir contributoirement entre tous. V. art. 1214, al. dern.

149 *bis*. I. Le système de la loi sur le fractionnement du recours aurait un grave inconvénient, si le débiteur qui a payé le tout ne pouvait jamais obtenir de chaque codébiteur que la part correspondante au nombre des débiteurs primitivement obligés. Que l'un des codébiteurs soit insolvable, la perte résultant de son insolvabilité retombera exclusivement sur celui qui a été obligé de faire l'avance de la totalité. Soient quatre débiteurs solidaires de 24,000 francs : *Primus* a payé, *Secundus* est insolvable; si *Primus* ne peut obtenir que 6,000 francs de *Tertius* et autant de *Quartus*, il subit à lui seul la perte provenant de ce que son recours contre *Secundus* est illusoire. Du hasard seul, du choix fait par le créancier, dépendra une grande inégalité de situation entre les différents débiteurs solidaires. Pour qu'il en soit autrement, il faut faire supporter proportionnellement la part de l'insolvable par tous les codébiteurs, en y comprenant celui qui a fait le payement et qui exerce le recours. Il faut, en un mot, pour maintenir entre eux l'égalité, les traiter comme si la dette n'avait jamais été contractée par le codébiteur aujourd'hui insolvable. Dans l'espèce que nous venons de citer, la part de *Secundus* doit être répartie également entre *Primus*, *Tertius* et *Quartus*, et la

part définitive de chacun d'eux sera alors de 8,000 francs au lieu de 6,000.

149 *bis*. II. Les codébiteurs peuvent n'être pas intéressés également dans l'obligation; en ce cas la répartition de la perte résultant de l'insolvabilité de l'un d'entre eux ne se fera pas par parts égales, mais par parts proportionnelles : l'article dit en effet *par contribution*. *Exemple :* Quatre débiteurs solidaires de 24,000 francs. *Primus* intéressé pour 4,000; *Secundus* pour 8,000; *Tertius* pour 4,000; et *Quartus* pour 8,000. *Secundus* est insolvable. Sa part ne saurait être répartie également entre les autres codébiteurs, puisque *Primus* et *Tertius* avaient chacun moitié moins d'intérêt dans la dette totale que *Quartus*. Celui-ci intéressé pour 8,000 francs, tandis que les autres n'étaient intéressés chacun que pour 4,000, doit supporter la moitié de la perte résultant de l'insolvabilité, et les autres chacun un quart. En résultat définitif, *Primus* et *Tertius* supporteront chacun 6,000 francs, et *Quartus* 12,000.

150. Cette règle s'applique au cas même où l'un des codébiteurs aurait été précédemment déchargé de la solidarité; car cette décharge accordée à l'un par le créancier ne peut nuire aux autres. V. art. 1215.

150 *bis*. I. L'un des codébiteurs solidaires peut avoir été déchargé de la solidarité, soit qu'il ait obtenu une remise de sa part dans la dette, soit qu'il lui ait été simplement fait abandon de la solidarité. Dans les deux cas il y a lieu de dire : la convention entre le créancier et l'un des débiteurs ne peut pas nuire aux autres. D'où cette conséquence que la perte résultant de l'insolvabilité de l'un des débiteurs, ne peut pas retomber exclusivement sur les codébiteurs qui n'ont point obtenu de remise.

Il faut donc que la part afférente au débiteur déchargé de la solidarité dans la perte résultant d'une insolvabilité soit perdue pour le créancier, ou qu'elle soit avancée par un des codébiteurs restés obligés et répétée par lui contre l'ancien codébiteur déchargé de la solidarité. *Exemple :* Trois débiteurs solidaires de 12,000 francs. *Primus* a été déchargé de la solidarité, et *Secundus* est insolvable. — D'après l'article 1214, la part de *Secundus*, 4,000, doit être pour moitié à la charge de *Primus*. Mais comme

ce débiteur a été déchargé de la solidarité, et que cette décharge ne peut nuire à *Tertius,* il faut ou que le créancier perde les 2,000 représentant la part de *Primus* dans la charge résultant de l'insolvabilité, ou que *Tertius* obligé de payer 8,000 au créancier (art. 1210) ait un recours contre *Primus* pour 2,000 francs, malgré la décharge de solidarité obtenue par celui-ci.

La première manière de procéder, celle qui met la perte à la charge du créancier, pourrait se comprendre et se justifier. Elle s'appuierait sur le but probable de celui qui se fait décharger de la solidarité. Le danger de la solidarité est précisément de payer plus que sa part à cause de l'insolvabilité d'un codébiteur; demander la décharge de la solidarité, c'est donc demander à éviter ce danger, à limiter par avance la somme due, à se soustraire aux éventualités. Or, une prétendue décharge de solidarité qui laisserait subsister la crainte de payer plus que sa part, ne serait qu'un acte sans effet et sans utilité. Donc, on ne doit pas l'interpréter ainsi. C'était la décision de Pothier (1).

Mais cette manière d'appliquer l'article 1215 est contraire au texte de la loi. Il est impossible, en effet, de contredire plus formellement que ce texte l'opinion de Pothier. La perte se répartit entre tous les codébiteurs, même entre ceux déchargés de la solidarité. Une perte répartie entre différentes personnes, c'est bien une perte que chacune de ces personnes subit, et si cette expression a incontestablement ce sens dans le premier membre de phrase : *entre tous les codébiteurs,* il serait bien étrange qu'elle eût une autre signification dans le second membre : *entre ceux précédemment déchargés;* pour se soustraire à l'article, il faut dire que quant à ces dernières personnes elles ne figurent dans la répartition que pour mémoire, pour servir de base à l'opération arithmétique de division de la perte, mais que, la division opérée sur le papier, la part afférente à ces codébiteurs déchargés doit être supportée par le créancier. Entendre ainsi l'article c'est bien certainement abandonner le sens naturel des mots qu'il emploie, et attribuer à la même expression deux sens différents, suivant qu'elle se rapporte aux débiteurs déchargés de la solidarité ou à ceux qui sont restés tenus solidairement. Il suffit, du reste, de lire l'exposé des motifs sur l'article 1215

(1) Pothier, n° 275.

pour voir que le législateur a entendu l'article dans le sens qu'il comporte naturellement; *le codébiteur déchargé*, dit l'orateur du gouvernement, *a dû compter qu'il lui restait encore une obligation à remplir à l'égard de ses codébiteurs en cas d'insolvabilité de quelques-uns d'entre eux.*

150 *bis*. II. Quand on règle ainsi les effets de la remise pure et simple de solidarité, on ne les anéantit pas complétement, on ne les réduit pas à rien comme le prétend l'objection que nous repoussons, car cette remise a encore pour effet de soustraire le codébiteur déchargé à la nécessité de faire l'avance de la totalité, et si ce résultat est moins important pour le codébiteur que la décharge complète de tout risque à l'occasion des insolvabilités, il faut cependant avouer qu'il peut être intéressant pour le débiteur d'être assuré contre la nécessité de faire des avances, que sa situation pécuniaire pourrait rendre onéreuse, alors même qu'il aurait certitude d'être remboursé tôt ou tard, ses codébiteurs étant solvables.

150 *bis*. III. Il résulte de l'article 1215, entendu comme nous l'entendons, que la simple remise de solidarité faite au profit de l'un des codébiteurs, ne contient pas renonciation de la part du créancier au droit de faire supporter par ce débiteur les parts des autres coobligés s'ils deviennent insolvables. Puisque ce créancier conserve le droit d'intenter contre les autres codébiteurs une action donnant lieu à un recours contre le débiteur déchargé de la solidarité, il n'est pas possible de lui refuser le droit d'agir lui-même et directement contre ce codébiteur pour sa part contributoire dans la part des insolvables, et notamment au cas d'insolvabilité de tous les autres il doit pouvoir agir pour la totalité de la dette contre le débiteur déchargé de la solidarité. Cette décision, qui peut paraître rigoureuse, doit cependant être acceptée si on veut être conséquent : du moment que la perte résultant de l'insolvabilité d'un débiteur sur trois doit être supportée pour moitié par le débiteur déchargé de la solidarité, il est nécessaire que la perte occasionnée par l'insolvabilité de deux débiteurs sur trois, soit supportée tout entière par le troisième, malgré la remise de la solidarité. Il serait étrange de soutenir que ce débiteur, déchargé de la solidarité, doit supporter sa part de perte quand il est poursuivi en recours par un codébiteur, mais que ne pou-

vant pas être poursuivi directement par le créancier, il échappe à la perte quand elle est plus considérable, c'est-à-dire quand aucun débiteur n'est solvable, et quand l'action du créancier ne pouvant avoir de résultat contre aucun des codébiteurs, ne peut donner naissance à un recours. Tout cela découle de l'interprétation que l'article 1215 donne à la remise de solidarité. La loi n'y voit qu'une convention dispensant le débiteur de faire l'avance de la somme due, mais le créancier n'est pas considéré comme ayant renoncé à exercer son droit en cas d'insolvabilité constatée des codébiteurs. Avant la remise il pouvait agir à son caprice contre chaque débiteur, après la remise il ne peut plus agir contre celui au profit de qui cette remise a été faite sans établir au préalable qu'il ne lui demande pas une avance, parce que les autres codébiteurs sont insolvables.

150 *bis*. IV. Il est, du reste, bien facile de comprendre l'utilité pratique de la convention qui soustrairait le codébiteur aux chances des insolvabilités futures, et qui par conséquent mettrait à la charge du créancier la part de responsabilité qui devrait incomber au codébiteur déchargé de la solidarité. Or, cette convention n'a rien en soi d'illicite, elle pourrait être faite par les parties. Mais il faudrait qu'elle fût expresse en ce sens, puisqu'elle aurait pour résultat d'accroître l'effet libératoire attribué par la loi à la remise de solidarité.

151. Nous avons supposé jusqu'à présent que la dette avait été contractée par tous les coobligés pour une affaire commune; mais elle peut ne concerner que l'un d'eux; il est clair alors que les autres, quoique tenus envers le créancier comme débiteurs principaux, ne seraient véritablement, envers le codébiteur, que des cautions, vis-à-vis desquelles celui-ci serait tenu de toute la dette. V. art. 1216.

151 *bis*. I. Les codébiteurs sont traités entre eux comme les cautions du débiteur, unique intéressé à la dette; d'où cette conséquence que le recours contre ce dernier s'exercerait pour le tout. Mais il ne faut pas croire qu'ils n'auraient pas recours les uns contre les autres en dehors de la responsabilité de celui qui seul a eu intérêt à la dette. Ils sont considérés entre eux comme cofidéjusseurs de la même dette, et l'article leur ouvre un recours, aux uns contre les autres.

Dans les rapports avec le principal intéressé leur qualité de caution leur assure : 1° des dommages et intérêts dépassant l'intérêt légal (art. 2028) ; 2° le droit de poursuivre ce principal intéressé avant même d'avoir payé la dette dans les hypothèses énumérées par l'article 2032.

151 *bis*. II. Dans les rapports avec le créancier les différents débiteurs solidaires sont réputés intéressés par portions égales, et par conséquent soit que les différents débiteurs aient des intérêts inégaux, soit qu'un seul ait un intérêt, s'il fallait appliquer l'article 1210, il ne faudrait jamais déduire que la part virile du débiteur déchargé de la solidarité. Le créancier ne sera pas réputé avoir eu connaissance des conventions entre les différents débiteurs solidaires.

Il en serait autrement s'il était prouvé que le créancier a eu connaissance de ces conventions, et en particulier si le contrat indiquait dans quelle proportion les débiteurs étaient intéressés à la dette commune.

SECTION V.

Des obligations divisibles et indivisibles.

152. L'obligation est divisible ou indivisible, suivant que la chose ou le fait qui en est l'objet est ou n'est pas susceptible d'être dû par parties.

Ainsi, la divisibilité ou indivisibilité de la dette se juge par son objet. Seulement il faut remarquer que cet objet, considéré en lui-même, peut être divisible (il suffirait pour cela qu'il fût susceptible de division intellectuelle) ; mais que le rapport sous lequel il est considéré dans l'obligation peut lui faire perdre son caractère, et attribuer à l'obligation tous les effets de l'indivisibilité. V. art. 1217, 1218.

153. Les auteurs reconnaissent trois espèces d'indivisibilité :

1° L'indivisibilité absolue, appelée par Dumoulin *individuum naturâ et contractu*, qui a lieu lorsque la chose ou le fait n'étant par leur nature, et sous quelque point de vue qu'on les considère, nullement susceptibles de parties, ne peuvent être di

stipulés, ni promis pour parties; tel est, par exemple, un droit de passage ou de vue.

2° Une autre espèce d'indivisibilité, qui se rencontre plus fréquemment, c'est lorsque la chose ou le fait sont bien susceptibles d'une division, soit réelle, soit intellectuelle, et pourraient en conséquence être stipulés ou promis pour partie, mais que, considérés sous le rapport sous lequel ils sont l'objet de l'obligation, ils n'admettent pas cette division. C'est ce que Dumoulin appelle *individuum obligatione*. On peut donner pour exemple l'obligation de faire une construction.

Enfin, une troisième espèce d'indivisibilité reconnue par les auteurs, n'affecte pas l'obligation elle-même, mais seulement le payement. Ainsi, l'obligation reste divisible, mais elle ne peut s'acquitter partiellement. C'est ce que Dumoulin appelle *individuum solutione*.

154. Notre Code semble d'abord s'être conformé à cette théorie, en reconnaissant deux espèces d'obligations indivisibles (art. 1217, 1218), et en classant ensuite parmi les obligations divisibles certaines dettes qui ne peuvent s'acquitter partiellement. Toutefois, il faut convenir que si l'article 1217 reproduit exactement l'idée de l'indivisibilité *naturâ et contractu*, l'article 1218, qui, dans la pensée du législateur, semble destiné à définir l'indivisibilité *obligatione*, n'en donne pas une idée également exacte, puisqu'on pourrait conclure des termes employés, que l'indivisibilité, dans ce cas, affecterait non pas l'obligation elle-même, mais seulement son *exécution*; ce qui confondrait cette espèce d'indivisibilité avec la simple indivisibilité de payement. Enfin, cette confusion sera d'autant plus difficile à éviter, que dans l'article 1221 5° où le législateur paraîtrait avoir voulu définir l'indivisibilité *solutione*, les caractères qu'il donne pour la reconnaître sont presque identiques avec ceux qu'il a établis dans l'article 1218.

Au reste, cette confusion n'offrira que peu d'embarras dans la pratique, si, comme nous l'établirons, notre législateur a confondu, dans le point le plus important, les effets autrefois très-différents des deux indivisibilités.

154 *bis.* I. L'idée d'obligation est une idée abstraite, l'obligation est un droit, une chose immatérielle, par conséquent une chose dont la nature répugne à l'idée d'une division, d'un fractionnement, c'est-à-dire d'une opération qui se présente à l'esprit avec la physionomie d'un acte matériel, aussi la loi n'a pas plutôt prononcé l'expression obligation divisible ou indivisible, qu'elle évoque l'objet de l'obligation, et qu'elle montre le caractère de l'obligation dépendant du caractère de l'objet. L'objet de l'obligation (*quod debetur*) peut-il être ou non *presté* par parties? Telle est la question. L'obligation est divisible quand son objet est susceptible de division; dans le cas contraire, elle est indivisible.

154 *bis.* II. L'intérêt de la distinction entre les obligations qui sont divisibles et celles qui ne le sont pas apparaîtra en étudiant les paragraphes 1 et 2 de la section; mais par avance il est facile de se rendre compte de l'intérêt principal. Il peut y avoir plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, et il s'agira de savoir si chaque créancier peut ou non demander toute la dette au débiteur, ou si chaque débiteur peut ou non être poursuivi pour toute la dette par le créancier.

154 *bis.* III. Le Code Napoléon définit, dans les articles 1217 et 1218, deux espèces d'indivisibilité : 1° L'indivisibilité tient à la nature même de l'objet: elle est, par conséquent, nécessaire et absolue. L'objet est une chose, un fait ou une abstention dont la nature est incompatible avec l'idée d'une prestation partielle, de telle sorte qu'il est impossible que la prestation se fasse par parties.

Il y a, du reste, deux manières de comprendre la division de l'objet dû. Il y a la division *matérielle* et la division *intellectuelle*, et il est nécessaire que l'objet ne soit pas plus divisible d'une des deux manières que de l'autre, intellectuellement que matériellement.

Ces deux mots demandent une explication : la division est matérielle quand elle s'opère par parties physiquement distinctes les unes des autres; quand on sépare en les comptant les pièces d'argent contenues dans un sac, en les mesurant les grains de blé renfermés dans un grenier, ou que, par une opération géométrique d'arpentage, on coupe en plusieurs morceaux un pré, un champ, un terrain.

154 *bis.* IV. Indépendamment de cette division sensible, apparente, parce qu'elle est physique, il y en a une autre qui ne s'o-

père que d'une manière abstraite, dans l'entendement, *solo intellectu*, sans opérer un fractionnement numérique ou géométrique de la chose, et par conséquent sans produire un résultat apparent, c'est une division juridique, un fractionnement du droit que l'homme peut avoir sur une chose. Un animal, un édifice, ne peut pas être matériellement partagé; le fractionnement de la chose par portions physiquement distinctes serait la destruction de cette chose; mais l'esprit juridique accepte parfaitement la division et la subdivision du droit de propriété qui existe sur un cheval ou sur une maison. On peut être propriétaire pour moitié, pour un tiers, pour un dixième, d'un de ces objets, donc la prestation partielle d'une de ces choses n'est pas impossible, car ce sera exécuter partiellement l'obligation que de donner au créancier d'un cheval la propriété d'un quart ou d'un tiers indivis de cette chose.

154 *bis*. V. Les explications que nous venons de donner sur les deux manières d'opérer la division étendent certainement beaucoup le cercle des divisibilités, et il semble que tous les objets d'obligation soient divisibles par leur nature, car il paraît difficile que si l'objet échappe à la division matérielle, le droit au moins ne puisse pas se diviser intellectuellement.

On peut cependant citer des obligations dont l'objet ne pourrait être divisé ni matériellement ni intellectuellement. Il s'agit, par exemple, d'aller dans une certaine ville porter une nouvelle, ou de s'abstenir d'y aller, ou de tuer un animal sauvage; non-seulement dans ces cas l'objet promis n'est pas susceptible de division matérielle, mais le droit lui-même ne peut se concevoir divisé, car de quelle utilité pourrait être la moitié du droit à l'un de ces faits ou à l'une de ces abstentions? Si on songe non plus aux obligations de faire ou de ne pas faire, mais à celles qui ont pour objet une certaine chose à donner, on peut encore en trouver quelques-unes dont les objets seraient absolument indivisibles dans les termes de l'article 1217. On aura promis de constituer une servitude de vue, de passage, de ne pas bâtir, on aura alors promis une chose aussi indivisible intellectuellement que matériellement. L'indivisibilité matérielle n'a pas besoin d'être démontrée; quant à l'indivisibilité intellectuelle, elle ressort de ce que ces différents droits, par leur essence, ne sont pas suscepti-

bles de plus ou de moins; on passe ou on ne passe pas, on bâtit ou on ne bâtit pas, mais il n'est pas possible de retirer par fractions les avantages d'un droit pareil, de sorte que celui qui l'obtiendrait pour partie retirerait les mêmes avantages que s'il avait le droit entier si on voulait lui assurer un avantage quelconque, ou ne serait pas mieux traité que s'il n'avait aucun droit, dans le cas où on lui refuserait l'exercice entier du droit.

Quand on cherche à dégager la formule qui ressort des exemples sur lesquels nous venons de raisonner, on arrive à cette idée que l'objet est intellectuellement indivisible, toutes les fois que l'utilité à retirer de l'exécution de l'obligation n'est pas susceptible de plus ou de moins, de sorte que celui au profit duquel l'obligation doit être exécutée obtiendra tout ou rien, mais jamais par une exécution partielle, une utilité proportionnelle à l'utilité que lui aurait procurée l'exécution totale, s'il avait été créancier pour le tout.

154 *bis*. VI. 2° La seconde espèce d'indivisibilité ne tient pas à la nature de l'objet dû, par conséquent elle n'est pas nécessaire, elle est accidentelle, elle a son fondement dans l'intention des parties contractantes. La notion en est donnée par l'article 1218, qui commence par constater que l'objet est divisible, mais qui ajoute que les parties l'ont envisagé comme indivisible. Leur intention pourrait être manifestée expressément, mais il n'en est pas ainsi d'ordinaire, et ce qui prouve l'intention, c'est le rapport sous lequel les parties ont considéré l'objet dû : c'est-à-dire l'utilité que le créancier prétendait, au su du débiteur, retirer de la chose due. *Exemple :* Il a été stipulé un terrain d'une certaine dimension, et le créancier a déclaré que son intention était de construire sur ce terrain un théâtre, un manége, une usine : bien que l'objet dû soit naturellement divisible, comme il a été envisagé sous le rapport d'une certaine utilité, qui ne peut être obtenue que par la prestation totale, il a été rendu indivisible par la convention tacite des parties. Il est constant, en effet, que celui qui veut construire une usine, un théâtre ou un manége, a besoin d'une certaine étendue de terrain, et qu'il ne peut pour ainsi dire tirer aucun parti d'un terrain moindre en étendue, ou pour parler plus exactement, en usant d'une formule que nous avons déjà employée, qu'il ne peut pas retirer d'une prestation partielle un

avantage proportionnel à celui que lui eût procuré une prestation totale.

Deuxième exemple. Un propriétaire convient avec un entrepreneur que celui-ci lui construira une maison. On peut certes concevoir la divisibilité du fait promis, car la construction d'un étage n'est pas sans utilité et sans valeur, l'entrepreneur même pourrait avoir fait des conventions avec des sous-entrepreneurs, qui se seraient obligés chacun à faire une partie de la construction; mais à l'égard du propriétaire qui a considéré l'édifice sous le rapport de l'utilité à en retirer comme habitation, le fait promis revêt par la volonté des parties un caractère d'indivisibilité. Il ne peut, en effet, tirer parti, pour l'habiter ou pour la louer, d'une construction inachevée, l'utilité à retirer de la prestation partielle n'est pas proportionnelle à celle que procurerait la prestation totale.

154 *bis.* VII. Nous avons dans les numéros 154 *bis.* III. *et suivants* constaté que le Code reconnaissait deux espèces d'indivisibilité. Quant à la troisième, celle que les anciens auteurs ont appelée indivisibilité *solutione*, et dont il est question aux numéros 153 et 154, le Code n'en parle pas lorsqu'il s'occupe de la classification des indivisibilités. Les différentes hypothèses dans lesquelles on voyait autrefois l'obligation indivisible *solutione*, sont réunies dans une même formule par l'article 1221 5°, et présentées comme des cas dans lesquels l'obligation, sans avoir les caractères d'une obligation divisible, doit cependant être acquittée sans fractionnement. Nous traiterons de ces obligations au n° 157 *bis*, et nous reconnaîtrons alors : 1° que ces obligations ne se confondront pas avec celles dont parle l'article 1218; 2° qu'il y a encore intérêt à reconnaître que ces obligations sont divisibles et non pas indivisibles, bien que sur certains points les différences qui séparaient l'indivisibilité *obligatione* de l'indivisibilité *solutione* aient cessé d'exister.

155. Quoi qu'il en soit, l'indivisibilité de l'obligation tenant toujours uniquement à celle de la chose ou du fait qui en est l'objet, il est clair qu'elle ne peut résulter de la stipulation de solidarité. Cette stipulation n'empêche donc pas la dette d'être divisible entre les héritiers de chacun des créanciers ou débiteurs. V. art. 1219.

155 *bis*. Des différences nombreuses séparent l'indivisibilité de la solidarité. Pour les faire ressortir, il faut anticiper sur ce qui sera dit touchant les effets de l'indivisibilité, mais on peut brièvement signaler les différences suivantes :

1° A la mort de l'un des débiteurs ou de l'un des créanciers la dette solidaire se divise entre les héritiers du décédé, tandis que la dette indivisible ne subit aucune transformation.

2° Les débiteurs solidaires sont tenus *totaliter*, tandis que les débiteurs d'une chose indivisible doivent seulement *totum*. Ce qui signifie, d'après les explications précédemment données, que la mise en demeure de l'un des débiteurs met tous les codébiteurs solidaires en demeure par rapport à la perte de la chose et aux intérêts (art. 1205 et 1207), et qu'elle ne produit pas les mêmes effets entre codébiteurs de chose indivisible.

3° La prescription interrompue contre un des héritiers d'un débiteur solidaire n'est pas interrompue contre les autres héritiers. Entre codébiteurs de chose indivisible la prescription ne peut pas être interrompue contre les uns sans l'être contre les autres (art. 2249).

4° Quand la dette solidaire est convertie en une dette de dommages et intérêts, cette nouvelle obligation reste solidaire. La dette indivisible au contraire peut se diviser quand elle a changé d'objet et qu'elle est devenue une dette de dommages et intérêts, c'est-à-dire d'une somme d'argent (art. 1225).

5° La perte survenue par le fait d'un débiteur solidaire ne libère pas les autres, mais la perte causée par un débiteur de chose indivisible éteint l'obligation des autres débiteurs (1).

§ Ier.

Des effets de l'obligation divisible.

156. Lorsqu'une seule personne s'oblige envers une autre, il est juste que l'obligation, même divisible, soit exécutée entre les contractants eux-mêmes, comme si elle était indivisible (v. art. 1244). Mais à la mort d'une des parties, ses héritiers, qui tous ensemble sont la continuation de sa per-

(1) V. n° 161 *bis*. II.

sonne, ne doivent succéder à ses dettes actives ou passives, que chacun en proportion de la part pour laquelle il la représente : de là le principe de la division entre eux, si l'objet de l'obligation en est susceptible. V. art. 1220.

156 *bis*. I. Nous avons dit au n° 154 *bis*. II, qu'en supposant un créancier unique et un débiteur unique, il était indifférent de rechercher si l'obligation était divisible ou indivisible, nous retrouvons cette idée au commencement de l'article 1220. Si le débiteur voulait malgré le créancier diviser la dette, il ne ferait autre chose que fractionner ses payements, ce qui est interdit par l'article 1244 dans l'intérêt du créancier, qui, peut-être, n'emploierait pas une petite somme aussi utilement et aussi facilement qu'une somme plus importante. Quant à la division de l'obligation considérée activement, de la créance, il ne peut également en être question comme d'une nécessité légale, car ce serait d'une autre manière reproduire la décision que condamne l'article 1244. Il faut toutefois reconnaître que le créancier serait bien maître de demander seulement une partie de la dette, sauf au débiteur le droit d'offrir la totalité, car il a toujours le droit de se libérer en payant.

156 *bis*. II. La pluralité des créanciers ou des débiteurs fait naître l'intérêt de la distinction entre les dettes divisibles ou indivisibles. Il y a plusieurs circonstances dans lesquelles se rencontre cette pluralité de créanciers ou de débiteurs. L'article n'en suppose qu'une seule, la plus ordinaire, le décès du créancier ou du débiteur laissant plusieurs héritiers. Mais il est bon de remarquer que la règle de la division des dettes entre les cocréanciers et les codébiteurs, s'appliquera également quand la créance aura appartenu dès le principe à plusieurs créanciers, ou quand la dette aura été contractée dès le principe par plusieurs débiteurs, elle se sera alors dès l'origine fractionnée entre les différents cocréanciers ou codébiteurs.

Il peut arriver en outre que le créancier ait cédé une portion de sa créance, alors il y a pluralité de créanciers et division du droit; mais à l'inverse la division de l'obligation passive, de la dette, ne pourrait pas résulter d'une convention entre le débiteur et un tiers qui consentirait à se charger d'une partie de l'obli-

gation. Le créancier ne peut pas, sans son consentement et par un fait volontaire de son cocontractant, perdre le débiteur qu'il a accepté dans l'origine, et si la substitution totale d'un débiteur au débiteur primitif est impossible, il n'y a pas de raison pour que la substitution partielle soit permise.

156 *bis*. III. C'est donc le décès du créancier ou du débiteur qui occasionne le plus ordinairement la division du droit ou de l'obligation. La division résulte alors des principes qui régissent la transmission des biens à titre de succession. En effet, le créancier meurt, il laisse plusieurs héritiers, le droit qui reposait sur sa tête passe à ses héritiers; mais ceux-ci sont des personnes distinctes les unes des autres, chacun d'eux ne continue ou ne représente le défunt que pour une part, sa part héréditaire; pour le surplus, il est un tiers, un étranger, il n'est plus héritier et n'a plus aucun titre à la créance. Il faut donc que le droit lui appartienne pour cette part, et rien que pour cette part. *Exemples*: Le défunt laisse deux héritiers par parts égales, la créance se divise entre eux par moitié. Il laisse un héritier pour trois quarts et l'autre pour un quart, la créance appartient pour trois quarts au premier et pour un quart au second.

Le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers, la dette doit peser sur ceux-ci, mais non pas sur tous indistinctement, car chacun d'eux n'est tenu que comme héritier et chacun n'est héritier que pour une fraction : pour ce qui excède sa part héréditaire chaque héritier est un étranger, et il n'existe aucune raison pour que l'obligation pèse sur lui. Il ne peut être obligé que pour sa part héréditaire, moitié s'il est héritier pour moitié, un quart ou un dixième, s'il est héritier pour un quart ou un dixième, quel que soit du reste le nombre de ses cohéritiers.

A ces raisons théoriques justifiant la division des dettes et des créances entre les cohéritiers, il est bon de joindre une considération pratique. Si chaque héritier du créancier pouvait exiger la totalité de la dette, il serait comme le mandataire des autres qui, peut-être, n'auraient pas confiance en lui, et qui cependant, malgré eux, courraient la chance de son insolvabilité; de même si chaque héritier du débiteur pouvait être contraint de payer le tout, il se trouverait obligé à faire des avances pour les autres et courrait ainsi malgré lui la chance de leur insolvabilité, ce

qui, multipliant les dangers des acceptations de succession, les rendrait plus rares.

156 *bis*. IV. Nous n'avons encore parlé que des héritiers. Le défunt, débiteur ou créancier, peut cependant laisser d'autres successeurs universels : successeurs irréguliers, légataires ou donataires universels ou à titre universel. Si ces successeurs ne sont pas en concours avec des héritiers proprement dits, il faut sans difficulté appliquer l'article 1220 et diviser l'obligation entre eux, ils sont *loco hæredum*, ils succèdent à une part de l'actif, donc ils ne doivent avoir qu'une part des créances, et ne peuvent supporter qu'une part des dettes, car s'ils sont tenus parce que le patrimoine n'existe que dettes déduites, chaque fraction du patrimoine ne doit être considérée que sous la déduction d'une part proportionnelle des dettes.

Les successeurs universels dont nous venons de parler peuvent être en concurrence avec de véritables héritiers, dans ce cas la division des créances a toujours lieu proportionnellement à la part de chaque successeur, héritier ou autre. Le successeur irrégulier, le légataire ou le donataire, propriétaire d'une partie de la succession, n'est pas obligé de subir l'héritier comme son mandataire, de le laisser exercer les actions héréditaires, sauf son recours contre lui.

Mais quand il s'agit de la division des dettes il faut tenir compte des doctrines que nous avons exposées au tome IV sur le successeur irrégulier et le légataire universel. L'obligation se divise comme elle se diviserait entre cohéritiers proprement dits, en ce sens que le successeur irrégulier ou le légataire ne peut pas refuser de payer sa part au créancier qui a contre lui une action directe. Mais le créancier pourrait refuser d'agir contre ces successeurs et diriger son action intégrale contre l'héritier ou les héritiers, sauf le recours de ceux-ci contre les successeurs universels pour les contraindre à contribuer pour leur part au payement des dettes (1).

156 *bis*. V. La division de la créance ou de la dette est la conséquence de la pluralité des créanciers ou des débiteurs. Mais de même qu'à un créancier ou à un débiteur unique peuvent être substitués plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, ainsi que

(1) V. t. 4. n° 152 *bis*. I-XI.

nous l'avons vu au n° 156 *bis*. II, de même à plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs peut être substitué un créancier unique ou un débiteur unique, par exemple, si les différents débiteurs ou créanciers sont morts laissant le même héritier, ou si, par des cessions, tous les droits des différents créanciers se trouvent réunis sur la tête d'un même cessionnaire. Il y a lieu alors de se fixer sur la persistance des effets de la division précédemment opérée; faut-il toujours en tenir compte? Faut-il au contraire la considérer comme non avenue?

Sur ce point il faut d'abord faire une distinction. Quand il s'agit d'obligations divisées dès le principe entre créanciers ou débiteurs conjoints, la réunion des différents droits ou des différentes dettes sur la même tête est indifférente, car, à bien dire, il n'a jamais existé une seule dette ou une seule créance, mais plusieurs dettes ou créances, en quelque sorte juxtaposées, et la réunion de deux créances ou de deux dettes distinctes ne peut en rien modifier la situation des parties. *Exemples :* Pierre et Paul étaient créanciers conjoints de 10,000 francs. Le débiteur Jean pouvait payer 5,000 à chaque créancier. Que leurs droits se réunissent sur une même tête; et ce droit que le débiteur puisait dans la constitution même de son obligation ne peut lui être enlevé; ou bien Pierre était créancier de Paul et Jean, débiteurs conjoints d'une somme de 10,000 francs, chaque débiteur pouvait payer 5,000 en vertu de la nature même de l'obligation, dès lors ce payement divisé est toujours possible même après que Paul a hérité de Jean, parce qu'il s'agit du payement de deux dettes différentes et non pas du payement partiel d'une seule et même dette.

Si au lieu de supposer des obligations conjointes, nous songeons à des créances ou à des dettes qui, dans le principe, étaient une, mais qui ont été postérieurement divisées, soit parce que les parties ont laissé plusieurs héritiers, soit parce que le créancier a démembré ses droits par des cessions, nous devons donner une autre solution. Ici la nature du droit ou de la dette, c'est l'unité, la division est un accident, elle découle de la pluralité des créanciers ou des débiteurs; mais quand cette pluralité a cessé, la dette ou la créance reprend sa nature propre et doit redevenir une. Les raisons théoriques et pratiques qui expli-

quaient la division n'existent plus, et il faut rentrer dans le droit commun, dans la situation que les parties avaient originairement faites, dans l'unité.

157. Le principe de la division, qui reçoit exception en cas d'indivisibilité, est en outre soumis à plusieurs limitations ou modifications à l'égard des héritiers du débiteur d'une dette divisible.

Ainsi, 1° nous avons déjà vu que les héritiers sont tenus hypothécairement pour le tout. V. art. 1221 1° et al. dernier, 873; voy. aussi art. 2083.

2° La dette d'un corps certain ne pouvant être acquittée *in specie* que par celui qui le possède, il est naturel que l'héritier dans le lot duquel il est tombé puisse être poursuivi seul, sauf son recours. V. 1221 1°, al. dernier.

3° La loi indique, comme faisant exception au principe de la division, le cas d'une dette alternative de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible. Il est clair que la mort du débiteur ne peut enlever au créancier le droit de déterminer par son choix l'obligation à la chose indivisible, et de s'appliquer ainsi les effets ordinaires de l'indivisibilité. Du reste, on ne voit pas précisément ce que veut dire la loi en faisant consister ici, comme dans les deux cas précédents, l'exception au principe de la division, dans le droit de poursuivre pour le tout sur la chose due ou sur le fonds hypothéqué l'héritier qui possède. V. art. 1221 3° et al. dernier. Remarquez, au surplus, que dans aucun cas la division d'une obligation alternative ne détruit la règle de l'article 1191.

4° Le tort que la division des dettes causerait souvent au créancier, a fait admettre qu'un des héritiers pourrait être chargé seul par le titre de l'exécution de l'obligation; cet héritier peut donc être poursuivi pour le tout, sauf son recours. V. art. 1221 4° et al. dernier.

5° Enfin, une exception, qui dans sa généralité ne connaît pas de bornes, embrasse tous les cas où l'intention des parties a été que l'obligation, quoique naturellement divisible, ne pût

s'acquitter partiellement. Cette intention, qui peut résulter soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, semble confondre absolument, en ce qui concerne les héritiers du débiteur, l'obligation divisible dont il s'agit avec l'obligation indivisible. En effet, notre législateur ne se borne pas à refuser à chaque héritier la faculté de se libérer en payant sa part (seul effet attribué par les anciens auteurs à l'indivisibilité *solutione*); il veut que chacun puisse être poursuivi pour le tout; sauf son recours. V. art. 1221 5° et al. dernier.

157 *bis*. I. Il faut reprendre les différentes exceptions qui viennent d'être énumérées, pour donner quelques développements indispensables.

1° (Art. 1221). Il est nécessaire de bien comprendre la portée de l'exception contenue dans cette partie de l'article 1221. Elle est limitée par la fin de l'article. Une dette divisible est garantie par une hypothèque; la dette ne devient pas pour cela indivisible, l'hypothèque seule a ce caractère (v. art. 873 et 2114), par conséquent les différents débiteurs pourront payer la dette par parties. Seul, celui qui détient l'immeuble hypothéqué, pourra être poursuivi hypothécairement pour le tout, encore pourrait-il se soustraire à la nécessité de payer la dette intégrale en délaissant l'immeuble, car sur ses autres biens il n'est pas tenu pour le tout. Il n'y a donc là rien qui change la nature de la dette, car le codébiteur détenteur de l'immeuble hypothéqué n'est pas dans une plus mauvaise situation qu'un détenteur quelconque, absolument étranger à la dette, qui n'en serait pas moins tenu *propter rem* à délaisser ou à payer.

157 *bis*. II. 2° (Art. 1221). Le défunt avait promis un corps certain, par exemple, un cheval déterminé dans son individualité, *Gontran*. Ou il en était propriétaire au moment de la promesse, ou il avait promis la chose d'autrui. Ces deux hypothèses veulent être examinées distinctement.

La première est certainement celle que les rédacteurs du Code ont eue en vue, c'était celle de Pothier (n° 301), et elle se présentera en fait bien plus souvent. Le texte suppose alors que le cheval promis est possédé par un seul des héritiers, c'est-à-dire

si le partage de la succession a été fait, qu'il a été compris dans le lot de cet héritier. Celui-ci peut alors être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers. Il résulte en effet du partage que le cohéritier qui a reçu l'objet dans son lot a consenti à être mis seul en situation d'exécuter l'obligation, tandis que ses cohéritiers ne peuvent pas l'exécuter; il y aurait alors mauvaise foi de sa part à prétendre n'exécuter que pour partie et à mettre le créancier dans la nécessité de se contenter de dommages et intérêts pour le surplus.

La décision de Pothier reproduite par le Code et que nous venons de justifier, est relative à l'action personnelle née du contrat et par laquelle le créancier du corps certain demande l'exécution de l'obligation de délivrer. Il est bon de noter qu'aujourd'hui, dans les principes du Code civil sur la translation de propriété, cette solution sur l'action personnelle a moins d'intérêt qu'au temps de Pothier, parce que le créancier étant devenu propriétaire, au moment de la convention, du corps certain promis, il n'y a aucun doute qu'il ne puisse agir pour le tout par l'action réelle contre l'héritier détenteur de l'objet dû.

Il faut, de plus, faire observer que dans tous les cas l'existence d'une action *in solidum* contre le possesseur, ne détruit pas l'action personnelle divisée, qui pourrait être intentée contre chacun des héritiers du débiteur; la mort de leur auteur les avait constitués débiteurs chacun pour partie, et le partage, fait étranger au créancier, ne peut pas les avoir déchargés de leur obligation.

Si le partage n'a point encore été fait, ou pour mieux dire si l'objet dû n'a pas été compris dans les lots, on ne se trouve plus dans les termes de l'article, et chaque héritier ne peut être poursuivi que pour sa part, car il n'est plus actionné que comme héritier, et il n'est héritier que pour sa part héréditaire.

157 *bis*. III. Nous avons dit que la chose promise pouvait n'avoir point appartenu au débiteur défunt. Ce n'est pas l'hypothèse de l'article. Il n'en faut pas moins examiner si sa disposition peut la régir. Il est tout d'abord évident que si l'objet promis n'appartient à aucun des héritiers, l'espèce est tout à fait en dehors du texte et de l'esprit de l'article 1221. Car, parmi les héritiers, il n'en est aucun qu'il puisse être question de poursuivre pour le

tout. Il en est autrement si la chose promise par le défunt est, à l'époque de sa mort, propriété de l'un des héritiers, la lettre de l'article pouvant conduire à déclarer cet héritier tenu pour le tout. Mais la décision ne se justifierait pas en principe. En effet, l'héritier propriétaire de la chose promise n'est obligé qu'en vertu du contrat fait par son auteur, c'est-à-dire en tant qu'il représente celui-ci, et on ne peut pas, comme dans l'hypothèse de l'article, établir que par un fait postérieur, le partage, il a accepté la nécessité de satisfaire le créancier au delà de sa part primitive dans la dette. Il est presque inutile d'ajouter que dans le cas qui nous occupe, le créancier n'est pas devenu propriétaire de l'objet dû, puisque cet objet était promis *a non domino*. Il faut donc, malgré la généralité des termes de l'article 1221 2°, reconnaître que son application doit être restreinte au cas où le débiteur primitif avait promis sa propre chose, ce qui est le cas le plus ordinaire et le seul prévu par Pothier, que les rédacteurs du Code avaient pris pour guide dans leur traité de l'indivisibilité.

157 *bis*. IV. 3° (Art. 1221). Voici quelle est textuellement l'hypothèse de l'article : Le débiteur défunt avait promis 1,000 francs ou une chose indivisible, une servitude de passage sur sa propriété : 10,000 francs ou mille mètres de terrain à prendre sur un grand terrain appartenant au débiteur, en vue de la construction d'une usine ou d'un théâtre. Le choix a été réservé au créancier. Le débiteur est mort sans avoir exécuté l'obligation, le créancier conserve le droit de choisir, il peut notamment demander la chose indivisible. L'article a pour but d'insister sur ce point en prévenant l'objection des héritiers du débiteur qui allégueraient, mais à tort, qu'en optant pour la chose indivisible, le créancier fait obstacle à l'application de la règle sur la division des obligations. Cette règle ne régit que les obligations divisibles, or, la nature de l'obligation alternative dépend du choix qui est fait par celui qui a le droit d'option ; ce droit appartenant ici au créancier, il ne peut en être dépouillé par la mort du débiteur. S'il choisit la chose indivisible, il peut donc agir pour le tout ; naturellement son action sera plutôt dirigée contre l'héritier qui possède l'objet dû, dans nos hypothèses, l'immeuble à grever de servitude, ou le terrain sur lequel les mille mètres promis doivent être prélevés. Voilà pourquoi dans le dernier paragraphe de l'article 1221 cette

hypothèse est rapprochée des deux précédentes par ces mots : l'héritier qui possède la chose due peut être poursuivi. Mais ce qui établit une différence notable entre cette hypothèse et les deux premières, c'est que les héritiers qui ne possèdent pas l'objet des poursuites peuvent être ici poursuivis *in solidum*. Il ne s'agit pas ici, en réalité, d'une exception à la règle des obligations divisibles, il s'agit d'une véritable obligation indivisible, puisque l'option du créancier a fixé la nature de la dette, et dès lors chaque héritier, possesseur ou non de la chose due, est débiteur de la totalité.

Quand on se rend bien compte du sens et du but de l'article 1221 3°, on peut dire qu'il contient une disposition inutile, parce qu'elle découlait suffisamment des principes sur les dettes alternatives, mais on ne doit le trouver ni obscur ni déraisonnable. On explique surtout très-bien pourquoi il n'y est question que des obligations alternatives au choix du créancier ; le doute que prévient l'article 1221 3° n'eût pas été possible quand le choix appartient au débiteur. Il s'agissait, en effet, de savoir si la mort du débiteur privait le créancier du droit d'agir à sa volonté pour demander *in solidum* la chose indivisible. Or, quand le choix appartient au débiteur, le créancier n'a jamais eu le droit de demander à son gré la chose indivisible, et il ne peut être question de lui conserver ou de lui enlever ce droit. Il dépend des héritiers du débiteur de se soustraire aux conséquences de l'indivisibilité en optant pour la chose divisible.

157 *bis*. V. Dans la matière des obligations alternatives, il y a une autre indivisibilité qu'il faut rappeler, et dont Pothier traitait au n° 312, l'indivisibilité du choix. Alors même que les choses promises sont toutes deux divisibles, une prairie ou 10,000 francs, le créancier ne peut être contraint à recevoir, ni le débiteur à donner, partie de l'une et partie de l'autre (art. 1191 et n° 118 *bis*. II et III).

157 *bis*. VI. 4° (Art. 1221.) L'exécution d'une obligation divisible peut avoir été imposée par le titre constitutif de la créance à un seul des héritiers du débiteur. L'intention des parties a été, en pareil cas, d'éviter au créancier les ennuis et les risques d'une action divisée ; c'est pour son plus grand avantage que la situation ordinaire des héritiers se trouve changée.

C'est l'acte constitutif de la créance qui, d'après l'article, doit avoir créé ce droit exceptionnel en faveur du créancier, cet acte peut être certainement un testament. Le testateur pourrait incontestablement grever d'un legs un seul de ses héritiers, ou, sans le grever d'une manière définitive, le contraindre à faire l'avance; mais le titre dont parle l'article 1221 n'est pas seulement un testament, ce peut être une convention créatrice d'obligation. C'est là le sens le plus ordinaire du mot titre, surtout dans le traité des contrats, et nous voyons dans Pothier (n° 313) qu'il s'agissait d'une convention entre contractants, et non pas seulement d'une charge imposée par un testateur. Il est vrai que Pothier lui-même soulevait sur ce point une objection qu'il puisait dans une loi romaine (1). L'héritier ne peut être lié, disait-il, par les promesses de son auteur que dans la proportion de la part héréditaire, pour tout ce qui excède cette part, il n'est plus l'ayant-cause du promettant. A cela il est facile de répondre qu'il ne s'agit pas d'imposer à l'héritier l'obligation de payer définitivement toute la dette, qu'il ne doit faire qu'une avance, sauf son recours contre les autres héritiers, et que par suite, la loi a pu être moins sévère sur les conditions auxquelles elle subordonne d'ordinaire l'effet des actes d'un auteur par rapport à son ayant-cause. Elle a d'ailleurs attaché, dans le paragraphe 5 de l'article, à la volonté tacitement manifestée, l'effet de grever les héritiers au delà de leur part héréditaire, et dès lors il serait difficile de refuser la même puissance à la volonté expresse.

S'il s'agissait d'imposer à l'héritier, non pas une simple avance, mais la charge définitive de la dette, on sortirait des termes de notre article, et il faudrait revenir aux principes. La convention ne pourrait lier les héritiers que chacun pour leur part héréditaire. Un testament seul pourrait créer au préjudice d'un héritier une charge spéciale (2).

157 *bis*. VII. Puisque, d'après notre doctrine, la loi autorise la convention obligeant un des héritiers à faire l'avance de la totalité de la chose due, nous devons, à bien plus forte raison, admettre la validité d'une autre convention qui imposerait le fardeau de cette avance à celui des héritiers que le créancier voudrait

(1) D. fr., 56, § 1, *De verb. oblig.*

(2) V. sur l'article 1122, n° 34 *bis*. IV.

choisir. Cette convention, qui maintient les héritiers sur un pied d'égalité, est moins rigoureuse pour chacun d'eux que celle qui le chargerait seul de faire l'avance; par conséquent il n'y a aucune raison pour ne pas la considérer comme valable.

Ces héritiers qui sont ainsi exposés tous à des poursuites *in solidum*, peuvent être comparés à des débiteurs solidaires, et cependant il n'existe pas entre eux de véritable solidarité; on ne saurait leur appliquer les règles du chapitre de la solidarité qui ont leur fondement dans l'idée d'un mandat que les différents débiteurs se seraient donné les uns aux autres; ces héritiers ne se représentent pas les uns les autres, ce n'est pas par un acte de leur volonté que l'obligation leur est devenue commune, et comme la loi ne les a pas qualifiés débiteurs solidaires, il faut se garder d'appliquer les règles spéciales à la solidarité.

Ces héritiers ne sont pas non plus des débiteurs de chose indivisible, l'article 1221 est très-positif sur ce point. D'après son texte, le principe de la division reçoit une exception dont la portée est déterminée et limitée par le dernier paragraphe de l'article, elle consiste en ce que l'héritier seul chargé de la dette peut être poursuivi pour le tout; mais il ne faut pas aller plus loin et chercher à appliquer les règles qui régissent l'indivisibilité proprement dite. Il faut surtout repousser dans cette espèce l'article 1225; l'héritier assigné peut mettre en cause ses cohéritiers, pour assurer son action en recours, mais il ne pourrait pas faire diviser la condamnation, car cette faculté, si on la lui réservait, serait la destruction de la convention. Le créancier avait supposé qu'il ne serait pas tenu d'agir contre plusieurs héritiers, et la division de la condamnation le contraindrait justement à une division des poursuites; l'article 1225 a sa raison d'être quand l'indivisibilité tient à la nature de l'objet; dès qu'il ne s'agit plus de la prestation de cet objet, mais du payement des dommages et intérêts, l'objet à prester ayant changé de nature, la condamnation peut être divisée. Mais si au contraire l'objet a toujours été divisible, si l'impossibilité de payer par parties découle d'une convention expresse, prononcer des condamnations distinctes, c'est porter atteinte à la convention des parties.

157 *bis*. VIII. 5° (Art. 1221). C'est la volonté des parties qui rend impossible le payement partiel dans les cas prévus par le

cinquième paragraphe de l'article, seulement la volonté, au lieu d'être expressément manifestée comme dans le cas prévu par le paragraphe 4, apparaît par présomptions tirées des circonstances. Il suffit au reste que l'intention de mettre obstacle au payement partiel soit démontrée pour que la dette, même divisible, devienne, au moins quant au payement, semblable à une dette indivisible. La loi a indiqué d'une manière générale les circonstances qui doivent servir de base à des présomptions touchant la volonté d'empêcher l'exécution partielle de l'obligation. Elle a emprunté son énumération à Pothier dont elle a reproduit exactement le texte (1).

Ces circonstances sont au nombre de trois : la nature de l'engagement, la chose qui est l'objet de l'engagement, la fin qu'on s'est proposée. Il est facile de comprendre quels sont les faits que supposent les deux dernières circonstances comprises dans l'énumération, les exemples mêmes donnés par Pothier nous éclaireront suffisamment sur ce point. On s'attachera, par exemple, à l'objet de l'engagement pour présumer la volonté du créancier quand il s'agira de la promesse d'une chose *in genere*. L'intention du créancier ne pouvait pas être de recevoir après la mort de son débiteur des droits indivis dans deux ou trois choses différentes au lieu d'une seule chose sur laquelle il a compté.

Secondement, la volonté des parties sera présumée à raison de la fin qu'on s'est proposée, quand celui qui s'est fait promettre une somme d'argent a indiqué l'usage qu'il voulait en faire et que cet usage n'est possible qu'en employant la somme entière. *Exemple :* Payer une dette pour laquelle celui qui stipule la somme est incarcéré; exercer un réméré (art. 1674). Que le promettant meure et que l'un de ses héritiers offre une partie de la somme promise, le créancier ne retirerait pas de cette exécution partielle une utilité proportionnelle à celle qu'il prétendait retirer de l'exécution totale.

Il n'est pas aussi facile de comprendre quelle est la troisième circonstance indiquée par le paragraphe 5 de l'article 1221. Pothier ne donne aucun développement sur ce point, et les termes que le Code lui a empruntés sont assez obscurs pour qu'il soit embarrassant de déterminer les conventions auxquelles le législateur fait allusion. Il faut en effet éviter de citer des obligations

(1) Pothier, nº 315.

dont le payement partiel est impossible à cause de leur objet, car il y aurait alors double emploi entre deux des termes de la phrase que nous expliquons; c'est ainsi que la dette de genre, d'un chien, d'un cheval, ne peut pas être citée comme une de celles qui ne peuvent être acquittées par parties à cause de leur nature, mais doit être comprise dans celles qui ne peuvent être acquittées partiellement à cause de leur objet. On peut donner comme exemple de ces obligations que la nature de l'engagement rend indivisibles quant au payement, les obligations alternatives dans lesquelles, comme nous l'avons dit, le choix est indivisible, de sorte que le créancier peut refuser de recevoir une partie d'une des choses dues tant que tous les débiteurs ne se sont pas entendus pour faire porter leur choix sur la même chose.

157 *bis*. IX. De ce que nous avons dit sur les obligations dont parle l'article 1221 5°, il semble résulter qu'elles se confondent avec celles dont parle l'article 1218. Dans les deux articles, en effet, il s'agit d'obligations divisibles par leur nature, mais qui revêtent un caractère d'indivisibilité par la volonté des parties. Quand on parle dans l'article 1218 d'une chose divisible qui n'est pas susceptible d'exécution partielle à cause du rapport sous lequel elle est considérée, quand dans l'article 1221 5° on dit que la dette ne peut s'acquitter partiellement à cause de la chose qui fait l'objet de l'engagement ou de la fin qu'on s'est proposée, il est difficile de ne pas voir une grande affinité entre ces expressions et de ne pas croire que le législateur a répété inutilement dans l'article 1221 ce qu'il avait dit dans l'article 1218, en présentant comme une exception à la règle de la divisibilité ce qu'il a montré d'abord comme la règle même de l'indivisibilité. Il n'en est rien toutefois, l'article 1221 5° ne fait pas double emploi avec l'article 1218. Le Code a fait une distinction très-fine entre deux espèces d'obligations différentes, et ses expressions indiquent clairement les nuances qui les distinguent. Entre ces deux espèces d'obligations il y a bien, à la vérité, un point de contact, un caractère commun, et c'est ce qui explique la confusion qu'on est tenté de faire entre elles. Toutes deux doivent ce qu'elles possèdent du caractère d'indivisibilité à la volonté des parties, mais la volonté peut produire des effets plus ou moins complets, et c'est en tenant compte de cette sorte de gradation dans les

volontés faisant obstacle à des payements partiels que le Code Napoléon a distingué les obligations dont il traite à l'article 1218 de celles qu'il énumère dans l'article 1221 5°. Dans le premier de ces deux articles il parle d'obligations véritablement indivisibles, c'est-à-dire soumises aux deux principales règles régissant les obligations indivisibles : 1° indivisibilité entre les débiteurs; 2° indivisibilité entre les créanciers; dans l'article 1221, au contraire, l'obligation est qualifiée divisible, seulement elle est soustraite à la règle sur la divisibilité entre les débiteurs, mais elle reste soumise à la divisibilité entre créanciers. Le texte de l'article 1221, premier alinéa, ne laisse aucun doute sur ce point. L'article a pour but de déroger à l'une des règles, il l'indique restrictivement; donc il ne déroge pas à l'autre : l'obligation reste divisible du côté actif. Ceci bien reconnu, il n'y a pas à confondre l'article 1218 avec l'article 1221. Dans les deux cas, c'est la volonté qui rend l'obligation jusqu'à un certain point indivisible, mais dans le premier cas les parties ont eu l'intention de la rendre indivisible du côté actif comme du côté passif, tandis que dans le second cas les parties n'ont voulu produire l'indivisibilité que du côté passif. Du moment que le Code reconnaît à la volonté des parties la puissance de produire l'indivisibilité, il n'est pas extraordinaire que cette volonté puisse engendrer une indivisibilité plus ou moins complète, suivant les circonstances et les intérêts des parties contractantes. Tout reste donc une question d'interprétation de volonté. S'il paraît que les parties ont voulu rendre la chose indivisible pour les créanciers comme pour les débiteurs, l'obligation sera régie par l'article 1218; si au contraire la convention paraît avoir eu pour but unique de rendre l'objet indivisible par rapport aux débiteurs, mais non par rapport aux créanciers, l'obligation ressortira de l'article 1221 5°.

157 *bis*. X. Ces idées paraîtront plus claires si nous en faisons l'application aux exemples que nous avons donnés sur les articles 1218 et 1221 5°. Sur l'article 1218 quand il s'agissait d'une indivisibilité véritable, d'une obligation qui ne doit pas plus se diviser du côté actif que du côté passif, à la mort du créancier qu'à la mort du débiteur, nous avons cité l'obligation de bâtir un édifice ou celle de livrer le terrain nécessaire à une certaine construction. Or, dans ces deux cas, bien que les parties n'aient

pas expressément manifesté leur volonté, le rapport sous lequel la chose ou le fait promis est considéré, fait présumer qu'on a envisagé une prestation partielle comme aussi impossible après la mort du créancier qu'après la mort du débiteur. Non-seulement la prétention des héritiers du débiteur de se libérer par parties envers le créancier unique serait inacceptable, mais il en serait de même de la prétention du débiteur de faire une prestation partielle à l'un des héritiers du créancier. Celui-ci recevant une partie d'édifice ou un terrain insuffisant n'en retirerait pas un profit proportionnel à celui que procurerait la prestation totale. Au contraire, dans les hypothèses auxquelles correspond l'article 1221 5°, les raisons qui rendent impossible la prestation partielle de la part des débiteurs n'ont aucune force pour la prohiber quand c'est du côté du créancier qu'a eu lieu la division. En effet, dans une dette de genre ou dans une dette alternative, peu importe à l'un des héritiers de recevoir partie d'une chose, tandis que son cohéritier reçoit partie d'une autre : dans le cas de promesse d'une somme d'argent destinée à un usage spécial, le créancier peut avoir eu en vue cette destination spéciale parce qu'il faisait son propre budget et que ses projets avaient un caractère personnel qui dépendait de sa situation et de ses ressources propres, mais il n'y a pas de raison pour croire qu'il ait voulu assigner la même destination à la somme promise si elle devait être payée à ses héritiers dont il ne peut apprécier d'avance les projets et les ressources.

157 *bis*. XI. Les obligations dont parle l'article 1221 étaient appelées autrefois obligations *indivisibles solutione tantum*, et la doctrine ancienne restreignait si bien au payement l'indivisibilité dont elles étaient affectées, qu'elle ne permettait pas au créancier de demander la totalité de l'objet dû, alors même qu'elle lui reconnaissait le droit de refuser un payement partiel (1). Il n'en est plus ainsi aujourd'hui, l'article 1221 donne au créancier le droit de poursuivre pour le tout celui ou ceux des débiteurs de qui il peut refuser tout payement qui ne serait pas intégral; par là les obligations dont nous parlons se rapprochent plus que les anciennes obligations indivisibles *solutione* des véritables obligations indivisibles. Nous aurons toutefois à constater que tous les

(1) Pothier, n° 316.

effets de l'indivisibilité ne s'appliquent pas aux obligations énumérées par l'article 1221. Mais ceci ne pourra être examiné qu'au § II de la section lorsque nous aurons étudié les effets de l'obligation indivisible (1).

Cette étude au reste ne sera utile que pour celles des obligations énumérées dans l'article 1221 qui sont véritablement placées par cet article dans cette catégorie exceptionnelle d'obligations qui, tout en gardant le caractère de divisibilité, empruntent aux obligations indivisibles cette règle qu'elles ne peuvent être acquittées partiellement. Mais les obligations dont il est parlé au 1° et au 3e n'ont rien qui les rapproche des anciennes obligations indivisibles *solutione*. Dans le cas du premier paragraphe, l'observation de l'article n'est qu'une constatation de l'indivisibilité de l'hypothèque. Mais cette indivisibilité n'empêche pas la division de la dette, et par conséquent la décision de la loi est étrangère à la matière des obligations. Quant au troisième cas, nous avons reconnu qu'il était destiné à prévenir des doutes sur la liberté d'option du créancier, mais il est constant que la nature de l'obligation dépendra de ce choix et que, suivant l'option faite par le créancier, l'obligation devra être traitée comme divisible ou indivisible dans toute la rigueur du terme, sans qu'il soit là question de placer l'obligation sur ce terrain neutre entre la divisibilité et l'indivisibilité qui constitue ce qu'on appelait autrefois l'indivisibilité *solutione*.

§ II.

Des effets de l'obligation indivisible.

158. Le premier effet de l'indivisibilité, c'est que chacun de ceux à qui la dette est commune est tenu pour le total (ajoutons, envers chacun de ceux auxquels la créance est commune), et sans qu'il soit besoin de stipuler la solidarité. Cette règle comprend le cas où l'obligation est contractée dans le principe par plusieurs débiteurs ou envers plusieurs créanciers, et celui où la mort des contractants fait passer la dette ou la créance à leurs héritiers. V. art. 1222, 1223, 1224, al. 1.

(1) N° 161 *bis*. III.

158 *bis*. L'indivisibilité de l'obligation produit plusieurs effets : les deux premiers sont indiqués dans les articles 1222, 1223 et 1224 et réunis dans le n° 158.

1° Chaque débiteur peut être poursuivi pour le tout ;

2° Chaque créancier peut demander le tout.

La première de ces deux règles découle de ce que le créancier peut exiger la libération de chaque débiteur et que cette libération n'est possible que par le payement total. D'un autre côté, reconnaître que chaque créancier peut exiger la libération du débiteur, c'est lui donner le droit de demander le tout, puisque cette libération n'est possible que moyennant un payement intégral. Il faut seulement réserver les droits des codébiteurs ou cocréanciers entre eux : la dette ou la créance est commune ; donc celui des créanciers qui aura touché le tout devra faire participer les autres au bénéfice de l'obligation, et celui des débiteurs qui aura payé le tout aura un recours.

159. Au reste, chacun n'étant créancier ou débiteur pour le total qu'à raison de l'impossibilité de la division, ne l'est pas *totaliter*. L'un des créanciers ne peut donc faire remise de la dette, ou recevoir le prix au lieu de la chose. Toutefois, comme le profit de l'obligation est divisible entre tous, chacun peut faire remise de sa part dans ce profit, ou en recevoir l'estimation : auquel cas le débiteur n'est pas moins tenu de payer la chose entière aux autres, qui, seulement, doivent lui tenir compte de la valeur qu'il a payée ou qui lui a été remise. V. art. 1224, al. dernier.

159 *bis*. I. Le pouvoir qui appartient au créancier de demander le tout n'emporte pas celui de disposer en maître de la créance, car le bénéfice de la créance doit être réparti entre tous les créanciers, et il n'appartient pas à l'un d'entre eux de dépouiller les autres. Les droits du créancier sont donc, sous ce rapport, soumis à des restrictions qu'il faut étudier. L'article 1224 lui refuse le droit de faire une remise de la totalité, et cela allait de soi, les créanciers solidaires qui sont considérés comme mandataires les uns des autres n'ont pas ce pouvoir (art. 1198), les créanciers de chose indivisible qui ne se représentent pas les uns les autres ne sauraient avoir des droits plus étendus.

L'un des créanciers ne pourrait pas non plus consentir à une transformation de l'obligation et recevoir autre chose que la chose due. Le Code le dit à propos de la convention qui substituerait un prix en argent, par conséquent divisible, à la chose indivisible qui était due, et il y a dans cette hypothèse une raison spéciale: c'est que du moment que la prestation à faire devient divisible, il n'y a plus de motif pour qu'un seul des créanciers puisse se l'approprier. Mais la décision de la loi doit être entendue d'une manière plus générale : c'est toute transformation de la créance qui est interdite, toute novation, toute dation en payement, que la chose promise ou donnée à la place de l'ancien objet de la dette soit divisible ou indivisible; la décision de l'article n'est pas fondée sur cette considération qu'un prix en argent est divisible, elle s'appuie sur cette idée que le créancier n'a pas reçu des autres mandat de disposer de la créance, et par conséquent de la convertir en une autre créance. Quand il aura reçu une dation en payement, il y aura, au regard des autres créanciers, une opération dont ils peuvent ne pas tenir compte, et par conséquent, pour eux, la première obligation subsistera, car elle ne doit pas s'éteindre par un acte quelconque émané de leur cocréancier, mais par la prestation faite à celui-ci de la chose même qui leur est due.

Il y a lieu de faire les mêmes raisonnements à propos de la chose jugée, lorsqu'un créancier ayant agi aura succombé, l'autre créancier pourra recommencer le procès, parce que son cocréancier n'avait pas pouvoir de le représenter.

159 *bis.* II. La remise de la dette ou la novation consentie par un des cocréanciers, la dation en payement reçue par lui, le jugement qui aura repoussé sa demande, ne seront cependant pas complétement dénués d'effet. Il faut, tout en respectant le droit des cocréanciers, tenir compte du droit acquis au débiteur, au regard de celui qui a contracté avec lui ou plaidé contre lui. Dans la matière de la solidarité, nous voyons l'article 1198 donner à la remise consentie par un des cocréanciers l'effet d'éteindre en partie l'obligation; il ne peut pas en être ainsi dans la matière de l'indivisibilité, puisque l'obligation et son objet ne peuvent être fractionnés. Il faut donc que les créanciers étrangers à la convention ou au procès conservent le droit de demander le tout, la demande en pareille matière ne pouvant être qu'intégrale; mais tandis

qu'en thèse ordinaire le créancier qui aurait touché le tout devrait tenir compte à son cocréancier d'une part du profit procuré par la prestation indivisible, dans le cas qui nous occupe, ce créancier devra tenir le même compte au débiteur. Le créancier qui a fait la convention ou perdu le procès ne peut prétendre à aucune part du bénéfice de l'exécution, et c'est le débiteur qui lui est substitué dans ses droits à cette part. Il exécutera donc intégralement l'obligation, mais il fera estimer en argent le bénéfice que représente cette exécution totale, et il se fera donner, par le créancier qui recevra le payement, une somme représentant la part qu'aurait eue dans ce bénéfice le créancier qui lui a fait la remise ou la novation, ou qui a reçu la dation en payement, ou qui l'a inutilement actionné.

159 *bis*. III. Cette estimation et ce calcul sont faciles dans bien des hypothèses, mais il faut remarquer que dans certains cas il serait injuste d'assujettir à une certaine prestation envers le débiteur, le cocréancier qui a conservé, nonobstant les actes de son cocréancier, le droit de demander le tout. Il peut arriver, en effet, que par la nature de la chose, ce créancier ne gagne rien à l'extinction des droits de son cocréancier, et s'il n'y gagne rien, il ne peut être astreint à payer une somme représentative de la valeur de ces droits. *Exemple* : l'objet dû était un droit de passage au profit de plusieurs propriétaires d'un fonds. Qu'importe à Pierre que Paul ait conservé ou perdu ses droits au passage, il l'aurait aussi plein en concours avec Paul qu'en dehors de ce concours. Il n'a donc rien à payer en compensation d'un bénéfice que l'extinction des droits de Paul ne lui procure pas. Cette observation n'a rien de contraire à l'article 1224, car cet article parle d'un compte à tenir, et un compte peut aussi bien avoir un résultat représenté par zéro qu'un résultat représenté par une quantité positive.

159 *bis*. IV. Tout ce que nous venons de dire suppose une transformation opérée par la volonté de l'un des créanciers de chose indivisible, si au contraire la transformation de l'obligation était nécessaire, indépendante de la volonté de l'un des créanciers, la créance ne conserverait pas son caractère d'indivisibilité quand son objet serait devenu divisible, et chaque créancier ne pourrait plus exiger que sa part. La transformation nécessaire à laquelle

nous faisons allusion est celle qui s'opérerait par une condamnation à des dommages et intérêts prononcée contre le débiteur quand il se serait mis par sa faute dans l'impossibilité d'exécuter son obligation.

160. Ce qu'il y a de sûr, c'est que le droit qu'a le créancier d'agir *in solidum* contre chacun des débiteurs ou héritiers de débiteur n'empêche pas d'accorder à l'assigné, qui ne s'est pas obligé pour les autres, un délai pour les mettre en cause; et ce n'est que faute de les avoir appelés qu'il serait condamné seul à la prestation réelle ou aux dommages-intérêts. Cette règle s'applique au cas où la dette, par sa nature, pouvait être également acquittée, soit par l'assigné, soit par chacun des autres. Mais l'assigné doit être toujours condamné seul, si elle était de nature à n'être acquittée que par lui, sauf dans tous les cas son recours. V. art. 1225.

160 *bis*. I. 3e Effet de l'indivisibilité. Le codébiteur qui peut être assigné pour le tout, ainsi qu'il a été dit plus haut, peut mettre en cause ses codébiteurs et les faire condamner conjointement. Cette faculté accordée par l'article 1225 se rattache bien directement à la matière de l'indivisibilité, et ne se confond pas avec celle qui, de droit commun, appartient à tout défendeur qui prétend avoir le droit d'appeler un garant (art. 175 Code de procédure). Les codébiteurs solidaires, notamment, jouissent de cette faculté, ils peuvent opposer l'exception dilatoire de garantie; s'il ne s'agissait que de cette exception, il eût été inutile d'en parler, et de plus on n'expliquerait pas la restriction contenue dans le membre de phrase *à moins que*... car dans ce cas même, au point de vue des rapports des codébiteurs entre eux, chaque codébiteur ayant l'autre pour garant, a le plus grand intérêt à jouir de l'exception dilatoire du Code de procédure.

L'article 1225 consacre, en faveur des codébiteurs de choses indivisibles, une faculté plus précieuse que celle de demander l'exception dilatoire de garantie. Il s'agit pour eux d'éviter la condamnation. Avec l'exception du Code de procédure, le débiteur qui a un garant n'échappe pas pour cela à une condamnation, à la nécessité de payer la dette au créancier, seulement il assure son recours en garantie contre les objections de son garant

qui voudrait considérer comme chose jugée *inter alios* le jugement rendu entre le créancier et le débiteur garanti. En vertu de l'article 1225, le débiteur actionné obtiendra un résultat bien plus important, il fera condamner ses codébiteurs envers le demandeur, et sa position restera égale à la leur après comme avant le jugement. Telle est bien la disposition de l'article, puisque dans l'hypothèse que la loi présente comme exceptionnelle, c'est-à-dire comme échappant à la règle générale de l'article, il est dit que le débiteur sera condamné seul ; donc, en thèse ordinaire, ils seront tous condamnés, et c'est ce qui montre l'immense différence entre le droit dont il s'agit ici et le droit d'opposer une simple exception dilatoire de garantie. Pothier, au reste, est très-catégorique sur ce point (1); d'après lui, le but du codébiteur est d'obtenir que ses coobligés soient tous condamnés.

160 *bis*. II. Cette communauté de condamnation présente un intérêt considérable pour le débiteur assigné. D'abord, tant qu'il s'agit d'exécuter en nature l'obligation, si cette exécution peut être accomplie par tous, ce qu'il faut supposer, sinon on se placerait dans l'exception, il est important, pour chaque débiteur, de n'être pas seul sous le coup d'un titre exécutoire. La situation des codébiteurs deviendrait inégale, et celui-là serait bien plus exposé à la nécessité de faire l'avance qui pourrait être poursuivi en vertu d'un jugement exécutoire, tandis que les autres ne seraient liés que par une convention qui, pour être exécutée, demanderait encore les frais et les difficultés d'un procès. Le créancier, certes, s'adresserait presque forcément au débiteur condamné, et non pas aux autres.

Puis, l'intérêt du débiteur à n'être pas seul condamné croît si nous supposons que, faute d'exécution, l'obligation se transforme en dommages et intérêts. Condamné seul, il devrait la totalité des dommages; condamné conjointement, il n'en devra qu'une part, parce que l'obligation, n'ayant plus qu'un objet divisible, doit nécessairement se diviser. Pothier disait au numéro déjà cité : y étant tous condamnés, ils n'en seront tenus que pour leur part.

160 *bis*. III. La règle que nous venons de trouver dans l'article 1225 est posée en vue d'une obligation qui pouvait être exécutée aussi bien par l'un que par l'autre des débiteurs. C'est dans

(1) Pothier, n° 333.

cette hypothèse que la loi donne à chacun d'eux le droit d'obtenir une division de la condamnation, mais elle dénie exceptionnellement ce droit au débiteur assigné quand la dette ne pouvait être acquittée que par lui ; par exemple, quand il s'agissait de la constitution d'une servitude sur un fonds dont il est propriétaire. Ce propriétaire ne peut pas se plaindre d'être condamné seul, et même à la totalité des dommages et intérêts, quand il aurait pu éviter cette condamnation par l'exécution effective de l'obligation. Les autres, cependant, et il faut bien le remarquer, auraient pu être poursuivis, conformément à la règle générale, mais ils auraient eu le droit de demander la division de la condamnation en dommages et intérêts. Il n'y a rien dans l'article 1225 qui contrarie cette solution, car cet article n'impose pas au créancier la nécessité d'assigner celui qui peut seul exécuter l'obligation; or c'est uniquement quand ce débiteur est assigné qu'il peut être condamné seul, et ce serait certainement forcer le sens de l'article que d'en conclure qu'il peut seul être assigné et condamné, c'est-à-dire que les autres seraient, dans leurs rapports avec le créancier, déchargés de l'obligation indivisible. Si dans le n° 160 M. Demante a dit que ce débiteur *doit être* condamné seul, ce ne peut être que parce qu'il s'est placé dans l'hypothèse exacte du texte : le débiteur qui seul peut exécuter étant assigné, sa condamnation exclusive devient une nécessité, puisqu'il est privé du droit de faire mettre en cause ses cohéritiers.

160 *bis*. IV. Entre les hypothèses que nous avons examinées, il en est une troisième à laquelle il faut maintenant appliquer les mêmes principes ; nous avons d'abord supposé que l'obligation était de nature à pouvoir être acquittée par chacun des héritiers indistinctement, puis nous avons envisagé une obligation qui ne peut être exécutée que par l'un des débiteurs ; il reste à voir ce qui arriverait si l'obligation ne pouvait être exécutée que par tous les codébiteurs réunis. *Exemple :* une servitude doit être constituée sur un fonds qui est indivis entre les débiteurs. Il est certain qu'en pareil cas le créancier peut actionner celui des débiteurs qu'il voudra choisir, c'est la conséquence de l'indivisibilité ; si ce débiteur se laisse condamner seul, il sera seul débiteur des dommages et intérêts, sauf son recours, mais ce débiteur aura le droit de mettre en cause ses codébiteurs et de faire diviser la

condamnation aux dommages et intérêts. L'hypothèse jusque-là ne diffère pas de celle sur laquelle nous avons établi le sens de l'article 1225. Mais voici où apparaît une difficulté nouvelle : tous les codébiteurs ont été mis en cause, et parmi eux, un seul ou quelques-uns consentent à exécuter l'obligation, tandis que d'autres refusent leur consentement. Le refus d'un seul des débiteurs rend impossible, dans l'hypothèse, l'exécution effective de l'obligation, et rend nécessaire une condamnation en des dommages et intérêts. Cette condamnation devra frapper tous les débiteurs et se diviser entre eux. Ceux mêmes qui offraient de constituer, autant qu'il était en eux, la servitude, seraient tenus d'une part des dommages et intérêts, nonobstant l'opinion de Pothier (1); car, bien qu'ils ne soient pas en faute, ils n'ont pas satisfait à l'obligation, et cela suffit pour qu'un débiteur soit tenu de dommages et intérêts. Quant à dire avec Pothier qu'ils ne sont pas en demeure parce qu'ils ont offert, c'est oublier qu'il s'agit d'une prestation indivisible. Les offres ne peuvent faire obstacle à la demeure qu'autant qu'elles sont suffisantes, et celles-ci ne l'étaient pas, puisque le créancier avait le droit d'exiger une servitude, et que les offres n'avaient pas pour objet cette servitude, mais étaient simplement la preuve d'une volonté impuissante à la constituer.

Dans les rapports entre les codébiteurs, il est clair cependant que tout le fardeau des dommages et intérêts doit porter sur celui qui, par sa résistance injuste, a entraîné cette condamnation. Dès lors, il est facile d'admettre, pour simplifier les relations entre les parties, que ce débiteur pourrait être condamné à la totalité des dommages et intérêts, si le créancier consentait à agir contre lui pour la totalité de l'indemnité.

161. Un second effet de l'indivisibilité est relatif à l'interruption de la prescription. Le total étant dû à chaque créancier ou héritier, l'interruption faite par l'un, ou la suspension établie en sa faveur, profite à tous (v. art. 709, 710).

Pareillement, le total étant dû par chaque débiteur ou héritier, l'interruption faite contre l'un conserve intégralement le droit du créancier (v. art. 2249).

(1) Pothier, n° 334, *in fin.*

161 *bis*. I. 4e Effet de l'indivisibilité. L'acte d'un créancier qui interrompt la prescription profite aux autres, de même la prescription suspendue au profit d'un créancier, d'un mineur par exemple, est suspendue au profit de tous. Le deuxième point seul est régi par des articles (709-710), mais à plus forte raison doit-on appliquer à l'interruption la règle de la suspension.

5e Effet. L'acte qui interrompt la prescription contre l'un des débiteurs, l'interrompt contre tous (art. 2249).

Ces décisions sont des conséquences un peu exagérées du principe de l'indivisibilité ; en effet, on ne peut pas les expliquer comme en matière de solidarité, en présentant les cocréanciers ou les codébiteurs comme mandataires les uns des autres, ce mandat n'existe pas entre les codébiteurs et les cocréanciers d'une chose indivisible, ce qui est fait par l'un d'eux ou contre l'un d'eux ne peut être réputé fait par tous ou contre tous. Les décisions de la loi sur la prescription se rattachent donc aux idées sur la nature de l'objet dû. Puisqu'il ne peut être dû en partie, on a conclu que dès qu'il était dû par un débiteur à un créancier, il était dû par tous ou à tous. Tandis qu'on pouvait respecter le caractère indivisible de l'objet, et cependant restreindre à chaque partie l'effet des actes faits par elle ou contre elle; il suffisait de donner ici une solution semblable à celle que la loi a donnée au cas de remise consentie par un des créanciers; on pouvait admettre la conservation de la créance pour le tout, au profit du créancier qui aurait interrompu la prescription ou qui bénéficierait d'une cause de suspension, mais en imposant à ce créancier la nécessité d'indemniser le débiteur de la valeur des droits perdus par prescription ; de même un seul débiteur ayant été interpellé, pouvait être actionné pour le tout, à charge par le créancier de tenir compte des parts que les créanciers libérés par prescription auraient supportées dans la dette s'ils étaient restés obligés.

161 *bis*. II. Si la loi a admis en matière de prescription une décision qui rapproche les codébiteurs de chose indivisible des codébiteurs solidaires, mandataires les uns des autres, il ne faut pas oublier néanmoins, qu'en principe, les codébiteurs d'une chose indivisible sont étrangers les uns aux autres, ce qui aura une grande importance au cas de perte du corps certain qui était dû, si la perte provient du fait d'un des débiteurs. Au cas de se-

lidarité, l'article 1205 impose aux codébiteurs la responsabilité du fait de leur codébiteur, ils ne sont pas libérés par le fait de leur mandataire; mais dans le cas d'indivisibilité, pour chaque débiteur autre que l'auteur de l'accident, la perte est le fait d'un étranger, et par conséquent elle doit le libérer, car l'accident provenant d'un étranger est un cas fortuit qui libère le débiteur.

161 *bis*. III. Nous avons réservé au n° 157 *bis* X l'examen d'une question à laquelle il est temps maintenant de revenir. Les obligations dont il est question aux §§ 2, 4 et 5 de l'article 1221 et qu'on appelait autrefois indivisibles *solutione* sont-elles aujourd'hui soumises à toutes les règles de l'indivisibilité?

Nous avons déjà constaté, et ceci est très-grave, qu'elles ne sont indivisibles que du côté des débiteurs, et qu'elles restent divisibles du côté des créanciers, première et principale différence entre ces obligations et celles qui sont vraiment affectées d'indivisibilité.

Nous avons rappelé, secondement, qu'autrefois leur exécution ne pouvait pas être demandée pour le tout, bien que le créancier pût refuser un payement partiel; mais aujourd'hui cette différence entre ces obligations et les obligations indivisibles est effacée par l'article 1221, *in fine*.

Il reste maintenant à examiner les autres effets que nous avons attachés à l'indivisibilité.

D'abord nous avons vu, article 1225, chaque codébiteur actionné autorisé à mettre en cause les autres codébiteurs pour faire prononcer contre tous la condamnation, et au besoin pour la faire diviser quand il s'agit de dommages et intérêts. Il est impossible de prétendre appliquer cette disposition de l'article 1225 aux cas prévus par le 2° et par le 4° de l'article 1221. En effet, quand il s'agit d'une dette de corps certain, le créancier a intérêt à s'adresser exclusivement à celui qui détient le corps certain, une action contre les autres débiteurs serait loin d'avoir pour lui les mêmes avantages, et ce serait détruire la disposition de l'article 1221 que d'autoriser le débiteur assigné à faire mettre en cause les autres débiteurs dans les termes de l'article 1225. Si nous songeons maintenant à la dette dont un des débiteurs est chargé seul par le titre, il faut encore bien plus repousser l'ap-

plication de l'article 1225, car elle ne tendrait à rien moins qu'à rendre inutile la convention même des parties.

Dans les cas prévus par le 5° de l'article 1221, nous allons retrouver la même raison de ne pas permettre la division de la condamnation. La volonté des parties qui se manifeste par la nature de l'engagement ou de la chose due, ou par la fin qu'on s'est proposée, a été que le payement ne pût être partiel. Il faut donc ici, comme dans l'hypothèse prévue sous le n° 4, repousser l'article 1225 en tant qu'il autorise une division de la condamnation.

Mais l'article 1225 a un autre effet qu'il ne faut pas oublier et qu'il doit produire dans le cas qui nous occupe. Le débiteur assigné peut mettre en cause les autres pour que chacun soit condamné à exécuter, que le créancier ait un titre exécutoire contre tous, et que par conséquent, la position de tous étant égale, le choix du créancier reste entier jusqu'au moment suprême, c'est-à-dire jusqu'à l'exécution. Il n'a pu être question de cet effet de l'article 1225 dans les deux hypothèses précédentes (2° et 4° de l'article), parce qu'il s'agissait d'obligations qui ne pouvaient être exécutées intégralement que par un des débiteurs, mais maintenant nous supposons que chacun pourrait faire l'exécution complète, que, par conséquent, chacun peut être condamné à cette exécution totale. Il n'y a plus alors d'objection à appliquer l'article 1225, car il faut bien remarquer qu'au moins quant au point qui nous occupe, il ne contient rien d'anormal; l'exception qu'il contient, c'est la permission de diviser une condamnation entre des débiteurs de choses indivisibles, mais quoi de plus régulier que de faire condamner tous les débiteurs d'une chose de sa nature indivisible? Comme ici chaque débiteur a pris par la convention l'engagement de payer intégralement, comme chacun d'eux pourrait indistinctement être poursuivi, pourquoi ne pas permettre une condamnation commune qui, ayant pour objet une exécution intégrale, ne peut aucunement nuire au créancier? Il ne s'agirait même pas pour lui d'une perte de temps, car l'article 1225 n'existât-il pas, le débiteur assigné jouirait toujours d'une exception dilatoire pour assurer son action en garantie.

Le dernier effet de l'indivisibilité entre les codébiteurs est relatif à l'interruption de la prescription (art. 2249). On s'accorde généralement aujourd'hui à décider, dans les cas qui nous occupent,

comme la loi l'a fait pour l'indivisibilité. On s'appuie sur ce qu'aujourd'hui les obligations dont nous parlons sont non-seulement indivisibles quant au payement, mais même quant à la demande, puisque, d'après l'article 1221, *in fine,* le créancier peut demander le tout contrairement à la règle ancienne. Ces obligations sont donc assimilées aux obligations indivisibles quant aux règles sur la demande, et par conséquent la demande doit produire les mêmes effets qu'en matière d'indivisibilité. On ajoute que le créancier ayant conservé son action pour le tout, il serait injuste que plusieurs des débiteurs fussent libérés, car celui contre lequel la prescription a été interrompue payerait le tout sans avoir de recours. Ces raisons ne sont pas sans réplique, car l'article 2249 ne parle que des obligations indivisibles, et celles dont il est question dans l'article 1221 sont divisibles, aux termes mêmes de cet article; secondement, on peut très-bien, n'étant plus lié par le texte, donner la solution que nous avons regrettée à propos de l'indivisibilité proprement dite, c'est-à-dire obliger le créancier à tenir compte de la part des débiteurs dont il a laissé périr l'obligation par prescription (1). Nous pouvons ainsi maintenir cette dernière différence entre les obligations indivisibles et celles qu'on appelle encore quelquefois indivisibles *solutione.*

SECTION VI.

Des obligations avec clause pénale.

162. On peut, pour assurer l'exécution d'une obligation, se soumettre, à titre de peine, à une obligation secondaire, en cas d'inexécution. La clause qui établit cette seconde obligation conditionnelle est ce qu'on appelle *clause pénale.* V. art. 1226, et distinguez bien l'obligation avec clause pénale de l'obligation alternative ou facultative, et de l'obligation contractée principalement sous la condition d'un fait dépendant de la volonté du débiteur.

162 *bis.* I. La convention qu'on appelle clause pénale et qui est définie dans l'article 1226, peut être intervenue dans deux buts

(1) N° 161 *bis* I.

différents : de même, en effet, qu'il y a des dommages-intérêts compensatoires et des dommages-intérêts moratoires, de même on peut avoir stipulé une peine pour le cas d'inexécution véritable, ou une peine pour le cas d'exécution tardive; on peut être convenu que le débiteur d'un cheval donnerait 5,000 francs s'il ne livrait pas le cheval, ou qu'il donnerait 500 francs s'il était en demeure de le livrer. Dans les deux cas, la convention a pour but de soustraire l'appréciation des dommages et intérêts à l'arbitraire des tribunaux, et par conséquent d'éviter aux parties les lenteurs et les incertitudes d'un procès sur l'estimation du tort causé par l'inexécution ou par le retard. Dans les deux cas la convention rentre parfaitement dans les termes de l'article 1226, car l'exécution tardive est une inexécution partielle, et on peut dire que la peine prononcée pour cause de retard est bien une peine résultant de l'inexécution.

162 *bis*. II. Dire que la clause pénale est l'estimation des dommages et intérêts, c'est reconnaître que cette clause suppose une obligation préexistante dont l'inexécution entraînerait de droit commun condamnation en dommages et intérêts. C'est par conséquent établir qu'au cas de clause pénale, existent deux obligations, l'une principale et l'autre accessoire, celle-ci n'ayant pas d'autre but que de garantir l'exécution de celle-là. Ce caractère accessoire et secondaire de la clause pénale, par rapport à l'obligation principale, donnera la raison de presque toutes les règles de la loi sur cette convention. Il doit servir tout d'abord à distinguer l'obligation sous clause pénale de diverses autres obligations qui pourraient présenter avec elle quelque analogie.

Il pourrait en effet paraître exact de considérer l'obligation sous clause pénale comme une obligation alternative. On dirait : elle a deux objets : il s'agit, en se plaçant dans l'hypothèse qui nous a servi d'exemple, de livrer le cheval ou de payer 5,000 francs; il n'y a là toutefois qu'une analogie apparente, l'obligation alternative a deux objets, et l'obligation sous clause pénale n'en a qu'un. D'où cette conséquence que cette dernière obligation s'éteindrait par la perte fortuite de l'objet unique ou principal, par la mort du cheval, tandis qu'une obligation alternative survit à l'extinction de l'un des deux objets, et que le débiteur reste débiteur de l'autre.

Ce n'est pas non plus avec l'obligation facultative qu'on devrait confondre l'obligation sous clause pénale. Celle-là cependant n'a qu'un objet, et elle s'éteint par la perte de cet objet, même quand celui qui est *in facultate solutionis* subsiste toujours. Mais elle diffère de l'obligation sous clause pénale en ce qu'il est loisible au débiteur de se libérer, s'il le veut, en payant la chose qu'il a *in facultate solutionis*. Tandis que dans le cas de clause pénale le débiteur n'est pas maître de donner, quand il lui plaît, la chose accessoirement due, et qu'il dépend du créancier d'exiger le principal tant que la prestation n'en est pas physiquement impossible.

Enfin, la convention que nous étudions se rapproche d'une autre qui créerait l'obligation principale de payer quelque chose, soit une somme d'argent, sous la condition d'un fait dépendant de la volonté du débiteur. *Exemple :* Pierre promet à Paul 10,000 fr. pour le cas où il vendrait sa maison à un autre qu'à celui-ci, sans toutefois prendre l'engagement de la lui vendre à lui-même. Cette convention ne produit pas l'obligation avec clause pénale dont il est question dans notre solution, parce qu'il n'y a pas là une obligation principale et une accessoire, mais simplement une obligation conditionnelle. En sorte que le créancier peut bien, la condition se réalisant, demander la somme promise, mais qu'il ne peut exiger autre chose, c'est-à-dire l'exécution du fait auquel était subordonnée la promesse. Le débiteur n'a pas promis ce fait, dans l'espèce il n'a pas contracté l'engagement de vendre sa maison au stipulant, et sauf à payer 10,000 francs s'il la vend à un autre, il a réservé sa liberté. Que s'il avait au contraire pris un engagement sous clause pénale, il dépendrait du créancier qui pourrait exiger le principal par préférence à la peine (art. 1228).

163. La clause pénale n'ayant pour but que d'assurer l'exécution de l'obligation principale, ne saurait être obligatoire lorsque celle-ci est nulle. (Voy. pourtant art. 1120 et 1121.) Mais on sent bien que la nullité de la clause pénale ne saurait entraîner celle de l'obligation principale. V. art. 1227.

163 *bis*. I. Les articles du Code tirent plusieurs conséquences du caractère accessoire de la clause pénale. La première est indiquée dans l'article 1227. Le principal emporte l'accessoire, l'inexécution d'une obligation nulle ne peut entraîner une peine. Voilà les

raisons de l'article. Il ne faut pas cependant l'entendre trop strictement. Certes, si le vice de l'obligation provient de l'incapacité de la partie, de l'erreur, s'il résulte du dol, de la violence, ou du défaut d'objet certain ou de cause licite, la clause pénale ne pourra pas valider la convention, et elle sera nulle comme l'obligation principale. Mais nous avons vu, sur l'article 1119, qu'une obligation pouvait être nulle faute de sanction, lorsque le stipulant n'était pas celui qui devait profiter de l'exécution de l'engagement; or, en pareil cas, le seul vice de l'obligation principale étant le défaut de sanction, le vice est réparable, parce que la clause pénale crée cette sanction qui faisait défaut, donne au stipulant un intérêt pécuniaire à agir contre le promettant, et convertit une prétendue obligation qui ne liait pas le promettant en un véritable lien de droit. (V. art. 1121 et *suprà* 33 *bis*. I.)

163 *bis*. II. A l'inverse, le même article 1119 déclare nulles les promesses faites pour autrui, et nous devons reconnaître que l'adjonction d'une clause pénale rendra valable une pareille promesse. En effet, le vice de la promesse en pareil cas, c'est que le promettant n'a pas pris d'engagement en son propre nom, et que, promettant au nom d'autrui, il n'a pas pu obliger une personne étrangère à la convention. Mais quand la convention contient cette addition que le promettant payera 1,000 francs si le tiers n'exécute pas le fait promis, cette convention accessoire corrige le vice de la convention principale, puisqu'elle impose au promettant la nécessité d'accomplir lui-même un certain fait, et qu'elle le place dans la même position que s'il avait pris l'engagement que le tiers exécuterait la promesse, ce qui le rendrait débiteur de dommages et intérêts. (V. *suprà*, 31 *bis*. III.)

163 *bis*. III. Nous pouvons encore signaler une hypothèse où la nullité de l'obligation principale n'entraînerait pas celle de la clause pénale. C'est quand la nullité de l'obligation ne fait pas obstacle à la naissance d'une obligation en des dommages et intérêts, ce qui arrive lorsqu'il s'agit de la vente de la chose d'autrui à un acheteur qui ignore que la chose vendue n'appartient pas au vendeur. L'article 1599 déclare que la vente est nulle, mais que des dommages et intérêts sont dus. Dès lors, une clause pénale aurait pu être valablement stipulée, puisqu'elle ne serait que l'estimation conventionnelle de ces dommages et intérêts.

164. Le but de la clause pénale étant bien connu, il est ut simple que le créancier puisse toujours, au lieu de la faire loir, poursuivre l'exécution de l'obligation principale. Voy. t. 1228. Il en serait autrement s'il y avait novation consentie our le cas où le premier engagement ne serait pas exécuté v. art. 1271 1°).

164 *bis*. 2e Conséquence du caractère accessoire de la clause énale. Le créancier peut demander le principal, s'il le préfère à la peine; en effet, l'exigibilité de la peine n'empêche pas l'objet remier de l'obligation d'être exigible, puisque la peine a pour ut de corroborer l'obligation principale ; il ne faudrait pas que ous prétexte de la sanctionner on donnât au débiteur le moyen de s'y soustraire.

Cette décision suppose toujours la clause pénale proprement dite. On pourrait au contraire avoir fait une convention qui n'aurait pas le même résultat. On aurait entendu, qu'au cas d'inexécution du fait promis, une autre obligation serait substituée à la première qui serait éteinte, alors le créancier aurait renoncé à l'exécution de l'obligation primitive, et ne pourrait plus exiger que l'exécution de l'autre; la convention aurait eu pour effet de produire une novation subordonnée à la condition de l'inexécution de la première obligation ; or, la novation est un mode légal d'éteindre les obligations, et elle peut être faite sous condition; seulement la novation ne doit pas se présumer, et il faudrait que le débiteur établît clairement le sens de la convention pour qu'on n'y vît pas une simple stipulation de clause pénale. (V. art. 1271 1° et 1273.)

165. A l'intention d'assurer l'exécution de l'obligation par la stipulation d'une clause pénale, se joint ordinairement celle de dédommager le créancier de l'inexécution : la peine est donc *compensatoire* des dommages-intérêts. V. art. 1229, al. 1; et remarquez que cette compensation, qui, de droit commun, n'aurait lieu que jusqu'à due concurrence, a, dans les principes du Code civil, un effet plus étendu, et que la peine stipulée, quoiqu'elle ne soit peut-être pas l'équivalent exact des dommages-intérêts, est considérée comme destinée absolument dans l'intention des parties à en tenir lieu (v. art. 1152).

165 *bis*. Il faut se garder d'attribuer trop d'importance au mot *compensation* employé par l'article 1229. Si cette expression devait être prise à la lettre, et si on devait appliquer ici les règl ordinaires de la compensation, il faudrait décider que la clause pénale laisse subsister l'obligation aux dommages et intérêts pour tout ce qui excède la somme stipulée à titre de peine. Ainsi de même qu'une dette de 2,000 francs n'est pas éteinte intégralement par sa compensation avec une dette de 1,200 francs, mais subsiste au contraire pour les 800 francs excédants (art. 1290, *in fin.*), de même une peine de 1,200 francs stipulée à propos d'une inexécution ayant causé un tort de 2,000, laisserait subsister l'obligation aux dommages et intérêts pour une somme de 800 francs, cette dernière obligation n'étant éteinte par l'existence de la première que jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives (art. 1290). C'était l'opinion de POTHIER, qui alléguait que l'obligation pénale ne peut porter atteinte à l'obligation principale; que par conséquent si la peine ne dédommageait pas suffisamment le créancier, celui-ci pouvait demander des dommages et intérêts, en imputant toutefois la peine sur les dommages et intérêts (1). Cette manière d'envisager la clause pénale est condamnée par l'article 1152, qui défend au juge d'allouer à la partie une somme inférieure ou supérieure à la peine stipulée. Nous avons déjà vu sur cet article 1152 que POTHIER avait une tendance à ne pas se tenir strictement à la convention pénale, car il permettait au juge de modérer la peine quand elle était excessive; il était logique que réciproquement il admît la possibilité d'augmenter le chiffre de la condamnation au cas d'insuffisance de la clause pénale. Ces deux solutions sont tout à fait contraires au but que les parties se sont proposé d'atteindre; la convention est dénuée d'utilité si elle ne soustrait pas l'appréciation du dommage causé à l'arbitraire des tribunaux; les parties ont entendu savoir chacune à quoi s'en tenir sur les conséquences de l'inexécution : elles ont voulu éviter des procès sur le chiffre des dommages et intérêts, et ces procès seront toujours possibles si le créancier peut prétendre que la peine est insuffisante ou le débiteur soutenir qu'elle est excessive. C'est donc par respect pour la volonté même des contractants que le code a consacré dans

(1) Pothier, n° 342.

'article 1152 une doctrine contraire à celle de POTHIER et posé en rincipe que l'indemnité fixée par les parties ne peut être ni augentée ni diminuée. Cette disposition de l'article 1152 démontre e le mot *compensation* dans l'article 1229 signifie simplement *epresentation* ou *estimation*.

166. Les dommages-intérêts encourus pour inexécution de l'obligation, comprenant l'estimation de la chose due, qui ne doit pas être payée deux fois, la peine compensatoire de ces dommages-intérêts ne peut en général être demandée en même temps que le principal dont elle tient lieu. Et toutefois la condamnation aux dommages-intérêts pouvant s'encourir à raison du simple retard dans l'exécution, et se cumuler, sous ce rapport, avec l'accomplissement tardif de l'obligation, il en est de même de la peine, si elle est stipulée pour simple retard. Voy. art. 1229, al. dernier.

166 *bis*. I. 3e conséquence du caractère accessoire de la clause pénale. Le créancier ne peut cumuler le principal et la peine, obtenir l'exécution de l'obligation et en même temps le payement de la clause pénale. Les deux choses promises ne sont pas, en effet, au même degré, objets de l'obligation : l'une doit remplacer l'autre, elle est promise subsidiairement à défaut de la première, et on sortirait des termes de la convention en les allouant toutes deux au créancier.

Cette idée, nettement présentée dans le second paragraphe de l'article 1229, est indiquée déjà, et motivée dans le premier par le mot compensation, qui signifie que la clause pénale est la représentation ou l'estimation des dommages et intérêts, ce qui conduit à décider que la peine ne peut pas plus se cumuler avec l'exécution que les dommages et intérêts eux-mêmes.

166 *bis*. II. On sait cependant qu'il peut être dû des dommages-intérêts moratoires pour simple retard; il est facile alors de supposer une peine stipulée en vue de cette hypothèse du retard. En pareil cas, le payement de la peine ne dispensera pas le débiteur de l'exécution. Le principal et la peine paraîtront être cumulés; mais, à bien dire, il n'y aura pas dérogation à la règle, car la peine n'aura point été stipulée comme compensation ou représentation du dommage causé par l'inexécution, elle représentera

un autre dommage, et dès lors, le cumul qui aura lieu ne sera pas celui que proscrit l'article 1229.

Il s'élèvera du reste une question d'intention pour savoir si la peine a été stipulée pour simple retard, ou si elle ne peut se cumuler avec l'exécution de l'engagement. Les tribunaux interpréteront la convention, et il faut dire que le plus souvent cette interprétation sera rendue facile par l'importance comparée de la peine stipulée et de la chose ou du fait objet de l'obligation principale. Si la peine paraît être d'une valeur égale ou supérieure à celle de la chose ou du fait promis, il y aura lieu de croire qu'elle représente les dommages et intérêts compensatoires; si elle paraît d'une importance minime par rapport à l'objet de l'obligation, on la considérera comme représentant les dommages et intérêts moratoires.

166 *bis*. III. Indépendamment du cas où la clause pénale représente seulement le préjudice résultant du retard, on peut encore trouver un cas où la peine se cumulerait avec l'exécution de la convention principale. Ce sera lorsqu'une convention expresse ou tacite aura dérogé à l'article 1229, qui certainement n'est pas d'ordre public. On peut comprendre, en effet, que certaines conventions destinées à assurer la tranquillité des contractants et à les protéger contre les ennuis et les difficultés des contestations, soient protégées par une clause pénale : que la somme à payer frappe celle des parties qui contrevient à la convention, qu'elle indemnise l'autre du trouble causé par la contestation, mais qu'elle ne représente pas l'exécution même de la convention. Ainsi, une transaction aura terminé entre deux personnes des contestations nombreuses; si l'une d'elles remet en question l'un des points tranchés par la transaction, elle doit certes être repoussée dans sa prétention, et c'est en quoi consistera l'exécution de la convention; mais le rejet de la demande n'empêche pas le défendeur d'avoir été inquiété, troublé, d'avoir par conséquent subi un dommage pour lequel il peut avoir stipulé une réparation. Il faudra alors, pour respecter la volonté des parties, allouer à la partie la clause pénale, indemnité du trouble, et néanmoins conserver à la convention principale toute sa force, car ici la peine n'a point été considérée par les parties comme la compensation ou la représentation de l'exécution même du contrat principal. On dit en pareil

sque la clause pénale a été stipulée *rato manente pacto,* c'est-à-
e qu'elle est payée et que néanmoins la convention reste avec
ute son efficacité (1).

La transaction ne nous a fourni qu'un exemple, ce que nous
enons de dire pourrait se produire dans beaucoup d'autres cas :
si, dans les partages ou les compromis; mais dans toutes ces
ypothèses, dans celle même où il s'agit de la transaction, il ne
ut pas oublier qu'il ne s'agit en définitive que d'une question
intention. Il faut respecter la règle générale de l'article 1229,
à moins d'une volonté clairement manifestée, il faut repousser
le cumul du principal et de la peine, traiter la transaction, le
tage ou le compromis comme non avenu, du moment que l'une
es parties, pour se soustraire à son exécution, s'est soumise au
ayement de la peine.

167. La peine n'étant stipulée qu'à titre de dommages-
ntérêts, il est naturel qu'elle ne soit encourue que du jour de
la demeure, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'obligation
primitive contenait ou non un terme. V. art. 1230; et, à ce
sujet, art. 1139, 1145 et 1146. La règle, au surplus, est for-
mellement appliquée à l'obligation soit de *donner,* soit de
prendre, soit de *faire.* Il en serait autrement si l'obligation
était de *ne pas faire.*

167 *bis.* I. Dans la deuxième partie de la section, la loi détermine
les cas où la clause pénale est encourue, et l'article 1230 ne fait sur
ce point que rappeler les principes généraux qui dominent la
matière des dommages et intérêts. Par conséquent, on doit, sans
hésitation, réserver ce qui est dit par l'article 1145, sur les obli-
gations de ne pas faire, et admettre que la clause pénale serait
encourue par le seul fait de la contravention.

167 *bis.* II. Nous n'avons pas encore trouvé l'expression obli-
gation *de prendre.* L'article désigne évidemment par ces mots une
variété de l'obligation de faire : il oppose à l'obligation de livrer
l'obligation de *prendre livraison.* On conçoit qu'une personne de-
venue par contrat créancière d'une certaine chose ait en même
temps pris l'engagement d'enlever cette chose à une certaine épo-
que, et que le débiteur de la chose ait intérêt à s'en débarrasser à

(1) V. Pothier, n° 344.

l'époque indiquée, si bien qu'il stipulerait une clause pénale pour le cas de retard dans la prise de possession par le créancier.

168. Toujours par suite du même principe, la peine peut n'être encourue que pour partie, quand l'obligation principale a été exécutée en partie. V. art. 1231. C'est, du reste, comme on voit, une disposition facultative laissée à l'arbitrage des juges; et l'on aurait tort d'en conclure que toute exécution partielle, soit que le créancier y ait ou non consenti (v. art. 1244), soit qu'elle lui ait ou non profité, donnerait lieu à modifier la peine.

168 *bis*. I. L'article 1152 a déjà déclaré que les juges ne peuvent pas modifier la convention des parties, augmenter ou diminuer la somme qui a été conventionnellement fixée comme représentant les dommages et intérêts. Mais cet article supposait une inexécution totale; l'article 1231, au contraire, règle le cas d'inexécution partielle. Il serait alors injuste et contraire à la convention d'allouer la peine tout entière, car cette peine représentait, dans la pensée des parties, le tort résultant de l'inexécution totale.

Les juges devront donc apprécier, et les circonstances auront une grande influence sur leur appréciation; en effet, l'exécution partielle peut être utile ou inutile au créancier : si elle lui a procuré quelque utilité, c'est bien le cas de modérer la peine; si au contraire le créancier n'a pas profité de l'exécution partielle, il faudra prononcer la peine tout entière. *Exemple :* il s'agit de creuser un canal de 100 mètres, et 50 mètres ont été creusés, il y a là une exécution partielle profitable au créancier, et partant, la peine doit être diminuée. Au contraire, il s'agit d'un ouvrage à composer ou d'un voyage à faire, et le débiteur a réuni seulement les matériaux de son travail, ou s'est arrêté dans son voyage à moitié chemin; l'exécution partielle est alors indifférente au créancier, il doit avoir tout autant de droit qu'au cas d'inexécution proprement dite.

168 *bis*. II. Au surplus, dans les cas où les tribunaux estimeront que l'exécution partielle a été utile au créancier et modéreront la clause pénale, ils ne devront pas se contenter d'apprécier d'une manière abstraite la valeur de ce qui a été exécuté et de ce qui ne l'a point été; leur estimation doit prendre pour base la

clause pénale, c'est-à-dire la valeur que les parties avaient conventionnellement attribuée à l'exécution totale, de sorte que la condamnation doit être du quart, du tiers, de la moitié de la clause pénale, selon que l'obligation aura été inexécutée pour un quart, un tiers ou la moitié. *Exemple :* le débiteur devait creuser un canal de 100 mètres sous une clause pénale de 1,000 francs; il a creusé 50 mètres : il devra être condamné à 500 francs, alors même que le tribunal penserait, qu'au cours ordinaire des travaux de cette nature, le mètre représenterait une valeur inférieure ou supérieure à 10 francs.

168 *bis*. III. La clause pénale devrait être encore modifiée par les tribunaux quand elle violerait la loi du 3 septembre 1807 sur le maximum de l'intérêt conventionnel, c'est-à-dire quand le débiteur d'une somme d'argent aurait promis, pour le cas de retard dans le payement, une clause pénale supérieure à l'intérêt légal de la somme due. (V. *suprà*, n° 70 *bis*. IV.)

169. Une obligation indivisible ne pouvant utilement s'exécuter par partie, il est clair que s'il y a plusieurs débiteurs, ou si, comme la loi le suppose, le débiteur a laissé plusieurs héritiers, la contravention d'un seul ferait encourir à celui-ci la peine pour le tout. Du reste, l'indivisibilité de la dette n'ayant pas pour effet de rendre chaque codébiteur responsable du fait des autres (effet que la solidarité elle-même ne produit qu'imparfaitement, v. art. 1205), ceux qui n'ont point contrevenu sembleraient devoir être affranchis de la peine. Toutefois la loi, considérant ici la clause pénale comme constituant pour tous une obligation conditionnelle divisible, et voyant apparemment dans la contravention de l'un l'accomplissement de la condition (nonobstant art. 1175), permet de demander la peine contre chacun pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout; sauf, bien entendu, le recours contre celui qui l'a fait encourir. V. art. 1232.

169 *bis*. I. Dans la rigueur du principe qu'applique l'article 1232, c'est-à-dire en considérant la clause pénale comme une obligation conditionnelle subordonnée à l'inexécution, on pourrait dire que le contrevenant ne doit au créancier que sa part de

la peine, car, la condition se réalisant, l'obligation naît en la personne des héritiers, comme elle serait née en la personne du défunt, par conséquent elle naît divisée entre tous les héritiers, sans exception; si bien que le contrevenant lui-même, qui ne représente le défunt que pour une part, ne doit être tenu de la dette que pour cette part. La loi n'a pas cependant admis cette conséquence stricte des principes, parce qu'il lui a paru juste que celui qui, par sa faute, donne naissance à l'obligation, la supporte seul en définitive, les cohéritiers pouvant au moins exiger, à titre de dommages-intérêts, que l'obligation pèse sur lui seul; or, du moment qu'il est débiteur définitif du tout, que par des recours il doit être contraint à payer tout, autant éviter ces recours en permettant au créancier d'agir *recta via* contre lui.

169 *bis*. II. L'article admet la division de la peine entre tous les héritiers autres que celui qui est cause de l'inexécution, parce qu'il suppose que la peine est divisible. Il en sera ainsi le plus souvent, car la clause pénale étant l'estimation des dommages et intérêts, il est probable qu'elle consiste en une somme d'argent comme les dommages et intérêts eux-mêmes. Cependant, il n'est pas impossible que la peine consiste en une prestation indivisible, et alors nécessairement chaque héritier sera tenu de la totalité de la peine, comme il était tenu pour le tout de l'obligation principale.

169 *bis*. III. L'obligation hypothécaire pour le tout dont parle l'article 1232, suppose évidemment une hypothèque conventionnelle, c'est-à-dire que dans l'hypothèse de l'article, le défunt avait garanti le payement de la clause pénale par une hypothèque. Cette hypothèque a existé, par conséquent, à une certaine époque pour le tout; elle ne peut plus ensuite se fractionner, alors même que la dette se divise. (Art. 873, 2114.)

169 *bis*. IV. Si, au lieu de supposer la contravention d'un seul des héritiers, on raisonne sur le cas où plusieurs des héritiers n'exécutant pas la convention, la clause pénale est encourue, alors les motifs qui ont inspiré l'article conduisent nécessairement à dire que chaque contrevenant est tenu de la peine en totalité. Cette solution est celle de POTHIER (1); mais il faut se garder d'ajouter avec cet auteur que tous ces héritiers sont solidaires.

(1) V. Pothier, n° 357.

Les différents héritiers débiteurs d'une même dette ne sont pas solidaires, et le fait qui les rend ici débiteurs chacun du tout ne peut pas créer entre eux la solidarité. On trouverait là tout simplement une hypothèse de solidarité imparfaite, une obligation *in solidum*, car chacun serait tenu pour le tout, mais on ne trouverait pas entre eux les relations qui existent entre de véritables débiteurs solidaires : les actes des uns n'auraient pas d'effet par rapport aux autres, car ils ne peuvent pas être traités comme mandataires les uns des autres.

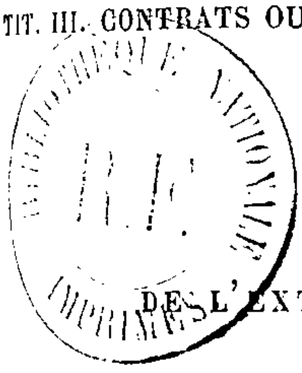
170. Mais lorsque l'obligation, divisible par sa nature, se trouve effectivement divisée entre plusieurs (voy. art. 1220), c'est bien le cas d'appliquer le principe qui permet de modifier la peine eu égard à l'exécution partielle. La contravention de chacun n'ayant donc lieu que pour sa part, la peine n'est encourue que pour cette part, et le contrevenant seul en est tenu. V. art. 1233, al. 1.

171. Au reste, il ne faut pas perdre de vue qu'une obligation divisible de sa nature peut acquérir, par l'intention des contractants, le caractère d'indivisibilité, au moins quant au payement (art. 1218, 1221 5°). Or, il serait possible que la clause pénale elle-même lui imprimât ce caractère, car cette clause pourrait avoir été ajoutée précisément dans l'intention que le payement ne pût se faire partiellement. Il est clair alors que le fait d'un seul des cohéritiers (ajoutons ou codébiteurs), empêchant que l'exécution n'ait lieu pour la totalité, doit faire encourir la peine entière. Ici donc, comme au cas d'indivisibilité proprement dite, la loi permet au créancier de poursuivre le contrevenant pour le tout, et chacun des autres pour sa portion (nous ajoutons *et hypothécairement pour le tout*). Voy. art. 1233, al. dern.

171 *bis*. Les articles 1232 et 1233 ont prévu la contravention de l'un des débiteurs au détriment du créancier unique, et le Code a négligé de traiter l'hypothèse inverse, sur laquelle il faut cependant s'expliquer. Il s'agit de la contravention commise par le débiteur unique envers un des créanciers seulement. Il ne peut y avoir difficulté si la chose due était divisible, l'inexécution

envers un des créanciers ne peut donner lieu qu'à une condamnation à partie de la clause pénale envers celui des créanciers qui souffre de la contravention. Mais la question est plus délicate quand la chose due est indivisible. *Exemple* : Pierre a promis de laisser passer sur son fonds Paul, son voisin, et il s'est engagé à payer 12,000 francs au cas d'inexécution de son engagement. Paul est mort laissant quatre héritiers, et le débiteur a laissé passer trois d'entre eux, mais il a refusé le passage au quatrième. La clause pénale est-elle due pour le tout? La réponse affirmative s'appuierait sur l'article 1232, elle appliquerait aux différents créanciers ce que la loi a dit des différents débiteurs, elle s'autoriserait de l'opinion d'Ulpien, qui faisait précisément une assimilation entre l'inexécution par un des débiteurs, et l'inexécution à l'égard de l'un des créanciers (1). Nous pensons toutefois que la question doit être résolue par la négative. Déjà, en effet, malgré la rigueur des principes romains, nous voyons Paul refuser une action efficace à ceux des créanciers à l'égard desquels la promesse a été exécutée (2), et nous devons, comme ce jurisconsulte, reconnaître qu'il serait contraire à la justice d'allouer une part quelconque de la clause pénale à ceux qui n'ont pas souffert de l'inexécution. Comme aussi il serait impossible de l'attribuer tout entière au créancier qui a souffert de l'inaccomplissement, car le préjudice qu'il éprouve n'est pas plus considérable que celui qu'il eût éprouvé si l'obligation avait été inexécutée à l'égard de tous, auquel cas il n'aurait eu qu'une part de la clause pénale; or, le préjudice étant le même, la réparation doit être la même, et consister dans l'attribution d'une part de la clause pénale. Le texte du Code n'ayant, du reste, pas statué sur l'hypothèse que nous examinons, notre pouvoir d'interprétation est plus large et plus libre, et nous usons de cette liberté dans le sens qui nous paraît le plus raisonnable et le plus conforme à la volonté des parties.

(1) *Ulp.*, D. fr. 3, § 1, *De verb. oblig.*
(2) *Paul.*, D. fr. 2, § 6, *De verb. oblig.*



CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

172. La loi reconnaît neuf manières d'éteindre les obligations : les sept premières sont l'objet d'autant de sections dont se compose ce chapitre; la huitième est la condition (ajoutons, *ou le terme*) résolutoire (v. ci-dessus nos 102, 103, 107, 113); la neuvième est la prescription (v. art. 2219) : elle fait l'objet d'un titre particulier. V. art. 1231.

172 *bis*. I. Parmi les modes d'extinction des obligations énumérés dans l'article 1234, la loi place la condition résolutoire, et il est bon de remarquer que l'arrivée d'un événement constituant une condition résolutoire n'éteint l'obligation qu'autant que celle-ci n'est point encore exécutée; si l'événement se réalise après l'exécution de l'obligation, il ne produit pas l'extinction d'une obligation, il donne naissance à une obligation de restituer ce qui a été payé en vertu de l'obligation résolue.

172 *bis*. II. La mort du créancier ou du débiteur n'est pas ordinairement un événement mettant fin aux obligations. Cependant, exceptionnellement, certaines obligations peuvent prendre fin à l'occasion de l'un de ces événements. Il suffit sur ce point d'une convention, qui se rencontre dans la constitution d'une rente viagère et qui n'est pas rare dans le bail, le preneur stipulant quelquefois que le bail cessera s'il vient lui-même à mourir. Le Code a de plus subordonné dans certains cas l'existence de l'obligation à la vie de l'une des parties (art. 1795, 1865, 2003).

SECTION PREMIÈRE.

Du paiement.

173. Le Code comprend sous cette rubrique, non-seulement le paiement proprement dit (§§ 1, 2 et 3), mais encore les offres, qui, lorsqu'elles sont valables et suivies de

consignation, tiennent lieu de paiement (§ 4), et même la cession des biens, qui ne se rattache que fort indirectement à l'idée de paiement (§ 5).

§ Ier.

Du paiement en général.

174. Le paiement est l'accomplissement réel de l'obligation de donner ou de faire. Le paiement, comme on voit, suppose une dette qu'il a pour objet d'éteindre.

De là, deux conséquences :

1° S'il n'y a pas de dette, il n'y a pas, à proprement parler, de paiement, et il y a lieu à répétition;

2° La prestation faite à titre de paiement doit faire présumer qu'il existait une dette.

Du reste, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait paiement proprement dit, que la dette fût obligatoire dans le for extérieur. Aussi la loi n'admet-elle pas la répétition à l'égard des obligations naturelles. Mais il faut pour cela qu'elles aient été acquittées *volontairement*. V. art. 1235, et à ce sujet, art. 1376 et suivants. V. aussi articles 1965, 1967.

174 *bis*. I. Des deux conséquences qu'on peut déduire de la formule : tout paiement suppose une dette, la première, celle qui concerne la répétition de l'indu, sera développée plus tard par la loi elle-même aux articles 1376 et suivants; l'autre se lie à la théorie qui sera exposée sur l'article 1315 : la preuve incombe à celui qui prétend exercer un droit. Intenter la répétition de l'indu, c'est se prétendre créancier; c'est donc se placer dans la nécessité de démontrer son droit de créance, et ce droit ne peut être établi qu'en prouvant l'inexistence de la dette à propos de laquelle il a été fait un paiement apparent.

174 *bis*. II. Le Code Napoléon n'a pas défini l'obligation naturelle, et il a également négligé d'indiquer les effets de cette obligation. C'est à la doctrine à combler cette double lacune.

La principale difficulté de la matière, c'est de déterminer les

caractères de l'obligation naturelle dans notre droit et les événements qui lui donnent naissance. Il n'est pas possible sur ce premier point d'aller chercher des secours dans la doctrine romaine, qui nous a, il est vrai, légué l'expression obligation naturelle, mais qui désignait par ces mots une classe d'obligations dont il ne peut être question chez nous. Ainsi les dettes qu'un esclave pouvait contracter envers son maître étaient des dettes naturelles, peut-être aussi, entre toutes personnes, les dettes résultant de simples pactes, c'est-à-dire de conventions ne rentrant pas dans la catégorie très-restreinte des contrats consensuels. Ce ne sont évidemment pas des obligations de cette nature que le droit français actuel a désignées sous le nom d'obligations naturelles.

La recherche de l'obligation naturelle doit donc être exclusivement faite sur le terrain d'idées plus modernes. L'expression employée par le législateur peut d'abord conduire à penser qu'il y a une grande connexité entre les obligations dont nous parlons et la règle morale que Dieu a imposée à l'homme et qui est comme un des éléments de sa nature : les obligations naturelles seraient alors toutes celles qui résultent pour l'homme de la loi morale, elles seraient ce que nous pourrions appeler les obligations de conscience. Ainsi entendue, l'expression aurait un sens beaucoup trop large, car elle embrasserait même ces nécessités morales que nous avons appelées des devoirs et qui sont véritablement en dehors de la théorie des obligations. Nous l'avons dit au n° 1 *bis* II, pour qu'il y ait obligation, il faut que la nécessité à laquelle est soumise une personne ait pour corrélatif un droit chez une autre personne; si ce corrélatif n'existe pas, si personne ne peut se prétendre créancier, il n'y a pas d'obligation dans la rigueur des termes du droit civil; il peut exister une exigence de la loi morale, un devoir envers Dieu, mais aucune contrainte n'est possible au point de vue du droit positif.

Il faut donc, quand on parle des obligations naturelles, bien tenir compte de cette observation, que ce sont nécessairement des obligations civiles en un certain sens, c'est-à-dire reconnues par la loi, par le droit civil. Elles auront moins d'effet que les obligations civiles proprement dites, mais elles auront des effets importants (1).

(1) N° 1 *bis*. III.

174 *bis*. III. Il est bon de préciser d'abord quels sont les effets des obligations naturelles en droit français, il sera plus facile ensuite de rechercher quelles sont les obligations qui produisent ces effets.

Leur premier et principal effet est celui dont parle l'article 1235; elles peuvent être l'objet d'un paiement valable, ce qui produit deux conséquences : 1° la prestation faite volontairement et à titre de paiement d'une obligation naturelle ne peut donner lieu à la répétition de l'indu; 2° cette prestation est un paiement véritable, un acte à titre onéreux, et non pas une libéralité. Elle échappe dès lors aux règles concernant la forme des donations, la capacité pour donner ou recevoir, le rapport et la réduction.

L'obligation naturelle produisait en droit romain un autre effet important : elle pouvait être opposée en compensation au débiteur qui était en même temps créancier d'une dette civile. Mais il est impossible, en l'absence d'un texte, d'admettre cette idée dans le droit actuel, car la compensation n'est en réalité qu'un double paiement fictif et forcé, et opposer une certaine créance en compensation c'est en exiger l'acquittement, c'est vraiment intenter l'action, ce que ne peut faire le créancier d'une dette naturelle.

Second effet de l'obligation naturelle. Elle peut être l'objet d'un cautionnement ou d'une novation, parce que, ainsi que nous l'avons établi, c'est une obligation reconnue par le droit civil, bien qu'elle soit moins énergiquement sanctionnée que l'obligation civile ordinaire, et il suffit que ce soit une obligation pour que son extinction soit la cause légitime de la naissance d'une autre obligation dans la novation, et pour qu'une seconde obligation vienne s'y adjoindre comme accessoire dans le cautionnement et en garantisse l'exécution. Ce n'est pas du reste une inconséquence de permettre la novation ou le cautionnement d'une dette qui ne peut être poursuivie en justice, parce que la novation et le cautionnement sont des actes volontaires de celui qui s'oblige, tandis que la poursuite judiciaire tend à une exécution forcée, et le caractère de l'obligation naturelle est justement de ne pas se prêter à une contrainte, mais de pouvoir servir de cause à des actes de la volonté libre.

174 *bis*. IV. Ces effets constatés, il devient assez difficile de comprendre comment la loi civile aura pu reconnaître que certains

faits produiraient des obligations sans couvrir ces obligations de la sanction ordinaire, qu'il y aurait parmi les engagements civilement reconnus une sorte de hiérarchie, si bien que tous étant valables, quelques-uns seraient cependant moins puissants que les autres.

On peut néanmoins concevoir qu'une obligation appartienne à cette classe moins bien traitée par le législateur, quand elle est entachée de quelque imperfection, assez grande pour que le créancier ne puisse jouir des voies de contrainte ordinaires, assez légère toutefois pour que l'engagement ne soit pas absolument considéré comme non avenu.

Les exemples cités par Pothier nous serviront à bien comprendre cette théorie (1). Il parle d'abord des dettes de cabaret, qui, d'après l'article 128 de la Coutume de Paris, ne donnaient pas naissance à une action en justice. Nous ne pouvons pas commencer par là notre liste des obligations naturelles, parce que l'article 128 de la Coutume n'a pas passé dans le Code Napoléon, et que le cabaretier aurait une action. Mais bien certainement, quand l'ancien droit attribuait à cette dette le caractère de dette naturelle, c'est qu'il la considérait comme entachée d'un vice, elle avait été contractée dans des circonstances peu honorables, mais d'un autre côté il y avait un engagement sérieux qui paraissait ne pas devoir être complétement dépouillé d'effets.

Viennent ensuite d'autres dettes qui vont constituer la partie principale de l'énumération des obligations naturelles : 1° celles qui naissent des contrats faits par les personnes qui, ayant un jugement et un discernement suffisants, sont néanmoins déclarées par la loi civile inhabiles à s'obliger (mineurs, interdits, femmes mariées non autorisées); 2° celles contre lesquelles le débiteur pourrait se prévaloir de la chose jugée, du serment décisoire ou de la prescription. Cette énumération, empruntée à Pothier, a été reproduite par Bigot-Préameneu, orateur du gouvernement.

Dans les différentes hypothèses que nous venons d'indiquer, il est clair que l'obligation a quelque chose d'imparfait, soit que sa formation ait manqué d'un de ses éléments de validité, la capacité, soit que, contractée valablement, l'obligation puisse être considérée comme détruite postérieurement par un événement de la

(1) Pothier, *Obligations*, nos 192 et 196.

nature de ceux qui éteignent les dettes. Néanmoins on exagérerait les conséquences de ce vice originel ou de cette cause d'extinction si on considérait les dettes dont il s'agit comme absolument destituées de tout effet civil.

Il faut comprendre dans quel intérêt sont établies les règles sur l'incapacité, sur la chose jugée, le serment, la prescription. D'abord l'incapacité : elle protége certaines personnes dont les actes sont présumés n'être pas suffisamment réfléchis, parce que ces personnes sont présumées elles-mêmes ne pas donner seules un consentement éclairé. Quand ces personnes devenues capables reconnaissent que l'acte qu'elles ont autrefois consenti était raisonnable, pourquoi et dans quel intérêt le législateur voudrait-il dépouiller cet acte de toute espèce d'effet? Il a assez fait pour la protection de l'incapable en privant le créancier du droit d'action, il exagérerait sans motif cette protection en considérant l'obligation comme inexistante.

Les règles sur la chose jugée et la prescription sont à la fois des règles d'intérêt privé et d'intérêt public; dans ce double intérêt, il faut que les procès et les prétentions judiciaires ne s'éternisent pas, qu'on ne puisse pas toujours débattre le même différend, qu'on ne puisse pas alléguer l'existence d'un droit trop ancien et soulever par là des questions trop difficiles à juger. Voilà ce qui justifie le déni d'action dans ces deux cas; mais il n'est pas nécessaire, dans ce double intérêt, de dépouiller les obligations à l'égard desquelles le défendeur pourrait invoquer la chose jugée ou la prescription des effets qu'elles peuvent produire par la volonté libre des parties, si elles deviennent l'objet d'un paiement, d'une novation ou d'un cautionnement. Dès qu'il ne s'agit plus que d'actes volontaires, de reconnaissance de la dette, il n'y a plus à signaler et à prévenir les dangers des procès incessamment renouvelés, et des prétentions trop vieilles dont les preuves deviennent impossibles.

Nous pouvons en dire autant au cas de serment décisoire : le créancier est privé du droit de poursuivre par le résultat d'une transaction; ce déni d'action protége suffisamment le débiteur, mais il n'y a pas de raison pour refuser tout effet aux actes volontaires par lesquels le débiteur reconnaîtrait qu'il s'est trompé quand il a juré et que la dette existe.

174 *bis*. V. Le cercle des obligations naturelles est plus large que celui qui vient d'être tracé. Nous avons pris les exemples que citaient Pothier et Bigot-Préameneu, et de ces exemples il nous est possible d'arriver à une énumération plus riche. Ainsi ce que nous avons dit des dettes contractées par des incapables doit être étendu à toutes les dettes annulables; le créancier ne peut en exiger le paiement, mais puisque le débiteur peut ratifier (art. 1338), l'exécution volontaire, qui équivaut à la ratification, n'est autre chose que l'acquittement d'une obligation naturelle par une personne qui se reconnaît liée malgré le moyen de nullité que la loi lui offrait.

174 *bis*. VI. Il y a une certaine nature de dettes qui peut être rapprochée de celles dont nous venons de parler, c'est la dette qui résulte pour un héritier d'une donation entre-vifs nulle en la forme consentie par son auteur. L'article 1340 déclare valables la ratification et l'exécution volontaire de cette donation, nous pouvons par conséquent considérer cet héritier comme tenu naturellement, et il va de soi que ce que l'article 1340 dit des donations entre-vifs doit être étendu aux libéralités testamentaires pareillement entachées d'un vice de forme.

N'était l'article 1339, on aurait pu aussi considérer le donateur entre-vifs lui-même comme obligé naturellement, au cas de donation nulle. On aurait représenté les formes de la donation comme une garantie contre les diverses pressions dont peut souffrir la volonté du donateur, et on aurait dit que la reconnaissance volontaire de l'existence de l'obligation couvrait le vice dont avait été affecté l'engagement primitif. Mais l'article 1339 exige formellement que la donation soit refaite, par conséquent refuse à l'acte irrégulier les effets de l'obligation naturelle par rapport au donateur.

174 *bis*. VII. Parmi les obligations naturelles, nous avons placé la dette prescrite; nous devons maintenant constater une grande analogie entre cette obligation et la partie des dettes remise à un failli par son concordat. Le créancier s'est dépouillé ou a été dépouillé de son droit de poursuite; mais comme il n'a pas été payé et qu'il n'a pas eu l'intention de gratifier son débiteur, la dette subsiste toujours; par conséquent l'obligation civile a dégénéré en obligation naturelle, ainsi qu'il arrive au cas d'obli-

gation frappée de prescription. La loi elle-même reconnaît que la dette dont nous parlons peut être l'objet d'un paiement, car elle fait de ce paiement une nécessité pour le failli qui veut être réhabilité, c'est-à-dire relevé des incapacités qui l'avaient atteint en raison de sa faillite.

174 *bis*. VIII. Nous devons aussi ranger dans les obligations naturelles la dette résultant des contrats de jeu ou de pari. C'est bien là certainement une obligation entachée d'une certaine imperfection, puisque la loi, dans l'article 1965, prive le créancier de toute action; mais comme elle est le résultat d'une convention que le débiteur peut reconnaître avoir faite en toute liberté, le paiement volontaire est validé par l'article 1967. Le principal effet de l'obligation naturelle est donc produit par la dette de jeu; il est vrai que comme la loi refuse toute action à propos de ces dettes, il faudrait annuler la novation ou la fidéjussion qui les aurait pour objet; mais ce n'est pas une raison pour que cette dette ne soit pas classée dans les dettes naturelles, parce qu'on peut concevoir qu'exceptionnellement une dette naturelle ne produise pas tous les effets attachés ordinairement à ce genre d'obligations.

174 *bis*. IX. Il y a des conventions que la loi prohibe absolument dans un intérêt social et qui ne doivent pas même engendrer l'obligation naturelle, parce qu'il ne faut pas oublier que l'obligation naturelle est une obligation civile moins énergiquement sanctionnée que l'obligation civile proprement dite. Or la loi manquerait ordinairement le but qu'elle veut atteindre par la prohibition d'une convention, si elle sanctionnait même imparfaitement l'engagement qu'elle refuse de sanctionner par les moyens ordinaires de contrainte. Supposons une promesse d'intérêts usuraires (1) ou une contre-lettre augmentant le prix ostensible d'un office de notaire, d'avoué, etc. Il faut que ces conventions ne produisent pas même l'obligation naturelle; car c'est dans des vues d'utilité générale que la loi a limité l'intérêt de l'argent et exige que les traités de vente d'offices soient agréés par le gouvernement; et cet intérêt général serait presque aussi certainement lésé par l'existence d'une simple obligation naturelle

(1) V. loi du 3 septembre 1807, art. 3.

que par celle d'une obligation civile. Les emprunteurs seraient toujours pressurés par les créanciers, qui auraient soin de se faire payer d'avance l'intérêt usuraire; et les acheteurs d'offices, soumis aussi à la nécessité de payer comptant un prix excessif, seraient exposés à la tentation de commettre des abus et prévarications pour faire face à leurs engagements. Les conventions dont nous parlons sont contraires à l'ordre public, elles doivent être absolument dénuées d'effet.

On eût pu admettre la même solution quant à la convention de jeu ou de pari, qui est certainement prohibée comme ayant quelque chose de dangereux; mais le législateur s'est expliqué sur les effets qu'il lui attribuait, et il a exclu la répétition quand la dette a été payée, probablement parce qu'il a considéré ces conventions comme moins dangereuses pour l'ordre social et parce qu'on ne peut supposer que le paiement aura été fait d'avance.

174 *bis*. X. Outre les obligations naturelles qui naissent de conventions entachées d'un vice, ou qui sont des obligations civiles dégénérées, des auteurs en ont trouvé d'autres dans un certain nombre d'obligations morales qui leur ont paru pouvoir produire les effets de l'obligation naturelle (1). On a cité l'obligation de nourrir un parent dans l'indigence : celle de rémunérer au delà d'un simple salaire des services dévoués : celle de doter ses enfants. Nous ne pouvons reconnaître là des obligations naturelles. En effet, s'il est constant que les sommes ou objets reçus ne peuvent être répétés en pareil cas, c'est qu'il y aura eu au moins donation manuelle. Mais il serait dangereux de voir dans les personnes que ces hypothèses mettent en présence un créancier et un débiteur; car il faudrait alors admettre que des engagements pourraient être contractés pour ces causes, sans observer les formalités des donations, puisqu'il s'agirait simplement de la novation d'une obligation naturelle; et le Code a traité comme donations les prestations faites à titre de dot et celles qui sont la rémunération de services rendus, quand elles excèdent les limites d'un salaire (2). Reste donc l'obligation morale de fournir des aliments

(1) Zachariæ Aubry et Rau, édit. 1856. T. III, § 297.

(2) Voir le chapitre du rapport au titre des successions, l'article 1573 pour les donations à titre de dot aux enfants, et les articles 909 et 960 pour les donations rémunératoires.

à des parents dénués de ressources. On peut trouver là le germe d'une obligation de conscience; mais s'il était possible de faire sur ce point des conventions dispensées des formes auxquelles sont soumises les donations, on pourrait craindre les abus d'influence et les violences physiques contre lesquels la loi sur la forme des donations protége les donateurs.

174 *bis*. XI. La théorie que nous avons exposée sur la nature de l'obligation naturelle doit nous éclairer sur le caractère que doit avoir le paiement de cette obligation pour faire obstacle à la répétition de l'indu. D'après l'article 1235, ce paiement doit être volontaire; ce qui ne signifie pas simplement qu'il doit être exempt des vices de violence ou de dol, condition générale de la validité des actes et qu'il était inutile de rappeler, mais ce qui implique qu'il doit être fait en connaissance de cause, sciemment. Celui qui paye doit savoir qu'il acquitte une obligation naturelle et non point une obligation civile; toute la force du paiement gît en effet, nous l'avons dit, dans la volonté de corriger l'imperfection originelle ou incidente dont est entachée l'obligation, et cette volonté ne peut exister qu'autant que le débiteur sait à quoi s'en tenir sur le caractère de son obligation. On trouve, au reste, la confirmation de cette manière d'entendre l'article 1235 dans l'article 1338, où il s'agit de la ratification, c'est-à-dire de l'acte par lequel souvent une obligation naturelle sera convertie en obligation civile. Cet acte est assujetti à des conditions qui supposent qu'il doit être fait en parfaite connaissance de cause; il ne saurait en être autrement du paiement.

174 *bis*. XII. Si le paiement de l'obligation naturelle n'est inattaquable qu'autant qu'il a été fait sciemment, on peut tout d'abord penser qu'il n'y a pas de différence entre ce paiement et celui d'une dette inexistante; car on a soutenu que le paiement de l'indu ne donnait pas lieu à la répétition quand il avait été fait sciemment. C'est un point qui sera examiné plus tard. Nous pouvons dire dès à présent que l'erreur de celui qui paie n'est pas la condition *sine qua non* de la répétition de l'indu (art. 1235 et 1376): que dès lors on peut répéter l'indu qui a été payé sciemment, tandis qu'on ne peut pas répéter le montant d'une obligation naturelle acquittée en connaissance de cause.

175. Pour que le paiement soit valable, il n'est pas toujours nécessaire qu'il soit fait par le débiteur lui-même; il est clair qu'il peut l'être par toute personne intéressée à lui procurer sa libération (v. à ce sujet art. 1251-3°). Le paiement, même fait par un tiers sans intérêt, libère le débiteur, quand il est fait en son nom et en son acquit. Bien plus, ce tiers peut, en son propre nom, forcer le créancier à recevoir; mais il faut pour cela que le paiement qu'il veut faire tende à la libération du débiteur, et n'ait pas pour but d'obtenir la subrogation aux droits du créancier. V. article 1236, et remarquez que notre article n'ôte pas au tiers sans intérêt la faculté de payer avec subrogation, si le créancier consent à cette subrogation (art. 1250-1°).

175 *bis*. I. A l'article 1236 commencent les détails de la théorie du paiement. La loi examine successivement: Qui peut payer?— A qui le paiement peut être fait? — Quelle chose doit être payée? — En quel lieu le paiement doit être effectué?

175 *bis*. II. *Qui peut payer?* Une première idée est sous-entendue dans l'article : c'est d'abord le débiteur qui peut et doit payer. Quand nous constatons qu'il peut payer, nous entendons non-seulement qu'il peut accomplir le paiement d'accord avec le créancier, mais bien plus, qu'il pourrait triompher des résistances de celui-ci et le contraindre à recevoir s'il refusait la prestation offerte. Il y aurait alors lieu à la procédure d'offres réelles, dont nous parlerons sur les articles 1257 et suivants.

175 *bis*. III. Il n'y a pas que le débiteur qui ait le droit de payer, c'est-à-dire de contraindre le créancier à recevoir; l'article énumère encore d'autres personnes auxquelles il reconnaît ce droit : 1° un tiers intéressé; 2° un tiers sans intérêt, agissant pour le débiteur; 3° un tiers agissant pour son propre compte, mais sans subrogation.

Le premier alinéa de l'article cite à titre d'exemple certaines personnes intéressées au paiement : coobligé, caution, on peut ajouter tiers détenteur d'immeuble hypothéqué à la dette; et il est facile de comprendre comment ces personnes, qui, plus ou moins directement, peuvent être contraintes à payer, ne sauraient sans

injustice être privées du droit de se soustraire au danger des poursuites.

175 *bis*. IV. Dans son second alinéa, l'article 1236 parle des deux autres classes de personnes ayant le droit de payer; mais alors les termes de la loi sont plus obscurs, et les hypothèses prévues n'apparaissent pas aussi clairement.

Il est d'abord question de celui qui paye au nom et en l'acquit du débiteur. Par ces expressions, la loi désigne d'abord le mandataire du débiteur, dont il était inutile de parler spécialement, puisque quand le mandataire paye c'est véritablement le débiteur lui-même qui fait le paiement. Bien certainement aussi, mais avec plus de motifs de s'expliquer sur ce point, le texte accorde le droit de payer à celui qui, dans une intention libérale, paye la dette d'autrui au nom du débiteur et sans se réserver de recours contre lui. De ce paiement on peut bien dire surtout qu'il a été fait en l'acquit du débiteur, car c'est le seul parmi tous ceux dont nous parlons qui acquitte, c'est-à-dire qui libère l'obligé. Et il est excessivement raisonnable d'autoriser un paiement qui ne substitue pas un créancier à un autre, mais qui éteint définitivement la dette. L'article comprend enfin celui qui paye sans mandat, au nom du débiteur, mais en se réservant contre lui un recours pour le recouvrement de ses déboursés. Celui-là, c'est le gérant d'affaires (*negotiorum gestor*). Il paye en l'acquit du débiteur, en ce sens qu'il éteint la dette primitive pour y substituer une dette nouvelle fondée sur le quasi contrat de gestion d'affaires; mais il faut avouer qu'il y a là un acquit un peu incomplet, une libération plutôt fictive que réelle, de sorte qu'on aurait pu à bon droit contester l'utilité de l'opération accomplie, alléguer que le débiteur n'y a pas intérêt, et refuser au tiers le droit de payer malgré le créancier. Toutefois le doute n'est pas possible sur ce point, en présence de la troisième proposition contenue dans l'article : elle reconnaît que le paiement peut être fait par le tiers qui agit en son propre nom et qui bien certainement indique par là qu'il entend se réserver une action en recours contre le débiteur. A plus forte raison doit-on donner le droit de payer à celui qui agit au nom du débiteur.

175 *bis*. V. L'énumération des personnes qui peuvent payer se termine par : le tiers qui agit en son propre nom. Il est clair que

ce tiers ne prétendant pas faire l'affaire du débiteur, encore moins lui faire une libéralité, conserve un recours contre lui; et alors il y a lieu de se demander pourquoi la loi autorise cette intervention d'un étranger dans les rapports du créancier et du débiteur, intervention qui, ne l'oublions pas, tend à contraindre le créancier à recevoir. Il faut dire que le plus ordinairement ce paiement doit être avantageux au débiteur; il y gagnera au moins du temps, le nouveau créancier ne pouvant pas avoir songé à débourser des fonds pour en poursuivre immédiatement la rentrée; en outre, l'action du nouveau créancier sera souvent moins rigoureuse que l'ancienne, parce que ce créancier n'aura pas acquis les droits accessoires (hypothèques, gages, etc.) qui garantissaient l'ancienne action. Voilà pourquoi la loi autorise le paiement fait par un tiers; elle aurait pu subordonner la faculté de payer pour autrui à la preuve que ce paiement profiterait au débiteur; mais sur ce point on aurait vu naître un grand nombre de contestations, l'appréciation des faits eût été délicate et difficile, et le législateur a mieux aimé présumer que celui qui paye ainsi la dette d'autrui sans garantie exceptionnelle de remboursement, fait un acte profitable au débiteur.

175 *bis*. VI. Nous venons d'annoncer que le tiers qui paye n'aurait pas toujours acquis pour sa nouvelle créance les garanties spéciales de l'ancienne; il ne peut pas en effet exiger qu'elles lui soient transmises, c'est au moins probablement ce que signifient les derniers mots de l'article *qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*. Mais ceci demande une courte digression sur la subrogation.

Nous dirons au n° 188 que la subrogation est la substitution d'un créancier à un autre, substitution en vertu de laquelle le nouveau créancier profite de tous les droits accessoires qui garantissaient la créance en faveur de l'ancien créancier. Cette substitution est conventionnelle ou légale, et notamment elle s'opère par la volonté de l'ancien créancier consentant à subroger un nouveau créancier dans ses droits (art. 1250-1°). Dès lors il est impossible que notre article signifie qu'un tiers payant la dette ne peut être subrogé, car cette proposition serait en contradiction avec l'article 1250. Par un accord entre le tiers qui paie et le créancier, cette subrogation est possible, comme aussi elle pourrait

résulter d'un accord entre le débiteur et le nouveau créancier (art. 1250 2°). Le sens naturel que paraissent avoir les derniers mots de l'article 1236 ne peut donc pas être leur sens véritable.

175 *bis*. VII. Pour découvrir le véritable sens des termes que nous étudions, il ne faut pas oublier que l'article dans son ensemble traite du droit de payer et par conséquent des paiements faits malgré le créancier. Il s'agit donc de déterminer les conditions que doit réunir un paiement pour qu'il puisse être imposé au créancier; on comprend alors que dire : le tiers peut payer pourvu qu'il ne soit pas subrogé, c'est dire : il peut imposer un paiement pourvu que ce soit sans subrogation; autrement dit : le tiers contraint le créancier à recevoir, mais il ne peut le contraindre à lui consentir la subrogation. Bien entendu nous faisons toujours la réserve du cas où le tiers qui paie est d'accord avec le débiteur dans les termes de l'article 1250 2°. Mais notre article entend que le tiers ne peut exiger la subrogation s'il n'est pas sur ce point d'accord soit avec le créancier, soit avec le débiteur.

On peut trouver que les termes de l'article 1236 n'expriment pas assez clairement cette pensée, mais cette obscurité n'a pas d'inconvénient pratique, car alors même que l'article serait muet sur ce point, il serait impossible de soutenir qu'un tiers a le droit d'exiger la subrogation. Il résulte de l'article 1249 que la subrogation est conventionnelle ou légale. Or, comme on ne se trouve pas ici dans un des cas de subrogation légale, il faudrait pour que le nouveau créancier fût subrogé qu'il existât une convention de subrogation, et il ne peut être question de convention à propos d'une opération que nous supposons faite par la volonté exclusive d'une seule personne.

175 *bis*. VIII. Il n'est pas du reste difficile d'expliquer pourquoi un tiers sans intérêt ne peut pas ainsi, par sa seule volonté, exproprier le créancier des droits qui lui appartiennent. Le créancier qui refuse le paiement offert est probablement satisfait du placement qu'il a fait, et on ne comprendrait pas, si ce placement est avantageux à raison des garanties accessoires telles qu'une hypothèque ou un cautionnement, pourquoi un étranger, en quête d'un emploi utile et sûr, viendrait dépouiller le créancier de ses droits sans que le débiteur y consentît ou au moins en profitât? Il faut de plus remarquer que si un tiers pouvait ainsi

obtenir une subrogation forcée, il arriverait le lendemain du paiement que l'ancien créancier, devenu un tiers, pourrait exiger à son tour cette subrogation, et qu'avec un peu de persévérance ces deux créanciers, l'ancien et le nouveau, s'exproprieraient alternativement et sans fin de la créance et de ses accessoires.

175 *bis*. IX. Nous n'avons pas tenu compte dans cette explication de mots sur l'article 1236 d'une interprétation qui s'appuie, il est vrai, sur quelques paroles de l'exposé des motifs, mais qui nous paraît donner aux mots qu'il s'agit de traduire un sens très-éloigné de la pensée dominante des rédacteurs de l'article. Suivant certains auteurs, ces mots : *pourvu qu'il ne soit pas subrogé*, sont une réserve purement théorique faite par le législateur en vue même de la subrogation conventionnelle, et qui a pour but de constater que dans l'hypothèse de la subrogation la dette n'est pas véritablement acquittée, parce que les droits du créancier continuent de subsister et sont l'objet d'une sorte de cession au bénéfice du subrogé (1). On a peine à comprendre l'espèce de scrupule qui aurait dicté cette phrase au législateur, quand on remarque que dans son langage la subrogation est toujours la conséquence d'un paiement. Quelle que soit la théorie sur la nature de la subrogation, il est constant que l'emploi du mot paiement dans l'hypothèse de la subrogation est loin de lui paraître choquant; de plus, dans l'article 1236 lui-même, nous voyons le premier alinéa déclarer que l'obligation peut être acquittée par un coobligé ou une caution, et il résulte de l'article 1251 3° qu'en pareil cas il y a subrogation légale, ce qui prouve non-seulement qu'il n'y a pas contradiction dans le système général de la loi entre l'acquittement d'une obligation et la subrogation aux droits du créancier, mais que cette contradiction n'a pas apparu aux rédacteurs de l'article 1236.

175 *bis*. X. Dans les hypothèses que nous venons d'examiner le créancier refusait de recevoir, mais nous ne parlions pas du débiteur et nous supposions au moins son abstention. Il peut arriver que le débiteur lui-même s'oppose au paiement, et il faut se fixer sur la valeur de cette opposition. Le tiers peut-il néanmoins, pourvu qu'il soit dans les conditions de l'article 1236, acquitter la dette? S'il l'a acquittée, a-t-il un recours contre le débiteur?

(1) V. Marcadé, art. 1236. I.

Sur la première question nous trouvons que Pothier, au n° 463, ne fait pas difficulté qu'un tiers puisse payer malgré l'opposition du débiteur, et l'article 1236 semble n'être que l'abrégé de ce passage de Pothier, d'où il est facile de conclure que l'opposition du débiteur ne serait pas plus aujourd'hui qu'autrefois un obstacle au paiement. Il faut toutefois attacher une certaine importance à l'omission que le Code a faite, dans sa reproduction des idées de Pothier, de ces mots caractéristiques : *quand même elle ferait ce paiement malgré le débiteur*. Notre texte a évité de donner une formule absolue, il a craint de dire : On ne pourra jamais ou on pourra toujours payer *invito debitore*. L'article, en effet, s'applique à un certain nombre d'hypothèses bien distinctes. S'il s'agit de payer malgré le débiteur, mais du consentement du créancier, on comprend que celui-là n'ait pas un intérêt légitime à empêcher celui-ci de recevoir la satisfaction qu'il lui doit et qu'il lui fait attendre; mais quand on met en présence un créancier qui refuse le paiement et un débiteur qui s'y oppose, il est au moins étrange de donner à un tiers le droit de s'interposer entre ces deux personnes pour les contraindre par justice à détruire une relation personnelle existant entre elles et à y substituer une autre relation entre le débiteur et lui-même. On dit bien, il est vrai, qu'il est bon et humain d'améliorer le sort d'une autre personne même malgré elle, mais il n'est pas toujours vrai que la loi autorise ainsi la libéralité par voie de contrainte, puisqu'elle exige l'acceptation des donations, et de plus il n'est pas certain que la position du débiteur fût améliorée par ce paiement qui le laisserait exposé à un recours, car tout se réduit à une question d'appréciation personnelle qui se résume ainsi : le débiteur préfère-t-il un créancier qu'il connaît à un nouveau créancier qu'il ne connaît pas et qui s'impose sous prétexte de faire sa condition meilleure? Poser la question ainsi c'est la résoudre. Quand le débiteur et le créancier sont d'accord pour s'opposer au paiement, ce paiement ne peut avoir lieu.

175 *bis*. XI. Nous reconnaissons néanmoins que si le créancier ne refuse pas, le paiement aura pu avoir lieu *invito debitore*, et alors nous retrouvons la seconde question : le tiers a-t-il un recours, et dans quelles limites? Il a un recours, cela ne peut faire doute, sinon le débiteur s'enrichirait à ses dépens, car on ne peut sup-

poser qu'il ait voulu faire une libéralité, les donations ne se présumant pas et ne pouvant pas s'accomplir sans la volonté du donataire. Seulement ce recours fondé sur l'équité doit être borné à ce dont le débiteur a profité (*quod in rem debitoris versum est*), et par conséquent il faudrait tenir compte des délais ou des remises partielles que le créancier aurait accordés au débiteur si l'intention de concéder ces délais ou ces remises était démontrée.

Cette observation, du reste, veut être généralisée et étendue à tous les cas où un paiement aurait été fait dans les diverses hypothèses prévues par l'article 1236 et sans un mandat du débiteur.

176. La règle que le paiement peut être fait par toute personne n'étant fondée que sur le défaut d'intérêt du créancier à exiger le fait personnel du débiteur, reçoit naturellement exception lorsque cet intérêt existe au contraire pour le créancier. V. art. 1237. Cette exception s'applique à certaines obligations de faire.

176 *bis*. I. Les obligations de faire ne répugnent pas toutes à l'exécution par un autre que le débiteur. Il y a sur ce point à apprécier la nature du fait promis et l'intérêt que le créancier peut avoir à l'exécution personnelle de la part du débiteur. Quand il s'agira d'un fait en vue duquel le créancier a dû prendre en considération le talent, l'habileté, la science du promettant, comme la composition d'une pièce de théâtre, d'un livre ou d'un mémoire destiné à éclairer des juges, il est impossible qu'une personne puisse se substituer au promettant sans porter atteinte aux intérêts du créancier. Il n'y aurait même pas à faire une comparaison impossible, quant au talent et à la réputation, entre le débiteur et son substitué, car il y a là pour le créancier une question de confiance personnelle, de prédilection individuelle pour les œuvres et la manière d'un auteur, d'un savant ou d'un artiste, et le créancier ne recevrait pas ce qu'il a voulu, alors même que le travail serait fait par un auteur, un savant ou un artiste généralement considéré comme ayant un talent supérieur à celui du promettant.

Certains faits, au contraire, certains ouvrages n'ont pas le cachet propre de leur auteur, la personnalité de celui qui les

accomplit ne s'y montre pas; pour ceux-là, le débiteur peut être remplacé sans désavantage pour le créancier, pourvu que l'ouvrage soit bien fait, au sens absolu de l'expression. *Exemple :* un mur à bâtir, un fossé à creuser, une vigne à façonner.

176 *bis.* II. L'article 1237, dans les cas qu'il prévoit, ne fait pas seulement obstacle à l'exécution par un tiers désintéressé, mais aussi et bien certainement à celle que tendrait de faire un coobligé ou une caution. L'obligation, en effet, que ce codébiteur ou cette caution ont contractée a pour objet non pas le fait considéré d'une manière abstraite, *in rem,* mais ce fait devant être accompli par telle personne déterminée, dès lors ils ne se libéreraient pas en exécutant eux-mêmes le fait promis; leur engagement se réduit en une obligation de dommages et intérêts pour le cas où le fait ne serait pas accompli par celui qui devait l'accomplir personnellement.

177. Le paiement, au moins dans l'obligation de donner proprement dite, devant avoir pour effet de transférer au créancier la propriété de la chose due (si toutefois elle ne lui a pas déjà été acquise par l'obligation même, art. 1138), on conçoit que pour payer alors valablement, il faut avoir la libre disposition de la chose, disposition qui n'appartient, en général, qu'au propriétaire capable. Autrement, le débiteur n'est pas libéré, et la chose peut, suivant le cas, être revendiquée. (V. art. 2279.) Mais la revendication d'une chose qui se consomme par l'usage devenant impossible après la consommation faite de bonne foi, et le créancier ayant tiré alors de la chose tout l'avantage qu'il devait en attendre, cette consommation valide le paiement. V. article 1238.

177 *bis.* I. Les articles précédents ont traité du paiement en général considéré comme l'acquittement d'une obligation quelconque; l'article 1238, au contraire, prend le mot paiement dans son acception restreinte, il n'a en vue que l'exécution de l'obligation de transférer la propriété. Il était pour ainsi dire inutile de faire remarquer que si le débiteur doit la propriété d'une chose, il ne satisfait pas à son obligation quand il livre une chose appartenant à autrui et dont il ne peut par conséquent transférer

la propriété, ou quand il livre sa propre chose, mais qu'il est incapable d'aliéner cette chose.

Cette observation, déjà faite par Pothier (1), demandait du temps de ce jurisconsulte et demande encore bien plus aujourd'hui une certaine restriction. Dans notre droit, l'obligation de donner emporte celle de livrer, et l'obligation de livrer, réputée accomplie par la simple promesse, transfère la propriété (art. 1138) (2); par conséquent, dans les cas régis par cet article, ce n'est pas lors du paiement que l'aliénation est consommée, ce n'est donc pas à ce moment que celui qui paye doit être propriétaire et capable d'aliéner; l'aliénation est consommée peut-être depuis longtemps. Le paiement ne peut plus consister que dans la livraison matérielle de la chose. Le débiteur n'est plus et ne peut plus être propriétaire.

177 *bis*. II. L'article 1238 n'a donc pas eu en vue les hypothèses nombreuses dans lesquelles la convention de donner a par elle-même et sans tradition transféré la propriété; il suppose des cas dans lesquels le débiteur est véritablement devenu par sa promesse débiteur de la propriété, où il y a véritablement pour lui, dans la rigueur des termes, obligation de donner, c'est-à-dire non pas seulement de livrer, mais de transférer la propriété. Alors il ne peut remplir son obligation qu'en donnant une chose dont il est propriétaire et qu'il a la capacité d'aliéner.

Si on se reporte aux explications données sur l'article 1138 (3), il est facile de comprendre la distinction que nous venons de faire sur l'article 1238. Quand l'obligation de donner a pour objet un corps certain, la propriété est transférée par la simple convention, et cette hypothèse est en dehors des prévisions de l'article 1238; mais la règle de l'article reçoit néanmoins une large application, car elle est vraie toutes les fois que l'objet de l'obligation est une quantité, parce qu'alors la propriété n'étant pas transférée par la convention, le paiement doit être autre chose qu'une simple livraison, mais qu'il doit être une aliénation.

177 *bis*. III. Nous avons dit qu'au temps même de Pothier, avant l'innovation introduite par l'article 1138 du Code Napoléon,

(1) Pothier, n° 459.
(2) V. *suprà*, n° 55 *bis*. III.
(3) V. *suprà*, n° 55 *bis*. I.

la règle reproduite par notre article, bien que d'une application plus générale, n'était cependant pas absolument vraie. Il n'y avait pas certes à distinguer si l'objet dû était un corps certain ou une quantité, les corps certains eux-mêmes n'étaient transmis que par la tradition. Mais il intervenait fréquemment une convention spéciale, opérant une tradition fictive, qui réduisait le paiement à n'être comme aujourd'hui qu'une livraison matérielle, l'aliénation s'étant consommée plus tôt. Puis, en sortant du cercle des dettes conventionnelles, on pouvait trouver des dettes dont l'acquittement devait consister dans la livraison seule, la propriété étant déjà acquise au créancier avant le paiement; c'est ce qui arrivait quand la dette résultait d'un testament. L'héritier débiteur du legs de corps certain ne devait pas transférer la propriété, car le legs avait rendu le légataire propriétaire, et il eût été inexact en ce cas de dire que pour payer valablement le débiteur devait être propriétaire de la chose et capable de l'aliéner.

177 *bis*. IV. Il faut maintenant tirer les conséquences de la règle posée par l'article 1238, et dont nous avons déterminé les limites.

Les questions qui naissent sur la validité d'un paiement s'élèvent entre celui qui veut payer ou qui a payé et celui qui est mis en demeure de recevoir ou qui a reçu, c'est donc par rapport à ces personnes qu'il faut surtout envisager l'application de l'article.

Puis, comme l'article suppose que le paiement a eu pour objet la chose d'autrui, il faudra encore examiner si cet acte peut avoir quelque conséquence par rapport au propriétaire de la chose qui a été livrée.

177 *bis*. V. Entre celui qui paie et le créancier la situation est très-claire tant que le paiement n'est pas effectué. Celui qui veut payer ne peut le faire valablement s'il n'est propriétaire de la chose et capable de l'aliéner; d'où cette conséquence nécessaire que le créancier peut refuser le paiement qui lui serait offert dans d'autres conditions: il ne peut être contraint à recevoir un paiement que la loi déclare n'être pas valablement fait.

La situation, au contraire, n'est plus aussi nettement indiquée si le paiement a été effectué. Ce paiement a été entaché d'un vice, mais quelles sont les conséquences de ce vice? Ici il faut

examiner successivement le cas où celui qui paie n'était pas propriétaire de la chose, et le cas où il n'était pas capable de l'aliéner.

177 *bis*. VI. Supposons d'abord que celui qui a payé a livré la chose d'autrui. Il est constant que le créancier peut demander un second paiement, en restituant toutefois ce qui lui a été livré, parce que le prétendu paiement qu'il a reçu n'était pas valable, la propriété de la chose due ne lui ayant pas été transférée.

Quant à celui qui a fait le paiement en livrant la chose d'autrui, peut-il se prévaloir de l'article 1238, et, soutenant que le paiement par lui fait était nul, répéter la chose livrée, sauf à rester débiteur, et peut-être même à la condition d'offrir immédiatement la chose due?

On comprend l'intérêt que pourrait présenter cette restitution de la chose livrée, bien qu'elle ne pût être obtenue que moyennant le paiement d'une chose pareille. Celui, en effet, qui aurait ainsi livré la chose d'autrui, pourrait se trouver exposé à une action en dommages et intérêts de la part du véritable propriétaire, et il lui serait avantageux de reprendre cette chose pour l'avoir à sa disposition quand le propriétaire la lui redemanderait. De plus, s'il avait eu comme débiteur le droit de faire un certain choix pour effectuer le paiement, il pourrait trouver son compte à reprendre la chose livrée s'il avait le droit de livrer une autre chose d'une qualité inférieure.

177 *bis*. VII. L'intérêt reconnu, le droit existe-t-il? Si on n'avait sur ce point aucune disposition spéciale de la loi, on devrait répondre : Non, le droit n'existe pas, le créancier ne peut être dépouillé de ce qu'il a reçu par celui qui l'a payé. On aurait à faire ici une application de la théorie générale en vertu de laquelle celui qui peut être actionné à l'occasion d'un préjudice souffert ne peut pas lui-même causer ce préjudice. Le débiteur qui reprendrait l'objet donné en paiement redeviendrait débiteur, il causerait par conséquent un préjudice dont il devrait réparation, et dès lors on ne devrait pas lui reconnaître le droit de causer ce préjudice.

Mais tel n'a pas été le système des rédacteurs du Code. L'article 1238 paraît avoir admis que la nullité du paiement pourrait, en thèse ordinaire, être invoquée par celui qui a payé la chose

d'autrui. En effet, par sa disposition finale il refuse la répétition dans le cas où le créancier a consommé de bonne foi la chose reçue, ce qui est bien la consécration du droit de reprendre la chose payée quand elle n'est pas consommée. Il n'y a pas à s'y tromper, du reste, ce droit refusé au cas de consommation, c'est bien le droit de celui qui a payé, et la loi ne peut pas avoir songé au droit de revendication du véritable propriétaire; tout le prouve: d'abord les expressions du texte : *le paiement ne peut être répété*, qui montrent bien qu'il s'agit de régler les rapports entre celui qui a fait et celui qui a reçu le paiement, et non pas le droit de revendication du propriétaire étranger au paiement; ensuite la disposition même de l'article : elle met sur la même ligne les cas de paiement par un incapable et de paiement de la chose d'autrui, pour refuser dans les deux cas la répétition, et démontre suffisamment par là qu'elle règle un droit appartenant à celui qui a payé, car dans le cas de paiement par un incapable c'est bien certainement à celui qui a payé que la loi refuse exceptionnellement le droit de répétition; donc, dans l'autre hypothèse, par la même expression en la même phrase, elle a dû vouloir refuser le même droit à la même personne.

177 *bis*. VIII. Quand on recherche pourquoi l'article n'a pas tenu compte du raisonnement que nous présentions d'abord contre le droit de répétition du débiteur qui dépouille son créancier pour redevenir son débiteur, on trouve que les rédacteurs du Code ont pris en grande considération la situation comparée des deux parties : le créancier qui n'a pas d'intérêt appréciable à conserver la chose livrée si on lui en rend une semblable, et le débiteur exposé à subir un préjudice peut-être considérable par suite de l'action en dommages et intérêts du vrai propriétaire. Puis, comme il faut toujours maintenir l'égalité entre les parties, il serait injuste que l'une d'elles, le créancier, pût toujours se prévaloir de la nullité du paiement, et que l'autre fût indéfiniment sous le coup de cette demande de nullité sans pouvoir se prémunir contre ce danger. Il s'agit donc pour le débiteur de sortir d'une position précaire dépendant du caprice d'autrui, pour arriver à savoir sur quoi compter en consolidant le paiement par un changement opéré dans la chose livrée.

177 *bis*. IX. Il ne faut pas, au surplus, que sous prétexte d'éga-

lité, le débiteur puisse priver le créancier d'un bénéfice sur lequel celui-ci a dû légitimement compter. Par conséquent, en reprenant la chose payée, il faut que le débiteur remette au créancier une chose exactement égale à celle dont il le prive. Il ne pourrait pas dès lors revenir sur les conséquences d'un choix qui aurait pu porter sur une chose de moindre valeur ; car, en substituant une chose à la chose d'autrui qui a été livrée, il faut que la répétition remette le créancier dans la situation que le paiement lui avait faite.

177 *bis*. X. La loi a donc sous-entendu que celui qui a fait le paiement pouvait répéter la chose d'autrui par lui payée. Mais, comme nous l'avons annoncé, elle a subordonné ce droit à une restriction. Si la chose payée est de nature à être détruite par l'usage, et si le créancier l'a consommée de bonne foi, la répétition ne peut plus être exercée par celui qui a fait le paiement. Le créancier serait mis dans une position trop difficile s'il était condamné à rendre la valeur d'une chose qu'il a consommée, qu'il n'a plus par conséquent à sa disposition, et le débiteur n'a pas l'intérêt légitime que nous signalions plus haut, puisqu'il n'est plus exposé à une action de la part du créancier, qui, ayant tiré de la chose tout le profit possible et n'étant pas exposé à une éviction de la part du vrai propriétaire, ne peut plus demander un second paiement.

177 *bis*. XI. Le paiement qui a eu pour objet la chose d'autrui a dû laisser intact le droit du véritable propriétaire. Voilà un point qui est constant, et dont, par suite, l'article 1238 n'avait pas à se préoccuper. Celui qui a livré n'a pas pu transférer la propriété qu'il n'avait pas, et le propriétaire a dû conserver l'action en revendication de sa chose. Seulement l'existence de cette action est nécessairement subordonnée à toutes les conditions et restrictions qui résultent des principes généraux sur la perte du droit de propriété. Ainsi, quand la chose payée est un immeuble, le droit de revendication existe jusqu'à la prescription; et s'il s'agit d'un meuble, ce droit n'existe qu'autant que le meuble a été volé ou perdu, ou qu'il a été reçu de mauvaise foi par le créancier. (art. 2279.)

177 *bis*. XII. Il résulte donc des règles générales sur la propriété que, dans certains cas, le créancier qui a reçu peut se

trouver à l'abri des évictions; et alors il y a lieu de se demander si ce fait ne consolide pas le paiement, même dans les rapports entre le créancier et le débiteur. Le créancier ne pouvant plus être évincé, peut-il néanmoins argüer de la nullité du paiement et demander la livraison d'une autre chose?

Il est difficile de ne pas lui reconnaître ce droit quand il a reçu un meuble et qu'il n'est mis à l'abri des évictions que par la règle : *En fait de meubles possession vaut titre.* Il peut répugner, en effet, à la conscience du créancier de conserver une chose dont il sait que le propriétaire a été dépouillé sans sa volonté, et pour rendre définitive la spoliation de ce propriétaire, de profiter d'une disposition aussi rigoureuse que celle de l'article 2279. Il a certes le droit d'exiger de son débiteur une chose qu'il puisse posséder sans scrupule et sans avoir recours à la plus dure et la plus courte des prescriptions.

177 *bis.* XIII. Que si, au lieu de supposer le paiement d'un meuble, nous songeons au cas où le débiteur a livré un immeuble qui ne lui appartenait pas, mais qui depuis cette livraison est devenu par prescription la propriété du créancier, comme ici la prescription n'est pas instantanée, mais qu'elle exige un long délai de possession, les raisons que nous venons d'invoquer peuvent paraître moins saisissantes. Cependant il y a toujours lieu d'invoquer la répugnance légitime du créancier à se prévaloir d'une prescription, et de faire remarquer que le créancier ayant le droit, aux termes de l'article 2220, de renoncer à une prescription acquise, ne fait pas autre chose quand il allègue la nullité du paiement qui lui a été fait. Ces raisons, toutefois, pourraient n'être pas suffisantes, si on devait laisser indéfiniment le débiteur sous le coup d'une action de la part du créancier; et il faudrait se souvenir que la prescription est une institution d'intérêt général qui a pour but d'assurer la stabilité des propriétés et la sécurité des particuliers. On dirait alors qu'il est nécessaire, dans cet intérêt social, que le créancier soit tenu de conserver la chose d'autrui par lui prescrite. Heureusement nous pouvons respecter le droit du créancier et cependant assurer après un certain temps la sécurité du débiteur qui a payé. En effet, trente ans après le paiement effectué, la nullité de ce paiement ne pourra plus être demandée, et par conséquent, quoique le créancier ait eu le droit de

demander un second paiement, malgré la prescription acquisitive accomplie à son profit, à une certaine époque la situation créée par ce paiement sera devenue définitive.

Nous devons faire remarquer que si cette solution est quelquefois plus désavantageuse au débiteur que celle qui le tiendrait quitte après la prescription acquisitive consommée au profit du créancier, elle lui sera quelquefois aussi plus avantageuse; car, s'il s'est écoulé trente ans depuis le paiement, un second paiement ne pourra plus être exigé, quand même une prescription acquisitive n'aurait pas pu s'accomplir au profit du créancier, si, par exemple, la prescription avait été suspendue pour cause de minorité ou d'interdiction du vrai propriétaire.

177 *bis*. XIV. Il reste un point à examiner en ce qui touche les rapports du débiteur qui a payé la chose d'autrui et du créancier qui l'a reçue. Si cette chose, que nous supposons un corps certain, a péri par cas fortuit, un second paiement pourra-t-il néanmoins être demandé par le créancier? La solution affirmative de cette question découle nécessairement des principes que nous avons posés. Si le paiement est nul, le créancier n'a pas perdu ses droits; la destruction de la chose par lui reçue ne peut avoir d'autre conséquence que de le libérer de l'obligation de restituer la chose reçue, et on ne saurait assimiler ce cas à celui où la chose a été consommée de bonne foi par le créancier, parce que, dans ce dernier cas, il a retiré de la livraison tout l'avantage qu'aurait pu lui procurer un paiement valable.

177 *bis*. XV. Le paiement d'une chose par son propriétaire incapable nous occupera moins longtemps. D'abord la situation est moins complexe, car il suffit de régler les relations de celui qui a fait le paiement et de celui qui l'a reçu. Nous n'avons pas, comme dans l'hypothèse précédente, à tenir compte des droits d'une tierce personne. Puis nous trouvons ici des principes certains, et rien dans l'article qui fasse supposer que la loi a voulu déroger à ces principes.

Le paiement fait par un incapable est nul. Voilà tout ce qui résulte de l'article 1238; mais cette nullité ne peut pas être invoquée indistinctement par l'une ou par l'autre des parties; celle-là seule qui a payé peut se prévaloir de son incapacité et demander la nullité du paiement. Le créancier qui aurait pu refuser la

livraison et qui l'a acceptée ne peut demander un second paiement, car ce serait alléguer l'incapacité de l'autre partie, et l'incapacité n'engendre jamais qu'un moyen de nullité personnel à l'incapable. (V. art. 225, 1125.)

177 *bis*. XVI. Du caractère personnel de l'action en nullité pour cause d'incapacité, il ressort une différence entre cette hypothèse et celle où il s'agit du paiement de la chose d'autrui quand le corps certain payé a péri par cas fortuit. Nous avons admis que la perte du corps certain, payé *a non domino*, ne privait pas le créancier du droit de demander un second paiement, que ce créancier ne supportait donc pas les risques de la chose; il en sera autrement si la chose a été payée par le propriétaire incapable; elle périra pour le créancier puisqu'il n'a pas le droit de demander la nullité du paiement reçu. Le débiteur qui peut seul faire annuler ce paiement a certes tout intérêt, la chose ayant péri, à laisser les choses en l'état, et à ne pas faire prononcer une nullité qui le constituerait de nouveau débiteur sans lui rendre la chose livrée.

177 *bis*. XVII. La fin de l'article 1238 s'applique, sans aucune difficulté, au cas de paiement fait par l'incapable. Si la chose a été consommée de bonne foi, la répétition ne peut avoir lieu.

178. En règle générale, le paiement n'est valable qu'autant qu'il est fait au créancier, ou, ce qui revient au même, à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui. Peu importe au reste que le pouvoir émane de la volonté du créancier, ou qu'il soit conféré par la loi ou par justice. A défaut même de pouvoir, il suffit que le créancier ratifie postérieurement ou que le paiement ait tourné à son profit. V. art. 1239.

178 *bis*. I. *A qui le paiement peut-il être fait?* Le paiement ne peut être valablement fait qu'au créancier ou à son représentant régulièrement constitué. Les pouvoirs de ce représentant peuvent dériver de la volonté du créancier, c'est le cas de mandat conventionnel, ou de la loi, quand il s'agit, par exemple, soit d'un tuteur, soit des envoyés en possession provisoire des biens d'un absent. Enfin le pouvoir est quelquefois conféré par la justice : comme aux curateurs à successions vacantes, à ceux qui peuvent être nommés en vertu de l'article 112, ou au créancier ayant pratiqué

une saisie-arrêt, qui obtient un jugement ordonnant que le tiers saisi payera entre ses mains.

178 *bis*. II. Il ne suffira pas, pour que le paiement soit valable, qu'il ait été fait à un prétendu mandataire. Il faut, aux termes mêmes de l'article, que le mandat émane véritablement du créancier. Le porteur d'une procuration fausse n'est point un mandataire, et le débiteur ne peut être libéré, il faut qu'il paie une seconde fois; en sorte que la perte résultant de la fraude commise par celui qui a reçu retombera sur ce débiteur. Il est peut-être en faute de n'avoir pas découvert cette fraude, et quand même il lui eût été impossible de la découvrir, c'est contre lui qu'elle a été commise, c'est lui qui l'a subie, et il ne peut à aucun titre la faire retomber sur le créancier.

178 *bis*. III. Le mandat, sans être faux, peut être expiré ou révoqué; en un mot, celui qui a touché a peut-être eu des pouvoirs, mais il ne les avait plus lors du paiement. Alors la situation change : comme les pouvoirs ont existé, le débiteur n'est peut-être pas en faute d'avoir payé; il peut avoir ignoré la cessation des pouvoirs, et si son ignorance est imputable au créancier, la perte doit retomber sur celui-ci. Il y aura donc à distinguer le cas où le mandat donné pour un temps a cessé *lapsu temporis*, ce que le débiteur ne peut ignorer, et le cas où l'expiration du mandat résulte d'un événement peut-être inconnu du débiteur, comme la révocation, ou le retour du créancier qui avait limité l'effet de sa procuration à la durée d'un voyage. (V. art. 2005.)

178 *bis*. IV. Le paiement fait en dehors des conditions de notre article peut être néanmoins tenu pour valable : 1° si le créancier ratifie, c'est-à-dire déclare, qu'il accepte les conséquences de l'opération irrégulièrement faite; il renonce ainsi au droit qu'il avait d'invoquer la nullité du paiement; 2° si le paiement a tourné au profit du créancier. *Exemples :* le paiement a été fait à un créancier du créancier, et a éteint une dette que celui-ci avait intérêt à acquitter. La somme payée a été remise au créancier par celui qui l'avait reçue ou a été employée par celui-ci dans les affaires du créancier. Si dans ces hypothèses et autres semblables le créancier pouvait exiger un second paiement, il s'enrichirait sans cause aux dépens de son débiteur.

179. Bien plus, le débiteur n'ayant aucune faute à se reprocher lorsqu'il paie de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, et cette possession elle-même étant, jusqu'à un certain point, imputable au véritable créancier, la loi alors déclare le paiement valable. V. art. 1240.

179 *bis*. I. Troisième cas, dans lequel le payement est valable bien qu'il n'ait pas été reçu par le créancier : s'il a été fait de bonne foi à celui qui était en possession de la créance. Il est facile de comprendre en quoi doit consister la bonne foi de celui qui a payé; il faut qu'il ait cru livrer la chose due au véritable créancier, tandis qu'il la livrait à une personne sans droit. Mais une explication est nécessaire sur la seconde condition à laquelle l'article subordonne la validité du paiement : il faut que celui qui a reçu ait été en possession de la créance. D'après l'article 2228, la possession est la détention d'une chose ou l'exercice d'un droit. Or, il ne peut être question ici de rattacher la qualité de possesseur au fait de la détention; car la créance, chose incorporelle, n'ayant pas une existence matérielle et physique, n'est pas susceptible de détention, elle ne peut être matériellement appréhendée; que si l'obligation est prouvée par un acte écrit, elle n'en devient pas plus pour cela susceptible de détention, car autre chose est le droit, autre chose le titre écrit qui sert à prouver son existence. Détenir ou posséder l'écrit, ce n'est pas détenir ou posséder la créance. D'ailleurs le fait de détenir le titre d'une créance ne saurait aucunement être assimilé dans ses conséquences au fait de détention prévu par l'article 2228. Celui qui détient une chose corporelle exerce sur l'objet qu'il détient des actes de maître, il se produit en maître, et le public peut être trompé sur ses droits par cette apparence. Il en est tout autrement de la détention du titre prouvant l'existence d'une créance, c'est là un pur fait matériel qui ne donne pas au détenteur l'apparence du droit. Le public ne saurait y être trompé et prendre ce détenteur pour un créancier. Le titre, en effet, qui constate l'existence de la créance doit désigner le créancier, et dès lors, à moins d'être la personne dénommée dans ce titre, c'est-à-dire le véritable créancier, le détenteur n'a pas même pour lui le semblant du droit, il n'est pas même créancier apparent.

Trouverons-nous plus facilement ce qu'il faut entendre par la possession de la créance en tenant compte de ce que dit l'article 2228 sur la possession des droits? La possession d'un droit consiste dans la jouissance ou exercice de ce droit; or quel fait pourrait constituer l'exercice du droit de créance? Un principalement, la réception de la chose due, et si ce fait était celui auquel fait allusion l'article 1240, la distinction supposée par cet article ne serait plus une distinction, car toute personne qui aurait reçu le paiement, ayant par là même exercé c'est-à-dire possédé le droit, il vaudrait mieux dire que tout paiement fait à une personne quelconque est valable pourvu qu'il ait été fait de bonne foi, et ce n'est certes pas la pensée de l'article, qui subordonne la validité du paiement à deux conditions et non pas à une seule.

179 *bis*. II. Les rédacteurs du Code ont songé (1) au cas où la créance ferait partie d'une universalité, et par conséquent pourrait être possédée avec cette universalité. Si le créancier est mort, la créance est dans son patrimoine; le possesseur du patrimoine possède la créance, et il peut cependant n'être pas propriétaire du patrimoine et par conséquent n'être pas le véritable créancier. C'est, par exemple, un parent qui a appréhendé la succession comme héritier le plus proche, tandis qu'il existe un parent dont les droits sont préférables aux siens. Si cet héritier apparent, exposé à l'éviction, a reçu un paiement, la validité de ce paiement peut être mise en question par l'héritier véritable quand celui-ci veut exercer ses droits. Notre article alors valide le paiement pourvu qu'il ait été fait de bonne foi, parce que le débiteur ne peut être responsable des erreurs commises sur la dévolution de l'hérédité, qu'il a dû payer sous peine d'y être contraint par la justice, et que l'erreur dans laquelle il est tombé est la conséquence de l'inaction du créancier qui, n'exerçant pas son droit à l'hérédité, a donné naissance à une apparence de droit en la personne du possesseur.

179 *bis*. III. Il est encore des hypothèses où la créance serait possédée par un autre que le véritable créancier; si, par exemple, elle avait été cédée et que la cession fût, après le paiement, annulée, rescindée ou résolue, le débiteur se serait encore trouvé dans une erreur légitime, et le paiement ne saurait, sans injustice, être exigé de lui une seconde fois.

(1) V. Pothier, n° 467.

Nous ne parlons pas d'une possession fondée sur un acte de cession faux, il faudrait alors se décider comme nous l'avons fait à propos de la procuration fausse, et faire retomber les conséquences du crime sur celui qui en a été immédiatement atteint, c'est-à-dire sur le débiteur plutôt que sur le créancier, qui pourrait alléguer qu'il aurait découvert le faux si l'acte lui avait été présenté.

179 *bis*. IV. Nous sommes restés sur le terrain du droit civil; en droit commercial nous aurions une observation à faire. Il y a des créances qui se transmettent avec le titre prouvant leur existence : le droit est attaché à la détention de l'écrit, ce sont les *créances au porteur*. Pour celles-là il est certain que le possesseur de la créance sera le possesseur du titre, et que le paiement fait à ce possesseur sera valable quand même la légitimité de sa possession viendrait à être mise en doute.

180. Au contraire, le paiement fait au créancier lui-même ne serait pas valable, si celui-ci était incapable. Le créancier pourrait alors agir de nouveau en paiement; mais il serait repoussé par l'exception de dol, si la chose payée avait tourné à son profit. V. art. 1241.

180 *bis*. I. Si le créancier est incapable, s'il est, par exemple, mineur non émancipé ou interdit, ou si c'est un mineur émancipé qui a reçu un capital, le paiement ne peut être valable, et le débiteur, bien qu'il ait payé à son créancier lui-même, est exposé à payer deux fois. L'incapacité, en effet, a pour raison d'être l'inaptitude de la personne au règlement de ses intérêts, et surtout la crainte qu'elle ne dissipe les sommes qu'elle aurait encaissées. La protection de la loi serait inefficace si les paiements faits à l'incapable étaient inattaquables parce qu'ils auraient été faits au créancier lui-même. Le motif que nous assignons à la règle conduit nécessairement à l'exception que l'article fait à cette règle. Lorsque l'incapable a profité du paiement, qu'il a raisonnablement employé la somme reçue, fait un paiement ou un placement, réparé un bâtiment au lieu de dissiper follement ce qu'il a touché, la nullité du paiement ne saurait plus se justifier; l'irrégularité du paiement n'a pas nui au créancier, et il s'enrichirait

d'une manière inique au détriment du débiteur s'il exigeait de lui un second paiement.

180 *bis.* II. Il faut toutefois remarquer le caractère exceptionnel de la disposition finale de l'article 1241, et, à raison de ce caractère, imposer au débiteur l'obligation de prouver que la prestation par lui faite a profité au créancier incapable. Il ne peut exister de difficulté sur ce point; le débiteur est défendeur à une action en paiement fondée sur la nullité de la première prestation, il doit faire la preuve du fait qu'il allègue pour sa défense. (Article 1315.) Mais ce qui ne ressort pas aussi clairement des textes et des principes, c'est ce qu'il faut entendre par ces mots de l'article, *que la chose payée a tourné au profit du créancier.* Faut-il établir que le profit existe encore au moment où s'élève la difficulté sur la validité du paiement, ou suffirait-il que le paiement eût profité au créancier lorsqu'il a été fait, alors même que le profit aurait cessé d'exister par un événement fortuit et aurait disparu lors de la demande d'un second paiement?

Il y a un point qui est d'abord constant: on ne peut pas s'en tenir au moment exact du payement pour se demander si à cette époque précise le créancier incapable s'est enrichi. Ce fait se produirait toujours, et l'exception de l'article détruirait la règle; il est évident qu'au moment du paiement le créancier s'est enrichi de la chose reçue, et dès lors jamais un second paiement ne pourrait être exigé. Il faut donc consentir à suivre le sort de la chose reçue après le moment même de sa réception et rechercher quel usage le créancier en a fait, quelle utilité ou quel profit il a retiré de cet usage. Toute la difficulté repose sur la limite qu'il faut assigner à cette recherche. Dès qu'on aura constaté un emploi profitable, la preuve du débiteur sera-t-elle faite? ou faudra-t-il que le profit subsiste encore au moment de la demande?

180 *bis.* III. Pothier adoptait très-positivement et sans ambiguïté ce second parti (1), et il était amené par son principe à faire certaines distinctions quant aux faits qui peuvent donner naissance à la difficulté. Il donnait pour exemples d'emplois ayant profité au créancier le paiement d'une dette ou la réparation d'un bâtiment et l'achat d'une chose qui était nécessaire au créancier,

(1) Pothier, n° 468.

et il ajoutait : « Quoique cette chose ait péri par cas fortuit avant la demande. » Son raisonnement était celui-ci : Puisque la chose était nécessaire l'incapable l'aurait achetée *de suo*, et elle aurait néanmoins péri, si bien qu'il profite en réalité du paiement reçu puisqu'il a conservé les sommes qu'il aurait employées à cet achat. Si, au contraire, la chose achetée n'était pas nécessaire, Pothier ne traitait pas le créancier comme ayant retiré un profit du paiement quand au moment de la demande la chose achetée avait péri par cas fortuit.

Cette opinion, rigoureuse pour le débiteur qui a payé, s'appuie sur ce que le paiement, nul en principe, n'est validé exceptionnellement *ex post facto* que lorsqu'il y aurait une absolue iniquité à maintenir la nullité, parce que l'incapable a dans ses biens une valeur provenue du paiement quand il demande une seconde fois ce qu'il a déjà reçu. On ajoute : Puisqu'il faut choisir qui supportera un cas fortuit, du créancier incapable qui a reçu ou du débiteur qui a payé, mieux vaut imposer la perte à celui qui, ayant mal payé, a commis une certaine faute, qu'à l'incapable protégé par son incapacité même contre tout reproche.

180 *bis*. IV. Nous n'osons pas, malgré l'autorité de Pothier, adopter cette opinion. Elle nous paraît méconnaître le motif de la règle qu'il s'agit d'appliquer, et par conséquent ne pas comprendre exactement l'exception faite à cette règle. Le paiement fait à l'incapable est nul, voilà la règle; l'incapable est présumé devoir dissiper follement les valeurs qu'il recevrait, voilà la raison de la règle; que si cet incapable a agi comme eût fait une personne prudente et capable, s'il a fait un emploi sage, le but de la loi est atteint; elle voulait le prémunir contre les dissipations, il n'a pas dissipé, il est dans la même situation que si le paiement avait été fait à un tuteur ou s'il avait été valablement assisté. Pourquoi des événements postérieurs pourraient-ils le placer dans une position plus avantageuse que celle d'un créancier capable? La chose achetée a péri par accident, la perte n'est pas le résultat de l'incapacité, et dès lors le créancier ne doit pas trouver dans cette incapacité une cause de bénéfice. Qu'il soit restitué contre les conséquences de son incapacité, rien de mieux; mais on exagère la protection quand on le restitue contre la conséquence de faits accidentels étrangers à cette incapacité.

Il est bon de remarquer que le texte du Code civil, quand on le compare à celui de Pothier, est très-favorable à notre doctrine. En effet, l'article 1241 exige que la chose payée ait tourné au profit du créancier; il ne dit rien de plus, il n'ajoute pas comme Pothier : *et que ce profit subsiste encore au temps de la demande;* donc il suffit qu'il y ait eu profit à un moment quelconque, même dans le passé, et il n'est pas nécessaire que ce profit ait persisté.

180 *bis*. V. Nous ferons cependant une observation. Pothier suppose que l'incapable a acheté des choses qui ne lui étaient pas nécessaires: s'il entend par là des objets de luxe sans utilité véritable pour l'incapable, il n'y a pas de doute qu'il faille adopter sa solution, car c'est précisément contre de pareilles acquisitions que les incapables sont protégés; que la chose ait péri ou subsiste encore, l'achat qui en a été fait n'en est pas moins une dissipation, une dépense folle, et le débiteur ne peut pas alléguer que son créancier a profité du paiement. Mais quand l'incapable a fait un placement, un emploi sage et sérieux, il peut très-bien n'avoir pas acquis des choses qui lui étaient nécessaires, et c'est cependant le cas de considérer le débiteur comme libéré à tout événement, car c'est alors qu'il y a lieu de dire que l'incapacité n'a pas nui au créancier, qu'il a agi comme un capable, qu'il a profité du paiement, et que le paiement est valable malgré la perte survenue.

180 *bis*. VI. On voit que d'après l'article 1241 le débiteur qui a commis l'imprudence de payer au créancier incapable est dans une position très-défavorable, privé de la chose livrée et exposé à payer une seconde fois si l'incapable dissipe la chose reçue au lieu de l'employer utilement. Une ressource lui restera toutefois, elle consisterait à répéter la chose livrée si elle était encore entre les mains du créancier, non dissipée par lui. Cette chose aurait été livrée sans cause, puisque le but de celui qui fait un paiement est d'obtenir sa libération et que cette libération n'a pas eu lieu. On a objecté, il est vrai, contre cette décision qu'elle paraît violer l'article 1125, puisqu'elle autorise la partie capable à se prévaloir de l'incapacité de l'autre partie, mais il ne faut pas s'arrêter à cette objection, parce qu'elle donne à l'article 1125 une portée qu'il n'a pas. Il s'agit dans cet article de proscrire l'action par laquelle le contractant capable demanderait la nullité de ses engagements, *attaquerait ses engagements*, ce sont les termes du premier para-

graphe. Dans notre hypothèse, la prétention est tout autre; le contractant capable reconnaît qu'il est engagé, seulement il veut, s'il fait une prestation à titre de paiement, payer valablement; par conséquent il a le droit, aux termes de l'article 1241, de refuser le paiement à l'incapable, et s'il l'a fait imprudemment, il veut être remis dans la position qu'il aurait dû conserver, c'est-à-dire garder la chose due entre ses mains jusqu'à ce qu'il puisse s'en dessaisir valablement, et n'être pas exposé à la nécessité de faire une deuxième prestation si son cocontractant dissipe la valeur reçue. On ne demande donc pas la nullité de l'engagement, ce qui serait contraire à l'article 1125, mais la nullité de la prestation faite à titre de paiement, ce qui est tout différent.

180 *bis*. VII. Quand le contrat était unilatéral, la situation nous paraît devoir se dénouer ainsi d'une façon très-simple, parce qu'il est incontestable que la partie capable, obligée valablement, avait le droit de refuser le paiement au créancier incapable. La question se complique au contraire quand le contrat était synallagmatique, parce qu'on se trouve en présence d'autres principes: le contractant capable qui a recouvré la chose par lui livrée ou qui ne l'a pas livrée, ce qui revient au même, peut-il, sans invoquer la nullité de ses engagements, demander à ne les exécuter qu'autant que ceux de l'incapable sont valablement confirmés? La difficulté n'est plus alors sur le sens de l'article 1241, mais sur celui de l'article 1125. Faut-il sur cet article admettre que le contractant capable est absolument à la discrétion de l'incapable, obligé d'exécuter ses engagements sans aucune garantie que celui-ci exécutera les siens? Nous pensons qu'il ne saurait en être ainsi, que pour concilier la nécessité de protéger l'incapable avec le besoin de maintenir l'égalité entre les parties, il suffit de laisser le contrat à la discrétion de l'incapable ou de ses représentants, qui pourront en demander la nullité, mais qui ne pourront le faire exécuter qu'en le ratifiant, car il serait profondément injuste qu'au moment même où ils demandent l'exécution de la convention, ils se réservassent le droit de la faire plus tard considérer comme non avenue.

181. On ne peut non plus payer utilement au créancier, au préjudice d'une saisie-arrêt ou opposition légalement formée

(v. C. pr., art. 557, 558, 563, 564, 565). Mais dans ce cas, le paiement, valable entre le débiteur et le créancier, n'est nul qu'à l'égard des créanciers saisissants ou opposants. Du reste, si ceux-ci, usant de leur droit, forcent le tiers saisi à payer de nouveau, il est clair qu'il a son recours contre le créancier. V. art. 1242.

181 *bis*. I. Le créancier peut être capable et cependant le paiement qu'il aura reçu peut être irrégulier, à raison d'un certain fait survenu qui intéresse un ou plusieurs tiers à la question de validité du paiement que nous avons jusqu'à présent examinée entre le créancier et le débiteur seuls. Ce fait, c'est la *saisie-arrêt*.

On appelle *saisie-arrêt* ou *opposition*, les deux mots sont aujourd'hui synonymes (1), l'acte par lequel le créancier d'un créancier fait défense au débiteur de son débiteur de payer entre les mains de celui-ci. C'est l'exercice du droit consacré par l'article 1166. Le créancier qui peut exercer les droits de son débiteur exerce le droit de créance par cette injonction qu'il fait au débiteur de son débiteur de ne pas payer, pour que la chose due lui soit plus tard remise à lui-même, quand la justice aura constaté l'existence de son droit. Cet acte, on le voit, met en présence trois personnes : l'une qui n'est que créancière, l'autre qui n'est que débitrice, et la troisième, l'intermédiaire, qui est débitrice de la première et créancière de la seconde. Pierre est créancier de Paul et Paul est créancier de Jean. Pierre fait défense à Jean de payer à Paul. Il *s'oppose* au paiement, ou, pour parler autrement, il *arrête* la créance par une *saisie*, d'où vient le double nom qui désigne l'acte qui nous occupe. Chacune des trois personnes qui jouent un rôle dans la saisie-arrêt porte un nom différent. Le créancier du créancier, celui qui fait défense de payer, Pierre, est le *saisissant* : c'est lui qui joue dans l'opération le rôle actif; le débiteur créancier, dont les droits sont paralysés par la saisie, qui ne peut plus recevoir le paiement de ce qui lui est dû, Paul, est le *saisi* : c'est lui qui souffre de la saisie, comme le propriétaire d'un meuble est celui qui souffre de la saisie-exécution pratiquée sur ce meuble; enfin le débiteur du débiteur

(1) Voir au Code de procédure la rubrique du titre VIII, livre V, 1re partie, et les articles 557, 559, 560, 561, 562, 563.

saisi, Jean, est le *tiers saisi;* il est saisi parce que l'injonction, la prohibition qui constitue la saisie s'adresse à lui; mais il est tiers parce qu'il est vraiment désintéressé dans l'opération, que la saisie ne l'atteint pas dans ses droits, puisque, débiteur du saisi, il ne paiera jamais que ce qu'il doit, et qu'il lui importe peu de payer entre les mains de son créancier ou de toute autre personne, pourvu qu'il paie valablement.

181 *bis.* II. Si on suppose la saisie-arrêt régulière, les formalités du Code de procédure remplies et notamment le tiers saisi prévenu par l'exploit de saisie (art. 559), le saisi par une dénonciation contenant assignation en validité (art. 563), et le tiers saisi averti par une contre-dénonciation que la dénonciation a été faite (art. 564), il faut que le tiers saisi ne paie pas entre les mains de son créancier jusqu'au jugement qui validera ou invalidera la saisie. (Art. 570.) S'il payait, il se libérerait certainement envers son créancier, car la saisie-arrêt n'a pas rendu le créancier incapable; le créancier saisi ne pourrait postérieurement invoquer la nullité du paiement, parce qu'il se prévaudrait d'un acte accompli par autrui, par un tiers, pour obtenir de toucher une seconde fois une valeur déjà reçue par lui. Mais le tiers saisi libéré envers son créancier resterait exposé à une responsabilité envers le saisissant, si la saisie était fondée, car il lui aurait causé par sa faute un préjudice en ne tenant pas compte de la saisie.

C'est à la réparation de ce préjudice que l'article 1242 fait allusion en disant que les créanciers saisissants contraindront le tiers saisi à payer de nouveau ; seulement le texte ajoute : *Selon leur droit*, pour indiquer que ce nouveau paiement ne sera pas toujours intégral, que le tiers saisi ne sera pas toujours obligé de payer à nouveau toute la dette, mais qu'au maximum il devra le montant de la créance du saisissant, et par conséquent qu'il ne devra rien s'il est reconnu par la justice que le saisissant n'était pas créancier. A l'inverse, s'il y a plusieurs saisissants, il ne s'agira pas de les indemniser chacun du montant intégral de leur créance; quand les créances réunies dépasseront la créance saisie-arrêtée, au maximum alors le tiers saisi sera tenu jusqu'à concurrence de la somme arrêtée, et l'action en indemnité de chaque créancier, *selon son droit*, ne pourra lui procurer qu'un dividende; car la

créance arrêtée aurait été partagée au marc le franc entre tous les créanciers saisissants, si le tiers saisi avait obtempéré à l'injonction de ne pas payer entre les mains du saisi. Le tort causé à chacun par le paiement consiste donc dans la privation de la somme qui aurait été reçue dans cette répartition; l'indemnité ne peut être supérieure.

181 *bis*. III. Quand le tiers saisi est, en conséquence de notre article, obligé de payer une seconde fois tout ou partie de ce qu'il a déjà remis au saisi, il libère celui-ci envers son créancier ou ses créanciers; dès lors il doit avoir un recours contre lui, sinon ce créancier saisi s'enrichirait injustement aux dépens de son débiteur tiers saisi. La loi réserve ce recours à la fin de l'article.

181 *bis*. IV. Voilà l'explication du texte de l'article 1242. Cependant tout n'est pas dit sur les effets de la saisie-arrêt dans les rapports entre le saisi, le tiers saisi et le saisissant : il y a un point important sur lequel il faut maintenant se fixer. La saisie-arrêt entache les paiements faits au préjudice du créancier saisissant : dans certaines hypothèses il est facile de comprendre quels sont les paiements qui sont ainsi faits. En effet, si le chiffre de la créance du saisissant est égal ou supérieur au chiffre de la créance saisie, tout paiement fait par le tiers saisi est fait au préjudice de la saisie, ou au contraire, si le chiffre de la créance du saisissant est inférieur à celui de la créance saisie, et que le saisi n'ait pas d'autre créancier que le saisissant, tout paiement qui laisse intacte entre les mains du tiers saisi la somme due à ce créancier n'est pas fait à son préjudice. Mais si le créancier saisissant n'est pas le seul, et si sa créance est inférieure à la créance saisie-arrêtée, il s'élève des difficultés. *Exemple :* Pierre est créancier de Paul de 5,000 francs, Paul est créancier de Jean de 12,000 francs ; Pierre faisant saisie-arrêt entre les mains de Jean doit énoncer la somme pour laquelle il saisit (art. 559 Code de procédure), et dès lors le tiers saisi, Jean, peut-il payer au saisi tout ce qui excède cette somme, soit 7,000 francs ? S'il ne se présente pas d'autres créanciers du saisi avant le moment où les fonds arrêtés sont exclusivement attribués au saisissant, le tiers ne court aucun danger; il a gardé somme suffisante pour payer intégralement le saisissant, donc le paiement des 7,000 francs n'a pas préjudicié à celui-ci.

181 *bis*. V. Mais la situation change si postérieurement au

paiement partiel fait par le tiers saisi il surgit d'autres créanciers du saisi. Alors ce paiement ne pourra certes pas être attaqué par les créanciers, qui n'avaient pas pratiqué la saisie-arrêt parce qu'ils n'ont pas le droit d'invoquer un acte auquel ils sont étrangers; mais le saisissant peut prétendre à une indemnité, car le paiement lui préjudicie. Cela est facile à démontrer. Pierre en saisissant pour 5,000 francs la créance de Paul, ne s'est pas approprié cette créance ni même la somme de 5,000 francs pour laquelle il a saisi, il n'a pas acquis sur cette somme un privilége; aucun texte de loi ne lui attribue un droit de préférence par rapport aux autres créanciers, et il ne peut exister un droit de préférence sans un texte formel (art. 2093-2094). La somme arrêtée, et que le tiers saisi a conservée, reste donc toujours dans le patrimoine du saisi, elle est le gage commun de ses créanciers et doit être partagée entre eux tous proportionnellement. Ce droit des autres créanciers à prendre une part sur la somme conservée par le tiers saisi est la cause du préjudice que le saisissant reçoit du paiement partiel opéré. Il est clair que s'il avait un droit exclusif sur les 5,000 francs qui n'ont pas été payés au saisi, il toucherait intégralement le montant de sa créance, et le tiers saisi ne lui aurait causé aucun tort. Mais obligé d'admettre les autres créanciers à contribution sur la somme qui reste, il souffre de la diminution de cette somme, car plus elle eût été considérable, plus son dividende dans la contribution au marc le franc eût été important. Dans notre hypothèse, si le tiers saisi était resté nanti des 12,000 francs au lieu d'en garder seulement 5,000, le dividende du saisissant eût été plus considérable puisqu'on aurait distribué 12,000 francs au lieu de 5,000. Le préjudice éprouvé consiste donc dans la différence entre le dividende qu'il obtient dans une distribution proportionnelle de 5,000 francs, et celui qu'il aurait obtenu dans une distribution de 12,000 francs. C'est cette différence qu'il peut, *selon son droit*, demander au tiers saisi. *Exemple :* Pierre, créancier de 5,000 francs, saisissant; Jean, tiers saisi, a payé 7,000 francs à Paul, saisi : surviennent d'autres créanciers, *Primus*, créancier de 3,000 francs, et *Secundus* de 4,000 francs. — Le chiffre des créances réunies est égal à celui de la créance saisie. Si le tiers saisi n'avait pas fait de paiement partiel, chaque créancier de Paul, et notamment le saisissant, tou-

cherait tout ce qui lui est dû. Mais à raison du paiement de 7,000 francs, la distribution ne pouvant avoir pour objet que 5,000 francs, Pierre ne peut toucher que les cinq douzièmes de sa créance, soit 2,083 francs; il perd sept douzièmes, soit 2,917 francs, et pour cette somme il peut recourir contre le tiers saisi.

Autre exemple : Pierre, saisissant, est créancier de 5,000 francs; la créance arrêtée est toujours de 12,000 francs, et le tiers saisi a payé 7,000 francs postérieurement à la saisie. Les créanciers qui surviennent postérieurement au paiement partiel sont : *Primus* pour 5,000 francs et *Secundus* pour 10,000. — Le chiffre total des créances est donc supérieur au chiffre de la créance arrêtée. Dès lors une distribution entre les créanciers ne leur aurait jamais donné un paiement intégral; il se serait agi de distribuer 12,000 francs entre 20,000 de créances. En admettant que le tiers saisi eût conservé la somme tout entière, Pierre, créancier de 5,000 francs, comptant pour un quart dans l'ensemble des créances, aurait obtenu le quart de la somme de 12,000 francs à partager, soit 3,000 francs. Mais à raison du paiement de 7,000 francs opéré par le tiers saisi, la somme à partager n'est plus que de 5,000 francs, dont un quart, soit 1,250 francs, compose le dividende du créancier saisissant; il y a donc une différence entre le dividende réellement attribué au saisissant et celui qui aurait dû lui être attribué si toute la somme due par le tiers saisi était restée dans les mains de celui-ci; cette différence entre 3,000 francs et 1,250 francs, soit 1,750 francs, peut être répétée par le saisissant contre le tiers saisi.

181 *bis.* VI. Nous ne nous sommes préoccupés que du saisissant, du tort qu'il éprouve et de l'indemnité à laquelle il a droit; quant aux créanciers qui sont survenus depuis le paiement fait par le tiers saisi, ils éprouvent certes un préjudice; il vaudrait mieux pour eux que le tiers eût gardé toute la somme qu'il devait, leur dividende eût été plus considérable; mais ils ne peuvent se plaindre et demander une indemnité, car l'acte de saisie-arrêt n'émanant pas d'eux ne peut leur donner aucun droit, et ils sont encore bien heureux que cet acte ait conservé une partie de leur gage. Par rapport à eux le paiement même intégral fait par le débiteur de leur débiteur eût été inattaquable, par conséquent ils ne peuvent incriminer le paiement partiel qui a été fait.

181 *bis*. VII. Il résulte de ce que nous venons de dire que le tiers saisi commet une imprudence en payant, fût-ce la plus petite portion de la somme par lui due au saisi; mais d'un autre côté, comme il ne peut pas être placé dans l'impossibilité de se libérer, on doit reconnaître qu'il pourrait offrir les fonds au créancier, et, faute par celui-ci de rapporter la main-levée de l'opposition, déposer les fonds à la Caisse des consignations, en déclarant les saisies-arrêts dont cette créance a été frappée; de cette sorte tous les droits seraient saufs et le tiers saisi serait dégagé.

181 *bis*. VIII. La consignation des fonds n'est pas seulement facultative pour le tiers saisi, elle peut lui être imposée; le créancier saisi a souvent intérêt à ne pas laisser la chose due entre les mains de son débiteur, qui peut devenir insolvable, et par conséquent il peut faire condamner celui-ci à consigner. Cette consignation ne portera aucun préjudice au tiers saisi, car il n'a pas un intérêt légitime à conserver la chose due, et tout ce qu'il peut raisonnablement exiger, c'est qu'on lui fournisse les moyens de se libérer valablement. Quant au saisissant, son intérêt n'est pas d'avoir affaire au tiers saisi plutôt qu'à la Caisse des consignations. loin de là; il vaut mieux pour lui que la somme due soit mise à l'abri de toute chance d'insolvabilité.

181 *bis*. IX. Reconnaître au créancier, comme nous venons de le faire, le droit d'exiger la consignation de la somme due par le tiers saisi, c'est aller au-devant d'une des objections graves que soulève le système de la loi sur l'effet de la saisie-arrêt. On a souvent vu des saisies pratiquées par des créanciers fictifs d'accord avec le débiteur tiers saisi, et dont la seule raison d'être était le besoin que ce débiteur avait de gagner du temps et de retarder le paiement de sa dette. La possibilité d'une demande en consignation de la part du créancier saisi écarte ce danger, car elle ne laisse plus au débiteur un grand intérêt à ce que des saisies-arrêts soient faites entre ses mains.

181 *bis*. X. Il reste toutefois une autre objection au système, et celle-ci n'est peut-être pas aussi facilement levée. La saisie faite par un créancier d'une somme minime sur une créance d'une somme importante paralyse pour longtemps le droit du créancier saisi, le prive du droit de toucher une part quelconque de la dette, et s'il obtient, comme nous venons de le dire, la consigna-

tion de toute la somme, il n'arrive pas pour cela à avoir la disposition de fonds dont il a peut-être le plus grand besoin. Il y a là un inconvénient grave du système, et peut-être faut-il reconnaître que la loi a cru devoir sacrifier les droits du créancier saisi à ceux du créancier saisissant, et qu'elle n'a pas pris d'autre précaution dans l'intérêt du saisi que d'abréger autant que possible les délais de la procédure de saisie-arrêt.

181 *bis*. XI. Certains tribunaux ont imaginé une pratique qui tend à obvier à cet inconvénient et qu'il nous faut maintenant examiner. Sur la demande du saisi, ils autorisent le tiers saisi à déposer à la Caisse des consignations la somme dont le saisissant est créancier, en l'affectant spécialement à la créance de ce saisissant si ses droits sont plus tard reconnus, puis ils permettent le paiement du surplus entre les mains du saisi. Par ce procédé, on désintéresse le créancier saisissant ; il n'a plus à se plaindre du paiement partiel, puisque la somme pour laquelle il a saisi lui est exclusivement réservée et mise hors de l'atteinte des saisies postérieures. Quant aux autres créanciers, s'ils sont privés de tout droit sur la somme arrêtée, ils ne sont pas dans une plus mauvaise position que si le saisissant avait été payé directement par le tiers saisi, et ils ne pourraient certes pas critiquer ce paiement, que nous supposons antérieur à toute opposition de leur part.

181 *bis*. XII. Ce procédé pratique n'est cependant pas à l'abri de toute critique ; d'abord il tend à créer une sorte de privilége en faveur du saisissant, privilége qui, nous l'avons dit, n'est pas consacré par la loi. Puis, pour attribuer cet avantage au saisissant, en l'absence d'un texte on est obligé de considérer la somme déposée comme une somme payée à ce créancier. Si elle lui était réellement payée, elle ne serait plus dans le patrimoine du débiteur et serait hors de l'atteinte de ses autres créanciers. Mais elle est si loin d'être payée, que le saisi, qui a demandé le dépôt dans son intérêt, réserve le droit de contester la créance du saisissant, et par conséquent entend conserver dans son patrimoine la somme consignée. Il faudrait pour que la consignation fût équivalente à un paiement, que le créancier auquel la somme est exclusivement affectée pût la retirer de la Caisse des dépôts par un simple acte de sa volonté et sans dépendre des chances d'un procès sur l'exis-

tence de ses droits. Puisqu'il n'en est rien, puisque ses droits sont contestés, on ne peut pas le traiter comme un créancier qui aurait été payé, et la somme qu'il a arrêtée est toujours dans l'actif du débiteur saisi; elle est le gage commun des créanciers de celui-ci, et la justice elle-même ne peut pas la lui attribuer spécialement, quelque détour qu'elle prenne, sans créer un véritable privilége, c'est-à-dire sans violer une règle qu'elle doit respecter.

181 *bis*. XIII. Toutes les explications qui précèdent sont fondées sur cette idée que le saisissant n'a pas un droit exclusif sur la somme arrêté. Il viendra cependant une époque où cette somme cessera d'être le gage commun des créanciers du saisi, parce qu'elle sera sortie du patrimoine de celui-ci. Après cette époque, tout créancier du saisi qui viendrait faire une saisie arrêt entre les mains de celui qui a reçu la première saisie n'aurait aucun droit, parce que sa saisie manquerait d'objet. Cette époque sera certainement et au plus tard celle du paiement fait par le tiers saisi au saisissant avec le consentement du saisi, ou en vertu d'un jugement; le tiers saisi est alors valablement libéré, la somme qu'il a payée n'est plus due au saisi, et par conséquent n'est plus le gage des créanciers de celui-ci. Mais il faut aller plus loin : alors même que le paiement effectif n'aurait pas eu lieu, s'il a été rendu sur la demande en validité de saisie-arrêt un jugement ordonnant au tiers saisi de payer entre les mains du saisissant, il résulte de ce jugement une sorte de novation, le tiers saisi est devenu débiteur du saisissant et non plus du saisi, par conséquent la créance n'est plus dans le patrimoine de celui-ci.

Cette décision suppose que le jugement qui ordonne le paiement entre les mains du saisissant n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel. Si on songe au cas où le jugement peut être attaqué par l'une de ces deux voies et a été en effet attaqué, ce n'est plus le premier jugement qui attribue au saisissant un droit exclusif sur la somme arrêtée : l'appel ou l'opposition remettent tout en question, et ce ne serait plus que le jugement sur opposition ou sur l'appel qui ferait sortir la créance du patrimoine du saisi pour l'attribuer au saisissant, et par conséquent dépouillerait les autres créanciers du saisi du droit de venir à contribution sur l'objet de cette créance (1).

(1) Voyez cependant Boitard et Colmet-Daâge, *Leçons sur la procédure*, édition 1868, t. II, n° 834.

181 *bis.* XIV. Enfin notre solution demande une réserve. Nous avons raisonné dans l'hypothèse la plus ordinaire, la saisie-arrêt frappant une créance de somme d'argent. Elle peut toutefois se présenter sous une autre physionomie, frapper une créance ayant un objet autre que de l'argent. — Le tiers saisi peut être notamment débiteur d'un corps certain, en qualité de dépositaire, commodataire, locataire, etc. Dans ce cas le jugement qui valide la saisie-arrêt ne peut ordonner la livraison de la chose au saisissant, car les tribunaux n'ont pas le droit d'attribuer en nature à un créancier les biens de son débiteur ; partant les choses ne vont pas aussi vite que dans le cas précédemment examiné : la saisie-arrêt validée, le tribunal ordonne la vente de la chose arrêtée, puis une distribution judiciaire des fonds provenant de la vente. L'appropriation exclusive de la valeur saisie au profit du saisissant n'a lieu dans ces cas qu'après la collocation définitive de ce saisissant sur les sommes provenant de la vente (1).

182. Le paiement doit naturellement consister dans la chose même ou le fait qui est l'objet de l'obligation. Le créancier peut bien admettre des équivalents, mais il ne peut y être forcé. V. art. 1243.

182 *bis.* I. *Quelle chose doit être payée ?* Les développements donnés par les articles 1243-1246 peuvent se résumer ainsi : Ce qui doit être payé, c'est la chose due, toute la chose due, et la chose due n'est pas livrée tout entière quand elle a subi des dégradations provenant du débiteur.

D'abord le paiement doit avoir pour objet la chose même qui est l'objet de l'obligation, parce que le créancier a dû compter sur cette chose et qu'il peut souffrir dans ses intérêts si on lui en fournit une autre. Lui offrît-on, comme la loi le suppose, une chose d'une valeur supérieure à la chose due, il peut préférer celle dont il a besoin, comme aussi il peut légitimement refuser de recevoir plus qu'on ne lui doit, c'est-à-dire d'accepter une libéralité. Nous n'avons pas besoin d'expliquer pourquoi il refuserait une chose d'une valeur inférieure à celle de la chose due.

182 *bis.* II. Les conventions toutefois sont libres, par conséquent la substitution d'une chose à la chose due est possible lorsque

(1) Voir Boitard et Colmet-Daâge, *Leçons de procédure,* édit. 1868, t. II, n° 835.

les deux parties sont d'accord ; elles font alors ce qu'on appelle dans la doctrine une *dation en paiement*, c'est-à-dire une opération qui ressemble à une vente ou à un échange, suivant que l'une des deux choses qui en sont les objets est ou non une somme d'argent. Si le créancier de 1,000 francs consent à recevoir un cheval ou si le créancier d'un cheval reçoit de l'argent, l'opération ressemble à une vente ; si au contraire le créancier d'un cheval reçoit un tableau, la dation en paiement se rapproche de l'échange plutôt que de la vente.

183. Ce serait véritablement admettre des équivalents dans l'exécution des obligations, que de permettre au débiteur de se libérer par des paiements partiels; il ne le peut donc, en général, que du consentement du créancier. Et néanmoins l'équité exige que les juges, prenant en considération la position du débiteur, puissent lui accorder des délais modérés (ce qui peut emporter division du paiement), et suspendre l'exécution des poursuites. Mais remarquez : 1° que la plus grande réserve est recommandée aux juges dans l'exercice de ce pouvoir; 2° que, pendant le sursis accordé, tout doit demeurer en état. V. art. 1244; v. aussi Cod. proc., art. 122-125, 127, et Cod. civ., 2212; v. cependant Cod. comm., art. 157 et 187.

183 *bis*. I. Nous avons dit que le débiteur doit payer toute la chose due, par conséquent il ne peut pas fractionner les paiements : c'est la règle contenue dans le premier alinéa de l'article 1244 et qu'on a déjà trouvée dans l'article 1220. Nous l'avons alors justifiée en montrant que le créancier recevant son paiement par petites sommes trouverait peut-être plus difficilement à faire emploi, et qu'obligé à conserver ces sommes pour les réunir en un seul placement, il pourrait être plus aisément entraîné à les dissiper.

183 *bis*. II. Il ne faut pas toutefois abuser de la règle qui vient d'être posée; le créancier ne peut pas toujours refuser une somme qui ne libère pas entièrement le débiteur. Si la chose offerte est l'objet d'une dette véritablement distincte, il faut bien que le débiteur puisse l'acquitter séparément. Ceci ne mérite pas d'être

remarqué quand il s'agit de deux dettes différentes et complétement indépendantes l'une et l'autre, car l'article est opposé à la division d'une dette et non pas à celle des dettes. Mais il faut tenir compte de notre observation quand la dette peut être considérée comme étant une, bien qu'elle astreigne le débiteur à des paiements successifs, comme lorsqu'il s'agit de fermages, loyers, arrérages ou intérêts ; le débiteur ne peut être contraint à payer en une seule fois tous les termes échus, parce que d'après la convention même des parties chaque terme pouvait être payé séparément et constituait en quelque sorte une dette distincte.

183 *bis*. III. Nous devons rappeler ce qui a été dit sur l'article 1220 : que notre règle suppose l'unité du créancier et l'unité du débiteur, mais que si la dette est divisible de sa nature, le créancier perd le droit de demander la totalité, du moment qu'il a plusieurs débiteurs et qu'on ne se trouve pas dans les cas exceptionnels énumérés par l'article 1221.

Il faut aussi remarquer que dans certaines hypothèses le créancier est obligé de recevoir un paiement partiel, par exemple au cas de bénéfice de discussion (art. 2021 et 2170) et au cas de purge par un tiers détenteur. Il est vrai que dans cette dernière hypothèse ce n'est pas le débiteur qui contraint le créancier à recevoir, et par rapport à lui les droits du créancier restent intacts.

Enfin, par une nécessité de fait, le débiteur étant impuissant à payer, le créancier peut ne recevoir qu'une fraction dans le cas de distribution par voie d'ordre ou de contribution et aussi au cas de concordat. Dans ce dernier cas même, il ne s'agit pas toujours d'un simple retard dans les paiements, les créanciers perdant toute action contre le débiteur qui a obtenu un concordat pour les portions de dettes dont le concordat a fait remise.

Il faut en outre noter le cas de compensation comme une des hypothèses où le créancier est contraint à subir un acquittement partiel de l'obligation. Les deux dettes s'éteignent jusqu'à concurrence de leur quotité respective (art. 1290), par conséquent cette sorte de paiement réciproque fictif, que la loi appelle compensation, a lieu pour une partie seulement de la dette la plus importante.

183 *bis*. IV. L'article 1244, deuxième alinéa, consacre une autre exception très-importante à la règle de l'indivisibilité du paie-

ment. Les juges peuvent autoriser la division des paiements pour faciliter la libération du débiteur et en tenant compte des circonstances de fait dont ils ont l'appréciation. Ceci se lie à ce que nous avons dit plus haut sur le terme de grâce (1). Mais il y a dans notre article quelque chose de plus. Il ne s'agit pas seulement d'autoriser le débiteur à retarder le paiement. La disposition finale de l'article 1244 est présentée par le texte comme dérogeant à la règle de l'indivisibilité du paiement : après avoir établi que le paiement ne peut être fractionné, l'article commence par le mot *néanmoins* la phrase qui concède aux juges le pouvoir de changer quelque chose à l'époque du paiement. S'il s'agissait d'un simple retard, le paiement devant rester un et indivisible, la décision judiciaire qui autoriserait ce retard ne porterait pas atteinte au principe de l'unité de la prestation formulé par le premier alinéa, et rien n'expliquerait l'emploi du mot *néanmoins* reliant inutilement deux phrases qui exprimeraient deux idées tout à fait indépendantes l'une de l'autre. Il y a en outre dans l'article un autre mot qui est très-significatif; au lieu de parler de la concession du *terme de grâce,* au lieu de dire : le débiteur peut obtenir *un délai,* on a écrit *des délais,* et ce mot au pluriel est employé dans une phrase où il est question d'un débiteur et non pas des débiteurs en général. Il est clair qu'on a voulu donner aux tribunaux le droit d'accorder plusieurs délais au même débiteur, ce qui ne peut se comprendre qu'au moyen d'un fractionnement de la prestation due. Il faut le reconnaître du reste, puisque la loi consentait à substituer une appréciation bienveillante à la rigueur de la règle que les conventions sont la loi des parties, elle devait, pour être conséquente, laisser toute latitude aux tribunaux. Il sera souvent de l'intérêt du créancier comme du débiteur que les paiements soient rendus plus faciles par la diminution du chiffre de chaque prestation; donner au débiteur un seul délai un peu long et exiger le paiement intégral à l'expiration de ce délai, ce sera souvent un mauvais moyen d'assurer le paiement, parce que le débiteur embarrassé dans ses affaires ne pourra peut-être jamais réunir une somme importante, tandis que le paiement aura lieu au grand avantage des deux parties si le débiteur peut se libérer au moyen

(1) Voy. n° 107 *bis*, *suprà*.

de prestations d'une valeur modique successivement prélevées sur le produit de son travail ou sur ses revenus, sans qu'il soit obligé d'économiser et d'accumuler pour payer en une seule fois la somme due.

183 *bis*. V. Que les juges accordent un délai ou des délais, la concession par eux faite au débiteur ne peut avoir pour effet d'annuler les procédures commencées; elles doivent rester en état, *in statu*, pour être reprises après l'expiration du délai au point où elles en étaient avant le sursis. Si des poursuites proprement dites avaient été commencées, elles seraient également suspendues pour être reprises plus tard après l'expiration des délais. L'annulation des actes de procédure et de poursuite n'aurait pas d'autre résultat que de nécessiter plus tard de nouveaux frais et une nouvelle perte de temps; les frais seraient onéreux pour le débiteur, et quant à la perte de temps, il ne serait pas juste de l'imposer au créancier, déjà obligé de subir un retard par la volonté du tribunal.

183 *bis*. VI. Il s'élève, au reste, une difficulté grave quant au pouvoir qui appartient aux tribunaux d'accorder des délais au débiteur. L'article en effet est général : rien dans son apparence ne suppose une distinction fondée sur la nature du titre qui prouve le droit du créancier. Dès lors on doit dire que les délais peuvent être accordés alors même que le créancier est porteur d'un titre exécutoire. On sait que le titre exécutoire est l'écrit dressé par un officier public compétent, et revêtu de la formule par laquelle le chef du pouvoir exécutif ordonne aux agents de la force publique de prêter main-forte à l'exécution des dispositions contenues dans l'écrit. Les actes qui peuvent être revêtus de cette formule sont les jugements et les actes notariés. Pour les jugements nous avons, malgré la généralité de l'article 1244, une réserve à faire. Aux termes de l'article 122 du Code de procédure, les délais ne peuvent être accordés que par le jugement même qui statue sur la contestation. Après ce jugement le tribunal est dessaisi, et le porteur de la grosse exécutoire du jugement ne doit plus redouter un retard apporté par les tribunaux dans l'exécution. En effet, le tribunal qui a prononcé la condamnation a été mis en demeure d'apprécier la convenance de la concession d'un délai, et si la question de délai pouvait de nouveau être

soumise à la justice, il y aurait une atteinte portée à l'autorité de la chose jugée.

183 *bis*. VII. Nous n'avons, au contraire, quand il s'agit des actes notariés exécutoires, ni le texte ni les raisons qui s'appliquent aux jugements; il faut alors tenir grand compte du caractère absolu et général de l'article 1244, pour ne pas restreindre ses dispositions aux débiteurs poursuivis sans titres écrits ou en vertu de titres sous seings privés. On a élevé toutefois contre cette décision des objections qu'il faut examiner et réfuter. La première est une objection constitutionnelle; elle reproche à notre décision de consacrer un empiétement de l'autorité judiciaire sur les droits du pouvoir exécutif. On dit : Par le titre exécutoire le chef du pouvoir exécutif mande et ordonne l'exécution de l'acte; comment la justice pourrait-elle faire obstacle à l'accomplissement des ordres du chef du pouvoir exécutif agissant en vertu de son droit? Cette objection emprunte une grande force apparente à l'importance des principes qu'elle met en jeu; mais cette force n'est pas réelle : tout repose sur un cercle vicieux. Nous discutons sur le sens d'une loi, il s'agit de savoir si cette loi a donné aux tribunaux le pouvoir dont il s'agit, et comme le pouvoir législatif est supérieur aussi bien au pouvoir exécutif qu'au pouvoir judiciaire, si on établit que les tribunaux ont reçu de la loi ce pouvoir, il n'y a plus à se prévaloir de l'indépendance du pouvoir exécutif par rapport au pouvoir judiciaire. Les principes constitutionnels ne condamnent donc pas la solution que nous avons adoptée, elle n'est pas non plus condamnée par un texte du Code Napoléon qu'on lui a quelquefois opposé, l'article 2212. Dans cet article, le Code semble subordonner à certaines conditions la concession du délai de grâce; et l'hypothèse qu'il prévoit est certes le cas d'une poursuite fondée sur un titre exécutoire, car le créancier a pratiqué une saisie immobilière, et cette saisie ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un titre de cette nature (art. 2213 C. N., 675 P. C.); or l'article 2212 admet alors qu'un délai peut être accordé, mais seulement si le débiteur justifie que le revenu de ses immeubles pendant une année suffit pour le paiement intégral de la dette et s'il en offre la délégation au créancier. D'où cette conclusion apparente qu'en dehors des conditions de l'article 2212, le délai de grâce ne peut être accordé quand le

titre du créancier est exécutoire; car il était inutile de donner au juge, sous des conditions déterminées, un pouvoir qui lui appartiendrait en règle générale et sans conditions. Telle n'est pas cependant l'importance de l'article 2212, et l'argument *a contrario* qu'il fournit n'est pas suffisant pour nécessiter une distinction sur l'article 1244. Il peut, en effet, être question dans l'article 2212 non pas des cas ordinaires, où, selon nous, le juge est seul appréciateur des circonstances qui autorisent la concession du délai de grâce, mais des hypothèses exceptionnelles, où le délai de grâce ne peut pas être en principe accordé par les tribunaux. Si le débiteur est poursuivi en vertu d'un jugement, nous disons, avec l'article 122 P. C., que le délai de grâce ne peut être accordé; il le pourrait être exceptionnellement dans le cas prévu par l'article 2212, et l'utilité de cet article consisterait à donner en ce cas au juge un pouvoir qu'il n'a pas d'après les règles générales. De même, si le débiteur se trouve dans une des situations prévues par l'article 124 P. C., où le terme de grâce ne peut être concédé, et si cependant il n'est pas incapable de consentir la délégation exigée par l'article 2212, par exemple, s'il a diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier, il y aura avantage à s'appuyer sur l'article 2212 pour accorder un délai qui ne pourrait être obtenu sans cela. L'article 2212 s'explique donc et s'applique très-bien comme contenant une exception, il ne peut pas servir à nous éclairer sur le sens de la règle.

183 *bis*. VIII. Il reste à examiner une autre difficulté que soulève notre décision et qui a conduit certaines personnes à la solution opposée. Si le titre est exécutoire, a-t-on dit, le créancier n'ayant pas besoin de s'adresser à la justice, les tribunaux ne peuvent pas être saisis et par conséquent ne peuvent accorder un délai au débiteur. Cette objection aurait une grande puissance si le droit d'accorder un délai était le résultat d'une sorte d'usurpation prétorienne des tribunaux, s'il se justifiait seulement par un raisonnement qui présenterait le tribunal, ayant le droit de condamner, comme ayant par là même le droit de subordonner la condamnation à certaines conditions et notamment de déclarer que l'exécution sera retardée. Si tel était le fondement du droit des tribunaux, il est clair qu'ils seraient sans droit quand ils n'au-

raient pas à prononcer de condamnation. Mais il n'en est rien : les juges n'ont pas conquis par un raisonnement le droit d'accorder le délai de grâce, ils puisent ce droit dans un article de la loi; cet article ne fait pas de distinction, donc le droit est absolu, et si la loi a consacré le droit pour le juge d'accorder le délai, elle doit avoir permis au justiciable de s'adresser au juge pour lui demander d'user de ce droit. Nous ne disons donc pas seulement que le débiteur, en soulevant quelques difficultés plus ou moins sérieuses sur l'exécution du titre, peut saisir le juge et demander le délai, nous disons plus franchement que le débiteur poursuivi peut directement et sans contestation fictive sur l'exécution, saisir les tribunaux d'une demande tendant à obtenir le délai de grâce.

183 *bis*. IX. La pensée du législateur qui autorise les juges à accorder des délais ou à permettre la division des paiements est certainement une pensée d'humanité, qui s'inspire de considérations d'intérêt général d'un ordre élevé. Mais ces considérations ne se lient pas assez étroitement aux règles générales et fondamentales sur lesquelles repose la société pour que nous puissions voir dans l'article 1244 une disposition d'ordre public. En d'autres termes, nous admettons la validité d'une convention par laquelle le débiteur renoncerait d'avance au bénéfice de l'article 1244 et s'obligerait à exécuter à l'échéance sans aucun retard possible. Si la loi avait voulu proscrire cette convention, elle se serait exprimée sur ce point comme elle l'a fait dans beaucoup d'autres cas. La loi étant muette, le principe de la liberté des conventions doit être respecté, et il faut considérer la règle de l'article 1244 comme les règles sur la mise en demeure, qui sont certainement édictées pour la protection du débiteur dans un intérêt d'humanité, mais auxquelles la convention des parties peut déroger. (Art. 1139.)

184. La chose due, si c'est un corps certain, étant aux risques du créancier, du jour même de l'obligation (art. 1138), doit être livrée dans l'état où elle se trouve; bien entendu, toutefois, que le débiteur répond des détériorations provenues d'un fait ou d'une faute à lui imputable (art. 1147), et de celles qui surviennent pendant sa demeure (art. 1138). Ajoutons, à moins que, dans ce dernier cas, la délivrance faite

en temps utile n'eût pas dû préserver le créancier du préjudice résultant des détériorations (art. 1302). V. art. 1245, et à ce sujet, art. 1018, 1614.

185. Si la dette est indéterminée, le débiteur est libéré en donnant une chose du genre promis, à son choix. Et néanmoins la bonne foi qui doit présider à l'exécution (art. 1134) ne l'oblige pas, sans doute, à donner une chose de la meilleure qualité, mais elle ne lui permet pas d'en offrir une de la plus mauvaise. Voy. art. 1246.

185 *bis*. La règle qui détermine comment doit s'exercer le choix du débiteur de genre, se rattache à celles qui viennent d'être exposées sur la nécessité de livrer toute la chose due. Si la loi avait exigé que le débiteur livrât une chose de la meilleure qualité, on pourrait présenter celui qui offre une chose de qualité médiocre, comme un débiteur qui ne paie pas toute la chose due.

186. Le lieu où le paiement doit être fait peut être déterminé par la convention; mais, dans le silence du contrat, on doit croire que celui qui s'est seulement obligé à livrer une chose n'a pas entendu s'obliger à la transporter d'un endroit à un autre; et le lieu du paiement est déterminé, suivant les cas, soit par la situation de la chose due au temps de l'obligation, soit par le domicile du débiteur. Voy. art. 1247, et à ce sujet, art. 1609; v. pourtant art. 1651.

186 *bis*. *Époque, lieu et frais du paiement*. — La loi ne dit rien ici sur l'époque à laquelle doit être fait le paiement, il faut se reporter aux règles exposées sur le terme. Tout dépend de la convention expresse ou tacite.

Quant au lieu où la prestation doit être faite, la règle est dans l'article 1247. Elle n'est qu'une application des principes généraux sur les relations du créancier et du débiteur. Le contraindre à transporter la chose due, c'est lui imposer une aggravation d'obligation, donc il ne doit pas être tenu de payer ailleurs qu'à son domicile; le créancier doit y venir chercher (*quérir*) ce qui lui est dû; la dette est *quérable*, à moins de convention expresse obligeant le débiteur à porter ce qu'il doit, la dette est dite alors *portable*. Enfin la loi, par interprétation de volonté, suppose une convention

quand l'objet dû est un corps certain : il doit être livré au lieu où il était au temps de la convention, parce que le transport de cet objet jusqu'au domicile du débiteur pourrait être onéreux pour le débiteur lui-même et sans utilité pour le créancier. La raison de cette décision du législateur indique avec quelle réserve elle doit être entendue : comme il s'agit en réalité d'une interprétation de volonté, le juge pourrait bien, suivant les circonstances, admettre une interprétation opposée. Toutes les fois, par exemple, qu'il s'agira d'un meuble facilement transportable et que le débiteur aura nécessairement porté avec lui, qu'il n'aura pas pu laisser au lieu où le contrat a été fait, on ne tiendrait plus aucun compte de l'intérêt du débiteur, et on abuserait contre lui d'un article écrit en sa faveur si on l'obligeait à transporter de nouveau cet objet au lieu du contrat. L'interprétation légale est donnée en vue de choses difficilement transportables, ou qui sont au moment du contrat déposées dans un lieu où il est facile et commode de les laisser. L'article a songé à des marchandises lourdes et encombrantes, à des animaux ou autres objets qui ont une résidence fixe dans la localité où se fait la convention, il ne doit pas être appliqué hors de ces hypothèses (1).

187. Au reste, le débiteur étant obligé à remettre la chose due au pouvoir du créancier, et ayant seul intérêt à se procurer la preuve de sa libération, il s'ensuit que les frais du paiement, c'est-à-dire tous ceux qui sont nécessaires pour parvenir à la délivrance, et même ceux de quittance, doivent, en général, rester à sa charge. V. art. 1248, et à ce sujet, art. 1608, 1593.

187 *bis*. Les frais du paiement consistent dans les dépenses faites pour la délivrance et pour la quittance.

La délivrance entraîne des frais parce qu'il s'agit souvent de transporter la chose au lieu où doit se faire le paiement, et il est naturel que le débiteur supporte ces frais puisqu'il est tenu de faire la délivrance au lieu déterminé. La chose livrée en ce lieu, il reste à la transporter où il plaît au créancier; les dépenses faites pour ce nouveau transport ne sont plus à la charge du débi-

(1) Voy. Pothier, nº 512.

teur puisqu'il a satisfait à son obligation, c'est le créancier qui doit les supporter : la loi en parle sous le nom de *frais d'enlèvement.* (Art. 1608.)

La quittance est l'écrit qui prouve que le paiement a eu lieu; il est rédigé par conséquent dans l'intérêt du débiteur, et c'est ce qui explique pourquoi cette partie est grevée des frais qu'il entraîne. Il faut observer néanmoins que si la quittance est notariée, elle a été rédigée par l'officier public sur un mandat que lui ont donné les deux parties, et que dès lors cet officier a contre elles une action solidaire, ce qui implique que le créancier pourra être contraint à payer, sauf son recours contre le débiteur, qui est principalement tenu des frais de quittance. (V. art. 2002).

§ II.

Du paiement avec subrogation.

188. L'effet du paiement est, en général, de libérer le débiteur en éteignant le droit du créancier; cette règle est sans exception, toutes les fois qu'il y a paiement valablement fait par le débiteur lui-même, et de ses propres deniers. Mais si le paiement est fait par un tiers, c'est-à-dire ici, par tout autre que l'obligé principal ou que l'obligé unique, ou s'il est fait des deniers d'autrui, il peut y avoir subrogation aux droits du créancier. Auquel cas le paiement a toujours l'effet de libérer le débiteur envers son premier créancier; mais les droits de celui-ci passent, en tout ou en partie, à celui qui a payé ou qui a fourni les deniers.

189. De droit commun, celui qui paie pour le débiteur, ou qui fournit à celui-ci des fonds pour l'acquittement de sa dette, sans intention de lui faire donation, devient par là même son créancier, soit à titre de mandataire ou de gérant d'affaires, soit à titre de prêteur. Mais cette nouvelle créance, entièrement distincte de celle que le paiement a éteinte, ne participe point aux priviléges ou autres prérogatives dont jouissait celle-ci. On conçoit cependant que l'on puisse, sans

injustice pour les autres créanciers, lui attribuer ces prérogatives, qui continueraient à subsister au profit du premier créancier, si le tiers ne le payait pas ou ne fournissait pas la somme nécessaire pour le payer. Tel est le principe de la subrogation, qui peut naturellement résulter d'une convention faite avec le créancier, ou même d'une convention avec le débiteur; et que la loi elle-même établit dans certains cas, sans qu'on ait besoin de la stipuler. V. art. 1249.

189 *bis*. I. On peut définir la subrogation une opération qui consiste à mettre une personne à la place d'une autre, la substitution d'un créancier à un autre faite à l'occasion d'un paiement. Les éléments de cette opération, ses effets et ses avantages sont sommairement indiqués, à propos d'un des cas de subrogation, par l'article 1250-1°, qui montre le subrogé acquérant les droits, actions, priviléges et hypothèques du créancier qu'il paie, et par l'article 1249, qui d'une façon plus générale parle de la subrogation d'un tiers qui paie dans les droits du créancier.

L'hypothèse est donc très-simple à déterminer et à préciser; un créancier reçoit son paiement d'une personne qui n'est pas le débiteur, ou au moins le débiteur unique. Si nous ne supposons pas que celui qui a payé voulait faire une libéralité au débiteur, il a certainement contre celui-ci une action, l'action du mandat quand il a payé par la volonté de ce débiteur, l'action de gestion d'affaire s'il a payé spontanément, l'action de prêt s'il a fourni des deniers destinés par le débiteur au paiement de sa dette (art. 1250-2°). Ces trois actions sont des actions personnelles dénuées de toute garantie accessoire et exposant le nouveau créancier à toutes les chances de l'insolvabilité du débiteur. Or le créancier primitif était peut-être dans une position meilleure : il s'était fait constituer une hypothèque, il avait reçu une caution, et par conséquent sa créance était mieux garantie que la créance nouvelle. La subrogation a pour avantage de placer le nouveau créancier dans la position qu'avait l'ancien, de ne pas le laisser réduit à la pure créance qui est née en sa personne, du mandat, de la gestion d'affaire ou du prêt, de lui attribuer en un mot les garanties dont jouissait le créancier qu'il a payé, ou, comme il est

dit dans l'article 1250, de le substituer dans les droits, actions, priviléges et hypothèques du créancier.

189 *bis.* II. Voilà sommairement le résultat de la subrogation. Il reste à examiner comment ce résultat peut être produit. Il y a sur ce point deux systèmes radicaux. Le premier considère la nouvelle créance comme n'ayant pas changé de nature, et l'ancienne comme réellement éteinte par le paiement. On dit : A la créance payée et par conséquent éteinte se substitue une nouvelle créance fondée sur le mandat, la gestion d'affaire ou le prêt, et la loi par sa toute-puissance attache à cette nouvelle créance les garanties accessoires de l'ancienne.

Cette théorie est parfaitement en harmonie avec la place qu'occupent dans le Code les articles sur la subrogation, puisqu'ils font partie du chapitre de l'extinction des obligations et de la section du paiement, et plus encore avec le langage du législateur, qui n'emploie jamais le mot subrogation seul et isolé, mais qui désigne toujours l'opération complexe que nous analysons par l'expression : paiement avec subrogation. Cette théorie a en outre l'avantage d'expliquer merveilleusement une règle très-importante de la matière, et sur laquelle tout le monde est d'accord. Nous dirons en effet bientôt que le subrogé bien que substitué à tous les droits du créancier ne peut jamais les exercer que dans les limites de ses déboursés, et s'il est vrai que le subrogé n'est autre chose qu'un mandataire un gérant d'affaire ou un prêteur, il serait tout naturel qu'il ne pût rien demander au delà de ses avances faites ou de la somme prêtée.

189 *bis.* III. Cette doctrine toutefois conduirait à des conséquences qui doivent la condamner, car avec la prétention de conserver au subrogé tous les droits qu'avait le subrogeant, elle le priverait nécessairement des principales garanties dont jouissait la créance entre les mains du subrogeant. Il serait impossible en effet de conserver au subrogé les avantages découlant de la nature de la créance, puisque cette nature aurait changé. Le titre du créancier ne serait plus le même, et il faudrait nécessairement tenir compte de ce fait, que le nouveau créancier est un mandataire, un gérant d'affaire ou un prêteur, au lieu d'être ce qu'était le subrogeant. Les conséquences de ce changement de qualité seraient considérables. Ainsi le nouveau créancier ne pourrait pas

user du titre exécutoire délivré à l'ancien, car le droit à ce qu'on appelle l'*exécution parée* n'est pas un accessoire de la créance, il est attaché au titre, dépend dès lors de la nature de ce titre et se perd quand le titre change. Il ne pourrait pas contraindre par corps le débiteur quand le subrogé aurait eu ce droit en vertu de l'article 4 de la loi du 22 juillet 1867, et pourtant cette voie très-énergique de coercition était peut-être considérée par le créancier comme la plus sûre de ses garanties.

Le changement de titre produirait quelquefois un changement dans la compétence du tribunal. La créance première étant commerciale, le subrogé, mandataire gérant d'affaire ou prêteur, n'ayant fait qu'une affaire civile, ne pourrait plus avoir recours qu'à la justice civile. Il pourrait regretter la juridiction commerciale, qui avait ses avantages au point de vue de la procédure (voyez surtout art. 423 et 439 P. C.), et qui avant l'abolition de la contrainte par corps en matière commerciale lui aurait donné contre le débiteur une voie d'exécution très-utile.

On devrait aller aussi jusqu'à dire, pour être logique, que si l'action du subrogé était une action nouvelle, il faudrait lui refuser les hypothèques légales du subrogeant; car ces hypothèques garantissent certaines créances à raison de leur qualité et n'auraient plus aucune raison d'être à propos d'une créance fondée sur la gestion d'affaire ou le prêt. Alors on introduirait une distinction dans l'article 1250, où il est question des hypothèques en général. Bien plus, il faudrait également refuser les priviléges qui sont aussi concédés en raison de la qualité de la créance (art. 2095), et alors ce ne serait plus une distinction qu'on introduirait dans l'article, mais, pour ainsi dire, un mot qu'on supprimerait, car, à moins de songer au privilége fondé sur le gage, il ne serait pas possible de voir à quelles hypothèses aurait pensé le législateur quand il a dit que le subrogé est substitué aux droits, actions, *priviléges* et hypothèques.

Une dernière observation, et celle-ci dans l'intérêt du débiteur: si la créance du subrogé est nouvelle, le paiement avec subrogation interrompra la prescription, car on ne pourrait pas, à un créancier dont le droit vient de naître, opposer le temps écoulé par rapport à la prescription d'une ancienne créance.

189 *bis*. IV. Si on abandonne cette manière de considérer la

subrogation, on est conduit par les expressions de la loi et par le langage des anciens auteurs à voir son fondement dans une cession de la créance elle-même. Jamais le Code Napoléon n'a dit que le subrogé acquît simplement les accessoires de la créance, il l'a toujours présenté comme substitué dans les *droits* du créancier primitif, et de ces droits, le premier, le principal, c'est la créance elle-même. (Art. 1249-1250.) L'article 1252 reconnaît que la subrogation produit des effets contre le débiteur, ce qui serait inexact s'il ne s'agissait que de l'acquisition des accessoires de la créance. Car, contre le débiteur, l'action serait la nouvelle action fondée sur le mandat, la gestion d'affaire ou le prêt, et ne découlerait pas de la subrogation. Les articles 874 et 2029 se prêtent à la même observation et au même raisonnement.

189 *bis*. V. Pothier a toujours ainsi envisagé les choses : Au n° 519 du traité des obligations, il emploie constamment l'expression : Cession d'actions. Dans le même n° 519 et au n° 522, il dit *que la dette n'est pas censée éteinte... que la créance acquittée est réputée en faveur de celui qui est subrogé subsister avec tous les droits qui en dépendent.* Dans un document législatif ancien on rencontre la manifestation de la même doctrine. (Déclaration de mai 1609, relative au cas de subrogation, qui est devenu le deuxième cas de l'article 1250... *Voulons... qu'ils soient et demeurent de droit aux droits, hypothèques, noms* (nomina, *créances*), *raisons et actions desdits anciens créanciers, sans autre cession et transport d'iceux.*) Enfin si on remonte jusqu'au droit romain, il n'est pas besoin d'examiner les textes et le fond même de la théorie pour remarquer que le droit romain donnait le *beneficium cedendarum actionum* dans des hypothèses qui sont précisément devenues des cas de subrogation légale.

On est donc autorisé à voir dans la cession de créance le fondement de la subrogation, cession proprement dite quand la subrogation s'opère par la volonté du créancier, cession faite ou imposée par la loi dans les hypothèses régies par les articles 1251 et 1250-2°.

189 *bis*. VI. Il faut toutefois se garder de se tenir dans les extrêmes. On a soutenu une opinion radicalement opposée à celle que nous avons réfutée, et on a assimilé complétement la subrogation à la cession. Ce serait une seule opération désignée in-

distinctement par deux expressions indifférentes. Mais cet aperçu est inexact comme le précédent, car il méconnaît des différences essentielles entre deux actes qui peuvent avoir le même principe, mais qui cependant sont loin d'être identiques.

189 *bis*. VII. Les différences entre la cession pure et cette cession *sui generis* que nous appelons subrogation, découlent de ce que celle-là est un acte simple, tandis que celle-ci est un acte mixte. La première n'est pas autre chose qu'un transport des droits du cédant au cessionnaire; la seconde au contraire est en même temps un paiement et une cession, et il est impossible que cette double nature de l'opération n'ait pas quelque influence sur ses caractères et ses effets. Si, partant de cette idée que la subrogation se lie intimement à un paiement, on cherche à se fixer sur la nature de cette opération comparée à celle de la cession proprement dite, on arrive sans grand effort à cette comparaison. La cession proprement dite est une opération qui dans l'intention même des parties, cédant et cessionnaire, ne tient pas compte de l'intérêt du débiteur cédé, elle est toute dans l'intérêt du cédant et du cessionnaire. Le premier abandonne ses droits moyennant un prix ou pour faire une libéralité, le second veut acquérir ces droits et tous ces droits, exactement comme dans la vente ou la donation d'immeuble le vendeur consent à abandonner sa propriété et l'acheteur veut acquérir tous les droits que ce vendeur avait sur l'immeuble. Quand il s'agit au contraire du paiement avec subrogation, si on n'oublie pas qu'avant la cession, qui est, il est vrai, un des éléments de l'opération, il faut tenir compte du paiement, qui est aussi un de ces éléments et l'élément préliminaire, on trouve que celui qui a acquis les droits de créancier n'a pas songé seulement à ses intérêts comme dans la cession, mais qu'il a d'abord et avant tout voulu aider le débiteur. En résumé le cessionnaire cherche un bénéfice, il spécule, celui qui se fait subroger cherche à rendre service à autrui tout en s'assurant lui-même contre les pertes possibles que son opération pourrait lui causer.

189 *bis*. VIII. A ces idées générales se rattachent les différences de détail que nous allons signaler :

1° Le subrogé n'a action que dans les limites de son déboursé; le cessionnaire peut agir pour le chiffre intégral de la créance cédée.

encore qu'il l'ait payée un prix inférieur à ce chiffre. *Exemple :* un créancier de 10,000 francs consent à recevoir 9,000 francs et à donner une quittance entière avec subrogation au profit du tiers qui l'a payé; celui-ci ne pourra agir contre le débiteur que pour les 9,000 francs déboursés, et le débiteur se trouvera libéré des 1,000 francs excédant. S'il s'agissait d'une cession, le cessionnaire pourrait poursuivre le cédé pour les 10,000 francs montant intégral de la créance cédée.

Cette restriction aux droits du subrogé, qui est acceptée par tout le monde, n'est pas assez nettement accusée dans les dispositions du Code Napoléon, mais elle résulte de ce qu'aux termes des articles 1249 et 1250 la subrogation se produit au profit de celui qui a payé, et, par conséquent, doit être limitée à ce qu'il a payé. Ce qui est encore mieux démontré par l'article 1250-2°, qui régit une espèce où le doute n'est pas possible, car le subrogé, n'étant qu'un prêteur de deniers, ne peut certes pas avoir des droits pour une somme supérieure à celle prêtée. La restriction des droits du subrogé se justifie enfin par les considérations que nous avons présentées sur le but de l'opération du subrogé comparé au but de la cession proprement dite. Celui qui a voulu rendre service, qui a tendu principalement à la libération du débiteur, ne peut aspirer qu'à être indemnisé, et ne doit pas prétendre à des bénéfices comme celui qui a ouvertement fait un acte de spéculation.

189 *bis*. IX. 2° Le subrogé n'a pas droit à la garantie comme le cessionnaire. Celui-ci s'appuierait sur les principes du contrat de vente, et si on lui avait cédé une créance inexistante, il pourrait se faire indemniser aux termes de l'article 1693, tandis que le subrogé qui, dans les rapports avec le subrogeant, n'a fait qu'un paiement, ne peut pas invoquer contre celui-ci les règles de la vente et n'a droit contre lui, au cas d'inexistence de la créance, qu'à la restitution de l'indû. L'intérêt pratique de cette différence d'actions ressort de la comparaison entre les articles 1630 et 1378. Le cessionnaire garanti obtiendrait, aux termes de l'article 1630, les intérêts du prix de cession et la restitution des frais et loyaux coûts du contrat et même des frais de poursuite contre le prétendu débiteur, tandis que le subrogé, par la *condictio indebiti,* n'a droit aux intérêts et autres indemnités que si le subrogeant était de mauvaise foi. (Art. 1378.)

189 *bis*. X. 3° Le paiement avec subrogation n'est pas assujetti à la formalité de l'article 1690. Le subrogé, à la différence du cessionnaire, serait saisi à l'égard des tiers sans signification ou acceptation, c'est-à-dire que les cessionnaires ou saisissants postérieurs au paiement seraient primés par le subrogé comme ils seraient privés de tout droit sur la créance par un paiement sans subrogation qui n'est pas soumis à la règle de l'article 1690.

189 *bis*. XI. 4° Le paiement avec subrogation peut avoir lieu sans la volonté du créancier, qui n'en doit pas éprouver plus de préjudice que d'un paiement simple (art. 1250-2°, 1251), tandis que la cession qui l'oblige comme vendeur ne peut être faite que par lui.

5° Nous rattacherons la disposition de l'article 1252 à cette idée que la subrogation par rapport au subrogeant est un paiement; nous en concluons qu'il doit être, quand il a reçu un paiement partiel avec subrogation, dans la même position que s'il avait reçu un paiement partiel sans subrogation; mais nous dirons qu'il doit en être autrement au cas de cession, parce qu'alors le créancier a démembré sa créance, et que le droit de son cessionnaire est égal au sien, ce qui conduit à les payer tous les deux au marc le franc quand il est impossible de les payer intégralement.

189 *bis*. XII. La comparaison que nous venons de faire entre les effets de la subrogation et ceux de la cession suppose qu'il n'y a pas de doute sur la détermination de l'acte que les parties ont voulu faire. Et ce doute n'est pas possible quand il s'agit de la subrogation par la volonté du débiteur (art. 1250, 2°) ou de la subrogation légale. Mais l'hésitation est possible à propos de la subrogation par la volonté du créancier; alors il faudrait se garder de considérer exclusivement les expressions employées par les parties; d'abord la pratique se sert un peu indifféremment des deux termes : céder et subroger; elle les cumule même bien souvent, et par conséquent il faut se préoccuper, comme toujours, plutôt du fond de l'acte que de la qualification plus ou moins exacte qui lui a été donnée. Les faits éclaireront les tribunaux sur l'intention des parties : il faudra rechercher si l'opération a été faite dans l'intérêt du débiteur ou du créancier. Il est probable, par exemple, que l'acte est dans l'intérêt du créancier, que c'est une cession, quand la créance n'était pas exigible, et qu'il s'agissait pour le créancier de se procurer immédiatement de l'argent;

tandis que l'acte paraîtra plutôt accompli en faveur du débiteur quand la dette était échue, que peut-être même des poursuites étaient commencées.

190. Lorsque le créancier reçoit son paiement d'un tiers, il est naturel qu'étant maître de disposer de sa créance il puisse, s'il le veut, subroger à ses droits celui qui ne le paie qu'à cette condition. Mais, en général, il faut une convention expresse, convention qui ne pourrait plus intervenir utilement, si un paiement pur et simple avait déjà éteint les droits du créancier. V. art. 1250-1°.

190 *bis*. I. Il y a deux espèces de subrogation : la subrogation conventionnelle et la subrogation légale. Quant à la subrogation conventionnelle, elle peut avoir lieu par la volonté du créancier ou par la volonté du débiteur.

1° *Subrogation conventionnelle par la volonté du créancier.* — Elle résulte d'une convention entre le créancier et celui qui paie, c'est-à-dire entre le subrogeant et le subrogé, le débiteur restant étranger à cette convention. Cette subrogation est celle qui ressemble le plus à la cession de créance, et, par conséquent, c'est à propos de cette subrogation qu'il est important et délicat de distinguer ces deux opérations. L'article 1250-1° décrit assez complétement cette subrogation pour qu'il ne soit pas nécessaire d'insister. Le créancier reçoit son paiement, et il consent à substituer dans ses droits celui qui l'a payé; quelques observations de détail sont seules nécessaires.

D'abord la subrogation doit être expresse, c'est-à-dire que l'intention de mettre celui qui paie aux droits de celui qui est payé doit avoir été formellement manifestée, sinon les règles de l'interprétation des conventions conduiraient à considérer le paiement comme pur et simple, car les conventions doivent être interprétées dans le sens de la liberté et en faveur de l'obligé, c'est-à-dire contre la subrogation qui conserve des droits onéreux au débiteur qu'un paiement pur et simple aurait éteints.

190 *bis*. II. Le texte se contente d'exiger une subrogation expresse mais non pas solennelle, en sorte que bien certainement il n'est pas nécessaire d'avoir employé le mot technique lui-même, et que toute autre expression indiquant la volonté de sub-

stituer celui qui paie aux droits du créancier serait suffisante, comme aussi il serait inutile d'énumérer d'après l'article les droits du créancier et de dire les droits, actions, priviléges et hypothèques. En outre, la volonté des parties peut être exprimée, *expresse*, alors même qu'aucun écrit n'aurait été rédigé. Certes, la volonté de subroger est ordinairement constatée dans un acte écrit comme le fait même du paiement, et c'est de la quittance que résulte la preuve de la subrogation. Mais la loi n'impose pas la nécessité de cet écrit. Tout cela est soumis aux règles générales sur la preuve, et de même que le paiement peut être prouvé par témoins dans les conditions des articles 1341 et suivants, de même dans ces conditions on pourrait établir par la preuve testimoniale qu'il était intervenu une convention de subrogation. Il faudrait également réserver l'effet régulier de l'aveu de la partie et du serment.

La convention de subrogation doit être contemporaine du paiement; antérieure au paiement, elle n'a pas sa raison d'être, puisque la loi l'autorise en vue du débiteur et pour faciliter la libération de celui-ci; postérieure au paiement, elle ferait revivre des droits éteints par le paiement pur et simple, et dont le créancier ne peut plus dès lors avoir la disposition.

191. Il paraît d'abord plus étrange que la subrogation puisse s'opérer sans le concours de la volonté du créancier, et qu'une convention avec le débiteur puisse attribuer ainsi à un tiers les droits d'autrui. Mais le créancier étant entièrement désintéressé par le paiement qu'il reçoit, on n'a pas dû refuser au débiteur cette facilité. Il peut donc, en empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, et l'employant effectivement à cette destination, procurer au prêteur la subrogation. Mais la loi alors, pour prévenir les fraudes, exige des formes propres à constater que le prêt est réellement antérieur au paiement, qu'il a été fait en vue d'acquérir subrogation, et qu'il a effectivement servi à opérer le paiement. Tel est le but des actes authentiques, qui doivent être dressés tant pour l'emprunt que pour le paiement, et des déclarations qu'ils doivent contenir. V. article 1250-2°; voy. aussi article 2103-2° et 5°.

191 *bis.* I. 2° *Subrogation conventionnelle par la volonté du débiteur.*

Les faits qui donnent lieu à une convention de subrogation entre le débiteur et le subrogé sans l'intervention du créancier sont clairement indiqués par l'article 1250-2°. Le débiteur veut désintéresser son créancier, il n'a pas les fonds nécessaires, il doit emprunter; mais pour obtenir du crédit, il faut qu'il donne des garanties, hypothèques ou cautionnement, et il veut fournir à son nouveau prêteur les garanties qu'il avait données au créancier qu'il a l'intention de payer. S'il existait un accord entre ces trois personnes, l'ancien créancier, le débiteur et celui qui fournit les fonds, rien ne serait plus simple, puisqu'on arriverait à une subrogation par la volonté du créancier. (Art. 1250-1°). Mais la loi consacre et autorise une opération qui créera cette subrogation sans le concours de la volonté du créancier par la seule volonté du débiteur. Le créancier n'ayant en effet aucune raison légitime de se refuser à la substitution du nouveau créancier dans ses droits puisqu'il est payé, c'est-à-dire désintéressé, la loi a pu, sans injustice, autoriser le débiteur à disposer des droits du créancier, ou, comme on aurait pu dire, à obtenir de ce créancier une quittance avec subrogation forcée au profit du prêteur.

191 *bis.* II. Si le créancier ancien n'éprouve pas de préjudice de cette subrogation qui a lieu sans lui et peut-être malgré lui, nul autre n'est plus que lui atteint dans ses droits par cette subrogation. En effet, les tiers sont également désintéressés. Si ces tiers sont des créanciers hypothécaires primés par la créance objet de la convention, il pourrait certes leur être avantageux que la créance fût éteinte; mais puisque le débiteur n'est pas en position ou n'a pas la volonté de s'acquitter avec ses propres ressources, il faut ou que la dette continue à subsister au profit de l'ancien créancier ou qu'elle passe par la subrogation à un prêteur, alternative qui ne peut en rien profiter aux créanciers, puisque s'ils ne sont pas primés par le prêteur ils seront primés par l'ancien créancier, et qu'ils n'ont pas plus de chance d'être payés dans une hypothèse que dans l'autre.

La même observation doit être faite par rapport aux autres tiers : les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette ou les cautions ; ils n'ont pas intérêt à être exposés à une action de la

part de l'ancien créancier plutôt qu'à une action de la part du nouveau. Exposés à changer d'adversaire par la volonté du créancier, ils ne peuvent pas se plaindre d'en changer par la volonté du débiteur.

191 *bis*. III. L'histoire de cette subrogation montre clairement son motif et son utilité. Elle a été autorisée par une déclaration de Henri IV de mai 1609, dont le préambule montre dans quelles circonstances il peut être nécessaire que la loi autorise le débiteur à subroger un prêteur dans les droits du créancier. Un édit de 1601 avait abaissé le taux maximum des arrérages de rente et l'avait fixé au denier 16 (6 un quart p. 100) tandis qu'il était antérieurement au denier 12 (8 un tiers p. 100). Les débiteurs de rentes constituées au taux ancien voulaient emprunter au taux nouveau pour se libérer envers leurs anciens créanciers et bénéficier de la différence entre l'ancien taux et le taux nouveau des arrérages; mais les capitalistes disposés à fournir des fonds au taux nouveau exigeaient des garanties, et beaucoup de débiteurs ne pouvaient les fournir qu'en donnant celles qui avaient été accordées aux anciens créanciers. Il fallait donc une subrogation, et les anciens créanciers, maîtres de l'accorder ou de la refuser, ne s'y prêtaient pas de bonne grâce, parce que le capital qui devait leur être remboursé n'aurait pu être placé à l'avenir qu'au denier 16, tandis qu'il produisait le denier 12. Cette mauvaise volonté des créanciers empêchait les débiteurs de mettre ordre à leurs affaires et les privait, dit la déclaration royale, du bien de la réduction au denier 16. L'intervention du législateur a permis de contraindre les créanciers à recevoir, et a substitué de droit les prêteurs aux anciens créanciers.

191 *bis*. IV. Les mêmes circonstances pourraient se produire aujourd'hui et créer le même antagonisme entre des créanciers ayant prêté à un certain taux et des débiteurs qui pourraient se procurer des fonds moyennant un intérêt moindre. Il n'est pas besoin de supposer un abaissement légal du taux maximum de l'intérêt conventionnel, mais on voit assez souvent le cours de l'argent baisser par l'effet des événements politiques ou économiques pour que l'hypothèse dont nous parlons ne paraisse pas chimérique.

191 *bis*. V. Le Code soumet cette subrogation à une double condition de forme : il faut un acte d'emprunt et une quittance no-

tariés et circonstanciés, c'est-à-dire mentionnant le but de l'emprunt et l'origine des deniers donnés en paiement. Ce sont là des précautions législatives dont on comprendra l'utilité en étudiant les fraudes que les parties auraient pu essayer de pratiquer.

191 *bis*. VI. L'authenticité de l'acte d'emprunt prévient des fraudes de différentes natures. Ainsi on pourrait faire revivre, au moyen d'un emprunt antidaté, une hypothèque éteinte. *Exemple :* deux créanciers hypothécaires sont inscrits chacun pour 10,000 fr. sur un immeuble d'une valeur de 10,000 francs. Le premier a été payé, et, par l'effet de ce paiement, le second créancier, débarrassé de celui qui le primait, se trouve placé en ordre utile; mais le débiteur, propriétaire de l'immeuble, a besoin d'emprunter de nouveau et il ne trouve pas de crédit; il pourrait trouver un prêteur s'il lui donnait le premier rang hypothécaire, et ne peut obtenir ce résultat que par fraude en le subrogeant dans les droits du premier créancier anciennement payé. Seulement il faut faire considérer l'emprunt aujourd'hui fait comme ancien et antérieur au paiement fait au premier créancier, autrement dit, il faut antidater l'emprunt, et alors le créancier qui avait acquis le premier rang par le paiement fait dans l'origine et sans subrogation au premier créancier, redescendrait sans raison au second rang et perdrait toute chance d'être payé.

En exigeant l'authenticité de l'acte d'emprunt, la loi prévient ces combinaisons frauduleuses, puisque l'antidate n'est pas possible dans un acte notarié. On est certain dès lors que l'emprunt fait au subrogé est antérieur à l'extinction de la créance première inscrite.

191 *bis*. VII. Mais il ne suffit pas d'avoir raisonné sur cette espèce pour justifier l'article 1250, car on aurait évité la fraude que nous venons de décrire en exigeant seulement que l'acte d'emprunt eût date certaine (art. 1328), et notamment qu'il fût enregistré; l'enregistrement prévient complétement le danger des antidates, et il faut que la loi ait eu en vue d'autres fraudes pour imposer aux parties la rédaction d'un acte notarié.

Voici une autre espèce qui explique la précaution de la loi. — Le débiteur paie son créancier avec des fonds qu'il n'a pas empruntés; mais, songeant aux éventualités de l'avenir et craignant de faire de mauvaises affaires, il veut s'assurer, ce cas échéant,

les moyens de reprendre ce qu'il a payé à son créancier. Dans ce but, il simule un emprunt et il subroge un prêteur fictif dans les droits du créancier qu'il paie. Les autres créanciers restent ainsi primés par la créance qui paraît n'être pas éteinte, et si plus tard le prix de l'immeuble est réparti entre les différents créanciers hypothécaires, le débiteur représenté par le créancier fictif sera colloqué en première ligne sur ce prix.

Il ne s'agit point ici du danger d'une antidate, et, par conséquent, il ne suffirait pas d'exiger que l'acte d'emprunt ait date certaine; mais la forme notariée de l'acte d'emprunt donne des garanties sérieuses, parce qu'il est difficile que le prêteur fictif ne comprenne pas les conséquences de la fausse déclaration qu'il fait. S'il prenait la qualité de prêteur dans un acte sous seing privé, peut-être pourrait-il ne pas se rendre compte des motifs de l'acte simulé qu'on lui ferait accomplir, parce qu'il ne saurait pas découvrir dans l'acte qu'il signerait par complaisance la mention que le prêt est fait en vue d'un paiement à accomplir. Mais quand l'acte est notarié il n'y a pas à craindre que cette mention soit dissimulée, ni surtout que la partie signe sans prendre connaissance de l'acte, puisque le notaire doit lui en donner lecture. Ajoutez que, sur les conséquences de l'acte par rapport aux tiers, le faux prêteur, dans le cas d'acte sous seing privé, ne pourrait se renseigner qu'auprès du débiteur, qui a tout intérêt à le tromper tandis que l'officier public lui donnera tous les éclaircissements nécessaires, et alors s'il comprend qu'il prête les mains à un acte qui peut porter préjudice à autrui, il refusera souvent son concours. En somme, la loi ne rend pas la fraude absolument impossible, mais elle la rendra plus rare, puisque cette fraude demande la complicité éclairée de celui qui joue le rôle de prêteur.

191 *bis*. VIII. Parlons de l'authenticité de la quittance. Elle prévient non pas l'antidate, mais la *post-date* de la quittance. Il n'y a pas, en effet, besoin d'antidater l'emprunt si on donne à la quittance une date postérieure à la date du paiement. *Exemple:* un créancier a été payé il y a longtemps; le débiteur emprunte aujourd'hui par acte notarié, mais il s'arrange pour obtenir du créancier ancien une nouvelle quittance portant une date qui ne correspond pas à celle du paiement effectif, mais qui est posté-

rieure à l'acte d'emprunt. Alors les dates des deux actes concordent, et il est possible de faire revivre ainsi, au détriment des autres créanciers, une créance éteinte par le paiement. Exigez l'authenticité de la quittance, et vous évitez en grande partie ce danger, parce que le créancier autrefois payé, qui n'a aucun intérêt à mentir, sera éclairé par l'acte notarié sur la portée de la déclaration qu'il fait, et il ne consentira pas à laisser croire que le paiement par lui reçu, il y a deux ans, a été fait il y a quelques jours; tandis que, s'il s'était agi d'une quittance sous seing privé, il l'aurait peut-être donnée légèrement et presque sans la lire, croyant remplir un devoir de conscience envers l'ancien débiteur qui lui aurait fait croire qu'il avait perdu l'ancienne quittance.

Ici encore il n'eût pas suffi d'exiger que la quittance ait date certaine, car ce n'est pas la sincérité de la date de l'écrit qui est en question, c'est la sincérité des affirmations contenues dans cet écrit, et cette sincérité est jusqu'à un certain point garantie par l'accomplissement des formalités auxquelles sont assujettis les actes notariés, tandis que rien ne la garantit quand l'acte est sous seing privé.

191 *bis*. IX. Un acte d'emprunt notarié, une quittance notariée : dans le premier acte, déclaration du but de l'emprunt, dans le second, de l'origine des deniers donnés en paiement : voilà tout ce que la loi exige, et on ne saurait sans arbitraire exiger davantage. Il n'est pas nécessaire par conséquent que l'acte d'emprunt soit dressé au moment même de l'emprunt et la quittance au moment même du paiement, c'est-à-dire que les notaires attestent avoir vu les deniers prêtés passer du prêteur à l'emprunteur et les deniers payés du débiteur au créancier. Ces deux actes peuvent avoir été rédigés postérieurement aux faits qu'ils constatent, l'acte d'emprunt constatant la déclaration notariée d'un emprunt antérieurement fait et la quittance constatant la reconnaissance d'un paiement antérieurement effectué. Demander davantage c'est exagérer les prescriptions de la loi et les exagérer sans être sûr d'obtenir un résultat bien satisfaisant. En effet, s'il s'agit, comme nous l'avons dit, d'être sûr qu'un emprunt a été réellement fait pour éteindre une créance existante et que les fonds ont été réellement employés à cet usage, on n'obtient pas la certitude sur ces points en imposant aux parties la nécessité de faire attester *de visu* par les

notaires qu'ils ont vu les deniers empruntés et payés. Dans les hypothèses que nous avons examinées, quand la loi redoute les fraudes que l'article a pour but de prévenir, la nécessité de faire passer les deniers sous les yeux des notaires ne préviendrait rien. *Exemple :* le débiteur qui a payé *de suo* un créancier premier inscrit emprunte et cherche à donner au prêteur le rang de l'ancien créancier dont les droits sont éteints : il ne serait pas difficile dans cette espèce de faire constater un prêt, puisque le prêt est en effet sérieux. Ou bien le débiteur qui paie *de suo* veut se réserver, par une subrogation fictive, la possibilité de reprendre ce qu'il paie au cas où ses affaires nécessiteraient plus tard un ordre sur le prix de ses immeubles. Ce n'est pas la nécessité de faire attester par le notaire qu'il a vu les deniers prêtés qui pourra gêner le débiteur, puisqu'il trouve un complaisant pour jouer le rôle de prêteur qui, au lieu de faire une simple déclaration, pourra aussi facilement restituer au débiteur, prétendu emprunteur, des fonds que celui-ci lui aurait remis quelques instants avant de se présenter chez le notaire.

S'il s'agit de prouver par le témoignage du notaire que la quittance est sérieuse parce que les fonds ont été réellement remis au créancier, nous ferons la même observation : la garantie est illusoire, car il ne faut pas oublier que la fraude n'est possible qu'en supposant la complicité du créancier ancien qui donne la quittance; et s'il est complice de la fraude, il n'est pas difficile d'obtenir de lui qu'il reçoive, devant le notaire, la somme qui ne lui est plus due et qu'il la restitue au prétendu débiteur aussitôt l'acte de quittance rédigé.

191 *bis*. X. L'emprunt et le paiement sont deux opérations distinctes qui peuvent avoir été accomplies séparément, et rien n'indique quel est le maximum de temps qui doit s'être écoulé entre ces deux actes. Il n'y a pas de règle sur ce point; ce qui est nécessaire, c'est que les deniers payés soient bien ceux qui ont été empruntés, et plus l'intervalle qui séparera le paiement de l'emprunt sera grand, plus il sera facile de prouver que la somme payée ne provient pas de l'emprunt. C'est, au surplus, à ceux qui contesteront la subrogation qu'il importe de faire cette preuve; car les parties satisfont aux prescriptions de la loi par une simple déclaration d'origine des deniers dans la quittance. La loi n'a pas

demandé davantage, parce que des justifications sur ce point eussent été bien difficiles à faire et qu'il eût fallu imposer aux parties la nécessité de faire l'emprunt et le paiement en une seule et même opération. Le droit des tiers est garanti par la faculté que consacre en leur faveur le droit commun de prouver par tous les moyens possibles que la déclaration des parties sur l'origine des deniers est frauduleuse.

191 *bis*. XI. Il faut au reste entendre raisonnablement la disposition de l'article 1250-2° en ce qui concerne l'origine des deniers. Ils ne doivent pas être *in specie* identiquement ceux qui ont été empruntés. Cette identité *in specie* serait bien difficile à conserver et même à prouver. La subrogation serait donc impossible quand l'emprunteur aurait mis la somme empruntée dans sa caisse avec d'autres valeurs et qu'il reprendrait dans cette caisse une somme égale à la somme reçue, ou quand cette somme prêtée aurait été pour quelques jours déposée chez un banquier à la disposition de l'emprunteur? Quand le prêt aura été fait à Bordeaux et que le paiement devra avoir lieu à Paris, faudra-t-il que le débiteur transporte *in specie* les écus empruntés, et ne pourra-t-il pas se fournir à Bordeaux de valeurs sur Paris qui lui procureront la même somme, mais non les mêmes espèces? Dans ces diverses hypothèses, si les deniers ne sont pas identiquement les mêmes, au moins, et c'est le vœu de la loi, la valeur donnée en paiement est-elle bien toujours celle qui a été reçue en prêt. Mais la subrogation n'aurait pas lieu si la somme prêtée avait été dissipée, consommée, et si avec des valeurs provenant d'une autre source l'emprunteur voulait, en faisant le paiement, procurer à son ancien prêteur le bénéfice de la subrogation.

Aussi le prêteur de deniers qui veut être subrogé est-il exposé à un danger sérieux, si l'emprunteur au lieu de se hâter de faire son paiement garde les fonds par lui reçus. La prudence exige qu'il ne remette les fonds prêtés qu'au moment même où se fera le paiement, et ainsi, bien que nous ayons admis en droit la possibilité de faire séparément les deux actes exigés par l'article 1250-2°, devons-nous reconnaître que le procédé le plus sûr pour tous les intérêts consistera à réunir les deux actes en un seul.

191 *bis*. XII. Il y a encore un autre danger que le prêteur évitera par ce moyen. Il peut craindre, non pas de n'être pas su-

brogé, mais de ne pas l'être seul. Le débiteur, en effet, peut avoir emprunté de deux ou plusieurs prêteurs, et de chacun toute la somme nécessaire pour éteindre sa dette, et chaque prêt peut contenir la mention qu'il emprunte en vue de payer telle dette. Puis, payant à la fin son créancier, il peut déclarer que les fonds proviennent des emprunts faits aux différents créanciers qu'il énumère. Si parmi les créanciers que désigne ainsi la quittance il en est qui puissent être écartés en démontrant que les fonds employés au paiement ne proviennent pas du prêt qu'ils ont fait, ceux-là sont complétement privés du bénéfice de la subrogation. Quant aux autres, présumés tous avoir contribué à fournir les fonds, ils devront être subrogés proportionnellement à la somme prêtée par chacun d'eux. Par conséquent, ceux-là mêmes qui seront traités comme ayant fourni les fonds nécessaires au paiement ne seront pas subrogés pour la totalité de leur créance.

191 *bis*. XIII. Les dispositions de l'article 1250-2° supposent que le créancier qui n'accorde pas conventionnellement la subrogation la subit au moins de bonne volonté, puisqu'il reçoit la somme due, et qu'il en donne quittance. Le contraire est pourtant possible, et à propos de l'édit de 1609, une résistance s'était manifestée du côté des créanciers. Il faut pourtant que le mauvais vouloir du créancier ne prive pas le débiteur du bénéfice de l'article, et qu'il puisse notamment, en subrogeant un nouveau créancier, se procurer des fonds à un intérêt moindre que celui qu'il payait au créancier primitif. Il n'y a pas à douter que le débiteur ait en pareil cas le droit de faire des offres réelles suivies de consignation, et qu'en déclarant dans les offres l'origine des deniers on ne satisfasse aux conditions de l'article 1250. Pour cette hypothèse au moins, on comprend de quelle importance il est que la loi n'ait pas exigé la simultanéité de l'emprunt et du paiement, car il eût été difficile que l'emprunt et les offres réelles se fissent par un seul et même acte.

192. La subrogation légale s'opère sans le concours de la volonté du créancier ou du débiteur, dans les cas déterminés par la loi; c'est une faveur fondée sur l'équité, qui n'est en général accordée qu'à ceux qui sont intéressés à payer la

dette d'autrui. (V. art. 1251, 2029, 874; v. pourtant C. comm., art. 159 et 187.)

Remarquons à ce sujet que le droit, refusé à juste titre au tiers sans intérêt, de forcer le créancier à la subrogation (v. art. 1236 *in fin.*), peut, au contraire, être raisonnablement accordé à celui qui est intéressé à faire le paiement. Ajoutons que celui qui, en payant, avait droit d'obtenir la subrogation doit facilement être supposé avoir eu l'intention d'exiger ce que le créancier ne pouvait lui refuser. Telles sont les vues qui paraissent avoir dirigé le législateur dans l'établissement de la subrogation légale, bénéfice plus étendu que ne l'était en droit romain celui de *cession d'actions*, puisqu'il a lieu *de plein droit*, c'est-à-dire qu'il n'a pas besoin d'être réclamé avant le paiement. V. article 1251, al. premier.

193. Le Code indique quatre cas de subrogation légale :

1° Lorsqu'un créancier en paie un autre qui lui est préférable. V. art. 1251-1°. On conçoit en effet l'intérêt qu'il peut avoir à faire ce paiement, soit pour éviter les frais d'une procédure d'ordre (v. C. pr., art. 773), soit pour prévenir ou arrêter des poursuites inopportunes contre le débiteur.

193 *bis*. I. Il s'agit dans la première espèce traitée par l'article 1251 d'un créancier qui paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques. Pourquoi paie-t-il, et surtout quel intérêt trouve-t-il à être subrogé? Ce n'est certes pas pour être placé au rang du créancier par lui désintéressé pour le montant de ses deux créances : l'ancienne, c'est-à-dire sa créance propre, et la nouvelle, celle dans laquelle il est subrogé. S'il pouvait obtenir ce résultat, les créanciers intermédiaires éprouveraient un préjudice que la subrogation ne doit pas leur causer. *Exemple : Primus*, *Secundus* et *Tertius* sont créanciers hypothécaires inscrits sur le même immeuble : *Primus* pour 10,000 francs, *Secundus* pour 15,000 et *Tertius* pour 5,000. Si *Tertius* payait *Primus*, et subrogé à celui-ci prenait le premier rang non-seulement pour les 10,000 francs qu'il a remboursés à *Primus*, mais encore pour les 5,000 qui lui étaient dus personnellement, *Secundus* éprouverait un préjudice ; car, au lieu d'être

primé par une créance de 10,000 francs, il serait primé par deux créances montant ensemble à 15,000 francs. Or, la subrogation n'est légitime qu'autant qu'elle ne porte aucune atteinte à la situation des tiers, et notamment des créanciers que le subrogé doit primer en vertu de sa substitution à l'ancien créancier.

Alors pourquoi le créancier postérieur paie-t-il le créancier antérieur? Quel intérêt a-t-il à être subrogé? Ne ferait-il pas mieux de garder ses fonds, les 10,000 francs qu'il doit donner à *Primus*, que de les débourser pour les recouvrer par l'effet de la subrogation, puisqu'il ne doit pas recouvrer en vertu de cette subrogation les sommes qui lui sont dues de son chef, et pour lesquelles il occupe et garde le troisième rang? Malgré ces apparences, il faut reconnaître que le créancier a un certain intérêt à faire ce déboursé. Diminuant le nombre des créanciers, il diminue les chances de contestations, et par conséquent les lenteurs de la procédure d'ordre; il peut même arriver à éviter complétement les frais d'ordre s'il réduit le nombre des créances inscrites à un chiffre inférieur à quatre (art. 773 P. C.), ou si le nombre étant supérieur à quatre, un accord permet ce que l'article 751 P. C. appelle un ordre amiable.

Enfin il arrivera souvent que le créancier désintéressé était pressé de faire vendre l'immeuble, qu'assuré par son rang d'être payé, même au cas d'une vente à bas prix, il poursuivait la vente en temps inopportun, et qu'il pouvait en résulter que le prix fût insuffisant pour payer le dernier créancier. Celui-ci en écartant le créancier qui veut saisir et faire vendre peut gagner du temps et attendre des circonstances plus favorables à la vente de l'immeuble.

193 *bis*. II. La disposition de l'article 1251-1° a son origine dans la Constitution 4 au Code de Justinien : *De his qui in priorum creditorum loco succedunt*, et la substitution du créancier postérieur au créancier préférable avait plus d'intérêt encore dans le droit romain que dans le droit français, parce que d'après les principes de droit romain le premier créancier avait seul le droit de faire vendre le bien, et qu'en désintéressant celui-là, l'autre créancier était sûr d'arrêter les poursuites. C'est probablement en vue de ces principes romains que le Code civil a supposé que le créancier payé était préférable au subrogé. Or, dans notre droit

un créancier préférable pourrait avoir intérêt à payer un créancier postérieur pour éviter les contestations, les frais et les poursuites en temps défavorable. On peut donc regretter que le Code n'ait pas dit d'une façon générale : Tout créancier qui paie un autre créancier du même débiteur est légalement subrogé dans les droits de celui-ci. Mais dans une matière exceptionnelle comme celle de la subrogation légale, on ne peut pas étendre la disposition de la loi et accorder la subrogation de plein droit en dehors des termes de l'article. Le plus souvent, au reste, le créancier qui paiera un créancier postérieur obtiendra facilement de celui-ci la subrogation conventionnelle, ou en cas de mauvaise volonté de la part de celui-ci il se fera subroger par le débiteur dans les conditions de l'article 1250-2°.

193 *bis*. III. Nous avons choisi une espèce où le créancier qui paie est un créancier hypothécaire postérieur par le rang de son hypothèque au créancier payé. Ce n'était là qu'un exemple, car la loi n'exige pas que le subrogé ait été créancier hypothécaire, un simple créancier chirographaire primé par tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés est dans les conditions de l'article quand il rembourse un de ces créanciers.

194 2°. Lorsque l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers hypothécaires. V. art. 1251-2°. Son intérêt alors est d'éviter, s'il est possible, par ce paiement, les poursuites que ces créanciers pourraient diriger contre lui. Du reste, la subrogation qui s'opère à son profit lui procure d'abord l'avantage évident d'être libéré par compensation envers son vendeur; mais, en outre, dans le cas où il viendrait ensuite à subir l'expropriation ou le délaissement, auxquels il reste exposé si le paiement qu'il a fait n'a pas suffi pour éteindre toutes les hypothèques, la subrogation lui assure le droit d'être colloqué sur le prix de la revente au rang des créanciers qu'il a payés.

194 *bis*. I. L'acheteur d'un immeuble paie les créanciers qui ont hypothèque sur l'immeuble. — L'intérêt du paiement est évident; il s'agit pour l'acheteur de libérer l'immeuble des hypothèques

qui le grèvent. Mais l'intérêt et l'utilité de la subrogation apparaissent moins clairement, car l'acheteur, devenu propriétaire de l'immeuble et subrogé dans les hypothèques qui frappaient cet immeuble, se trouve avoir acquis des hypothèques sur son propre bien, et il semble que ces hypothèques lui soient désormais inutiles. Mais on voit l'utilité de la subrogation si l'on songe qu'il n'a peut-être pas payé tous les créanciers hypothécaires, qu'il n'a, comme le suppose l'article, payé que jusqu'à concurrence de son prix d'acquisition, et que les créanciers qui sont les derniers en rang d'hypothèques, n'étant pas payés, conservent leurs droits et peuvent agir hypothécairement contre lui, le contraindre à délaisser l'immeuble ou le saisir, dans les deux cas, en provoquer la vente. L'immeuble vendu, il y aura lieu à distribution du prix par voie d'ordre, et si l'acheteur n'était pas subrogé dans les droits des créanciers qu'il a payés, les derniers créanciers profiteraient à son détriment des paiements par lui faits, se trouveraient aux premiers rangs d'hypothèques, ce qui leur assurerait une collocation effective, tandis qu'ils ne devaient pas venir en ordre utile. *Exemple :* Deux créanciers hypothécaires sont inscrits chacun pour 25,000 francs sur un immeuble vendu pour cette même somme. L'acheteur paie son prix à *Primus*. *Secundus* fait vendre le bien qui est adjugé sur saisie au prix de 25,000 francs; si l'acheteur n'était pas subrogé, *Secundus,* occupant le premier rang par la disparition de *Primus,* serait payé, tandis que si *Primus* n'avait pas été payé, il n'aurait pas dû venir en rang utile. Ce serait alors au détriment de l'acheteur que *Secundus* obtiendrait son paiement; et voilà pourquoi l'acheteur est mis par la loi à la place du créancier qu'il a désintéressé, les créanciers postérieurs n'ayant pas à souffrir de cette substitution qui ne modifie en rien leur situation.

194 *bis*. II. Grâce à la subrogation, l'acheteur est sûr, au cas de vente de l'immeuble, de rentrer dans les fonds qu'il a déboursés pour payer les premiers créanciers. Il pourrait cependant arriver que le produit de la vente ne fût pas suffisant pour le désintéresser complétement, parce que, s'il avait acheté l'immeuble pour un prix correspondant à sa valeur exacte, il est probable qu'à l'adjudication publique le bien sera vendu pour un prix moindre, puisque l'adjudicataire devra tenir compte des frais de poursuite

de vente et des droits de mutation qu'il aura à payer. On peut aussi songer au cas où le bien serait adjugé à un prix de beaucoup inférieur au prix de vente amiable; mais ce danger n'est pas très-menaçant pour l'acheteur primitif, qui n'aurait, en pareil cas, qu'à se porter adjudicataire pour éviter de perdre, et qui n'aurait rien à débourser pour payer le prix d'adjudication, puisqu'il se le paierait à lui-même par compensation, subrogé qu'il est aux premiers créanciers hypothécaires. Le péril est donc dans la perte possible résultant de ce que le prix d'adjudication sera probablement inférieur au prix de vente amiable de tout le montant des frais dus par l'adjudicataire. Il est bon dès lors de noter que pour prévenir ce danger, l'acheteur d'un bien hypothéqué trouvera dans le titre des hypothèques un procédé plus sûr pour se débarrasser des créanciers hypothécaires. Ce procédé, c'est la *purge*. (Art. 2181 et 2193.) En remplissant les formalités de la purge, il réussira, sans débourser une somme supérieure à son prix d'acquisition, à dégrever l'immeuble, même des hypothèques des créanciers non payés. Seulement pour recourir à cette procédure il faut que l'acheteur soit disposé à payer immédiatement son prix. (Art. 2184.)

194 *bis*. III. Malgré tout, l'article 1251-2° est une protection très-efficace pour l'acheteur, et la plupart du temps il a pour lui un effet préventif très-intéressant, car les créanciers derniers en rang d'hypothèque n'useront pas souvent du droit de provoquer la vente, puisque, devant être en tout cas primés par l'acheteur subrogé, ils n'auront pas d'intérêt à cette vente aux enchères lorsqu'il sera constant que la vente amiable a été faite au prix véritable de la chose.

194 *bis*. IV. Quand l'article 1251-2° parle de l'acheteur qui emploie le prix de son acquisition à payer les créanciers, il n'exige pas que tout le prix ait été employé. L'acheteur est subrogé alors même qu'il n'a payé aux créanciers qu'une partie de son prix. Il ne peut y avoir doute sur ce point. Car, à moins de lui imposer l'obligation de payer les créanciers simultanément, ce qui ne serait pas toujours praticable, il faut bien qu'il commence par payer un des créanciers avant les autres, et à ce moment il se trouve n'avoir employé qu'une partie de son prix. L'article 2167 reconnaît d'ailleurs qu'il jouit des termes et délais accordés au débiteur primitif; par conséquent, si la seconde créance n'est pas

échue, il faut bien qu'il soit subrogé dans les droits du premier créancier qu'il a payé, et dont la créance était seule exigible.

194 *bis*. V. L'hypothèse contraire peut également se présenter; l'acheteur a payé les créanciers au delà de son prix d'acquisition, et il peut paraître alors que la subrogation lui doit être refusée, puisqu'on n'est plus dans les termes stricts de l'article. Mais outre que la loi a dû n'envisager que l'hypothèse ordinaire et négliger le cas que nous examinons, parce que la subrogation ne paraît alors présenter d'intérêt qu'autant que l'immeuble est adjugé aux enchères pour un prix supérieur à celui de la vente amiable, il faut reconnaître que la discussion de ce point est sans utilité, parce, que si nous admettons sur l'article 1251-3° que tout tiers détenteur qui paie les créanciers hypothécaires est subrogé légalement, il faudra bien reconnaître que l'acheteur, au cas dont il s'agit, jouira de la subrogation pour ce qui excède son prix d'acquisition, au moins en vertu de l'article 1251-3°, si ce n'est pas en vertu de l'article 1251-2°.

195. 3° La loi établit d'une manière générale la subrogation au profit de toute personne qui, étant tenue avec d'autres ou pour d'autres, avait intérêt d'acquitter la dette. V. article 1251-3°. En effet, l'équité ne saurait permettre ici que le créancier refusât à celui qu'il oblige à payer en tout ou en partie la dette d'autrui, de lui transmettre les droits qu'il avait contre les autres débiteurs. V. à ce sujet articles 874, 2029; v. pourtant articles 875, 1214.

195 *bis*. I. Quand la loi parle de ceux qui sont tenus avec d'autres au paiement d'une dette, elle songe aux codébiteurs solidaires ou aux codébiteurs de choses indivisibles, et quand elle parle de ceux qui sont tenus pour d'autres, elles fait allusion aux cautions. Ces diverses personnes ont intérêt à l'acquittement de la dette, parce qu'elles sont soustraites par le paiement aux incertitudes sur le moment où il faudra débourser le montant de la dette, aux risques de la chose due quand il s'agit d'un corps certain, et aux éventualités qui menacent la solvabilité du coobligé ou de l'obligé principal, et qui pourraient rendre leur recours illusoire. Quant à l'utilité de la subrogation, elle apparaît clairement, puisque ces obligés ayant, lorsqu'ils ont payé, un recours

pour tout ou partie de ce qu'ils ont payé, ce recours leur est mieux assuré par la subrogation, qui leur attribue les garanties dont jouissait le créancier par eux désintéressé.

195 *bis*. II. Nous avons cité la caution comme subrogée en vertu de notre article, à raison de ce qu'elle est obligée pour d'autres; l'article 2029 a, du reste, consacré cette application du principe. Mais, outre les cautions, nous pouvons comprendre dans les obligés pour autrui les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués, c'est-à-dire ceux qui ont acquis des immeubles affectés par hypothèque à des dettes dont ils ne sont pas personnellement débiteurs. L'article 874 admet cette subrogation quand le tiers détenteur est un légataire, comme notre article 1251 lui-même l'admet pour le tiers détenteur acheteur de l'immeuble qui a employé le prix de son acquisition à payer les créanciers.

Il y a cependant des objections contre cette décision : d'abord le tiers détenteur n'est pas tenu dans le sens propre du mot, car il n'est pas débiteur de la dette; il n'est pas obligé personnellement, par conséquent il n'est pas absolument dans la même position que la caution ou le codébiteur solidaire. Mais l'article 1251-3° ne subordonne pas la subrogation légale à l'existence d'une obligation personnelle; il exige seulement que celui qui paie ait pu être contraint à payer. Or, c'est précisément la position du tiers détenteur, il doit payer s'il ne veut pas être privé de l'immeuble; par conséquent il a un intérêt à l'acquittement de l'obligation. De plus, en s'attachant aux expressions mêmes de la loi, on voit que le mot *tenu* employé par l'article 1251-3° est justement le mot technique dont se sert la loi à propos des tiers détenteurs qu'elle déclare hypothécairement tenus (art. 2168), et quant au mot *obligé*, qui paraît désigner plus spécialement le débiteur personnel, il est appliqué par l'article 2167 au tiers détenteur.

Une seconde objection contre la subrogation que nous accordons au tiers détenteur se tire de l'article 1251 lui-même, qui, dans sa deuxième partie, donne la subrogation à l'acheteur de l'immeuble hypothéqué : disposition inutile, dit-on, faisant double emploi, si le même article, dans la généralité de sa troisième partie, embrasse tous les tiers détenteurs. A cette objection il est facile de répondre qu'il n'est pas rare de trouver dans la loi une décision de détail rendue inutile par une règle plus générale; l'ar-

ticle 2029 est dans notre matière un exemple frappant de ce double emploi. De plus, il y avait pour l'acheteur d'immeuble une raison de douter qui appelait, quant à lui, une décision spéciale. L'acheteur paie son prix, il se libère envers le vendeur; par conséquent on aurait pu refuser de le traiter comme une personne tenue pour d'autres, puisqu'il acquitte en payant sa propre obligation. Le doute étant possible, l'article 1251-2° avait sa raison d'être, et il n'y a pas à le considérer comme faisant obstacle à la décision que nous donnons sur l'article 1251-3° en ce qui concerne les tiers détenteurs.

195 *bis*. III. Il résulte de cette décision que la subrogation de l'acheteur d'immeuble, qui a payé son prix aux créanciers hypothécaires, présente un intérêt nouveau que nous n'avons pu signaler plus haut : c'est que l'acheteur sera subrogé non-seulement sur l'immeuble qu'il a acheté, mais encore sur tout autre bien hypothéqué à la même dette qui serait encore entre les mains du débiteur.

196. 4° Enfin, la même subrogation est accordée à l'héritier bénéficiaire qui paie de ses deniers personnels les dettes de la succession. V. art. 1251-4°. Cette subrogation est d'autant plus juste, que les paiements alors peuvent être censés faits autant dans l'intérêt des créanciers héréditaires que dans l'intérêt propre de l'héritier.

196 *bis*. L'héritier bénéficiaire qui paie de ses deniers les dettes de la succession, sans attendre la vente des biens, a pour but, en faisant ce paiement qu'il n'est pas obligé de faire, d'éviter les frais, d'empêcher la vente en temps inopportun, et de prévenir des procédures fâcheuses pour la mémoire du défunt. D'un autre côté, comme il n'est pas sûr de l'importance des dettes et de la suffisance des biens, il réserve ses droits pour être colloqué au rang des créanciers qu'il désintéresse.

197. Le subrogé succédant aux droits du créancier par lui payé, il paraît tout simple qu'il puisse les faire valoir, même contre les cautions. Toutefois, la loi a cru devoir s'en expliquer, à cause des doutes qui s'élevaient autrefois sur ce point. Du reste, cette succession aux droits du créancier ayant pour principe un paiement, et conséquemment un acte fait

dans l'intérêt de celui-ci, la loi ne veut pas qu'elle tourne contre lui-même. De là la préférence qui lui est accordée sur le subrogé qui ne lui a fait qu'un paiement partiel. Voyez article 1252.

197 *bis*. I. L'article 1252, dans sa première phrase, touche par un côté à une question que nous avons réservée jusqu'ici : contre quelles personnes la subrogation confère-t-elle des droits au subrogé? question générale et qui demande à être examinée non-seulement par rapport à la subrogation légale, mais aussi par rapport aux deux subrogations conventionnelles.

Si l'on s'en tient strictement à la lettre des différents articles qui parlent de la subrogation, il semble qu'elle ne produit d'effet que contre le débiteur. L'article 1250-1°, où nous avons trouvé la notion de la subrogation, parle des droits et actions *contre le débiteur;* la même restriction apparente se trouve dans les articles 874 et 2029. Si ces articles étaient l'expression exacte de la théorie, le subrogé serait privé des plus grands avantages dont jouissait la créance, car les droits de gage, d'hypothèque, de cautionnement, c'est-à-dire les garanties principales de la créance, manqueraient au subrogé. Il est vrai que, pour les cautionnements, l'article 1252 donne précisément un démenti aux articles 1250 et 2029; mais cette disposition pourrait, quant aux gages et aux hypothèques, corroborer l'argument tiré des articles 1250 et 874, en montrant que le législateur ne croyait pas que le droit d'agir contre les tiers résultât de l'article 1250, puisqu'il jugeait nécessaire de s'expliquer quand il a voulu assurer ce droit contre les cautions.

197 *bis*. II. Il y a plus, parmi les jurisconsultes qui ont expliqué la théorie de la subrogation par celle de la gestion d'affaires, quelques-uns ont refusé au subrogé l'action hypothécaire contre les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués, parce que, disaient-ils, l'affaire faite par le subrogé qui paie, c'est l'affaire du débiteur personnel, que, le tiers détenteur n'étant pas obligé, on n'a pas fait son affaire en payant la dette, et que dès lors on ne peut pas avoir de créance contre lui. Le subrogé n'a pas la créance du subrogeant, il exerce une créance propre qui possède des garanties de l'ancienne créance; mais s'il n'a pas de créance contre le tiers, il ne

peut être question de lui donner les garanties de l'ancien créancier. Cette conséquence de la théorie qui fonde la subrogation sur la gestion d'affaires ne nous paraît pas nécessaire; car, si le tiers détenteur n'est pas débiteur personnel, au moins a-t-il intérêt à l'acquittement de la dette, et dès lors il est inexact de dire que celui qui a payé n'a pas fait son affaire et ne peut avoir contre lui une action propre.

197 *bis*. III. Au surplus, la question pour nous n'est pas sur ce terrain; puisque nous rattachons la subrogation à la cession de créance, il s'agit tout simplement de savoir si, aux termes de la loi, les effets de cette cession sont restreints dans les rapports du subrogé avec le débiteur ou se produisent même dans les rapports avec les tiers. Or, sur ce point, l'article 1250 et l'article 874 ne peuvent pas avoir la portée restrictive qu'ils paraissent avoir, car l'article 1250 déclare le subrogé substitué dans les priviléges et hypothèques du créancier, et ces priviléges ou hypothèques ne seraient que de vains mots s'ils ne pouvaient être invoqués contre des tiers. Prenez à la lettre l'article, que le subrogé puisse invoquer les priviléges et hypothèques seulement contre le débiteur, et en réalité il n'a ni privilége ni hypothèque. Ce n'est pas dans les rapports avec le débiteur qu'il est nécessaire d'être privilégié ou hypothécaire; par rapport à lui, tous les créanciers sont égaux, ont les mêmes droits : faire saisir, faire vendre. C'est par rapport aux tiers, et aux tiers seulement, qu'il est intéressant d'avoir un privilége ou une hypothèque. L'hypothèque, en effet, et le privilége sur les immeubles donnent au créancier deux droits : le droit de préférence et le droit de suite. (Art. 2094, 2114, 2166.) Le droit de suite s'exerce manifestement contre des tiers, les tiers détenteurs de l'immeuble; mais le droit de préférence lui-même n'a son utilité que contre des tiers, il n'est invoqué que contre les tiers créanciers du débiteur personnel. Ce n'est pas contre le débiteur que le créancier invoque le droit de préférence; par rapport à lui tous sont créanciers au même titre, et peu lui importe lequel est ou n'est pas payé; mais demander à être colloqué et payé avant tel créancier, c'est invoquer le droit d'hypothèque contre un tiers. Dès lors, puisque l'article 1250 reconnaît que le subrogé a les droits d'hypothèque, il admet que ce droit, au moins comme droit de préférence, sera opposable aux

tiers, et on ne voit plus quelle raison s'opposerait à ce qu'il pût être invoqué comme droit de suite contre les tiers détenteurs.

197 *bis*. IV. Le principe que la subrogation donne au subrogé les droits que le créancier avait même contre les tiers, subit des restrictions quand le subrogé et le tiers sont des personnes qui ont réciproquement droit à la subrogation l'une contre l'autre : par exemple des codébiteurs solidaires, des cofidéjusseurs, des cohéritiers, des tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette

197 *bis*. V. La loi s'est expliquée sur les codébiteurs solidaires qui, subrogés dans les droits du créancier, ne peuvent cependant agir contre chacun des codébiteurs que pour sa part. (Art. 1214, et V. *supra*, n° 148 *bis* I. et II.) Elle a donné la même règle par rapport aux cohéritiers obligés de payer la totalité d'une dette comme détenteurs d'un immeuble hypothéqué à la dette (art. 875), et par rapport aux cofidéjusseurs, c'est-à-dire aux différentes cautions de la même dette. (Art. 2033.)

197 *bis*. VI. Il faut régler de même les rapports des tiers détenteurs de biens hypothéqués à la même dette. On comprend facilement quelle hypothèse nous avons en vue. Le débiteur avait constitué hypothèque sur plusieurs immeubles. Ces divers immeubles ont passé en des mains différentes. L'un des détenteurs, poursuivi hypothécairement, a payé toute la dette. Nous avons admis d'abord qu'il était subrogé; secondement, qu'un subrogé pouvait agir contre les tiers détenteurs de biens hypothéqués. Mais ici nous devons tenir compte de ce que le subrogé était lui-même dans la position de ceux qu'il veut poursuivre en vertu de la subrogation. On pourrait concevoir sur ce point deux systèmes radicaux qui nous paraissent inadmissibles. Le premier dirait : Les tiers détenteurs étaient *in pari causa*, exposés tous à l'action hypothécaire faute d'avoir purgé, et par conséquent, meilleure doit être la condition de celui ou de ceux qui possèdent, c'est-à-dire qui n'ont pas payé. Partant, pas de subrogation. Cette décision, fort dure pour le détenteur qui a payé, est contraire à toute la théorie de l'article 1251-3°, puisque c'est ordinairement un titre à la subrogation d'avoir été tenu avec d'autres, c'est-à-dire de s'être trouvé *in pari causa* avec ceux qu'on prétend poursuivre. Et l'article 2033 fait une application de cette idée à

une hypothèse qui a une grande analogie avec celle que nous examinons.

197 *bis*. VII. On pourrait à l'inverse accorder la subrogation pour le tout, et, de subrogation en subrogation, laisser tomber le fardeau entier de la dette sur le dernier tiers détenteur poursuivi. Celui-ci ne pourrait plus être subrogé contre personne, si ce n'est contre le débiteur lui-même, car les autres ne l'auraient pas subrogé contre eux-mêmes, en sorte qu'on ne pourrait pas alléguer que la doctrine conduit à un circuit d'actions. De plus, on ne saurait, comme dans les hypothèses régies par les articles 875 et 1214, invoquer les principes de la garantie pour empêcher que le premier détenteur poursuivi demandât aux autres la totalité de ce qu'il a payé; les tiers détenteurs n'ont entre eux aucun rapport d'obligation, ils ne sont pas garants les uns des autres. Cette solution n'est pas plus acceptable que la précédente, car, outre qu'elle est aussi rigoureuse, elle est également en contradiction avec l'article 2033, qui, dans une hypothèse analogue, entre personnes qui ont couru un risque commun, répartit le dommage au lieu de le mettre tout entier à la charge d'une seule.

197 *bis*. VIII. Il faut donc admettre qu'une répartition de la perte doit être faite entre tous les tiers détenteurs de biens hypothéqués à la même dette, et que la subrogation n'aura lieu au profit de celui qui aura payé que dans les limites de ce que chacun d'eux devra supporter d'après cette répartition.

Il reste à examiner comment devra être faite la répartition.

Il est clair qu'elle ne doit pas être faite par parts égales comme entre codébiteurs solidaires ou entre cofidéjusseurs. Car, puisqu'il s'agit de faire supporter équitablement une perte commune, la répartition doit être proportionnelle à l'intérêt que chacune des parties pouvait avoir à l'acquittement de la dette, et l'intérêt n'est pas égal pour tous quand la valeur des immeubles hypothéqués n'est pas égale.

On arrive donc à cette idée que le fardeau de la dette doit être réparti entre tous les tiers détenteurs proportionnellement à la valeur des immeubles détenus par chacun d'eux. Mais cette idée même ne peut pas être admise sans une certaine réserve, sous peine de dépasser le but qu'on se propose d'atteindre. L'intérêt de chacun

est en effet proportionnel à la valeur des immeubles quand chaque immeuble est d'une valeur égale ou inférieure au chiffre de la dette. Mais, s'il est des immeubles d'une valeur supérieure au chiffre de la dette, il serait injuste de les comprendre dans la répartition pour leur valeur intégrale, car le détenteur n'est pas intéressé à l'acquittement de la dette pour toute la valeur de son immeuble.

197 *bis*. IX. *Exemple :* trois immeubles ont été hypothéqués pour une dette de 100,000 francs; le premier immeuble a une valeur de 50,000 francs, le deuxième vaut 100,000 francs; le troisième, 150,000 francs. Si la dette était répartie entre les trois immeubles proportionnellement à leur valeur, le détenteur du troisième supporterait une moitié ou trois sixièmes de la dette; le détenteur du deuxième, deux sixièmes, et le détenteur du premier, un sixième. Mais il résulterait de cette répartition une différence injuste entre les détenteurs du deuxième et du troisième immeuble; en effet, quoique le détenteur de celui-ci ait un bien d'une valeur plus considérable que le deuxième, il n'est cependant pas plus intéressé à l'acquittement de la dette que le détenteur de ce deuxième immeuble; puisque le bien qu'il détient a une valeur supérieure au chiffre de la dette, ce qui peut lui arriver de plus fâcheux serait de payer la dette elle-même, car il se garderait bien de délaisser ou de laisser saisir un bien de 150,000 francs pour une dette de 100,000; l'intérêt de ces deux détenteurs étant égal, leur part contributive doit être la même. Donc il est nécessaire d'admettre que, dans la répartition à faire entre les différents tiers détenteurs, ceux qui possèdent des immeubles d'une valeur supérieure au chiffre de la dette ne sont comptés que comme s'ils détenaient une valeur exactement égale à ce chiffre.

197 *bis*. X. La question que nous venons d'examiner se présente également dans les rapports entre les cautions d'une dette et les tiers détenteurs de biens hypothéqués à cette dette. La caution qui a payé est-elle subrogée contre le tiers détenteur? Le tiers détenteur qui a payé est-il subrogé contre la caution? D'après les solutions que nous avons données sur l'article 1251-3°, la caution est subrogée, le tiers détenteur est également subrogé, mais peuvent-ils être subrogés l'un contre l'autre, et faut-il admettre que celui des deux qui aura été poursuivi le premier par

le créancier sera soustrait au fardeau de la dette parce que, subrogé contre l'autre, il rentrera dans ses fonds par voie de recours? Il y a évidemment là une solution inadmissible, et si on considérait la caution et le tiers détenteur comme ayant l'un contre l'autre des droits égaux à la subrogation, il faudrait répartir la dette entre eux, et, en vertu de cette répartition, ne donner à celui qui aurait payé qu'une subrogation pour partie.

Le Code semble cependant ne pas avoir admis que la caution et le tiers détenteur fussent dans cette égalité de position; on peut croire qu'il a préféré l'un à l'autre, mais il n'est pas facile de découvrir pour qui ont été ses préférences. Car, d'un côté on voit que la caution, subrogée dans les droits du créancier aux termes des articles 1251-3° et 2029, est déchargée quand le créancier a laissé périr les hypothèques (art. 2037), disposition qui, ne faisant pas de distinction, donne à penser que la caution peut exiger d'être subrogée dans le droit de suite comme dans le droit de preférence; d'un autre côté, on trouve l'article 2023, qui ne permet pas à la caution de renvoyer le débiteur à discuter les biens hypothéqués qui sont dans les mains du tiers détenteur, et l'article 2070, qui permet au tiers détenteur de faire discuter les biens des principaux obligés, et par conséquent des cautions, si on traduit cette expression *principaux obligés* par *obligés personnels :* deux articles qui prouveraient que dans la pensée du législateur le fardeau de la dette doit retomber plutôt sur la caution que sur le tiers détenteur.

Il y a cependant beaucoup à dire contre les inductions qu'on tire de ces deux derniers articles; car d'abord rien n'est moins solide que l'argument puisé dans l'article 2170, puisque l'interprétation qui lui sert de base est excessivement douteuse, parce qu'elle donne au mot *principal obligé* un sens tout autre que son sens ordinaire, et y voit une expression qui comprend les cautions, habituellement qualifiées débiteurs accessoires. Quant à l'article 2023, comme il n'est écrit que dans l'intérêt du créancier, qu'il ne permet pas à la caution de demander la discussion de biens litigieux ou situés hors du ressort de la cour impériale, il y a tout lieu de penser que s'il exclut de la discussion les biens qui sont entre les mains de tiers détenteurs, ce n'est pas par une appréciation comparée de la situation des cautions et des tiers

détenteurs, mais parce qu'il assimile l'action hypothécaire qu'il faudrait exercer sur ces biens à une action litigieuse.

Restent donc les articles que nous avons cités comme preuves de la préférence accordée à la caution, articles qu'on peut, il est vrai, repousser en alléguant qu'ils tranchent la question par la question. Mais en dehors de ces articles des raisons puissantes parlent pour la caution. Elle a en effet consenti à s'obliger, comptant sur un recours effectif contre le débiteur, recours certainement garanti par un droit de préférence sur les immeubles, que ce débiteur hypothéquait ou hypothéquerait à la dette. Comment l'aliénation des biens hypothéqués pourrait-elle rendre sa situation pire? Le tiers détenteur au contraire a commis une certaine imprudence en ne remplissant pas les formalités de la purge, et il est juste que les conséquences de cette imprudence retombent sur lui plutôt que sur la caution.

197 *bis*. XI. Nous avons comparé à la caution le tiers détenteur proprement dit, celui qui est devenu propriétaire du bien hypothéqué par le débiteur; le résultat de notre comparaison serait tout autre s'il s'agissait d'opposer à la caution le tiers qui aurait, sans s'obliger personnellement, hypothéqué son bien pour la dette d'autrui; on appelle quelquefois ce tiers une *caution réelle*. Nous ne pouvons plus objecter à ce détenteur qu'il a commis une faute en ne purgeant pas. Il a, comme le fidéjusseur, consenti à rendre service au débiteur, d'après le sens que nous avons donné au mot *tenu* dans l'article 1251, il est subrogé, il n'y a donc aucune raison de différence entre lui et la caution. Garants tous deux de la dette d'autrui, ils doivent la supporter en commun, c'est-à-dire par moitié si l'immeuble a une valeur égale ou supérieure au montant de la dette, et proportionnellement quand l'immeuble est d'une valeur inférieure. La proportion s'établira entre la caution considérée comme débiteur de toute la dette et le détenteur considéré comme débiteur seulement d'une somme égale à la valeur de son immeuble. *Exemple :* une dette de 25,000 francs cautionnée par *Primus*, et garantie hypothécairement par l'immeuble de *Secundus*, qui vaut 12,500 francs. La proportion sera comme 2 est à 1, c'est-à-dire que *Primus* devra supporter deux tiers et *Secundus* un tiers.

197 *bis*. XII. La deuxième partie de l'article 1252 a trait aux

effets de la subrogation par rapport au créancier. La décision de la loi se rattache à cette idée précédemment émise que, par rapport au subrogeant, l'opération est un paiement : d'où cette conclusion que celui-ci doit conserver la situation qu'il aurait s'il avait reçu un paiement, c'est-à-dire que la subrogation ne doit pas lui nuire. Cette observation présente intérêt quand le subrogeant a reçu un paiement partiel, et que les fonds sont insuffisants pour payer à la fois le subrogé et la partie de la créance primitive qui reste due au créancier subrogeant. — *Exemple :* le créancier a reçu 6,000 francs sur une somme de 10,000 francs qui lui était due, et le débiteur est insolvable; mais la créance est garantie hypothécairement par un immeuble d'une valeur de 6,000 francs. D'après l'article, le subrogeant doit être colloqué par préférence au subrogé pour les 4,000 francs qui lui restent dus, et le subrogé ne peut être colloqué que sur l'excédant. On aurait pu être tenté de considérer le subrogé et le subrogeant comme exerçant des droits égaux en vertu de la division d'une seule et même créance, et il eût fallu les colloquer proportionnellement; ils auraient eu chacun un dividende. Mais par ce procédé la subrogation aurait causé un certain préjudice au subrogeant, puisqu'elle aurait créé un concours entre lui et son subrogé, et le paiement avec subrogation lui ferait une position moins bonne qu'un paiement simple; car, s'il avait reçu un à-compte de 6,000 francs sur 10,000 francs, il serait sûr d'être payé intégralement, alors même que le bien hypothéqué n'aurait pas une valeur supérieure à 4,000 francs, et c'est pour le maintenir dans cette situation que l'article 1252 déclare le subrogeant préférable au subrogé.

197 *bis.* XIII. C'est ici, il faut bien le remarquer, une règle toute dans l'intérêt du créancier qui reçoit le paiement avec subrogation, règle qui peut subir une dérogation en vertu de la convention des parties. Cette convention est même usuelle, et le subrogeant dans la pratique accorde presque toujours l'antériorité sur lui-même. Il ne saurait guère en être autrement. Car dans la réalité des faits, c'est le subrogé qui dicte les conditions, parce que c'est lui qui fournit des fonds dont apparemment le subrogeant a besoin. N'oublions pas qu'on raisonne sur un paiement partiel, donc sur une subrogation que le créancier aurait pu refuser, à

moins de clause autorisant un paiement par parties. (Art. 1244.) La subrogation, même quand elle paraît résulter de l'article 1250-2° et de l'article 1251, dépend donc ordinairement, dans le cas supposé par l'article 1252, de la volonté du créancier. Et, la plupart du temps, s'il reçoit un paiement qu'il pouvait refuser, c'est qu'il trouve son compte à toucher même une partie de ce qui lui est dû. Alors le subrogé, c'est-à-dire le capitaliste, dicte ses conditions et stipule l'antériorité. On peut donc ajouter, pour expliquer l'article 1252, aux raisons tirées de la théorie de la subrogation, cette autre idée que la règle donnée est une interprétation de convention qui, conformément aux principes, est faite par la loi contre celui qui a dû dicter les conditions de la convention et en faveur de celui qui les a subies.

197 *bis*. XIV. On a critiqué la décision de l'article 1252, en s'emparant de la formule trop abstraite qui sert de transition pour amener cette décision, au lieu de tenir compte de la règle elle-même et des motifs qui l'ont dictée. On a dit que si le subrogeant et le subrogé étaient colloqués proportionnellement sur les fonds qui devaient servir à acquitter la créance primitive, le subrogeant, loin d'éprouver une perte par suite de la subrogation, y trouverait au contraire et nécessairement une cause de bénéfice. On a présenté l'espèce suivante : un créancier hypothécaire de 10,000 francs a reçu, sous charge de subrogation, 5,000 francs. Lors de la distribution par voie d'ordre du prix de l'immeuble hypothéqué, il ne reste que 5,000 francs pour la créance qui a été l'objet de ce paiement partiel. Si on partageait proportionnellement ces 5,000 francs entre le subrogé et le subrogeant, celui-ci, qui recevrait alors 2,500 francs, profiterait en définitive de la subrogation, car il aurait en tout reçu 7,500 francs, tandis que, s'il n'avait pas reçu le paiement partiel avec subrogation, il n'aurait que 5,000 (1). La critique qui s'appuie sur ce calcul présente la subrogation comme n'étant pas nuisible au subrogeant, parce que, pour apprécier son résultat, elle compare la situation que ferait au créancier un concours avec son subrogé à celle qu'il aurait s'il n'avait pas reçu de paiement partiel; mais ce n'est pas ce que veut la loi; il s'agit pour elle de comparer la situation qu'au-

(1) V. Zachariæ Aubry et Rau. Édit. 1856, t. III, p. 132, n° 64.

rait le créancier s'il concourait avec son subrogé et celle qu'il aurait s'il avait reçu un paiement partiel sans subrogation. S'il est plus maltraité que quand il a reçu un à-compte du débiteur, il est clair que la subrogation lui nuit; or, il est certain qu'en pareil cas il ne concourrait pas avec le débiteur qui l'aurait payé; donc tout concours avec le subrogé serait pour lui un résultat nuisible de la subrogation.

197 *bis*. XV. La préférence accordée au subrogeant devrait passer à celui qu'il subrogerait dans la partie de la créance d'abord conservée par lui, en sorte que de deux subrogés pour partie, le plus récent serait colloqué le premier. En effet, soit que nous considérions le subrogeant comme s'étant par une convention tacite, réservé l'antériorité, soit qu'on parte de cette idée qu'il doit être dans la même position que s'il avait reçu un paiement pur et simple, on arrive toujours à préférer le second subrogé au premier. Si la préférence était personnelle, le premier paiement reçu avec subrogation nuirait au créancier; car, ne pouvant plus subroger en premier rang pour ce qui lui reste dû, il n'en tirerait pas aussi facilement parti que si le paiement par lui reçu avait été pur et simple, la subrogation lui nuirait; secondement, si on le traite comme ayant réservé par convention l'antériorité, il est clair qu'il a dû la réserver en vue de toutes les opérations qui pourraient devenir nécessaires pour réaliser en argent sa créance.

197 *bis*. XVI. La disposition finale de l'article 1252 peut servir à compléter la comparaison que nous avons faite entre la subrogation et la cession de créance. Il ne faudrait pas appliquer cette disposition au cas de cession d'une partie de la créance, et il faudrait colloquer proportionnellement le cédant et le cessionnaire. On ne peut pas, en effet, chercher à assimiler le cédant à celui qui aurait reçu un à-compte, car la cession n'a aucun des caractères du paiement, et quant à supposer dans la convention une réserve de préférence en faveur du cédant, il y aurait là une interprétation qu'il serait un peu hardi de faire dans le silence du texte, quand surtout l'article 1602 impose l'obligation d'interpréter le contrat de vente contre le vendeur, car la cession de créance est considérée et régie par le Code comme une vente que le cédant fait au cessionnaire.

197 *bis*. XVII. Une dernière observation est nécessaire sur la préférence accordée au subrogeant. Il ne faut pas l'exagérer et abuser de la formule que la subrogation ne doit pas nuire au subrogeant. On ne doit pas perdre de vue l'hypothèse à propos de laquelle on a formulé cette règle. C'est l'hypothèse que nous avons posée dans laquelle le subrogé et le subrogeant se disputent le montant d'une collocation hypothécaire; comme le subrogé n'aurait pas d'hypothèque à ce rang sans la subrogation, la question porte bien sur les conséquences de cette subrogation, et on comprend que le subrogé ne soit pas admis à objecter au subrogeant le droit qu'il tient de lui. Mais s'il s'agissait d'une collocation dans une contribution, le subrogé pourrait produire concurremment avec le subrogeant, quoique la production dût un peu diminuer le dividende de chaque créancier, et par conséquent celui du subrogeant. D'abord le préjudice est bien moindre pour celui-ci, la réduction ne portant pas sur lui seul, mais sur la masse; puis ce ne serait pas une simple conséquence de la subrogation, car le subrogé, en sa qualité de simple créancier ayant fait des avances pour le débiteur, aurait pu produire comme créancier chirographaire dans la contribution. Cette décision est formellement donnée, à propos des cautions subrogées légalement, par l'article 544 du Code de commerce.

§ III.

De l'imputation des paiements.

198. Le même débiteur pouvant être tenu de plusieurs dettes envers le même créancier, dans ce cas, si la somme qu'il paie n'est pas suffisante pour les acquitter toutes, il faut bien savoir sur laquelle ce paiement doit être imputé.

Le débiteur étant le maître de l'emploi de son argent, c'est à lui qu'appartient, en général, le droit de déclarer quelle dette il entend acquitter. V. art. 1253. Et remarquez que cette disposition n'ôte pas au créancier la faculté de s'opposer à une imputation qui préjudicierait à ses droits, par exemple, à ceux qui résulteraient pour lui des articles 1187 et 1244.

198 *bis.* I. L'imputation des paiements, c'est-à-dire la détermination de celle des dettes qui doit être éteinte par un paiement insuffisant pour les éteindre toutes, a lieu tantôt d'après la volonté du débiteur, tantôt d'après celle du créancier, et tantôt légalement. Cette triple origine de l'imputation est cependant plutôt une apparence qu'une réalité, car on peut dire que, si l'imputation peut être faite par le créancier, c'est toujours parce que la loi suppose l'adhésion du débiteur, et que, quant à l'imputation légale, elle est le résultat d'une interprétation de volonté fondée sur l'intérêt du débiteur, c'est-à-dire sur sa volonté probable.

198 *bis.* II. Le principe de la matière est donc dans l'article 1253. C'est le débiteur qui dirige l'imputation, qui a le droit de déclarer quelle dette il entend payer; il faut toutefois ajouter sauf les droits du créancier, et cette addition n'est pas sans importance, car des droits du créancier résultera un obstacle à un grand nombre d'imputations. On ne pourrait pas imputer sur une dette à terme quand le terme est stipulé dans l'intérêt du créancier (art. 1187), ni sur une dette sous condition suspensive, *pendente conditione,* parce que le créancier se trouverait exposé à une répétition au cas de défaillance de la condition. Il ne serait pas possible non plus, sous prétexte d'imputation, de porter atteinte au droit qu'a le créancier de refuser un paiement partiel; par conséquent le créancier pourrait s'opposer à toute imputation qui n'acquitterait pas intégralement la dette sur laquelle le débiteur prétendrait imputer. (Art. 1244.) Ce droit du créancier rendra beaucoup moins fréquente l'imputation par la volonté du débiteur; car, à moins que les deux dettes ne soient de sommes égales, le débiteur se trouvera dans l'impossibilité de choisir celle qu'il prétend acquitter. *Exemple :* l'une des dettes est de 1,000 francs, et l'autre de 500 francs. Si le débiteur offre 500 francs, il ne peut pas prétendre les imputer sur la plus grosse dette, qui ne serait éteinte qu'en partie, et s'il offre 1,000 francs, il ne peut pas éteindre la plus petite, car il resterait alors 500 francs qui, si on les imputait sur l'autre dette, ne l'éteindraient pas en totalité. D'où la nécessité, pour appliquer l'article 1253, que les deux dettes soient de valeur égale.

198 *bis.* III. Bien entendu, il est également nécessaire que les dettes aient des objets de même nature et susceptibles de se rem-

placer l'un par l'autre, fongibles entre eux, car la question d'imputation ne pourrait pas s'élever à propos de deux dettes de corps certains ou même de deux dettes de quantité, de nature différentes, comme du blé et de la houille; le débiteur offrant du blé ne pourra pas avoir la prétention d'imputer sur la dette qui a pour objet la houille, car ce serait prétendre payer autre chose que l'objet dû.

199. Ce serait préjudicier aux droits du créancier que d'imputer le paiement sur un capital produisant intérêt, plutôt que sur les intérêts échus. V. art. 1254; v. à ce sujet art. 1908.

199 *bis*. I. L'article 1254 est en parfaite harmonie avec les principes précédemment posés. La dette d'intérêts et la dette du capital ne constituent pas deux dettes distinctes entre lesquelles le débiteur ait le droit de choisir; les intérêts et le capital sont les deux objets d'une même dette, et il résulte de la convention tacite que l'un des objets, l'objet accessoire, les intérêts, peut être presté distinctement, mais qu'il doit aussi être payé avant tout, car éteindre la dette du capital sans éteindre la dette d'intérêts, c'est violer la convention principale, en ce sens que c'est substituer au capital, qui devait produire des intérêts, un autre objet dû qui n'est plus susceptible d'en produire ou qui en produira dans des conditions plus difficiles à réunir. (Art. 1154.)

199 *bis*. II. L'interprétation donnée par la fin de l'article à la convention portant que le paiement partiel est fait *sur le capital et intérêts,* est la conséquence de ces principes. Le créancier pouvant refuser un paiement préalable des intérêts, on doit présumer qu'il n'a pas renoncé à ses droits, et qu'il n'a pas consenti à éteindre la dette du capital productif, pour laisser subsister la dette des intérêts qui seraient eux-mêmes improductifs.

200. Si l'imputation n'est pas faite par le débiteur, elle peut l'être par le créancier dans la quittance. Le débiteur qui reçoit cette quittance est réputé adhérer à l'imputation qu'elle contient; il peut néanmoins réclamer dans la suite, s'il y a eu dol ou même simple surprise. V. art. 1255.

200 *bis*. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu dol caractérisé pour

que le débiteur puisse protester contre l'imputation que le créancier a faite dans la quittance, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire que le créancier ait pratiqué des manœuvres pour tromper le débiteur sur l'intérêt qu'il pourrait avoir à faire telle imputation plutôt que telle autre. Profiter de l'erreur du débiteur, alors même qu'on ne l'aurait pas produite par des manœuvres, ce serait le surprendre; et bien qu'en thèse ordinaire il n'y eût pas lieu en pareil cas à la rescision pour cause de dol, il y aurait, en vertu de l'article, ouverture à une réclamation contre l'imputation.

201. A défaut d'imputation expresse, la loi la fait elle-même, d'après l'intention présumée des parties et leur intérêt respectif.

Ainsi, elle impute d'abord sur la dette échue, parce que c'est la seule dont le paiement pouvait être exigé.

Si elles sont toutes échues, c'est sur la plus onéreuse au débiteur; car c'est à lui qu'appartient le droit de faire l'imputation. V. *Papin.*, L. 97, D. *De sol.*

Si le débiteur n'a pas d'intérêt à acquitter l'une plutôt que l'autre, l'intérêt du créancier veut que l'imputation se fasse sur la plus ancienne.

Enfin, toutes choses égales, l'imputation doit se faire proportionnellement sur toutes. Voy. art. 1256; v. au surplus art. 1848.

201 *bis*. I. C'est l'intérêt bien entendu du débiteur d'éteindre la dette échue et qui l'expose à des poursuites prochaines plutôt que la dette non échue; il est, de plus, dans les probabilités, si on ne s'est pas expliqué, que le créancier a dû compter qu'on acquitterait avant toutes la dette dont il pouvait exiger le paiement immédiat.

201 *bis*. II. La comparaison des deux dettes, au point de vue de leur caractère plus ou moins onéreux, ne devient utile que quand elles sont toutes deux échues ou toutes deux non échues; alors il y a probabilité que le débiteur a entendu acquitter la plus lourde, et quand même il n'y aurait pas songé, la loi, qui dans le doute est toujours favorable à la libération, a dû faire l'imputation en vue d'éteindre la dette la plus onéreuse. Il faudra donc

faire porter l'imputation sur la dette qui produit les intérêts les plus forts, sur celle qui entraînerait contrainte par corps (V. loi de 1867), sur celle qui serait garantie par une caution ou une hypothèque.

201 *bis*. III. Quand les dettes ne sont pas plus onéreuses l'une que l'autre, qu'elles sont, d'après les termes de l'article, d'égale nature, l'imputation légale se fait sur la plus ancienne. A bien dire, on pourrait considérer cette décision comme un abandon de la règle première, car on dirait que le débiteur a plus d'intérêt à acquitter la dette la plus récente, et à laisser subsister celle qui, plus ancienne, a plus de chances de s'éteindre par prescription. Mais la loi a pu ne pas considérer cet intérêt comme un intérêt légitime; car si elle admet la prescription comme mode de libération, c'est pour venir au secours des débiteurs libérés qui ont perdu la preuve de leur libération, et elle ne peut pas venir en aide à ceux qui, se reconnaissant débiteurs, voudraient spéculer sur les éventualités possibles de libération par prescription. Cette idée étant abandonnée, il est facile de voir que l'article est resté conséquent avec lui-même, car le débiteur a intérêt à l'extinction de la dette la plus ancienne, parce que c'est à l'égard de celle-là qu'il doit attendre de plus grandes exigences de la part du créancier, la patience de celui-ci étant ordinairement en raison inverse de l'ancienneté de la dette.

201 *bis*. IV. L'explication que nous venons de donner des premiers mots du dernier paragraphe de l'article 1256 évite une difficulté qui a conduit certains interprètes à une distinction étrangère au texte. On a demandé si l'ancienneté des dettes devait s'apprécier d'après la date de leur naissance ou d'après la date de leur échéance. Et ceux qui ont vu dans la loi une décision dans l'intérêt du créancier ont pensé que la dette la plus ancienne était ici celle qui avait été exigible la première, parce qu'étant la première menacée de la prescription (art. 2257), elle devait être la première acquittée dans l'intérêt du créancier. Mais nous avons montré que la loi n'a pas songé à l'effet que pouvaient produire sur les droits du créancier les règles admises en matière de prescription. D'où il faut conclure que l'expression, *dette plus ancienne*, doit être prise dans son acception naturelle et vulgaire et désigner la dette qui a pris naissance la première.

201 *bis*. V. Les règles sur l'imputation semblent subir une dérogation dans un cas particulier réglé par l'article 1848. Un débiteur est tenu en même temps envers l'un des associés et envers la société : les deux dettes sont exigibles : le débiteur paie une somme égale seulement à l'une des deux dettes : d'après l'article 1848, il y a lieu à une imputation proportionnelle sur les deux dettes, malgré l'imputation que le créancier aurait dirigée dans la quittance sur sa créance propre : ce qui paraît peu conforme aux règles que nous venons d'exposer.

La disposition de l'article 1848 est évidemment inspirée par cette idée que l'associé doit veiller aux affaires sociales, et ne pas préférer ses intérêts propres aux intérêts sociaux. Mais en n'oubliant pas ce principe de l'article 1848, on arrive à en restreindre l'application dans des limites raisonnables. Ainsi il n'est pas possible d'admettre que le débiteur soit privé du droit de déclarer quelle dette il entend acquitter, parce qu'il aura pour créanciers un des associés et la société. La règle sur les devoirs des associés les uns envers les autres ne peut avoir aucune influence sur la situation du débiteur, il faut donc réserver l'application de l'article 1253, et aussi celle de l'article 1256, puisque dans ce cas l'imputation est légale et qu'elle est faite par la loi dans l'intérêt du débiteur. Les termes mêmes de l'article 1848 permettent de faire cette double réserve, car il y est question d'un associé qui a dirigé l'imputation dans la quittance, ce qui nous place dans l'espèce régie pour l'article 1255. C'est alors seulement, l'imputation ayant été indifférente au débiteur, qu'elle peut être faite dans un autre sens que celui qui lui était attribué par la quittance.

Mais dans le cas prévu par l'article 1848, il nous semble qu'il faut prendre sa décision à la lettre, et ne pas se contenter de dire qu'il s'agit de régler les rapports de l'associé avec la société, que la dette éteinte sera bien celle indiquée par la quittance, mais que l'associé devra tenir compte à la société de la somme par lui perçue, et établir un compte proportionnel entre sa créance et celle de la société. Ce n'est pas là ce qu'a dit l'article 1848, il donne une règle d'imputation; par conséquent il ne faudra pas traiter l'une des dettes comme existante et l'autre comme éteinte; il faudra, pour être fidèle à l'article, les traiter toutes deux comme éteintes en partie par le paiement qui s'est réparti proportionnellement sur chacune d'elles.

§ IV.

Des offres de paiement et de la consignation.

202. Le débiteur, ayant intérêt à se libérer, peut, en cas de refus du créancier, se procurer les avantages du paiement, en mettant le créancier en demeure de recevoir, par des offres réelles, et en se dessaisissant de la chose due, par la consignation. A cet égard il faut remarquer : 1° que les offres nécessaires pour constituer le créancier en demeure doivent être *réelles*, c'est-à-dire accompagnées de la présentation effective de la somme ou de la chose due; 2° que les offres non acceptées ne privant le débiteur d'aucun des avantages attachés à la possession de la chose due, il ne peut cumuler ces avantages avec ceux de la libération; d'où la nécessité de faire suivre les offres par la consignation; 3° que même après la consignation, il n'y a pas encore, à proprement parler, paiement, et que jusqu'à l'acceptation du créancier, ou au jugement qui en tient lieu, la chose ou la somme offerte, ou même consignée, n'est pas devenue encore la propriété du créancier. Cependant, il est vrai de dire que les offres suivies de consignation tiennent lieu de paiement, mais seulement à l'égard du débiteur, en ce sens qu'elles le libèrent, et mettent ou laissent la chose aux risques du créancier, pourvu qu'elles soient valables. V. art. 1257.

202 *bis*. I. La procédure d'offres réelles consiste dans la présentation effective de la chose due au créancier dans le but de mettre celui-ci en demeure de recevoir.

Elle est destinée à avoir raison des résistances du créancier qui refuse de recevoir, peut-être par caprice, peut-être parce qu'il a fait en prêtant au débiteur un bon placement auquel il renonce difficilement, peut-être et bien souvent parce qu'il prétend qu'on veut lui faire un paiement partiel, peut-être enfin parce que le débiteur exige dans la quittance des conditions que le créancier ne veut pas ou ne peut pas remplir. Le débiteur, de son côté,

veut payer parce qu'il a les fonds disponibles, et qu'il a hâte de s'acquitter pour ne pas s'exposer lui-même à les dissiper, ou bien il a une caution à qui il a promis sa libération dans un certain délai (art. 2032); il veut libérer un immeuble hypothéqué, qu'il a peut-être vendu et dont l'acheteur refuse de payer le prix tant qu'il n'est pas dégrevé de l'hypothèque: ou bien il veut arrêter le cours des intérêts, éviter d'encourir une clause pénale: il a été constitué en demeure et court le risque du corps certain promis, il veut purger la demeure et se soustraire au risque: ou enfin, débiteur d'une quantité, exposé à la perte des valeurs qu'il destine au paiement, il veut se soustraire à cette chance et mettre le risque à la charge du créancier.

202 *bis*. II. Ces résultats ne peuvent être obtenus par de simples offres, même réelles; il ne suffit pas, pour que le débiteur soit traité comme libéré, qu'il ait montré au créancier la chose due, il faut encore qu'il n'ait pas conservé les avantages de la possession de la chose, qu'il se soit, autant qu'il dépendait de lui, rapproché le plus possible d'un paiement. Or le paiement se compose de deux éléments, la dépossession du débiteur et la mise en possession du créancier; si celui-ci ne peut être contraint à prendre possession, celui-là peut toujours se dépouiller lui-même de la possession. Voilà la raison de la consignation, c'est-à-dire du dépôt de la chose entre les mains d'un tiers, dépôt qui assure que la chose offerte, et qui va être considérée comme ayant été payée, sera plus certainement à la disposition du créancier que si elle était restée dans les mains du débiteur.

202 *bis*. III. L'opération n'est donc complète que si la consignation a suivi les offres; c'est ce qu'exprime l'article 1257, qui n'attache l'effet libératoire qu'aux offres suivies de consignation. Mais cette expression même de l'article présente une certaine ambiguïté. Car il n'apparaît pas clairement si les effets des offres sont produits à la date des offres, pourvu que la consignation ait suivi, ou si de la consignation seulement dateront ces effets. Car l'article peut bien être entendu en ce sens : la procédure d'offres et de consignation libère le débiteur.

C'est à cette dernière idée qu'il faut s'attacher, car la première donne une sorte d'effet rétroactif à la consignation et traite, en vertu de cette rétroactivité, le débiteur qui a gardé les avantages

de la possession comme s'il n'avait pas conservé la chose, ce qui a d'autant plus d'inconvénient qu'il peut s'écouler un long temps entre les offres et la consignation, la loi n'ayant pas astreint le débiteur à faire le second acte dans un temps déterminé après le premier. Ce qu'elle n'eût pas manqué de faire, comme elle l'a fait lorsqu'elle a donné à la citation en conciliation l'effet d'interrompre la prescription, à la condition d'être suivie d'une demande en justice. (Art. 2246 et 57 C. P.) Le Code Napoléon nous montre en outre que l'opération n'a produit ses effets que quand elle est complète, c'est-à-dire après la consignation. Ainsi l'article 1257 termine la phrase même où se trouvent les mots obscurs qui sont cause de la difficulté par ces expressions : *La chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier,* attachant par là les effets de la procédure non pas aux offres, mais à la consignation. L'article 1259 est plus positif, car il n'arrête le cours des intérêts dus par le débiteur qu'au jour du dépôt.

Enfin l'article 816 du Code de procédure décide que le jugement qui déclarera les offres valables prononcera la cessation des intérêts du jour de la *réalisation,* expression qui, suivant la majorité des auteurs, désigne le jour de la consignation; c'est en effet par la consignation que les offres sortent du domaine de la promesse, du projet, de la proposition, pour produire, au moins par rapport au débiteur, un effet sérieux, réel, un dépouillement. L'orateur du tribunat affirmait que cette réalisation était celle du dépôt, qu'on n'avait pas voulu réformer l'article 1259 du Code civil, et que la consignation seule consommait la libération (1).

202 *bis.* IV. Ces paroles de l'orateur du tribunat ont d'autant plus d'importance qu'elles donnent au mot réalisation un sens qui n'est pas celui que l'ancienne pratique lui attribuait. Au Châtelet de Paris on appelait ainsi la réitération des offres faite à l'audience avec présentation de la chose due; et on peut être étonné que les rédacteurs du Code de procédure aient reproduit un mot technique dont ils n'avaient pas besoin, en changeant complétement sa signification. Aussi a-t-on pensé que l'article 816 du Code de procédure civile régissait une hypothèse autre que celle de l'article 1259 du Code civil, et que, dans ce cas particu-

(1) V. M. Colmet-Daâge, *Procédure civile,* t. II, n° 1078. Édit. 1868.

lier, on avait conservé un vestige de l'ancienne procédure. En effet, si on regarde de près l'article 816, on voit qu'il parle d'offres non suivies de consignation et que le débiteur fait déclarer valables par jugement; ce n'est pas la marche ordinaire de notre procédure d'offres, dans laquelle la consignation peut être faite sans jugement préalable, c'est la marche de la procédure ancienne : alors l'article suppose que les offres réelles ont été renouvelées à l'audience et décide peut-être, par exception à l'article 1259, que du jour de cette réitération, réalisation, les intérêts cessent de courir. On donne ainsi un sens à l'article 816, et on conserve au mot technique ancien le sens propre qu'il avait autrefois, mais on introduit une dérogation au Code civil en s'appuyant sur le sens problématique d'une expression obscure, et en ne tenant pas compte des paroles de l'orateur du tribunat déclarant qu'il ne s'agissait pas de réformer l'article 1259 du Code Napoléon. Enfin on exagère la portée de l'article 816 lui-même, car on le considère comme traitant, même dans son dernier membre de phrase, du cas où le jugement de validité est prononcé avant la consignation, tandis que ce dernier membre de phrase, très-nettement séparé du précédent par la ponctuation, se rapporte grammaticalement à tout jugement de validité et non pas seulement à celui qui statue sur des offres non suivies de consignation. Si on avait voulu donner à l'article le sens spécial qu'il s'agit de lui attribuer, il aurait fallu que la non-consignation fût présentée, non pas incidemment, mais comme une circonstance principale et caractéristique de l'hypothèse régie par l'article (le jugement qui déclarera les offres valables dans le cas où la consignation n'aurait pas eu lieu, ordonnera), et, de plus, au lieu de séparer les deux idées et les deux membres de phrase, il fallait les lier et dire : ordonnera que la chose sera consignée *et* prononcera la cessation des intérêts. La rédaction de l'article nous paraît donc confirmer les paroles de l'orateur du tribunat et l'opinion qui, dans toutes les hypothèses, retarde les effets des offres jusqu'à la consignation.

202 *bis*. V. L'article 1257 dit que les offres suivies de consignation tiennent lieu de paiement à l'égard du débiteur. Nous insisterons bientôt sur les effets des offres, mais il faut dès maintenant remarquer cette réserve de la loi, les offres ont un effet relatif : par rapport au débiteur elles opèrent comme un paiement, puis-

qu'elles le libèrent; mais à l'égard du créancier elles n'ont pas le même effet, car il ne devient pas propriétaire de la chose offerte, et n'a même pas sur cette chose un droit définitif, car nous verrons bientôt que le débiteur peut reprendre la chose qu'il a consignée. (Art. 1261.)

203. Pour que les offres soient valables, il faut d'abord que le créancier n'ait aucun motif légitime pour refuser le paiement.

Ainsi il faut qu'elles aient lieu entre personnes capables, l'une de payer, l'autre de recevoir. V. art. 1258-1° et 2°, et à ce sujet, art. 1236-1242.

Il faut que les offres soient entières. (V. art. 1244.) Or, elles n'ont pas ce caractère si elles ne comprennent tout ce qui est dû, en capital, intérêts et frais. Que si, à défaut de liquidation, le montant des frais n'est pas encore connu, il suffit d'offrir pour cet objet une somme, *sauf à parfaire*. V. article 1258-3°.

Il faut que les offres ne soient pas faites avant le temps; sauf, bien entendu, pour le débiteur, la faculté de renoncer au terme stipulé en sa faveur. V. art. 1258-4°, et à ce sujet, articles 1186, 1187.

Il faut que la chose offerte soit due. (V. art. 1235.) Si donc la dette n'a été contractée que sous condition, les offres ne peuvent avoir lieu avant l'événement de la condition. Voyez art. 1258-5°.

Le paiement devant être fait au lieu convenu (art. 1247), c'est là que la chose doit être offerte. Mais quoique, à défaut de convention, le paiement doive se faire au domicile du débiteur (art. 1247, al. dernier), les offres, qui ont pour objet de mettre le créancier en demeure, doivent toujours, dans ce cas, être faites à la personne ou au domicile de celui-ci; bien entendu, au reste, que le domicile d'élection pourrait, suivant la règle générale, tenir lieu du domicile réel. (Art. 111.) V. art. 1258-6°; v. cependant art. 1264.

Enfin, le fait des offres devant être constaté par un procès-

verbal régulier, on sent bien qu'elles ne peuvent être faites que par le ministère d'un officier public ayant pour cela caractère, c'est-à-dire par un huissier. V. art. 1257°-8. Le procès-verbal, du reste, doit constater et la réalité et l'intégrité des offres (C. pr., art. 812) et la réponse du créancier (C. pr., art. 813).

203 *bis*. I. (Article 1258-3°.) Les offres ne sont pas valables quand elles sont insuffisantes ; l'article ne songe pas à l'hypothèse inverse, qui sera rare il est vrai, mais qui peut cependant se présenter, celle où les offres seraient excessives, dépasseraient le montant de la dette. Il n'y a pas à hésiter, le créancier pourrait refuser les offres en alléguant ce motif; car, outre qu'il s'expose peut-être à une répétition, il a consciencieusement intérêt à ne pas recevoir ce qui ne lui est pas dû; mais si le créancier peut refuser ces offres en donnant pour motif qu'elles sont excessives, il ne faut pas aller plus loin et autoriser les tribunaux à annuler les offres pour cette cause quand le créancier ne l'aura pas alléguée dans le principe ; en effet, comme le moins est compris dans le plus, on ne saurait après coup déclarer les offres nulles quand elles ont été trop considérables et que le débiteur n'a pas été mis à même, par une observation du créancier, de les réduire au chiffre exact de la dette.

203 *bis*. II. (Article 1258-6°.) Il semble que la loi ait abandonné la règle de l'article 1247, puisque le paiement devait en principe se faire au domicile du débiteur ; les offres se font cependant au domicile du créancier. Cela est le résultat d'une nécessité pratique. Les offres perdraient leur caractère si la chose prétendue offerte n'allait pas trouver le créancier : offrir, c'est agir et non pas attendre; offrir réellement, c'est tout faire pour présenter aux yeux du créancier la chose due; or cette présentation n'aurait pas lieu si elle se faisait chez le débiteur, où le créancier ne peut être contraint de se trouver ; elle a beaucoup plus de chance de s'accomplir effectivement au domicile du créancier, dans le lieu où il se rencontre le plus habituellement. Si le transport à ce domicile a entraîné des frais, les offres n'ayant pas été acceptées et étant plus tard déclarées valables, le débiteur qui devait payer à son propre domicile pourra se faire rembourser les frais de transport,

parce qu'il ne doit pas souffrir de la résistance injuste du créancier et perdre les droits qu'avait consacrés en sa faveur l'article 1247.

203 *bis*. III. Quand les offres doivent être faites au lieu convenu pour le paiement, il est possible que le créancier ne s'y trouve pas et qu'il n'ait en ce lieu ni son domicile réel ni un domicile élu, et on est alors embarrassé pour déterminer le lieu exact où doivent être faites les offres réelles. Certes le créancier peut être mis en demeure d'élire un domicile dans ce lieu (1), mais cela n'est même pas nécessaire; l'officier public chargé des offres constate dans son procès-verbal que le créancier n'a pas de représentant dans le lieu où doivent être faites les offres, qu'il n'a pu trouver personne pour recevoir; cette constatation équivaut à celle d'un refus et les offres sont valables, car le créancier est en faute de n'avoir pas de mandataire dans le lieu où le paiement est dû, et le débiteur ne peut pas souffrir de cette faute du créancier.

203 *bis*. IV. (Article 1258-7°.) La constatation authentique des offres par un officier public est exigée pour éviter les difficultés sur le fait même des offres. Le débiteur alléguerait qu'il a fait des offres, le créancier nierait, et il faudrait une enquête, c'est-à-dire un procès sur un point qui est destiné à assurer la situation des parties et à terminer entre elles les contestations. Ajoutez qu'il ne faudrait pas compter obtenir une preuve sous seing privé des offres faites, car un écrit signé du débiteur ne prouverait rien en sa faveur, et on ne peut espérer un écrit signé par le créancier qui résiste aux offres et ne veut pas accepter son paiement.

L'officier ministériel compétent pour ce genre d'acte, c'est avant tout un huissier (2), mais on admet assez généralement que les notaires auraient aussi qualité, parce qu'il ne s'agit pas d'un acte de poursuite, mais d'un fait à constater authentiquement. D'ailleurs les notaires, rédacteurs des quittances authentiques, doivent pouvoir rédiger un acte qui deviendra par la consignation analogue à une quittance, et enfin ils ont le droit de faire les protêts, actes de constatation qui se rapprochent beaucoup

(1) Pothier, n° 542.
(2) Pothier, n° 543.

plus que le procès-verbal d'offres des actes de la compétence exclusive des huissiers. (Art. 173 Code com.)

203 *bis*. V. Il faut, pour être complet sur ce qui touche l'officier public qui fait les offres, parler de certaines conditions imposées pour la validité de son procès-verbal d'offres, conditions développées par les articles 812 et 813 du Code de procédure civile. Il s'agit d'abord de désigner exactement l'objet offert, et notamment les espèces monnayées offertes quand il s'agit de sommes d'argent, et secondement il faut constater authentiquement les circonstances dans lesquelles les offres ont été faites et l'accueil que le créancier leur a fait. Sur ce dernier point l'article 813 pourrait faire croire que les offres ont dû nécessairement être faites à la personne même du débiteur, puisqu'il exige une mention de son acceptation ou de son refus, de sa signature ou de sa déclaration qu'il ne sait ou ne veut pas signer. Cependant l'article 1258 reconnaissait que les offres pouvaient être faites à personne ou domicile, ce qui est la règle générale en matière de procédure, et ce qui entraîne cette conséquence que le domicile supplée la personne. Il est impossible que le créancier ait la faculté d'empêcher les offres en se cachant. L'officier public constatera que la personne trouvée au domicile du créancier n'avait pas le pouvoir de recevoir pour le créancier, et déclarera qu'il considère la réponse négative de cette personne sur l'existence de ce pouvoir comme un refus d'accepter les offres.

204. Quoique la consignation faite, au refus des offres, ne puisse libérer le débiteur qu'autant qu'elles auront été jugées valables, il n'est cependant pas nécessaire, pour procéder à la consignation, d'attendre le jugement. Il suffit :

1° Que le créancier soit dûment prévenu, à l'avance, de la consignation, par une sommation indicative du jour, de l'heure et du lieu. V. art. 1259-1°.

2° Qu'il y ait dessaisissement du débiteur, par la remise de la chose due dans le dépôt indiqué par la loi (1); bien entendu que la remise doit être complète, et comprendre, consé-

(1) V. L. 26 avril 1816, tit. x, et Ordon. 3 juillet 1816.

quemment, le principal et les intérêts; la loi même exige les intérêts *jusqu'au jour du dépôt*. V. art. 1259-2°.

3° Qu'il soit dressé procès-verbal détaillé de la consignation et des circonstances dans lesquelles elle a eu lieu. Voyez art. 1259-3°.

4° Enfin, que le créancier soit dûment averti de la consignation faite en son absence, et mis en demeure de la retirer. V. art. 1259-4°.

204 *bis*. I. Une pratique ancienne faisait précéder la consignation d'un jugement qui l'ordonnait, et c'est en vue de cette pratique que le commencement de l'article 1259 est écrit. Mais Pothier, qui constate cet usage (n° 543), disait déjà que ce jugement était inutile, que la consignation pouvait avoir lieu sans autorisation judiciaire préalable, et que le jugement de validité à intervenir par la suite avait un effet rétroactif.

(Art. 1259-1°.) Le créancier doit être prévenu du jour, de l'heure et du lieu du dépôt, afin qu'il ait jusqu'au dernier moment la faculté d'empêcher ce dépôt en acceptant la chose qui lui est offerte. Il est averti par une sommation, qui peut être faite dans le procès-verbal d'offres.

(Art. 1259-2°.) La loi du 28 avril 1816 (art. 110) a organisé pour recevoir les dépôts une caisse spéciale, la caisse des dépôts et consignations; ses préposés sont, à Paris, le caissier de cet établissement, et dans les départements, les trésoriers payeurs généraux et les receveurs particuliers des finances.

204 *bis*. II. (Art. 1259-3°.) Procès-verbal du dépôt, qui contient de nouveau la désignation des espèces offertes et qui vont être déposées, plus la constatation de ce fait que le créancier, assistant au dépôt, a encore en ce dernier moment refusé d'accepter la chose offerte, ou enfin constatation de la non-comparution du créancier à la consignation. Ce dernier mot prouve bien que dans l'article 1259-3°, quand il est question de constater la nature des choses offertes et le refus du créancier, la loi ne songe pas à donner au milieu des règles sur la consignation des détails sur le procès-verbal d'offres, mais qu'elle veut que le créancier soit mis en demeure d'accepter ou de refuser au moment même du dépôt, et que son nouveau refus soit constaté. S'il s'agissait de donner ici

la règle que nous avons trouvée dans l'article 812 du Code de procédure civile, on n'aurait pas pu parler de la non-comparution du créancier ; car, chez lui, au jour des offres, il est présent ou non présent, mais il ne comparaît pas, car il n'a pas été prévenu, tandis que l'expression *comparution* est employée dans un sens propre à l'occasion du dépôt, puisque le créancier a reçu sommation d'y assister. Aussi des auteurs qui ont pensé qu'il s'agissait dans l'article 1259-3° de rappeler ce qui s'était passé lors des offres, ont-ils substitué au mot *non-comparution* cette expression : *ou son absence lors des offres réelles* (1).

(Art. 1259-4°.) Le créancier pourrait ignorer qu'il a été donné suite au projet de consignation dont la première sommation l'avait averti. Cette nouvelle sommation a pour but de ne lui laisser aucun doute sur la situation nouvelle qui lui est faite par l'achèvement de la procédure d'offres et de consignation.

205. Les frais des offres et de la consignation valablement faites étant nécessités par l'injuste refus du créancier, il est tout simple qu'ils soient à sa charge. V. art. 1260.

205 *bis*. I. Dans les frais que l'injuste résistance du créancier a nécessités il ne faut pas comprendre les frais ordinaires de quittance (timbre et enregistrement), aussi doivent-ils rester à la charge du débiteur, conformément à l'article 1248. (V. Ordonn. du 3 juillet 1816, art. 12.)

205 *bis*. II. L'article se place dans l'hypothèse où le débiteur a été obligé de faire des offres et de consigner, mais il ne parle pas du cas où les offres auraient été acceptées, soit au moment de la consignation, soit même lors du premier acte d'offres réelles. La question des frais doit cependant être décidée dans ces deux hypothèses.

Dans la première, c'est-à-dire quand le créancier qui n'avait pas accepté les offres accepte au moment de la consignation, il doit supporter les frais d'offres et ceux qu'a rendus nécessaires la tentative de consignation. Car il reconnaît par son acceptation actuelle qu'il a eu tort de refuser le paiement dès le principe et que les frais ont été occasionnés par sa faute.

205 *bis*. III. L'autre espèce présente plus de difficultés. Le

(1) Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 136, édit. 1856.

créancier accepte les offres au moment où elles sont faites par l'officier public, et alors il peut alléguer que l'intervention d'un officier public n'était pas nécessaire, qu'il eût reçu à l'amiable ce qu'on lui devait, et que le débiteur doit supporter les frais d'une procédure qu'il a entreprise sans nécessité et par caprice.

Il est impossible toutefois d'admettre ce raisonnement et ses conséquences sans faire des distinctions. D'abord il y aurait à voir si la dette était *quérable* ou *portable,* car si le créancier devait aller lui-même chercher l'objet dû et qu'il ne se fût pas présenté, le débiteur est en droit de ne pas supporter les frais d'offres. Seulement il se présenterait là une question de preuve, et le créancier pourrait, pour ne pas payer les frais d'offres, établir qu'il avait fait lui-même des diligences inutiles pour recevoir son paiement.

Quand la dette était portable, l'inaction du créancier ne le constituait pas en faute, parce qu'elle n'aurait pas suffi pour rendre les offres réelles nécessaires. C'était le débiteur qui devait faire des démarches pour se libérer, et la procédure d'offres n'est pas le procédé le moins coûteux et le plus simple pour arriver à ce résultat. S'il l'a immédiatement adopté, on comprend que l'acceptation du créancier entraîne pour le débiteur obligation de payer les frais, mais si les offres n'ont eu lieu qu'à la suite de tentatives infructueuses de paiement amiable, le créancier doit supporter les frais d'offres, en vertu de l'article 1382, sinon il causerait par sa faute un préjudice au débiteur. En appuyant la solution sur l'article 1382, nous décidons par avance un point important : Qui doit prouver? Faut-il que le débiteur prouve la tentative qu'il a faite? Faut-il que le créancier établisse qu'il ne lui a pas été fait d'offre amiable? Nul doute; celui qui invoque l'article 1382 doit prouver la faute qu'il allègue, par conséquent le débiteur doit prouver par tous les moyens possibles qu'il a essayé de s'acquitter à l'amiable de son obligation.

206. Nul ne pouvant être lié par sa seule volonté, il est naturel que le débiteur ne le soit pas par ses offres, tant qu'elles n'ont pas été acceptées, ou confirmées par jugement. La dette alors n'ayant jamais été éteinte, subsiste avec tous ses accessoires. V. art. 1261.

206 *bis*. I. L'effet de la consignation est de rendre la caisse des dépôts et consignations débitrice d'une somme égale à la somme déposée et des intérêts à 3 p. 100, à partir du soixante et unième jour depuis la consignation.

Cette créance contre la caisse appartient au déposant, puisque, d'après l'article 1261, il peut toujours retirer la somme déposée tant que les offres n'ont point été acceptées ou confirmées par jugement. D'où il faut conclure que les créanciers du déposant, exerçant ses droits en vertu de l'article 1166, pourraient pratiquer une saisie-arrêt entre les mains du caissier. Ce qui confirme ce que nous avons établi plus haut, que les offres, même suivies de consignation, ne sont pas équivalentes à un paiement.

206 *bis*. II. L'article, au surplus, indique une seconde conséquence de cette différence entre la consignation et le paiement, c'est que les tiers qui garantissaient l'obligation ne sont pas définitivement libérés par le dépôt, comme ils le seraient par le paiement : en cas de retrait de la consignation, ils restent liés. La consignation leur avait donné l'espoir d'une libération, mais non la libération même.

207. Après l'acceptation ou le jugement (pourvu qu'il soit passé en force de chose jugée), le débiteur peut bien encore, avec le consentement du créancier, retirer sa consignation; mais c'est alors une nouvelle dette qu'il contracte à la place de l'ancienne, qui est éteinte; et dès lors les accessoires ne revivent pas. Cette règle s'applique aux codébiteurs ou cautions (s'ils ne consentent à s'engager de nouveau). V. article 1262. Elle s'applique également aux priviléges ou hypothèques, sauf au débiteur la faculté de consentir une nouvelle hypothèque dans les formes légales. (V. sur ce point art. 2127, 2134.) V. art. 1263.

207 *bis*. I. La consignation ne peut plus être retirée par le déposant quand elle a été acceptée par le créancier ou que les offres et la consignation ont été déclarées valables par un jugement passé en force de chose jugée. Il est alors intervenu autre chose qu'une offre, une pollicitation, œuvre d'une volonté unique, dépendant de cette même volonté; le concours des deux volontés

ou la décision judiciaire qui le remplace a engendré un droit pour le créancier, et il ne dépend plus du débiteur de détruire ce droit.

207 *bis*. II. Le créancier pourrait toutefois donner son consentement au retrait de la consignation en renonçant au droit que son acceptation ou le jugement avait fait naître en sa faveur. Mais comme la validité des offres et de la consignation constatée par le jugement ou l'acceptation du créancier peut avoir eu des conséquences par rapport à certains tiers, ces conséquences ne peuvent être annulées par la seule volonté du créancier. Les droits de ces tiers sont réservés par les articles 1262 et 1263. Il s'agit d'abord des codébiteurs ou des cautions, qui sont libérés si les offres ont eu la valeur d'un paiement, et qui perdraient le bénéfice de cette libération si rétroactivement les offres et la consignation cessaient de produire leur effet. La loi applique ensuite la même idée à propos des hypothèques ou des priviléges qui garantissaient la créance; ces droits ont été éteints par les offres et la consignation acceptées ou confirmées par jugement; dès lors les tiers qui ont profité de cette extinction ne peuvent pas subir sans leur consentement la résurrection de ces droits. Ces tiers sont les autres créanciers hypothécaires ayant des droits sur les mêmes biens, qui, devenus les premiers par l'extinction de l'hypothèque qui les primait, ne sauraient être forcés de subir de nouveau l'exercice du droit de préférence de la part de l'ancien créancier; ce sont aussi les tiers détenteurs des biens hypothéqués soustraits au droit de suite du créancier hypothécaire par l'extinction du droit d'hypothèque, et qui seraient menacés dans la paisible propriété du bien si ce droit de suite venait à revivre.

207 *bis*. III. Si le créancier exigeait, pour consentir au retrait de la consignation, qu'on lui rendît les garanties anciennes, il faudrait soit une nouvelle convention avec les codébiteurs et les cautions, soit une nouvelle constitution d'hypothèque. Au reste, cette hypothèque ne pourrait être consentie par le débiteur qu'autant qu'il aurait conservé la propriété du bien, et elle ne pourrait reprendre le rang qu'elle devait soit à sa qualité de privilége, soit aux dispositions de la loi sur les hypothèques légales, dont le rang est indépendant de l'inscription, soit à l'ancienneté même de son inscription. La nouvelle hypothèque ne pourrait être qu'une

hypothèque conventionnelle, et ne pourrait avoir d'autre rang que celui qu'elle devrait à une inscription nouvelle.

207 *bis*. IV. Quand la loi parle, dans les articles 1262 et 1263, de jugement passé en force de chose jugée ou qui a acquis la force de la chose jugée, elle entend un jugement qui ne peut être attaqué ni par la voie d'appel ni par la voie d'opposition, soit qu'il ait été attaquable et qu'on ait laissé passer les délais pour l'attaquer, soit qu'il n'ait jamais été attaquable. Il y a des cas où on peut justifier une distinction entre les jugements qui ont par eux-mêmes la force de la chose jugée et ceux qui l'ont acquise; mais dans l'espèce qui nous occupe, comme la décision de la loi est la conséquence de cette règle que les jugements produisent des effets analogues à ceux des conventions, il n'y a pas à faire la distinction dont nous venons de parler, car les jugements créent des droits et produisent des effets comme les conventions, soit qu'ils aient eu dans le principe la force de la chose jugée, soit qu'ils aient acquis cette force par le laps de temps.

207 *bis*. V. Il y a une hypothèse que nos articles n'ont pas prévue : c'est le cas où, une consignation ayant été déclarée valable par un jugement qui pourrait être frappé d'opposition ou d'appel, le débiteur voudrait en opérer le retrait avant l'expiration des délais. Les principes conduisent sur ce point à une distinction très-claire : ou le créancier, qui seul peut attaquer le jugement rendu contre lui, l'attaque, ou il ne l'attaque pas. S'il l'attaque, le jugement tombe, et les parties se trouvant remises au même état qu'avant ce jugement, il faut appliquer l'article 1261. Mais si le créancier n'attaque pas ce jugement, il a provisoirement force de chose jugée, et le débiteur ne peut opérer le retrait par sa seule volonté; il pourrait l'opérer du consentement du créancier, et alors les codébiteurs et les cautions ne seraient pas libérés et les hypothèques subsisteraient, car le créancier qui pouvait, en faisant opposition ou en interjetant appel, dépouiller le jugement de sa force, a bien pu par sa volonté produire le même résultat que par une attaque dirigée contre le jugement.

208. Les règles qui viennent d'être tracées pour les offres et la consignation ne sauraient s'appliquer au cas où la dette

est d'un corps certain, qui doit être livré au lieu où il se trouve. Il n'est pas besoin alors de faire des offres réelles; il suffit de sommer le créancier d'enlever; après quoi, il peut y avoir lieu à consignation, mais seulement avec permission de justice. V. art. 1264.

208 *bis*. I. Il serait souvent difficile, coûteux et inutile de transporter au domicile du créancier un corps certain qui doit, en vertu de la convention, être livré au lieu même où il se trouve; le créancier lui-même éprouverait de ce transport un préjudice, puisqu'il aurait probablement intérêt à faire transporter à son tour l'objet dans la localité où il se trouvait dans l'origine. Voilà la raison des dérogations introduites par l'article 1264 à la procédure d'offres et de consignation.

L'objet dû est peut-être payable dans un lieu autre que celui où il se trouve; la loi ne parle pas de cette hypothèse, mais on comprend qu'il faudrait d'abord transporter cet objet dans le lieu où doit se faire la livraison, et qu'alors on se retrouverait dans les termes de l'article 1264.

208 *bis*. II. Enfin, si le débiteur avait promis la livraison d'un corps certain au domicile du créancier, comme on ne serait plus dans les termes de l'article 1264, et qu'alors appliquer cet article ce serait imposer au créancier une charge qu'il n'avait pas acceptée, celle d'aller chercher la chose due, on devrait rentrer dans la théorie générale, et il faudrait bien que le débiteur fît faire de véritables offres réelles au domicile du créancier, sauf à s'adresser ensuite à la justice pour désigner le lieu de consignation, puisque la caisse des consignations ne pourrait pas recevoir le dépôt.

208 *bis*. III. La dette peut n'être ni une dette de corps certain régie par l'article 1264, ni une dette d'argent régie certainement par toutes les dispositions légales précédemment expliquées; ce peut être une dette de quantité. Le débiteur peut être obligé à donner des tonneaux de vin, des sacs de blé, un certain nombre de bœufs ou de moutons, etc., et il y a lieu de se demander si en pareil cas la procédure d'offres est soumise à l'article 1264 ou aux dispositions générales de la matière. L'article 1264 nous paraît inapplicable dans ses termes et dans son esprit, car il traite

des dettes de corps certain, et de plus il se contente d'une sommation de faire enlever la chose, et déclare la consignation facultative, ce qui serait bien dangereux pour le créancier de quantité, qui ne serait jamais assuré de retrouver chez son débiteur la quantité qu'on l'a sommé d'enlever, parce que le débiteur, détenteur de quantités, aurait toujours la tentation d'abuser de cette détention pour consommer ou dépenser les choses par lui offertes. Au contraire, les règles générales sur les offres sont très-facilement applicables aux dettes de quantités autres que l'argent, et les textes mêmes supposent qu'il est possible que la dette ait pour objet autre chose que de l'argent. (Art. 812 P. C.) On objecte, il est vrai, la difficulté de faire faire un long voyage aux choses dues quand elles sont lourdes, encombrantes, ou que ce sont des animaux qu'on aurait peine à faire transporter au loin. Il est facile de répondre que c'est uniquement là une question de frais, que les marchandises les plus lourdes, les animaux les plus délicats voyagent très-fréquemment, que d'ailleurs, comme nous raisonnons sur des quantités et non sur des corps certains, le débiteur évitera les frais de transport en achetant les objets offerts dans le voisinage du lieu où se font les offres, au lieu de les faire transporter de son domicile au domicile du créancier.

§ V.

De la cession de biens.

209. La cession de biens n'est pas un paiement, mais c'est une voie ouverte par la loi, ou par la volonté des parties, au débiteur qui se trouve hors d'état de payer ses dettes, pour le soustraire aux poursuites de ses créanciers, et arriver à une libération au moins partielle. V. art. 1265.

210. Le mot *cession* n'est pas ici synonyme de vente ou transport. La cession n'est, en général, comme on va le voir, qu'un simple abandon de la possession et de la jouissance des biens, fait aux créanciers, pour qu'ils puissent se payer par leurs mains sur les fruits et sur le prix des biens abandonnés.

211. La cession est volontaire ou judiciaire. Voy. art. 1266.

212. Les conditions et les effets de la première ne pouvaient être précisément déterminés; les parties étant respectivement maîtresses de s'imposer des sacrifices plus ou moins étendus, leurs conventions à cet égard doivent seules faire loi. V. art. 1267.

213. La cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde, nonobstant toute stipulation contraire, mais seulement au débiteur malheureux et de bonne foi. Son objet est de le libérer de la contrainte par corps; il faut pour cela qu'il fasse en justice l'abandon de tous ses biens. V. art. 1268; v. pourtant C. comm., art. 541.

Quant à la manière d'obtenir ce bénéfice, voy. C. pr., articles 898-903.

213 *bis*. L'effet unique de la cession de biens judiciaire est de soustraire le débiteur à la contrainte par corps; aussi depuis la loi du 22 juillet 1867 qui a aboli la contrainte par corps en matière civile la cession de biens pourrait-elle paraître dénuée d'intérêt. La contrainte par corps, en effet, n'est plus maintenue qu'à l'occasion des crimes, des délits et des contraventions, et il semble difficile que le débiteur soit en pareil cas exempté de la contrainte comme *malheureux et de bonne foi*. Cependant, si celui qui est devenu débiteur en commettant un crime ne peut être considéré comme subissant les conséquences d'un malheur immérité, s'il en est de même de l'auteur de la plupart des délits, cependant il est possible d'être condamné à des dommages et intérêts à la suite d'un fait prévu par la loi pénale, et d'être cependant malheureux et de bonne foi. Qu'il s'agisse du délit d'homicide par imprudence, qu'il s'agisse d'une contravention de police, bien souvent commise sans intention de nuire, le débiteur de dommages et intérêts considérables peut être considéré comme malheureux, et le bénéfice de cession a sa raison d'être.

214. Cette cession ne confère pas aux créanciers la propriété des biens; mais elle vaut pouvoir pour eux de les faire vendre en justice (sans saisie préalable), et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente. V. art. 1269; v. aussi C. pr., art. 901.

214 *bis*. Le débiteur a conservé la propriété de ses biens, et les créanciers ne l'ont point acquise ; ce qu'il est intéressant d'établir, pour constater qu'aucun droit, par exemple, aucune hypothèque légale, ne prendra naissance sur les biens du chef des créanciers. Mais le débiteur resté propriétaire ne pourrait pas, abusant de cette qualité, aliéner les biens au détriment des créanciers; les biens sont exclusivement affectés à ceux-ci; par rapport à eux, le débiteur est frappé d'une incapacité, et s'il avait consenti des actes d'aliénation, ils en demanderaient la nullité, en s'appuyant sur cette incapacité de leur débiteur. La cession de biens produit sous ce rapport un effet analogue à celui de la saisie immobilière transcrite (art. 686 P. C.) ; elle reçoit d'ailleurs une certaine publicité en vertu des articles 901 et 903 du Code de procédure civile.

215. La cession judiciaire étant un bénéfice accordé par la loi, ne peut, en général, être empêchée par la résistance des créanciers; mais la loi, comme nous l'avons vu, règle les conditions requises pour l'obtenir, et détermine elle-même certains cas où le bénéfice cesse, soit à raison de la qualité de la personne, soit à raison de la nature de ses dettes. V. article 1270, al. 1 ; v. à ce sujet C. pr., art. 915; v. notamment C. civ., art. 1945.

216. Le seul effet vraiment libératoire de la cession judiciaire est de décharger le débiteur de la contrainte par corps: et néanmoins, comme elle procure aux créanciers le moyen de se faire payer sur le prix et le revenu des biens abandonnés, on peut dire, sous ce rapport, qu'elle libère le débiteur jusqu'à concurrence de leur valeur. Du reste, elle n'éteint pas l'action sur les biens qu'il pourrait acquérir par la suite; il ne peut continuer à profiter du bénéfice qu'en les abandonnant comme les premiers, jusqu'à parfait paiement. V. C. civ., article 1270, al. 2 et 3.

SECTION II.

De la novation.

217. De même qu'on peut, du consentement du créancier, payer une chose à la place d'une autre, celui-ci peut évidemment recevoir, en remplacement d'une obligation précédente, une obligation nouvelle. Il y a alors extinction de l'ancienne dette par la création de la nouvelle. C'est ce qu'on appelle *novation*.

217 *bis*. Pothier dit que la novation est la substitution d'une nouvelle dette à une ancienne : l'ancienne dette, ajoute-t-il, est éteinte par la nouvelle qui est contractée à sa place (1). L'extinction de l'ancienne dette est donc la cause de la nouvelle obligation, et cette nouvelle obligation est elle-même la cause de l'extinction de l'ancienne. *Exemple :* Pierre qui devait 1,000 francs à Paul lui promet deux pièces de vin en place de ces 1,000 francs; il résulte de cette promesse une nouvelle obligation qui éteint l'ancienne, le débiteur ayant consenti à promettre le vin pour être libéré de l'obligation de donner les 1,000 francs, et le créancier ayant consenti à renoncer à sa créance de 1,000 francs pour acquérir la créance des deux pièces de vin.

218. Ce mode d'extinction, admis même à Rome, où le simple consentement du créancier ne suffisait pas, en général, pour détruire l'obligation, l'est, à plus forte raison, chez nous, où le principe contraire est en vigueur. On sent, au reste, que le principe du droit français diminue l'importance des conditions légales auxquelles est subordonnée la novation : car, si en leur absence il ne doit pas y avoir novation proprement dite, il se peut cependant qu'il y ait extinction de l'obligation : il suffit pour cela que les parties aient voulu opérer cette extinction.

218 *bis*. La novation ne s'opérait pas *solo consensu* dans le droit romain, elle résultait de la stipulation, tandis que le droit fran-

(1) Pothier, n° 546.

çais a toujours admis la novation opérée par simple convention (1).

219. Quoi qu'il en soit, il n'y a novation qu'autant qu'un nouvel engagement a été contracté à l'effet d'éteindre l'ancien. Du reste, il n'importe que le nouvel engagement émane de l'ancien débiteur envers l'ancien créancier (pourvu, bien entendu, qu'il y ait alors changement dans la nature ou dans l'objet de la dette), ou qu'il émane d'un nouveau débiteur envers l'ancien créancier, ou enfin qu'il émane de l'ancien débiteur envers un nouveau créancier. V. art. 1271 ; et remarquez qu'on concevrait même un quatrième cas, celui où un nouveau débiteur s'engagerait envers un nouveau créancier.

219 *bis*. I. Quand l'article 1271 parle de trois manières d'opérer la novation, il ne contredit pas notre assertion que la novation s'opère par un seul mode, le consentement. Il ne veut pas parler du fait juridique qui engendre la novation, mais des divers changements que peut produire la novation, et il signale trois combinaisons différentes :

1° Le créancier et le débiteur restent les mêmes, mais la dette change. *Exemples :* le débiteur promet un cheval au lieu d'une somme d'argent; il promet sous condition ce qu'il devait purement et simplement ou réciproquement.

2° Le débiteur change, le créancier restant le même. *Exemple :* Pierre doit 1,000 francs à Paul. Jean promet à Paul les 1,000 francs que Pierre lui devait, en vue de libérer celui-ci. — Cette opération portait dans le droit romain le nom d'*expromissio*, et elle l'a conservé dans le langage de la doctrine moderne.

Nous ne cherchons pas pour le moment quel est le mobile du nouveau débiteur; peut-être veut-il faire une libéralité au débiteur ancien qu'il libère, peut-être est-il lui-même débiteur de ce débiteur, et trouve-t-il dans la novation un moyen de se libérer envers lui.

3° Le créancier change et le débiteur reste le même. *Exemple :* Pierre doit 1,000 francs à Paul. Il les promet à Jean, qui, du consentement de Paul, l'ancien créancier, devient créancier à la

(1) V. Pothier, n° 558.

place de celui-ci. — L'ancien créancier consent à cette substitution, qui lui fait perdre ses droits, soit pour faire une libéralité au nouveau créancier, soit à titre onéreux, et notamment pour être libéré envers lui, parce qu'il était son débiteur d'une autre dette.

219 *bis*. II. La novation par changement de créancier a une certaine analogie avec la cession de créance et avec la subrogation; mais elle diffère essentiellement de ces deux opérations, d'abord parce qu'elle suppose nécessairement le consentement du débiteur, qui ne peut être soumis à une dette nouvelle sans avoir donné un nouveau consentement, et ensuite parce que la dette étant éteinte au cas de novation, les accessoires de la créance ancienne sont également éteints, au moins en principe, et sauf l'effet de réserves dont nous parlerons sur les articles 1278 et suivants.

219 *bis*. III. De quelque manière que s'opère la novation, elle est toujours la substitution d'une nouvelle obligation à une ancienne, et toujours l'extinction de l'obligation ancienne a pour cause la création de la nouvelle, comme aussi la naissance de la nouvelle obligation a pour cause l'extinction de l'ancienne; en sorte que la validité de l'opération doit dépendre de la validité de l'une et de l'autre obligation. Si la première était nulle, il n'y avait pas lieu de l'éteindre, et la seconde obligation manque de cause. Si c'est la seconde obligation qui est nulle, la première n'est pas éteinte, car la naissance de la seconde obligation devait être la cause de l'extinction de la première, et cette extinction est dénuée de cause, l'obligation ne naissant pas.

219 *bis*. IV. Ces conséquences sont très-facilement tirées des principes quand les obligations sont entachées d'une nullité absolue; mais des distinctions seront inévitables à propos des obligations simplement annulables ou rescindables.

Supposons d'abord que la première obligation, celle qu'il s'agit d'éteindre par novation, était annulable. Il faut immédiatement distinguer si la novation est faite par le même débiteur ou par un autre. Quand elle est faite par le même débiteur, la question devient une question de confirmation. Son obligation primitive pouvait être confirmée dans les conditions de l'article 1338, et notamment, pourvu que le vice de l'obligation fût connu du débiteur,

qui la confirmait. S'il ignorait la cause de nullité, il n'a pas confirmé l'obligation, et par conséquent en l'attaquant plus tard et en la faisant annuler il fait tomber la cause de la seconde dette et cette dette elle-même. S'il connaissait la cause de nullité, il a confirmé l'obligation en la novant, et par cette confirmation il a donné une cause à sa seconde obligation.

219 *bis*. V. Quand la seconde obligation a été contractée par un nouveau débiteur, et que la première était annulable, la question se complique, parce que les obligations annulables ne peuvent pas être attaquées par les tiers, et que ceux-là seuls peuvent invoquer la rescision en faveur de qui elle a été admise. Ce qui empêchera le nouveau débiteur de demander la nullité de son obligation faute de cause; car pour prouver que sa promesse n'a pas de cause, il serait obligé d'invoquer la nullité de la première obligation. Cependant on peut voir dans l'article 2012 que les cautions peuvent au moins invoquer certaines causes de nullité de l'obligation principale, et comme il serait difficile de justifier une distinction entre les cautions et les *expromisseurs*, il faut au moins permettre à ceux-ci d'invoquer les causes de nullité que ceux-là peuvent faire valoir. L'énumération de ces causes dépend de l'explication qui sera donnée plus tard sur l'article 2012.

219 *bis*. VI. Examinons maintenant le cas où la première obligation était valable, mais où la seconde est annulable. Si cette seconde obligation est attaquée dans les délais et annulée, comme elle ne peut plus avoir d'effet, elle ne peut servir de cause à l'extinction de la première obligation. Voilà certainement l'application stricte des principes. Cependant il y a là une question d'intention : s'il était constant que le créancier a connu le vice de la seconde obligation, qu'il a bien apprécié la situation et qu'il a accepté, en échange d'une créance valable, une créance annulable en vue de la chance d'une confirmation expresse ou tacite, il faudrait dire que l'extinction de la première obligation ne manque pas de cause, car elle aurait pour cause l'acquisition par le créancier de la chance d'être payé si l'obligation nouvelle était confirmée expressément ou tacitement. Et il ne faut pas se dissimuler que quelquefois une créance inattaquable ne vaudra pas pour le créancier une créance annulable, si la créance valable existe contre un insolvable, et si au contraire la créance annu-

lable a pour débiteur une personne solvable et qu'on peut croire intéressée en conscience à ne pas attaquer sa promesse.

219 *bis*. VII. Les obligations naturelles sont, comme nous l'avons dit, des obligations valables; par conséquent les difficultés que nous venons d'examiner par rapport aux obligations nulles ou annulables ne doivent pas s'élever quant aux obligations naturelles. Ces obligations peuvent être novées. Nous l'avons établi au n° 174 *bis*. III. Quant à l'autre face de la question, elle ne nous semble pas pouvoir être examinée, car il est difficile de supposer en fait dans notre droit français une obligation naturelle servant à nover une obligation ancienne. D'après l'idée que nous avons donnée des obligations naturelles et l'énumération que nous en avons faite, on ne comprend pas comment on aurait pu essayer de substituer une de ces obligations à une obligation ancienne, à moins qu'on ne se place dans l'hypothèse où la seconde promesse aurait été faite par un incapable; mais cette hypothèse vient justement d'être étudiée.

219 *bis*. VIII. L'une des deux dettes peut être conditionnelle, et il faut se rendre compte de l'influence qu'aura cette circonstance sur la novation. Si la première obligation était conditionnelle et que la condition suspensive vînt à défaillir ou la condition résolutoire à se réaliser, la seconde obligation manque de cause et ne peut être valable; si c'est au contraire la seconde obligation qui est soumise à une condition suspensive ou résolutoire, c'est l'extinction de la première obligation qui risque de ne pas avoir lieu faute de cause, à raison de l'événement qui empêchera la seconde obligation d'avoir des effets. Voilà la théorie pure telle qu'elle était enseignée par les Romains (1); mais l'application inintelligente de cette théorie méconnaissait quelquefois la volonté formelle des parties, et dans notre droit en matière de convention tout doit dépendre de l'intention des parties. Or, il est possible que les contractants qui substituaient une obligation pure et simple à une obligation conditionnelle aient eu précisément pour but de substituer une situation sûre à une situation incertaine; comme aussi, quand ils ont remplacé une obligation pure par une obligation conditionnelle, ils ont souvent entendu substi-

(1) V. § 3, tit. XIX, liv. III, *Inst. Justin.* — *Gaius*, III, 176.

tuer une situation soumise à des éventualités à la situation certaine qu'ils avaient avant la convention.

Exemple : le débiteur doit 1,000 francs si son navire arrive à bon port, il promet 500 francs purement et simplement. Il a voulu diminuer le chiffre de sa dette en la contractant à tout événement, et il a renoncé en vue de cette diminution à la chance de ne rien payer au cas de défaillance de la condition; le créancier de son côté n'a consenti à la diminution du chiffre de sa créance que parce qu'il gagnait à la convention d'être créancier quoi qu'il arrivât, et il a préféré une créance moindre, il est vrai, mais certaine, à une créance plus considérable, mais douteuse. *Autre exemple :* le débiteur doit 1,000 francs purement et simplement et promet 2,000 francs si son navire arrive à bon port; n'est-il pas probable qu'il a consenti à augmenter le chiffre de la dette pour ne rien devoir si la condition ne se réalise pas? Dans ces diverses hypothèses, si on subordonnait aveuglément la novation à l'existence de l'obligation conditionnelle, on détruirait complétement l'intérêt de la convention de novation. Car on ne comprendrait pas un créancier consentant à diminuer la somme due, si elle ne lui est pas assurée quoi qu'il arrive, et si la nouvelle dette moindre est exposée aux mêmes éventualités que l'ancienne plus considérable. De même, le débiteur serait complétement trompé dans ses calculs si, ayant consenti à une augmentation de la dette pour le cas où un certain événement se réaliserait, il n'avait pas cet avantage d'être libéré de la dette primitive au cas de la défaillance de la condition.

Les Romains eux-mêmes, malgré la rigueur de leurs principes sur les stipulations, avaient aperçu l'importance de ces raisons, car nous voyons Gaius, au § 179 III, réserver, dans une des hypothèses que nous venons d'examiner, l'exception de dol ou de pacte au débiteur poursuivi après la défaillance de la condition à laquelle étaient subordonnées la seconde obligation et la novation. Nous ne devons pas hésiter dans notre droit à reconnaître que la novation dépendra de la volonté des parties, et à dire que les tribunaux devront la découvrir d'après les circonstances.

220. La novation consiste essentiellement dans l'extinction de l'ancienne dette et la création d'une nouvelle; elle ne peut

donc, en principe, s'opérer qu'entre parties capables, l'une de s'obliger, et l'autre d'aliéner sa créance. V. art. 1272. Remarquez, toutefois, que l'incapacité d'une des parties ne saurait autoriser l'autre à refuser effet à la novation, si l'incapable ne réclame pas. (V. art. 1125.)

220 *bis*. I. La novation suppose l'extinction de la première créance et la naissance d'une nouvelle obligation substituée à l'ancienne. Ces deux résultats ne peuvent se produire sans la volonté du créancier qui renonce à ses droits et du débiteur qui contracte la nouvelle obligation, et pour que ces volontés puissent avoir quelque effet, il faut qu'elles émanent de personnes capables. Si le créancier n'est pas capable de renoncer à sa créance, la novation n'a pas lieu, car l'extinction de la première obligation ne se réalise pas. Si le nouveau débiteur n'est pas capable de s'obliger, c'est l'existence de la seconde obligation qui manque à la novation.

220 *bis*. II. Nous devons toutefois appliquer là les principes sur l'effet des incapacités. L'article 1125 déclare que l'incapacité a un effet relatif et que l'incapable seul peut invoquer la nullité qu'elle produit. Si donc le créancier incapable a consenti à la novation, ce n'est pas l'autre partie qui pourrait se prévaloir du vice de son consentement, pour se soustraire à la nouvelle obligation contractée; l'incapable seul pourrait, s'il y trouvait son avantage, alléguer que l'ancienne obligation subsiste encore, et en préférer l'exécution à celle de la nouvelle obligation.

Quand c'est le débiteur de la nouvelle dette qui est incapable, il faut également lui réserver, d'après l'article 1125, le droit de demander la nullité de cette obligation et maintenir la novation quand cette nullité n'est pas demandée; de plus, alors même que l'incapable invoque la nullité de son obligation, la novation, c'est-à-dire l'extinction de l'ancienne obligation, pourrait être maintenue dans les circonstances que nous avons supposées au n° 219 *bis*. VI, en parlant de la novation opérée par la naissance d'une obligation annulable.

221. Un nouvel engagement pouvant avoir toute autre cause que l'extinction du premier, et nul n'étant facilement supposé renoncer à ses droits, la novation ne se présume pas;

et néanmoins la loi française n'exige pas que la volonté de l'opérer soit expresse, pourvu qu'elle résulte clairement de l'acte. V. art. 1273.

222. Une obligation pouvant être acquittée par un tiers sans le consentement du débiteur (art. 1236), il s'ensuit que la novation par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier. V. art. 1274.

222 *bis*. I. Puisque la novation résulte d'une convention, il faut déterminer quelles sont les personnes dont le consentement est nécessaire. Ces personnes ne sont pas les mêmes dans toutes les espèces de novation : quand la novation a lieu sans changement dans les personnes, mais par un changement dans la dette, il faut le consentement des deux seules parties en cause, qui acceptent l'une un changement dans son droit, l'autre un changement dans la charge que l'obligation lui imposait.

Quand la novation s'opère par changement de débiteur, il faut nécessairement le consentement des deux parties entre lesquelles est contractée la nouvelle obligation, le créancier qui accepte Pierre pour débiteur au lieu de Paul, et le débiteur qui ne devait rien à ce créancier et qui devient son obligé. Mais la troisième personne intéressée dans l'opération, le débiteur de l'ancienne dette que la novation va libérer, n'a pas besoin d'intervenir; car la convention lui est tout avantageuse, elle produit à son égard les effets d'un paiement, et le paiement aurait pu s'effectuer sans sa volonté. Resterait un recours contre ce débiteur libéré par le fait du nouvel obligé, recours qui serait régi par les règles que nous avons posées à propos du paiement de la dette par une personne autre que le débiteur.

222 *bis*. II. La convention par laquelle un nouveau débiteur s'oblige pour libérer l'ancien est certainement une convention au profit d'un tiers, elle est déclarée valable par l'article 1273; mais peut-être la loi a-t-elle sous-entendu ici l'application de l'article 1121 *in fine ;* peut-être faut-il admettre que la stipulation au profit de ce tiers est révocable tant que celui-ci n'a pas déclaré vouloir en profiter. S'il en était ainsi, l'article 1273 n'aurait aucune force, car la novation serait subordonnée à la volonté de

l'ancien débiteur. Il faut voir dans cet article une règle écrite dans l'intérêt de la libération et qui déroge aux principes posés par l'article 1121. La convention est du reste autant et peut-être plus dans l'intérêt du créancier qui acquiert un nouveau débiteur que dans l'intérêt du débiteur libéré, et il ne peut pas dépendre de celui-ci de nuire au créancier en refusant sa libération, pour empêcher la novation; si donc le débiteur ne peut pas refuser la libération, tout est consommé par la convention de novation, et les contractants ne peuvent pas révoquer leur convention libératoire.

222 *bis*. III. Enfin la novation peut s'opérer par changement de créancier : il faut alors le consentement des trois parties intéressées : l'ancien créancier renonce à son droit, le nouveau acquiert une créance, enfin le débiteur contracte un nouvel engagement, tous les trois doivent donc jouer un rôle actif dans l'opération.

223. Mais, le plus ordinairement, le nouveau débiteur qui s'oblige envers le créancier lui est donné par le premier; il y a alors délégation dans le sens du Code civil : on conçoit que cette délégation n'opère novation qu'autant qu'il y a décharge du premier débiteur; la loi semble même exiger que cette décharge soit expresse. V. art. 1275; v. pourtant art. 1273. Remarquons, au surplus, que c'est seulement dans le cas de décharge du débiteur qu'il y a *délégation parfaite*. Cette délégation emporte toujours une novation, et peut même en comprendre plusieurs.

223 *bis*. I. Les principes que nous avons posés s'appliquent non-seulement à la novation simple, mais à une opération plus complexe, la *délégation*, dont parlent les articles 1275 et 1276.

On entend dans un sens large par délégation une opération par laquelle un débiteur charge une personne étrangère à la dette de s'obliger envers son créancier, et charge le créancier de se faire promettre par le débiteur qu'il lui indique. Ordinairement la délégation suppose que le débiteur charge son propre débiteur de s'obliger envers son créancier. *Espèce :* Pierre doit 1,000 francs à Paul et est en même temps créancier de Jean pour pareille somme. Il charge Jean de promettre 1,000 francs à Paul, et il

charge Paul de se faire promettre 1,000 francs par Jean. La situation est alors simplifiée, car il n'y a plus qu'un paiement à faire au lieu de deux. Il fallait avant la délégation que Pierre payât 1,000 francs à Paul et que Jean payât la même somme à Pierre, maintenant un seul paiement sera nécessaire, Jean paiera Paul et les deux débiteurs seront libérés. Voilà l'hypothèse ordinaire; mais on peut concevoir une opération où le nouveau débiteur n'était pas débiteur de l'ancien : elle serait toujours comprise dans l'expression délégation (1).

223 *bis*. II. Les trois personnes qui jouent un rôle dans la délégation sont désignées par les noms de *délégant*, — *délégué*, — *délégataire*. Le délégant est celui qui donne le double ordre dont nous avons parlé, qui était débiteur de la dette primitive et qui, par conséquent, met en rapport par sa volonté les deux autres parties. Comme il est l'inspirateur de l'opération, il paraît avoir le rôle le plus actif, c'est lui qui délègue (*qui delegat, delegans*). Celui qui, par l'ordre du délégant, devient débiteur du créancier porte le nom de délégué, il est presque passif, il subit du moins l'influence du délégant, il reçoit un ordre (*delegatur, delegatus*). Le troisième est appelé délégataire, comme sont appelés donataires, adjudicataires, cessionnaires, ceux qui acquièrent par une donation, une adjudication ou une cession; il acquiert par la délégation un droit contre le délégué.

223 *bis*. III. La délégation produit quelquefois une novation et quelquefois elle ne la produit pas, et comme l'abandon des droits ne se présume pas, ni la novation non plus (art. 1273), la délégation, d'après l'article 1275, n'opère point novation, à moins d'une convention expresse. Le créancier qui accepte la délégation est considéré comme ayant consenti à un acte qui facilitait son paiement en lui donnant deux débiteurs et qui simplifiait la situation dans le cas où le délégué était débiteur du délégant. Mais il n'a pas pour cela voulu renoncer à ses droits contre son débiteur, le seul des deux obligés qu'il connaisse peut-être et qui lui présente par conséquent des garanties de solvabilité.

La délégation de l'article 1275, celle qui ne libère pas le débiteur délégant, est appelée dans l'usage *délégation imparfaite*, et celle

(1) Pothier, n° 564, *D. fr.* 11 *De novation.*

qui opère novation, qui libère le délégant, porte le nom de *délégation parfaite.*

223 *bis.* IV. Nous avons rattaché la disposition de l'article 1275 sur les effets de la délégation à la théorie générale de l'article 1273, et cependant il existe une légère différence d'expression entre ces deux articles. Dans le premier, la loi exige pour la novation une volonté résultant clairement de l'acte, dans le second, une déclaration expresse du créancier : entre ces deux expressions la différence est plus apparente que réelle, car du moment que la loi n'exige pas, au cas de délégation, l'emploi de termes sacramentels, elle veut dans ce cas comme dans l'autre une manifestation de la volonté; dans un cas cette manifestation doit résulter de l'acte, c'est-à-dire bien certainement des expressions de l'acte interprétées par les tribunaux; dans l'autre elle doit être expresse, c'est-à-dire exprimée et par conséquent résultant des termes de l'acte d'après l'interprétation que leur donneront les tribunaux. Les deux espèces, qui sont en réalité identiques, sont soumises à une règle identique.

223 *bis.* V. La délégation parfaite opère novation, c'est-à-dire que l'ancienne dette est éteinte, remplacée par celle du nouveau débiteur. *Exemple :* Pierre doit à Paul une somme de 1,000 francs; il charge Jean de la promettre à Paul. Si par la volonté du créancier la délégation est parfaite, Pierre est libéré, c'est-à-dire qu'il s'est opéré une novation *mutato debitore.*

Dans certaines hypothèses, la délégation éteint deux dettes et opère plusieurs novations, c'est quand le délégué était débiteur du délégant. *Exemple :* Pierre doit 1,000 francs à Paul; il charge Jean, son débiteur de pareille somme, de s'obliger envers Paul, qui, moyennant cet engagement, renonce à ses droits contre Pierre. — L'opération libère le délégant Pierre envers le délégataire Paul, en même temps elle éteint l'obligation du délégué Jean envers le délégant Pierre. Il se produit là une double novation. La dette du délégant envers le délégataire est éteinte par une novation *mutato debitore,* et la dette du délégué envers le délégant est éteinte par une novation *mutato creditore.*

224. Il est clair que la délégation parfaite ne laisse, en général, aucun recours au créancier contre le délégant en cas

d'insolvabilité du délégué; il faut excepter le cas d'une réserve expresse et celui où l'insolvabilité actuelle du délégué, manifestée par son état de faillite ouverte ou de déconfiture, rendrait effectivement sans cause la décharge consentie par le délégataire. V. art. 1276; v. pourtant art. 1694.

224 *bis*. I. Il s'agit dans l'article 1276 de l'effet de la délégation parfaite. Cet effet résulte des principes que nous avons posés. Le débiteur délégant est déchargé, par conséquent, si le délégué devenait insolvable, la perte résultant de cette insolvabilité devrait retomber sur le délégataire qui a consenti à accepter un nouveau débiteur en place de l'ancien. Voilà la conséquence naturelle et nécessaire de ce fait, que la délégation opère alors novation. Toutefois cette règle souffre deux exceptions : 1° quand il y a convention expresse. Les parties sont maîtresses de déterminer les effets de leur convention, elles peuvent donc, lorsqu'elles font une délégation prétendue parfaite, en limiter les effets par leur convention. La volonté détruit alors presque entièrement l'effet qu'elle avait paru attacher à la délégation, car le grand intérêt de la délégation parfaite et de la libération du débiteur consiste à supprimer pour celui-ci les chances d'insolvabilité du délégué. Cependant on peut dire que l'opération, telle qu'elle est faite, a encore son utilité pour le délégant, car il résulte de la convention que le créancier ne peut pas, comme au cas de délégation imparfaite, choisir celui qu'il veut poursuivre de l'ancien ou du nouveau débiteur, qu'il doit agir contre le délégué et ne recourir contre le délégant qu'en démontrant l'insolvabilité du délégué.

2° La seconde exception à la règle qui déclare le délégant déchargé est faite par l'article dans le cas où le délégué était en faillite ouverte ou en déconfiture au moment de la délégation. Il y a eu en pareil cas erreur de la part du créancier, il a consenti à recevoir une créance en échange de la sienne, et la créance qu'il recevait était sans valeur puisque le débiteur était insolvable; on peut donc voir dans l'article 1276 une application de la théorie sur la rescision au cas d'erreur.

224 *bis*. II. Dans les deux cas où le délégataire peut recourir contre le délégant, il est nécessaire de se fixer sur la nature de l'action qui lui appartient, pour bien déterminer contre qui cette action peut être exercée.

S'il y a eu réserve du droit de recours au cas d'insolvabilité du délégué, on a pu dire que l'ancienne créance est éteinte par la novation et que le débiteur est tenu en vertu d'une convention nouvelle qui l'oblige à un titre nouveau, et en quelque sorte comme caution du nouveau débiteur : d'où cette conséquence que les garanties accessoires de l'ancienne créance sont éteintes, et que le créancier ne peut se prévaloir des priviléges, des hypothèques ou des autres droits qui étaient attachés à sa créance ancienne. Tel n'est pas, il nous semble, l'effet de la convention qui nous occupe. Il n'est pas nécessaire de voir une nouvelle créance née de la convention en faveur du délégataire, les expressions mêmes de la loi font songer à la conservation de l'ancienne, puisqu'il y est parlé d'une *réserve,* c'est-à-dire d'une rétention, d'une retenue. Dans un langage exact, il est impossible de dire que celui-là fait une réserve qui, disposant d'un droit, acquiert un droit nouveau différent de celui qu'il aliène; au contraire, l'expression suppose que celui qui dispose d'une chose en a gardé quelques parties. La convention de délégation a donc dû être interprétée ainsi par le législateur : elle opère novation, mais une novation conditionnelle : en cas d'insolvabilité du délégué, le délégataire conserve ses droits, c'est-à-dire que la novation ne se produit pas, elle était faite sous la condition que le délégué serait solvable au moment de l'échéance. Les priviléges, les hypothèques et les cautionnements ne peuvent pas être éteints par la novation quand cette novation est conditionnelle et que la condition ne s'est pas réalisée. C'est au surplus un résultat qui n'a rien d'étrange, car l'article 1278 autorisera la réserve des priviléges et hypothèques au cas même de novation opérée purement et simplement.

224 *bis*. III. La difficulté nous paraît moins sérieuse dans la seconde hypothèse prévue par l'article 1276. Car la solution découle tout naturellement de l'explication que nous en avons donnée. Le créancier délégataire fait rescinder, avons-nous dit, l'opération qu'il a faite, parce que son consentement est entaché d'erreur; si la délégation est rescindée, il n'y a plus de novation, la créance ancienne n'est pas éteinte et elle subsiste avec tous ses accessoires, moins cependant les cautionnements, qui seraient éteints en vertu des principes particuliers au cautionnement. Car

la délégation peut bien être considérée comme la dation d'une créance en paiement d'une autre (art. 2038).

225. Si la délégation imparfaite n'opère pas novation, *à fortiori* doit-on le dire de la simple indication d'une personne pour payer ou pour recevoir. V. art. 1277.

226. La novation, éteignant la dette, en éteint conséquemment tous les accessoires; et cependant la convention expresse de faire passer à leur rang les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance à la nouvelle, ne nuisant point aux tiers, est autorisée par la loi. Voy. art. 1278.

226 *bis*. I. La théorie pure de la novation implique l'extinction, en cas de novation, de tous les accessoires de la dette novée; mais le principe de la liberté des conventions conduit à valider la réserve des priviléges et hypothèques. Le créancier, qui pouvait ne pas aliéner sa créance, a soumis cette aliénation à la condition que la nouvelle créance profiterait des priviléges et hypothèques qui garantissaient l'ancienne.

226 *bis*. II. On ne distingue pas, quant à la faculté de faire cette réserve, entre les différents cas de novation, on ne considère pas si le débiteur est resté le même ou a changé. Quand le débiteur est resté le même, la décision de la loi se justifie facilement. Si les biens hypothéqués sont restés dans ses mains, la conservation du privilége ou de l'hypothèque ne peut nuire à personne, car la situation des autres créanciers de ce débiteur n'est pas changée; l'hypothèque ou le privilége donnera à la nouvelle créance le rang qu'avait l'ancienne. Si au contraire les biens hypothéqués ou grevés de priviléges sont entre les mains de tiers détenteurs, ceux-ci ne peuvent pas non plus se plaindre de la réserve faite, car peu leur importe que le droit de suite qui les menace garantisse l'ancienne créance ou la nouvelle.

226 *bis*. III. Quand le débiteur a changé, la solution présente un peu plus de difficulté, parce qu'elle est contraire à l'opinion de Pothier, qui établit au n° 563 : que si un tiers s'est obligé envers moi à me payer la somme que vous me deviez, et qu'il soit dit que votre dette demeure acquittée sous la réserve des hypothèques, la translation de l'hypothèque ne peut se faire à la nou-

velle dette si vous n'intervenez à l'acte pour la consentir, le nouveau débiteur, à qui les choses hypothéquées n'appartiennent pas, ne pouvant sans vous, à qui elles appartiennent, les hypothéquer à la nouvelle dette. On a, sous l'empire du Code civil, reproduit cette doctrine de Pothier, en alléguant que l'article 1278 ne traite que de la novation qui aurait lieu sans changement de débiteur, et que la novation par changement de débiteur est régie par l'article 1279, et en prétendant que le débiteur ne peut pas sans son consentement voir ses biens hypothéqués pour la dette d'un autre. Nous pensons cependant que la réserve des hypothèques est possible sans le consentement du débiteur, alors même que ce débiteur est libéré par la novation. Il est en effet difficile de trouver un texte plus positif que celui de l'article 1278; la distinction qu'on prétend y trouver entre la novation qui change le débiteur et celle qui conserve le même débiteur ne ressort aucunement des termes de la loi; elle ne résulte pas même de la comparaison avec l'article 1279, car celui-ci ne traite pas de tout ce qui concerne la novation par changement de débiteur, il n'envisage qu'un point : les hypothèques peuvent-elles en pareil cas passer sur les biens du nouveau débiteur? Il laisse intact l'autre point, qui est réglé par l'article 1278. Il pourrait même se prêter à un argument *à contrario,* puisque, excluant l'idée que les biens du nouveau débiteur peuvent être frappés de l'hypothèque, il semble admettre l'affectation possible des biens du débiteur primitif.

226 *bis*. IV. Quant au fond, la doctrine qu'on emprunte à Pothier nous paraît pécher par la base. Elle raisonne comme s'il s'agissait de constituer une nouvelle hypothèque, et c'est pour cela qu'elle pose un principe dont il est probable qu'elle n'admettrait pas toutes les conséquences. Elle serait conduite à dire que l'hypothèque ne peut être affectée à la nouvelle dette qu'avec le consentement de ceux à qui les biens hypothéqués appartiennent. Certes le consentement du propriétaire est nécessaire pour la création d'une hypothèque, mais il ne peut être exigé quand il s'agit de conserver une hypothèque préexistante. Dire que la réserve des hypothèques ne peut avoir lieu que du consentement du propriétaire des biens, c'est introduire dans la loi une autre distinction que nos articles sont loin de faire. On admet que l'arti-

cle 1278 permet la réserve des hypothèques quand le débiteur reste le même; mais en cette hypothèse même les biens peuvent ne pas appartenir au débiteur, ils peuvent être dans les mains de tiers détenteurs, et avec la formule empruntée à Pothier on devrait dire que le consentement des tiers détenteurs est nécessaire pour que les hypothèques puissent être réservées. Ce serait détruire le système, et dans bien des cas l'utilité de la réserve autorisée par la loi. Si on se préoccupe seulement du débiteur, on dit que quand il est propriétaire du bien il ne veut peut-être pas que ce bien soit affecté à la dette d'autrui. Quel peut être son intérêt? L'opération lui est tout avantageuse; il était tenu personnellement et hypothécairement, il ne sera plus tenu qu'hypothécairement; il ne peut qu'y gagner.

226 *bis*. V. Nous avons toujours supposé que le créancier pouvait réserver les priviléges et les hypothèques de l'ancienne créance; c'est bien ce qui résulte de l'article 1278. Mais il est à noter qu'en ce qui concerne les priviléges il y a dans cette décision de la loi quelque chose qui contrarie la théorie générale de la loi elle-même sur la nature de ce droit. Le privilége dépend de la nature et de la qualité de la créance, il ne peut être créé par convention, sauf un seul, le privilége du gagiste; donc en théorie pure ce droit devrait être éteint par la novation et ne pourrait être, même par convention, réservé en faveur de la nouvelle créance, puisque celle-ci n'a plus les caractères et les qualités de l'ancienne, qui jouissait d'un privilége. Si la loi ne s'était pas exprimée et si nous ne validions la réserve des droits accessoires qu'en vertu de la règle sur la liberté des conventions, il faudrait nécessairement invalider la réserve des priviléges. Mais le législateur ne s'est pas arrêté à cette raison théorique, il a vu que les tiers, créanciers ou détenteurs, ne devaient pas souffrir de la conservation des priviléges, qu'en réalité la créance nouvelle dérivait de l'ancienne, dont la qualité était cause du privilége, et qu'il était par conséquent raisonnable de traiter cette nouvelle créance comme celle dont elle était la représentation.

226 *bis*. VI. Sur tout ce que nous avons dit une dernière observation est nécessaire. Pour que la réserve des hypothèques et des priviléges puisse se justifier, il faut que la nouvelle dette ne soit pas plus considérable que l'ancienne. Nous avons toujours mon-

tré que cette réserve était possible, parce qu'elle ne changeait en rien la position des tiers, créanciers ou débiteurs, menacés par le droit de préférence ou par le droit de suite qui dérivent de l'hypothèque ou du privilége. Mais il en serait autrement si on avait la prétention de garantir par l'hypothèque ou le privilége une créance nouvelle plus onéreuse que la créance novée. Il faut donc en tout cas que les biens ne restent pas grevés au delà du chiffre de la dette primitive.

227. Il en est autrement de la convention de faire passer sur les biens d'un nouveau débiteur les priviléges et hypothèques qui grevaient les biens du premier; car elle nuirait à ses créanciers antérieurs. V. art. 1279.

227 *bis*. I. Il ne faut pas confondre la réserve des hypothèques existantes avec la translation des hypothèques sur les biens d'un nouveau débiteur. Voici l'hypothèse de l'article 1279. *Primus*, débiteur primitif, a donné une hypothèque sur un immeuble en 1860. *Secundus* devient en 1868 débiteur par novation à la place de *Primus :* il ne peut pas accepter sur un immeuble qui lui appartient l'hypothèque ancienne avec le rang qu'elle avait acquis en 1860. Il pourrait bien constituer une nouvelle hypothèque, cela n'est pas douteux; mais il ne ferait pas alors passer sur ses biens l'ancienne hypothèque. Celle qu'il constituerait aurait un rang propre qui dépendrait de la date de sa constitution et de l'accomplissement des formalités requises pour l'acquisition du rang hypothécaire, tandis que, s'il y avait eu translation de l'hypothèque, le créancier aurait eu sur les biens du nouveau débiteur le rang auquel il avait droit sur les biens de l'ancien.

C'est ce résultat que l'article condamne, parce qu'il serait préjudiciable aux tiers. Les créanciers qui antérieurement à la novation ont acquis sur l'immeuble un rang hypothécaire du chef de *Secundus*, ou ceux qui ont reçu de lui des droits d'usufruit ou de servitude, éprouveraient un préjudice s'ils se trouvaient primés par le créancier de *Primus* conservant sur le bien de *Secundus* le rang qu'il avait sur l'immeuble de *Primus*. *Exemple :* le créancier hypothécaire de *Primus* est inscrit en 1860, le créancier de *Secundus* en 1862. La novation a lieu en 1868. Si les hypothèques pouvaient être transférées, le créancier prendrait sur le bien de

Secundus un rang antérieur à celui du créancier inscrit en 1862, qui avait cependant juste sujet de se croire le premier. Il y aurait là une grave atteinte portée au principe de la publicité des hypothèques et une source très-féconde d'actes frauduleux.

227 *bis*. II. Rien de cela n'est à craindre quand on autorise la constitution d'une nouvelle hypothèque qui ne viendra qu'à son rang propre sur les biens du nouveau débiteur. Quant à la constitution d'un privilége sur les biens du nouveau débiteur, elle est impossible, à moins qu'il ne s'agisse du privilége du gagiste, puisque, à l'exception de celui-là, tous les priviléges dérivent de la nature de la créance et non de la convention. Nous avions dans l'article 1278 un texte qui autorisait la réserve conventionnelle du privilége; mais le texte de l'article 1279 n'est pas conçu de même, et la création d'un droit de privilége sur des biens qui n'en étaient pas affectés serait chose plus grave que la conservation du droit sur un bien qui en était déjà grevé. Que serait d'ailleurs le privilége s'il ne donnait pas la préférence sur les créances hypothécaires antérieures? et pourrait-il donner cette préférence sans porter atteinte à leurs droits légitimement acquis et au système de la publicité en matière hypothécaire?

228. La réserve des priviléges et hypothèques, étant, à vrai dire, une nouvelle constitution, à laquelle la loi permet *benigniter* d'attribuer le rang de l'ancienne, ne peut, dans la rigueur des principes, frapper les biens sans le consentement du propriétaire. (Art. 2124.) C'est par ce motif, sans doute, que la loi ne permet pas de faire porter la réserve sur les biens d'un codébiteur solidaire, libéré par la novation faite, sans son concours, avec son codébiteur. V. art. 1280.

228 *bis*. I. Nous avons jusqu'à présent traité de la novation en supposant un débiteur unique de la dette primitive, sur les biens duquel on réservait les priviléges et hypothèques; il s'agit dans l'article 1280 du cas où la dette novée était due par plusieurs débiteurs solidaires.

Il y a dans cette hypothèse un cas dont la loi ne dit rien et qui ne présentera pas de difficultés. La novation est faite par un nouveau débiteur étranger à la dette et elle libère tous les débiteurs solidaires. Alors les hypothèques peuvent être réservées sur les biens

des débiteurs libérés. Nous avons admis sur l'article 1278 que cette réserve était possible sur les biens d'un débiteur unique libéré par la novation, il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement quand il y aura plusieurs débiteurs; et comme le texte de l'article 1280 ne prévoit pas cette hypothèse, il faut appliquer l'article 1278 avec le sens que nous lui avons donné.

228 *bis*. II. Mais quand un des codébiteurs solidaires devient par la novation débiteur unique, les hypothèques ne peuvent être réservées sur les biens des autres, et il semble même, à prendre l'article à la lettre, que le consentement des codébiteurs libérés par la novation ne pourrait pas autoriser cette réserve. Ce consentement pourrait donc seulement créer de nouvelles hypothèques avec un rang nouveau, et moyennant l'accomplissement des formalités nécessaires dans notre droit pour l'acquisition du rang hypothécaire. C'est là une décision extraordinairement rigoureuse et difficile à justifier, puisque les débiteurs solidaires profiteraient toujours de la novation, alors même qu'elle serait faite avec cette réserve : tenus avant la novation personnellement et hypothécairement, ils ne seraient plus tenus qu'hypothécairement, et leur situation en serait singulièrement améliorée. On ne peut voir dans la décision de la loi qu'un vestige de la doctrine de Pothier, repoussée en principe par l'article 1278, et dont on a admis ici un peu légèrement une conséquence. La théorie de l'article 1278 repose sur cette idée que réserver les hypothèques ce n'est pas les constituer, tandis que l'article 1280 arrive à considérer cette réserve comme une constitution nouvelle du droit.

228 *bis*. III. La décision de l'article 1280 présente pour inconvénient de rendre les novations moins fréquentes, au détriment des débiteurs solidaires qui, nous l'avons dit, en auraient toujours quelque peu profité; on pourrait, du reste, échapper aux conséquences fâcheuses de l'article en convenant que la novation est faite sous la condition du paiement par le nouveau débiteur; en sorte que l'ancienne créance revivrait au cas de non-paiement, et que sans difficulté les débiteurs solidaires seraient alors tenus et personnellement et hypothécairement.

229. Il est certain que la novation libère les codébiteurs ou cautions, et qu'ils ne sont obligés à la nouvelle dette qu'au-

tant qu'ils y ont accédé. Si le créancier exige leur accession, la novation est conditionnelle, et leur refus fait défaillir la condition. V. art. 1281.

229 *bis*. I. Le Code fait ici l'application pure et simple des principes. Puisque la dette est nouvelle, les anciens débiteurs ne peuvent en être tenus sans leur consentement, mais le créancier peut subordonner l'effet de la novation à cette condition que toutes les personnes obligées à l'ancienne dette se lieront à la nouvelle.

229 *bis*. II. La loi n'a pas présumé que la caution consentirait à prendre à sa charge exclusive le fardeau de la dette; voilà pourquoi elle n'a pas parlé du cas où c'est la caution qui fait la novation sans le concours du débiteur principal. Mais quand une pareille convention est intervenue, il ne peut y avoir de doute sur ses conséquences : la novation éteint la dette comme le paiement, donc le débiteur est libéré par cette novation comme il serait libéré par le paiement que sa caution aurait fait.

SECTION III.

De la remise de la dette.

230. Le consentement, qui forme les obligations, peut aussi les éteindre. (Art. 1134.) Tel est le principe de la remise ou décharge conventionnelle, qui peut, en général, avoir lieu à titre gratuit ou onéreux.

230 *bis*. I. La remise de la dette, c'est la renonciation du créancier à ses droits, l'abandon de la créance par le créancier; la loi dit : décharge conventionnelle, ce qui signifie libération conventionnelle, expression qui a cet avantage de mettre en saillie cette idée première et principale que la remise se fait par convention. L'élément constitutif de la remise est la convention. La loi a négligé de le dire, mais cela est sous-entendu et résulte des expressions mêmes que nous venons de signaler. Le Code se contente d'examiner certains faits d'où il induit quelquefois la convention de remise, et de traiter des effets de cette convention.

Mais il faut d'abord noter que la convention de remise est soumise aux règles ordinaires qui régissent la preuve, et que ce n'est pas seulement dans les cas prévus par les articles 1282 et 1283 que la remise de la dette pourra être invoquée.

230 *bis*. II. Toutes les dettes peuvent en principe être l'objet d'une remise, parce qu'il est toujours loisible à celui qui a un droit de renoncer à ce droit. Cependant il est bon de remarquer que par rapport aux obligations qui ont pour objet des corps certains la remise aura un effet d'une nature particulière. Le créancier était devenu par la promesse propriétaire de la chose promise. (Art. 1138.) Il y a là un fait consommé contre lequel les parties sont impuissantes à réagir par leur volonté. Elles ne peuvent pas faire que la propriété n'ait pas résidé pendant un certain temps sur la tête du créancier, et la prétendue remise de dette a nécessairement pour effet de rétrocéder la propriété au débiteur. Ce débiteur, ancien et nouveau propriétaire de la chose, est l'ayant cause du créancier qui a eu la propriété intérimaire, et il devrait subir les droits réels nés pendant l'intérim du chef du créancier; il suffit notamment que la propriété ait résidé un instant sur la tête du créancier pour que des hypothèques légales ou judiciaires aient pu affecter la chose du chef de celui-ci. Il est clair que nous raisonnons en songeant à des hypothèses dans lesquelles on pourrait prouver l'existence successive des deux conventions qui auraient l'une créé et l'autre éteint la dette. Car dans bien des cas on échappera à ces conséquences des principes, parce que la dette et la remise n'auront pas laissé de traces.

Malgré tout, il ne faudrait pas dire d'une façon trop absolue que la remise de la dette ne produit pas son effet extinctif quand il s'agit de la dette d'un corps certain, parce qu'elle aura toujours pour résultat de libérer le débiteur de l'obligation de livrer.

230 *bis*. III. La remise de la dette, dans sa pureté, est un abandon gratuit de la créance fait par le créancier. Quand le créancier retire quelque avantage de sa renonciation, l'opération se rapproche plutôt de la dation en paiement ou de la novation que de la remise proprement dite. La remise gratuite est une libéralité, seulement cette libéralité n'est pas soumise aux règles sur la forme des donations entre-vifs, puisque notre section ne rappelle pas ces règles, et qu'au contraire, dans les articles 1282 et 1283,

elle autorise des remises qui échappent entièrement aux règles sur la forme des donations. Quant au fond toutefois, la remise doit être traitée comme une donation, c'est-à-dire que les règles sur la capacité de donner et de recevoir, sur le rapport et sur la réduction, sur les révocations spéciales aux donations, sont applicables. Il y a en effet dans la remise de dette un dépouillement gratuit du créancier, un enrichissement du débiteur, et on ne comprendrait pas comment, dans le silence de la loi, un acte de cette nature échapperait aux règles qui protégent les donateurs et leurs familles contre les libéralités exagérées.

230 *bis*. IV. Comme donation et comme convention, la remise doit être acceptée; non pas qu'elle soit soumise à la formalité de l'acceptation, puisque c'est là une des règles sur la forme des donations et que la remise est dispensée de ces formes, mais elle ne peut pas résulter de la volonté seule du créancier. Sans l'adhésion du débiteur il n'y a pas convention, et le créancier ne peut pas être lié par un acte de sa volonté isolée. Seulement, comme il s'agit ici de l'application des principes généraux des conventions et non pas des règles spéciales sur la forme des donations, il faut dire que la remise est complète dès que les deux volontés ont concouru, dès que le débiteur a manifesté l'intention d'accepter la remise, alors même que cette manifestation de volonté serait ignorée du créancier. En un mot, il ne faut pas appliquer l'article 932 (2e alinéa), qui contient une règle exceptionnelle et en quelque sorte exorbitante, puisqu'elle retarde les effets d'un acte complété par le concours des deux volontés jusqu'à l'accomplissement d'une formalité qui, en soi, est parfaitement indifférente à la perfection de la convention. La conséquence de notre doctrine sera que la remise ne peut plus être rétractée dès qu'elle aura été acceptée et que le changement survenu dans la capacité du créancier postérieurement à cette acceptation sera sans influence sur la validité de l'acte.

231. La remise ne peut résulter que d'une convention; mais cette convention n'a pas besoin d'être expresse. Ainsi, le créancier qui remet volontairement son titre au débiteur, s'ôtant par là le moyen de le poursuivre, est présumé avoir reçu son paiement, ou, en tout cas, faire remise de la dette.

La présomption est exclusive de la preuve contraire, lorsque c'est le titre original *sous signature privée* qui a été remis. V. art. 1282.

231 *bis*. I. Les deux premiers articles de la section indiquent certains faits qui prouvent d'une façon plus ou moins complète la remise de la dette.

Le premier de ces faits, c'est la restitution du titre original sous signature privée qui constatait l'obligation. Nous disons *restitution* au lieu de *remise* pour éviter l'ambiguïté qui résulte du double sens que le Code civil a donné à ce dernier mot, qui signifie dans notre section tantôt *restitution, tradition, livraison matérielle* du titre écrit, tantôt *renonciation du créancier à sa créance.* On suppose que le créancier muni d'un titre sous seing privé qui constatait l'existence de son droit a rendu volontairement au débiteur ce titre lui-même, non pas une simple copie, mais le titre original portant la signature même du débiteur. Le créancier est alors désarmé, il n'a plus de preuve contre son débiteur, et ce dépouillement de tout moyen efficace d'agir indique chez lui l'intention de renoncer à son droit. C'est du reste un procédé très-pratique de prouver son intention sur ce point, parce qu'il n'oblige pas les parties à rédiger un acte de libération écrit et le débiteur libéré à conserver cet acte jusqu'à l'extinction du temps requis pour la prescription.

231 *bis*. II. C'est une présomption légale de libération qui ressort de l'article 1282. Le fait connu est la restitution, la tradition du titre par le créancier au débiteur; le fait inconnu est la libération, et la loi conclut du premier fait au second. (Art. 1349.) Il nous reste à examiner les deux termes de cette présomption, pour déterminer d'une façon précise en quoi consiste bien la tradition du titre qui sert de base à la présomption et de quelle nature est la libération présumée.

231 *bis*. III. Le mot *volontaire,* que la loi emploie quand elle fonde la présomption sur la restitution du titre original sous seing privé, a certainement une grande importance. Il est clair d'abord que, si le débiteur a acquis la possession matérielle du titre par dol ou violence, le fait sur lequel la loi s'appuie n'a pas eu lieu; car, à bien dire, il n'y a pas eu en pareil cas restitution du titre, et

on ne peut raisonnablement induire de ce fait la renonciation du créancier à ses droits. La tradition n'est pas non plus une restitution volontaire si elle a été faite à titre de dépôt, de commodat, de mandat, par exemple, pour mettre le débiteur à même de vérifier et d'examiner le titre, ou si, le débiteur étant chargé des affaires du créancier, le titre est contenu dans un ensemble de papiers remis à l'occasion de cette gestion. Tout cela est très-clair et très-simple, mais il y a à ce propos une question de preuve qui est la plus délicate et la plus importante. Le débiteur doit-il prouver que la restitution a été volontaire, ou le créancier qu'elle ne l'a pas été? Il ne faut pas oublier que le débiteur est défendeur, qu'il possède le titre, et que dès lors sa possession doit être présumée régulière, qu'on ne doit pas supposer des faits exceptionnels ou coupables, comme le dol, la violence, l'abus de confiance, la volonté de profiter d'une erreur. Du reste, si la loi a voulu, ce qui n'est pas douteux, que l'article eût un résultat pratique, il faut que le débiteur soit protégé par le seul fait qu'il détient le titre. Sinon, pour être sûr de profiter de la disposition de l'article 1282, il faudrait que le débiteur eût fait rédiger un écrit constatant que la tradition du titre a été volontairement faite, et alors il vaudrait mieux constater par écrit la convention même de remise de dette et conserver cette preuve écrite. Il est vrai que ceux qui repoussent notre décision allèguent que la restitution volontaire du titre pourrait être prouvée par témoins, et mettent cette preuve à la charge du débiteur, parce que, disent-ils, la loi n'a pas établi que la détention du titre fît présumer la restitution volontaire de ce titre. Se contenter de cette réserve de la preuve testimoniale en faveur du débiteur, c'est toujours sacrifier la situation de celui-ci et retirer à l'article 1282 toute utilité pratique; car le débiteur prudent devra toujours se procurer la preuve écrite. Rien n'est moins sûr que l'emploi de la preuve testimoniale, les témoins d'un fait aussi peu public qu'une restitution de titre seront rares; ils peuvent mourir, et le débiteur se trouvera dans l'impossibilité de faire sa preuve. Pothier, au surplus, n'hésitait pas à dire (1) « que la possession du billet par le débiteur doit faire présumer qu'il lui a été rendu par le créancier, ou comme acquitté, ou comme remis ».

(1) Pothier, nº 573.

Enfin, pour compléter la théorie, il faut réserver au créancier le droit de prouver les faits de dol, violence ou abus de confiance qui détruiraient la présomption résultant de la détention du titre par le débiteur, et qui démontreraient que cette possession n'est pas le résultat d'une restitution volontaire.

231 *bis*. IV. La nature du fait libératoire qui résulte de la restitution volontaire du titre original sous seing privé n'est pas nettement déterminée par l'article. Pothier disait dans la phrase que nous avons citée que le titre a été restitué, soit comme remis, soit comme acquitté, c'est-à-dire que la libération prouvée par la restitution du titre peut avoir eu lieu à titre de libéralité ou à titre de paiement. Il n'est pas indifférent toutefois de savoir si le débiteur libéré est un donataire ou s'il a simplement payé ce qu'il devait. Les règles sur la capacité de donner et de recevoir, celles sur le rapport, la réduction, la révocation, sont applicables s'il est donataire, et absolument inapplicables s'il a payé sa dette. En outre, le débiteur qui a payé peut avoir contre des codébiteurs un recours qu'il n'aurait pas s'il avait reçu à titre gratuit une remise de la dette. L'article suivant dira qu'un certain fait analogue à celui dont parle l'article 1282 fait présumer la remise de la dette ou le paiement. L'article 1282 dit vaguement que le fait supposé fait preuve de la libération; par conséquent l'un et l'autre article laissent douteuse la question de savoir à quel titre le débiteur est libéré : or, il s'agit d'interpréter un acte conventionnel et une disposition de la loi; d'après les règles sur l'interprétation, il faut être favorable au débiteur, c'est-à-dire supposer plutôt un paiement qu'une remise gratuite, une donation; on restera ainsi dans la réalité des faits; car c'est bien souvent pour éviter de rédiger une quittance après un paiement que la restitution du titre a eu lieu. Bien plus, comme l'article 1282 ne réserve pas en faveur du créancier la preuve contraire, il faudrait n'autoriser cette preuve que dans les cas où en alléguant une remise gratuite on prétendrait qu'il a été fait une tentative de fraude à la loi, comme s'il s'était agi d'éluder les règles sur la révocation pour survenance d'enfant, sur la capacité de donner ou de recevoir, sur la réduction.

232. Quant à la remise de la grosse d'un titre dont il reste

minute, elle opère bien une présomption du même genre, car il n'est pas naturel que le créancier, s'il veut conserver ses droits, se dessaisisse de son titre exécutoire. Mais la possibilité d'obtenir une nouvelle expédition réduit la force de la présomption, qui, dans ce cas, n'exclut pas la preuve contraire. V. art. 1283.

232 *bis*. I. L'obligation était constatée par un acte authentique, et le créancier était porteur d'une *grosse*, c'est-à-dire d'une première expédition revêtue de la formule exécutoire, et autorisant l'emploi des voies de contrainte contre le débiteur. Cette grosse a été restituée volontairement au débiteur par le créancier. Celui-ci s'est privé par là du moyen de contraindre le débiteur en faisant exécuter forcément l'obligation; voilà pourquoi on le considère comme ayant renoncé à son droit. Cependant il n'est pas aussi complétement désarmé que dans le cas de l'article précédent, car il n'est pas dans l'impossibilité de se procurer une seconde grosse, la minute, l'original, étant resté dans les mains de l'officier public rédacteur de l'acte. (Art. 844 P. C.) Dès lors l'abandon définitif du droit est moins évident; aussi les expressions de l'article 1283 sont-elles moins énergiques que celles de l'article 1282. Le fait de la restitution de la grosse n'est pas une preuve de libération, mais fait simplement présumer la remise ou le paiement, et pour bien accentuer la différence des deux formules, la loi ajoute sans préjudice de la preuve contraire.

232 *bis*. II. Cette réserve du droit de faire la preuve contraire permet au créancier d'établir qu'il a restitué le titre sans avoir l'intention de libérer le débiteur, alors même qu'il ne contesterait pas le caractère volontaire de la remise, tandis que dans le cas de l'article 1282, quand il est impossible de nier que la remise a été volontaire, la libération est prouvée, et la preuve d'une intention contraire ne serait pas admise, parce qu'il s'agit d'un cas où sur le fondement d'une présomption la loi dénie l'action en justice. (Art. 1352.)

232 *bis*. III. La concession du droit de faire la preuve contre la présomption de l'article 1283 doit avoir une influence sur la décision de la question examinée à l'article 1282 à propos du caractère de la libération. Nous avons dit qu'on la présumait

opérée à titre de paiement sans que le créancier ou ses représentants pussent contester cette présomption, sauf les cas de fraude. Ici il doit en être autrement : puisque le créancier peut prouver que la restitution volontaire de la grosse n'a pas été faite à titre libératoire, il peut faire une preuve moindre, et admettant la libération, établir qu'on a voulu faire cette libération à titre gratuit et non pas à titre de paiement.

232 *bis*. IV. Voilà les seuls faits qui constituent des présomptions légales de libération. L'article 1286 en prévoit un autre pour déclarer qu'il n'a pas cette force; il s'agit de la restitution du gage : c'est l'abandon d'une sûreté, abandon qui peut être inspiré par la compassion ou la confiance, mais qui, ne désarmant pas le créancier, ne doit pas faire présumer un abandon du droit. (V. art. 1286 et *infrà* n° 236.)

233. La remise du titre ou de la grosse du titre supposant, comme on l'a dit, ou que le créancier est désintéressé, ou qu'il a l'intention d'abandonner entièrement son droit en se privant des moyens de le faire valoir, il est évident, s'il y a plusieurs coobligés à la même dette, que cette remise, quoique faite à un seul d'entre eux, doit, en général, profiter à tous. La loi s'en explique formellement à l'égard des codébiteurs solidaires. V. art. 1284.

A plus forte raison, pareille remise, si elle était faite au débiteur principal, profiterait-elle à ses cautions.

233 *bis*. I. Le Code n'a pas parlé des effets de la remise de dette; ils découlent de la définition même que nous en avons donnée. Le débiteur est libéré, la dette est éteinte. Il n'est question dans les articles que de l'effet de la remise par rapport aux codébiteurs et aux débiteurs accessoires. Quant à ce point, la loi distingue, selon qu'il s'agit de la remise proprement dite, celle qui résulte d'une convention régulièrement prouvée, ou de la libération résultant d'une présomption aux termes des articles 1282 et 1283 : elle commence même par les hypothèses qui logiquement auraient dû être examinées en dernier lieu.

233 *bis*. II. Effets de la restitution volontaire du titre original sous seing privé ou de la grosse du titre authentique faite au dé-

biteur, par rapport aux codébiteurs et aux débiteurs accessoires. — 1° Les codébiteurs sont libérés. Ils ont le même intérêt que celui qui a reçu la restitution du titre ou de la grosse. Le créancier, désarmé par rapport à l'un d'entre eux, l'est également par rapport à tous : donc la présomption est la même et a la même énergie dès que le titre a été restitué à l'un d'entre eux.

233 *bis*. III. 2° La loi ne dit rien de l'effet de la restitution du titre pour le cas où il y a un débiteur principal et une caution, il faut donc statuer sur l'effet de cette restitution par voie de raisonnement.

L'article 1287 parle de l'effet de la remise proprement dite dans le cas qui nous occupe, mais il ne résout pas la question quant à la libération résultant d'une restitution du titre ou de la grosse.

Un des paragraphes de l'article 1287 est cependant applicable: le premier, celui qui déclare que la caution est libérée par la remise accordée au débiteur principal; en effet, de quelque manière que le débiteur soit libéré, la caution ne peut être tenue, car l'obligation accessoire ne peut pas survivre à l'obligation principale: donc la caution pourrait se prévaloir de la restitution du titre ou de la grosse faite au débiteur.

233 *bis*. IV. Quant aux autres hypothèses prévues par l'article 1287, elles ne peuvent être régies par les mêmes règles quand il s'agit de la restitution du titre ou de la grosse, que quand il y a eu remise conventionnelle. Au cas de remise conventionnelle, on peut comprendre que la convention ait un effet personnel et relatif, que la caution soit libérée sans que le débiteur le soit ni les autres cautions. Mais à propos des présomptions fondées sur la restitution du titre ou de la grosse, il est difficile de comprendre comment ces faits n'auraient pas un effet absolu *erga omnes*. Ces présomptions sont fondées sur ce que le créancier s'est privé volontairement de tout moyen de contraindre le débiteur; or, en se privant de sa preuve contre l'un, il s'est également privé de sa preuve contre l'autre ou contre les autres, et par conséquent la présomption doit avoir la même force dans ses rapports avec le débiteur principal ou les cofidéjusseurs que dans ses rapports avec la caution qui a reçu le titre ou la grosse. Il faudrait, d'ailleurs, s'il est considéré comme ayant conservé ses droits contre quelques-uns des débiteurs, que le titre sous seing privé ou la grosse

du titre authentique lui fût rendu ; mais cette reprise de possession du titre anéantirait les effets de la tradition faite d'abord à la caution, à moins qu'on ne se prémunît d'une preuve spéciale de cette rentrée en possession et de sa cause, ce qui aboutirait à la rédaction d'une décharge écrite en faveur de la caution, décharge que la tradition du titre avait eu pour but d'éviter.

233 *bis*. V. La dernière considération que nous venons de présenter nous conduit à appliquer aux débiteurs conjoints la solution que la loi donne par rapport aux débiteurs solidaires. Il est vrai que les débiteurs conjoints ne sont pas liés ensemble à la même dette : que, l'obligation étant divisée de plein droit entre eux, on peut les traiter comme débiteurs de dettes distinctes ; mais, s'il y a pluralité de dettes, il y a unité de preuve ; l'abandon du moyen de preuve en faveur de l'un des débiteurs désarme le créancier à l'égard de tous et le met dans la nécessité, s'il veut se faire rendre l'acte par le débiteur qui l'a reçu pour agir contre les autres, de donner à ce débiteur un acte écrit constatant la libération, ce qui doit faire présumer que l'intention commune a été de considérer tous les codébiteurs comme étant libérés. On pourrait cependant objecter que les codébiteurs conjoints n'ont pas comme les codébiteurs solidaires mandat de se représenter les uns les autres pour diminuer l'obligation ; mais il ne faut pas oublier que la restitution du titre ou de la grosse cache plus souvent encore un paiement qu'une remise gratuite et que le codébiteur conjoint a pu payer pour son codébiteur comme tout tiers peut payer pour un débiteur ; d'ailleurs l'acceptation d'une remise gratuite constituerait de la part du codébiteur conjoint une gestion d'affaires utile pour les autres codébiteurs.

233 *bis*. VI. Nous avons examiné sur les articles 1282 et 1283 si la libération présumée au cas de restitution du titre sous seing privé ou de la grosse devait être considérée comme le résultat d'un paiement ou d'une libéralité. Entre le créancier et le débiteur cette question se traduisait en celle de savoir s'il fallait appliquer les règles spéciales à la matière des donations. Dans les hypothèses que nous venons d'examiner sur l'article 1284 la même question doit être posée, mais elle présente un intérêt différent. Il s'agit de savoir si le codébiteur qui a reçu la tradition du titre ou de la grosse doit avoir un recours contre ses coobligés comme

s'il avait payé, ou si, considéré comme ayant reçu une remise gratuite, il est privé de toute action. Nous avons, au n° 331 *bis*. IV, invoqué les principes sur l'interprétation des lois et des conventions pour présumer dans l'hypothèse un paiement plutôt qu'une libéralité : il s'agissait des relations du créancier et du débiteur, et il était naturel d'interpréter en faveur de celui-ci contre celui-là. Mais ici la question change de face; le débiteur qui a reçu la restitution du titre ou de la grosse n'est plus défendeur, il s'agit de lui donner une action contre d'autres débiteurs; il se prétend créancier, il doit donc prouver l'existence de sa créance. Or les articles 1282 et 1283 ne contiennent pas cette preuve, puisqu'ils constatent l'un la libération, l'autre la remise ou le paiement, et son droit d'agir ne peut être justifié que par une preuve spéciale du paiement. Ces raisons de droit n'ont pas l'inconvénient de rendre complétement sans résultat pratique les articles 1282 et 1283; car, si on peut concevoir qu'un débiteur unique aime mieux, même lorsqu'il paie, reprendre le titre de son obligation que s'astreindre à conserver longtemps une quittance, on ne voit pas dans quel but d'utilité pratique on autoriserait un débiteur qui veut se conserver un recours à ne pas se procurer une preuve régulière et précise du fait qui doit servir de fondement à ce recours.

234. Quant à la remise de la dette faite par une convention expresse, son effet, à cet égard, est plus ou moins étendu suivant l'intention des parties; mais la loi, d'après les rapports existants entre les coobligés et eu égard à la nature des diverses obligations, considère tantôt comme réelle, tantôt comme simplement personnelle, la remise adressée à l'un d'eux.

235. Ainsi, chacun des codébiteurs solidaires devant *totum et totaliter,* la remise faite à l'un est, en général, réputée réelle, et par conséquent applicable à tous. Mais il en est autrement si le créancier a réservé ses droits contre les autres. Et toutefois, dans ce cas même, on conçoit que le codébiteur déchargé ne profiterait pas effectivement de la remise qui lui est faite, si ses codébiteurs pouvaient être actionnés

pour le tout; car ceux-ci auraient leur recours contre lui (art. 1213, 1214) : aussi ne restent-ils tenus que déduction faite de sa part. V. article 1285. (V. *Paul,* L. 21, § 5, D. *De pact.*)

235 *bis.* Effets de la remise proprement dite, c'est-à-dire de la remise expresse que la loi appelle décharge conventionnelle, par rapport aux codébiteurs et aux débiteurs accessoires.

Sur l'effet de la remise faite à l'un des codébiteurs solidaires, voir *suprà,* n° 144 *bis.* I.

Quand le créancier a réservé ses droits contre les codébiteurs solidaires, il doit, aux termes de l'article 1285, n'agir contre eux que sous la déduction de la part du codébiteur libéré. C'est là une interprétation très-raisonnable de la volonté des parties, mais c'est aussi une conséquence des rapports qui lient les codébiteurs solidaires entre eux. En sorte que la dérogation à cette partie de l'article ne serait pas possible même par une convention expresse; le créancier ne pourrait pas en faisant la remise à l'un des débiteurs se réserver le droit d'agir contre les autres pour le chiffre intégral de la créance. On peut dire, il est vrai, que les codébiteurs non libérés auraient leur recours contre le codébiteur libéré et qu'ils ne souffriraient pas de cette convention. Cependant cette clause leur porterait un préjudice notable en détruisant l'égalité de situation qui doit exister entre tous les codébiteurs solidaires, car elle les exposerait à de plus grandes chances de faire l'avance de la totalité de la dette. Elle serait de plus dénuée d'intérêt pour le créancier s'il était obligé de rendre au débiteur déchargé par lui ce que celui-ci aurait payé à son codébiteur. Enfin si on avait entendu que cette restitution n'aurait pas lieu, la convention se réduirait à une remise gratuite de la solidarité, sur laquelle nous nous sommes déjà expliqué dans le même sens, en refusant aux parties le droit de réserver au créancier le droit d'agir pour le total, sans déduction, contre les débiteurs non déchargés de la solidarité. (V. *suprà,* n° 144 *bis.* III.)

236. La remise de l'obligation accessoire n'entraîne pas, en général, extinction de l'obligation principale. Ainsi, quoique la remise de la chose donnée en nantissement emporte naturellement remise du droit de gage (v. art. 2076), elle ne

suffit pas pour faire présumer celle de la dette. Voy. article 1286.

237. Le débiteur principal ayant intérêt à la libération de ses cautions, la remise qui lui est faite leur est applicable. (V. pourtant *Ulp.*, L. 22; *Paul*, 32, D. *De pact.*) Au contraire, la caution n'ayant point ordinairement d'intérêt à ce que le débiteur principal et les autres cautions soient libérés, la remise qui lui est faite est considérée comme personnelle. (V. *Paul*, L. 23; v. pourtant le même *Paul*, L. 24 et 25; *Ulp.*, L. 26, *De pact.*) V. article 1287.

237 *bis*. I. L'obligation accessoire n'a plus sa raison d'être quand l'obligation principale est éteinte; voilà pourquoi la convention de remise faite avec le débiteur libère la caution. Il faut cependant signaler une exception à cette règle : l'article 545 du Code de commerce considère la remise faite par concordat comme personnelle au failli et ne s'étendant pas à ses coobligés. C'est la conséquence de la nature du concordat qui n'est point une remise volontaire mais un abandon imposé par les circonstances, c'est-à-dire par le mauvais état des affaires du débiteur, éventualité en vue de laquelle le contrat de cautionnement a été fait.

237 *bis*. II. L'obligation principale peut exister sans l'obligation accessoire; de plus, la caution qui a stipulé la remise pour elle n'a aucun intérêt à la libération du débiteur principal : ces deux raisons expliquent la seconde proposition de l'article 1287.

Quant à la troisième, elle dérive de cette idée que le créancier qui a plusieurs sûretés peut consentir à les diminuer sans que pour cela il entende les abandonner toutes.

Il faut cependant ne pas donner à cette troisième proposition une portée exagérée; elle signifie que la remise n'a pas par rapport aux cautions l'effet qu'elle a entre débiteurs solidaires, que ces cautions ne sont pas toutes entièrement dégagées du lien de l'obligation par la remise faite à l'une d'elles. Mais aller plus loin serait imprudent, il existe entre les différentes cautions d'une même dette une certaine société établie par l'article 2033, d'où il résulte que celle qui a payé a recours contre les autres chacune pour sa part. Il serait, dès lors, étrange de conserver au créancier son action entière contre les cautions non déchargées, pour

que celle qui aura payé ait un recours contre son cofidéjusseur libéré, ce qui ferait ou que celui-ci ne profiterait pas de la remise ou qu'il aurait un recours contre le créancier. Pour laisser un effet à la remise et en même temps pour éviter un circuit d'actions, il faut admettre que les cautions qui ne profitent pas de la remise en totalité doivent au moins n'être poursuivies que sous la déduction de la part du cofidéjusseur libéré. Nous les traiterons alors comme nous traitons les codébiteurs solidaires lorsque le créancier qui fait la remise à l'un d'entre eux a réservé ses droits contre les autres.

238. Lorsqu'une caution, pour obtenir sa décharge personnelle, a donné quelque chose au créancier, on peut douter si cette prestation a eu lieu à-compte de la dette principale, ou si elle est seulement le prix de la diminution de sûreté. La loi, toujours favorable à la libération, suppose que c'est un à-compte qui tourne à la décharge de tous. V. article 1288.

238 *bis*. Un débiteur de 12,000 francs a donné une caution. Celle-ci, redoutant l'insolvabilité du débiteur principal, traite avec le créancier, qui, moyennant 3,000 francs, la décharge de son cautionnement. Pothier, examinant si la somme de 3,000 francs versée par la caution devait profiter à la libération du débiteur, distinguait si au moment de la convention la solvabilité du débiteur principal était certaine ou douteuse. Dans le premier cas, il pensait que le créancier ne pouvait pas recevoir quoi que ce fût au delà du chiffre de la créance sans violer les lois sur l'usure. Quand, au contraire, la solvabilité était douteuse, Pothier permettait au créancier d'agir pour le tout contre le débiteur; la convention était alors traitée comme ayant eu un caractère aléatoire; le créancier avait reçu 3,000 francs et couru le risque de perdre 9,000 francs si le débiteur était devenu insolvable, et la caution avait couru le risque de verser 3,000 francs qu'elle aurait pu ne pas payer, pour se soustraire à la chance de perdre 9,000 francs au même cas d'insolvabilité de ce débiteur.

Cette convention, qui suscitait les scrupules des anciens jurisconsultes habitués à traiter un peu durement tout ce qui, de près ou de loin, paraissait ressembler à l'usure, aurait dû au moins

être traitée par les rédacteurs du Code comme elle l'était par Pothier, puisque le Code civil ne fixait pas de limite au taux de l'intérêt conventionnel et que le bénéfice fait en pareil cas par le créancier pouvait être considéré comme un intérêt par lui perçu. Aussi la disposition de l'article pourrait-elle être comprise comme une interprétation admettant la preuve d'une volonté contraire, et dans ces termes-là elle serait très-digne d'approbation. Mais il paraît bien, d'après l'expression du texte (*doit être imputé*) et surtout d'après les discussions au conseil d'État, qu'on n'a pas voulu laisser aux parties la liberté de leur convention, peut-être pour n'être pas obligé d'admettre la distinction de Pothier sur le bon ou mauvais état des affaires du débiteur principal, distinction qui suppose prouvés des faits assez difficiles à vérifier et à constater. Il résulte de là que rarement les créanciers consentiront à décharger les cautions à prix d'argent, car pour un simple à-compte ils perdraient une garantie sérieuse; ou bien on essaiera d'éluder la loi en constatant une remise gratuite du cautionnement, tandis que la caution aurait en réalité payé sa libération.

SECTION IV.

De la compensation.

239. Lorsque deux personnes se trouvent réciproquement créancières et débitrices, chacune, en général, a plus d'intérêt à ne rien débourser qu'à payer d'une part pour recevoir de l'autre : tel est le principe de la compensation qui éteint les deux dettes. V. article 1289; voy. aussi *Pompon.*, L. 3, D. *De compens.*

239 *bis*. La notion de la compensation se trouve dans l'article 1289, c'est l'extinction de deux dettes qui coexistent en sens inverse, en sorte que le créancier de l'une est débiteur de l'autre, et réciproquement. Les Romains disaient : *Debiti et crediti inter se contributio.* (*D. fr.* 1, *De compensationibus.*)

L'hypothèse dans laquelle se produit la compensation n'est pas rare : Pierre doit 1,000 francs à Paul, qui les lui a prêtés, et

Paul devient débiteur d'une autre somme envers Pierre, parce qu'il achète de lui un cheval, un tableau, ou parce qu'il devient héritier d'une personne qui était elle-même débitrice de Pierre.

Dans la circonstance prévue, chacune des deux personnes qui sont respectivement créancière et débitrice l'une de l'autre a intérêt à ne pas payer ce qu'elle doit, pour redemander ensuite ce qui lui est dû. L'extinction mutuelle des deux dettes est une simplification, puisqu'elle substitue un double paiement fictif à deux paiements réels en sens inverse l'un de l'autre.

240. La loi détermine la manière dont la compensation s'opère et le cas où elle est admise ou refusée. (V. ledit article 1289.) Mais remarquez que la limitation des cas n'est relative qu'à la compensation légale. Du reste, la compensation peut encore avoir lieu, mais sans produire précisément les mêmes effets :

1° Par la volonté commune des parties, dans tous les cas;

2° Par la volonté même d'une seule, lorsque c'était uniquement dans l'intérêt de celle-ci que la loi l'empêchait.

Enfin, la compensation peut encore s'opérer hors les cas exprimés, par l'effet d'une demande reconventionnelle.

240 *bis*. Il y a trois espèces de compensation : la compensation légale, dont la loi s'est exclusivement occupée; la compensation facultative qui dépend de la volonté de l'une des parties, et la compensation par suite d'une demande reconventionnelle qui s'opère aussi à la volonté d'une partie avec le concours de la justice. Quant à la compensation par la volonté commune des parties, qui pourrait être appelée compensation conventionnelle, c'est plutôt une remise de dette ou une dation en paiement mutuelle qu'une véritable compensation. Elle ne peut être au surplus régie par des règles particulières, car elle est le résultat d'un accord de volontés, et est dominée par le principe de la liberté des conventions. Quant à la compensation facultative et à celle qui résulte d'une demande reconventionnelle, il faut réserver ce qui les concerne jusqu'à ce que nous ayons exposé les conditions de la compensation légale, alors seulement la comparaison sera possible entre les diverses espèces de compensation.

241. La compensation, dans les cas exprimés, étant fondée sur l'intérêt commun des parties, la loi n'attend pas, pour lui faire produire ses effets, que celles-ci s'en soient expliquées; elle l'opère à leur insu, bien plus, malgré elles; elle déroge même ici au principe de l'indivisibilité de l'obligation entre les contractants (voy. art. 1220, 1244), en admettant, jusqu'à due concurrence, la compensation de deux dettes inégales. V. article 1290.

241 *bis*. I. L'effet de la compensation légale est déterminé par l'article 1290, qui se décompose ainsi : la compensation a lieu de plein droit; elle n'opère que jusqu'à concurrence de la plus faible des deux dettes.

Elle opère de plein droit, c'est-à-dire avant d'être prononcée par le juge, ou même invoquée par la partie; par conséquent elle produit ses effets à l'insu des parties et même malgré elles. Les effets de la compensation se produisent du moment que les deux dettes existent simultanément, c'est-à-dire du moment où celui qui était débiteur est devenu créancier de son créancier. Il faut bien s'entendre au reste sur cette formule : la compensation a lieu de plein droit. Il est clair que le juge ignore les causes de compensation, la coexistence des deux dettes, et que si le débiteur poursuivi n'allègue pas qu'il est libéré par compensation, il sera condamné; mais quand la compensation est invoquée, ses effets sont rétroactivement produits depuis qu'elle a eu lieu, c'est-à-dire que les intérêts ont cessé de courir, et que les hypothèques ou autres droits accessoires sont éteints.

La compensation n'éteint les deux dettes que jusqu'à concurrence de la plus faible; s'il en était autrement, la compensation produirait des résultats iniques, car le créancier de 1,000 francs perdrait toute sa créance parce qu'il serait devenu débiteur de 50 francs. D'ailleurs, la fiction d'un double paiement, qui est le fondement de la compensation, n'est possible que dans la limite de la plus faible dette, car on ne peut pas supposer que le débiteur de la plus petite somme ait payé une somme supérieure.

241 *bis*. II. Il résulte, du reste, de cette règle nécessaire une dérogation au principe de l'article 1244. La créance la plus consi-

dérable est acquittée partiellement à l'insu du créancier, malgré lui, quoique ce créancier ait d'ordinaire le droit de refuser un paiement partiel ; mais cette dérogation s'explique par cette considération que, dans tous les cas, le créancier recevant le paiement intégral de la somme la plus forte aurait pu être contraint à restituer immédiatement la somme moins considérable dont il est débiteur, et que par conséquent la compensation opérée de plein droit pour cette somme moindre ne le met pas dans une position pire, puisqu'il conserve le droit d'exiger la totalité de ce qui lui est dû, moins la somme qu'il aurait été lui-même obligé de rendre comme débiteur.

241 *bis*. III. Si la compensation est légale et a lieu de plein droit, en tout cas elle n'est pas imposée et nécessaire ; les parties pourraient par leur convention exclure entre elles l'application de la compensation. Le Code ne contient sur ce point aucune prohibition, et par conséquent le principe de la liberté des conventions conserve son empire ; il n'y a pas à argumenter de la prohibition prononcée contre les conventions exclusives de la prescription ; car les deux conventions sont loin de se ressembler : la prescription est une institution d'ordre public qui a pour but d'empêcher les prétentions judiciaires de s'éterniser, tandis que la compensation n'a pas ce caractère d'intérêt général, qu'elle est fondée sur l'intérêt probable des deux parties, et que par conséquent on a pu interdire de renoncer à la prescription sans songer à interdire pareille renonciation en matière de compensation.

242. On sent bien, d'après la nature de la compensation, qui est un paiement fictif, qu'elle ne peut être admise s'il n'y a identité dans l'objet des deux dettes ; c'est pour cela que la loi exige, en principe, qu'elles soient de sommes d'argent ou de choses *fongibles* de la même espèce. Il faut, de plus, qu'elles soient liquides, c'est-à-dire que non-seulement leur existence soit certaine, mais que leur quotité soit déterminée. Enfin, il faut qu'elles soient exigibles. V. article 1291, al. 1. Mais remarquez :

1° Que la loi considère comme liquides en argent les prestations de denrées dont le prix est fixé par les mercuriales. V. article 1291, al. 2.

2° Que le terme de grâce, n'étant accordé qu'en raison de l'impossibilité où se trouve le débiteur de faire le paiement, ne peut exclure la compensation, qui lui offre un moyen facile de se libérer. V. article 1292.

242 *bis*. I. Conditions de la compensation légale. Elles sont au nombre de trois : 1° que les deux dettes aient pour objets des choses fongibles de même espèce; 2° que les deux dettes soient liquides; 3° qu'elles soient exigibles.

242 *bis*. II. 1° La loi entend par *choses fongibles* ce que nous avons appelé des *quantités*, des choses qui sont déterminées non pas individuellement, mais par la classe d'êtres à laquelle elles appartiennent, et par leur poids, leur nombre ou leur mesure, *quæ pondere, numero, mensurave constant.* Ces choses n'ont pas de caractère personnel, elles sont le contraire de ce que nous appelons des *corps certains*, et par conséquent elles peuvent se remplacer les unes par les autres, *altera alterius vice fungitur.* Il faut du reste pour satisfaire aux conditions de la loi et pour qu'elles soient, à proprement parler, fongibles, qu'elles aient la même nature. Il ne suffit pas, en effet, que deux choses s'apprécient *pondere, numero aut mensura,* pour être fongibles. La *fongibilité* est une qualité relative, elle consiste dans la possibilité qu'ont deux choses de se substituer l'une à l'autre, et par conséquent elle n'existe qu'entre choses appartenant à la même classe d'êtres, entre quantités de même nature. De même, en effet, que deux corps certains ne peuvent pas être considérés comme l'équivalent exact l'un de l'autre, par exemple le cheval *Suzerain* et le cheval *Pietro,* de même un bœuf n'est pas l'équivalent exact d'un mouton, un sac de blé d'un sac de charbon, ni même un tonneau de vin de Bourgogne d'un tonneau de vin de Bordeaux. Tout cela est compris dans la formule de la loi : Il faut pour la compensation que les deux choses dues soient fongibles entre elles, c'est-à-dire qu'elles soient de même nature, qu'elles appartiennent à la même catégorie d'êtres, et que ce soient des quantités.

242 *bis*. III. Le caractère de fongibilité dépend, au reste, de la volonté des parties, de la manière dont elles ont envisagé l'objet de chacune des dettes quand elle a été contractée. Nous venons de citer des dettes ayant pour objet des chevaux comme exemples

de dettes de choses non fongibles. On peut cependant concevoir qu'entre marchands, surtout entre fournisseurs et éleveurs, des chevaux soient considérés comme des unités d'un genre (*numero*), et non pas comme des individualités, qu'on promette un cheval ou plusieurs chevaux de telle race et de tel âge sans s'obliger à livrer tel ou tel cheval déterminé. Les chevaux sont alors des quantités, des choses fongibles. A l'inverse, les choses qui sont ordinairement considérées comme des quantités (*pondere, numero aut mensura*) peuvent, par exception, être envisagées individuellement, être promises et stipulées comme corps certains. Ainsi, des pièces de monnaie ont pu, par une convention, être promises individuellement, si bien qu'elles ne peuvent pas être remplacées par d'autres. Un tonneau de vin peut aussi avoir reçu de la convention un caractère individuel; dans ces cas, l'argent ou le vin ne sera pas fongible avec d'autres pièces d'argent ou d'autres tonneaux de vin.

242 *bis*. IV. Ces observations sur la fongibilité montrent suffisamment pourquoi la loi a subordonné la compensation à cette condition. La compensation est la fiction d'un double paiement opéré à l'insu des deux créanciers. Dès lors il faut que les deux paiements aient été possibles, qu'aucun des deux créanciers n'ait eu le droit de refuser celui qui lui était offert. Or, il n'est pas possible de contraindre le créancier à recevoir autre chose que ce qui lui est dû, *Pietro* au lieu de *Suzerain*, un mouton au lieu d'un bœuf, du vin de Bourgogne au lieu de vin de Bordeaux; et dès lors on ne doit pas non plus opérer fictivement un double paiement, qui donnerait à chacun des créanciers ce qu'il ne pouvait être contraint à recevoir.

242 *bis*. V. 2° Les dettes doivent être *liquides*, c'est-à-dire que l'existence et la quotité des deux dettes doivent être certaines. On dit en termes d'école qu'une dette est liquide *cum certum sit an et quantum debetur*, ou mieux, quand on sait *quid, quale, quantum sit debitum*. En conséquence, une dette n'est pas liquide quand elle est contestée par le prétendu débiteur, ou quand l'obligation étant constante, la nature ou la quotité de la prestation à accomplir est l'objet d'une contestation, exige, par exemple, une vérification, un compte. Il faut, du reste, entendre raisonnablement la disposition de la loi; il ne faut pas que, par une contestation sans

fondement, le créancier à qui on oppose que la compensation s'est opérée puisse paralyser l'effet de l'article 1290. La compensation alors, au lieu d'être légale et d'avoir lieu de plein droit, dépendrait du pur caprice de chacune des deux parties. Pothier reconnaissait à la dette le caractère de liquidité alors même qu'elle était contestée, quand le créancier avait en main la preuve de son existence, et était en état de la justifier promptement et sommairement (1). Nous devons dire comme Pothier, que lorsque les juges ont à décider si à une certaine époque deux dettes ont coexisté dans les conditions de l'article 1291, il ne suffira pas pour les empêcher d'admettre l'extinction des dettes par compensation, que l'une des parties élève des contestations rétrospectives contre sa prétendue dette; mais les juges devront reconnaître que ces contestations avaient un caractère sérieux, et que les difficultés pouvaient être raisonnablement soulevées.

242 *bis*. VI. Cette seconde condition de la compensation légale se rattache à la troisième des conditions, l'exigibilité. On a pu considérer comme ne devant pas avoir un effet immédiat celle des deux dettes dont l'exécution pouvait être retardée par des contestations. La pensée du législateur a été que la compensation était un paiement fictif; on ne peut pas réputer ce paiement accompli de plein droit quand l'un des débiteurs pouvait raisonnablement et légitimement gagner du temps avant de s'acquitter de son obligation.

242 *bis*. VII. Ces raisons nous paraissent justifier les législateurs qu'on a accusés d'avoir manqué à la logique de leur théorie quand, après avoir admis que la compensation avait lieu de plein droit, ils ont en même temps exigé que les deux dettes fussent liquides. Cette condition de liquidité était, dit-on, exigée en droit romain par la constitution de Justinien; mais elle avait sa raison d'être dans le système romain sur la compensation; il ne s'agissait pas d'une extinction légale des deux obligations; la compensation n'opérait pas de plein droit, elle dépendait du juge, et par conséquent il était raisonnable qu'il fût défendu d'alléguer au milieu d'un procès une créance demandant un examen long et difficile. La demande de compensation n'eût été pour le plaideur de mau-

(1) Pothier, n° 592.

vaise foi qu'un moyen de gagner du temps. Tandis que dans notre droit la compensation s'opérant à l'insu des parties, lors même qu'elles ignorent l'existence d'une des créances, il n'y a pas, quand on examine si deux créances ont coexisté, à tenir compte des contestations que l'une des parties pouvait élever contre l'une d'entre elles (1). Disons-le toutefois, si la règle romaine n'a plus la même raison parce que la théorie de la compensation a changé, on comprend néanmoins que cette règle, passée dans la tradition, conservée par le droit coutumier, soit entrée dans la législation moderne, appuyée sur des considérations autres que celles qui avaient inspiré la législation de Justinien; et dès lors il serait injuste de présenter l'article 1291 comme contenant sur ce point une inconséquence législative.

242 *bis*. VIII. 3° Les deux dettes doivent être *exigibles*. — Il faut qu'elles soient échues toutes deux, sinon celui des deux débiteurs qui jouit d'un terme perdrait ce bénéfice. *Exemple :* Pierre doit à Paul 1,000 francs échus au 1er janvier 1868, et Paul doit à Pierre 1,000 francs payables au 1er janvier 1870. Si on considérait la compensation comme opérée le 1er janvier 1868, on priverait Paul du bénéfice du terme, et puisque la compensation est un paiement fictif, on imposerait à Paul la nécessité de payer deux ans trop tôt.

242 *bis*. IX. Les dettes sous condition suspensive ne pourraient, pas plus que les dettes à terme, entrer en compensation; car le débiteur ne peut être contraint à payer avant l'arrivée de la condition; bien plus, avant cet événement l'existence de la dette n'est pas certaine, ce qui fait qu'il manque non-seulement à cette dette la condition d'exigibilité, mais même celle de liquidité.

242 *bis*. X. La condition d'exigibilité produit l'impossibilité de faire entrer en compensation une dette naturelle; en effet, le caractère principal de ces obligations étant de ne pas donner d'action au créancier, il est impossible de les considérer jamais comme exigibles; la compensation d'ailleurs aurait pour effet d'imposer à l'obligé naturellement un paiement fictif forcé, quand le paiement d'une pareille obligation ne peut jamais être que volontaire.

(1) V. M. Frédéric Duranton, *Revue de droit français et étranger*, 1846, p. 862.

242 *bis*. XI. L'article 1292 consacre une exception apparente à la règle sur l'exigibilité. Lorsque l'un des débiteurs a obtenu des tribunaux le terme de grâce (v. *suprà*, n° 107 *bis*), il ne peut pas s'opposer à la compensation en alléguant que sa dette n'est pas exigible. Car le terme de grâce a été accordé par dérogation à la convention, en considération de la position embarrassée du débiteur qui n'avait pas les moyens de payer immédiatement, situation qui est nécessairement changée quand le débiteur est devenu créancier de son créancier, puisqu'il a maintenant un moyen bien simple de payer, et qu'il serait bien dur de contraindre le créancier, dont la créance a été la première échue et qui n'a pas été payé, de donner des deniers à son débiteur, pour essayer plus tard, et peut-être vainement, de les recouvrer à l'expiration du terme de grâce.

242 *bis*. XII. Une autre exception à l'une des dispositions de l'article 1291 est indiquée par cet article même dans son deuxième alinéa. Il n'est pas toujours nécessaire que les deux dettes aient pour objet des quantités de même espèce. La compensation est admise entre une dette qui a pour objet une somme d'argent et une autre dette qui a pour objet des grains et denrées dont le prix est réglé par les mercuriales. Il s'agit là sous le nom de denrées des choses qui servent à la nourriture de l'homme ou des animaux. La plupart des grains et des denrées se vendent habituellement en gros dans des marchés publics, et leur cours, c'est-à-dire le prix auquel les ventes ont été effectuées sur le marché, est officiellement constaté dans des registres qu'on appelle les mercuriales. Ce n'est là, bien entendu, qu'une constatation des cours, et l'expression de la loi est impropre quand elle dit que le prix est fixé par les mercuriales, car elle tendrait à faire croire qu'une autorité quelconque impose des prix, ce qui est contraire à la liberté du commerce et à la réalité des faits. Les prix sont libres sur les marchés, ils dépendent de l'offre et de la demande; les mercuriales ne font que constater, mais comme simples constatations elles ont une grande utilité quant à la question qui nous occupe. En effet, étant donnés les prix des grains ou des denrées sur le marché public, il est si facile de traduire soit en argent la dette de grains ou de denrées, soit en grains ou denrées la dette d'argent, que l'obstacle qui s'oppose à la compensation de deux

dettes de quantités de nature différente n'existe plus. Comme aussi il devient impossible d'invoquer l'intérêt des parties de ne pas recevoir autre chose que ce qui leur est dû, car il leur est absolument facile de faire de l'argent avec la denrée ou de se procurer la denrée avec de l'argent. Voilà pourquoi la loi, qui tend à l'extinction des dettes, n'a pas tenu strictement à sa règle et a permis la compensation.

242 *bis*. XIII. L'exception du reste n'a trait qu'à la condition de fongibilité relative, mais non à celle de liquidité; aussi le texte suppose-t-il que les prestations sont non contestées, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de difficulté soit sur l'existence de la dette, soit sur la quotité des grains ou denrées qui sont dus.

242 *bis*. XIV. Il faut ne pas appliquer l'article 1291, 2e alinéa, d'une façon déraisonnable et contre l'intention très-claire des parties. Si les deux obligations, qui ont pour objet l'une de l'argent et l'autre du grain, ont été causes l'une de l'autre, si elles sont nées toutes deux du même contrat synallagmatique, il serait absurde de les compenser l'une par l'autre, de dire : Le vendeur de blé ne doit rien à l'acheteur, et réciproquement, car la dette de blé se compense avec la dette d'argent. A ce compte il serait impossible de faire un achat sérieux de blé ou d'autres grains ou denrées, car les deux obligations s'éteindraient l'une par l'autre aussitôt qu'elles seraient nées. L'intention des parties proteste ici contre la compensation, et puisque nous avons admis qu'une renonciation à la compensation était licite et possible, il est absolument nécessaire de voir cette renonciation dans un pareil contrat.

242 *bis*. XV. Les dettes de grains ou denrées dont le cours est constaté par les mercuriales peuvent se compenser avec les dettes d'argent, mais il ne résulte pas de l'article que deux dettes de denrées différentes puissent se compenser entre elles. On a dit, il est vrai, que la loi considère une dette de denrées comme liquide en argent, que par conséquent deux dettes de denrées différentes étant toutes deux liquides en argent peuvent se compenser entre elles; on ajoute un raisonnement emprunté aux mathématiques en disant que, si deux quantités égales à une troisième sont égales entre elles, le blé et le foin, qui sont tous les deux fongibles avec de l'argent, sont fongibles entre eux. Cette doctrine a

pour base d'abord une traduction inexacte de la formule légale, qui n'a jamais dit que les dettes de denrées fussent liquides en argent, mais seulement qu'elles pouvaient se compenser avec de l'argent, et ensuite un raisonnement quasi mathématique qui n'est pas aussi rigoureux qu'il paraît l'être d'abord. La loi n'a pas déclaré que la dette de denrées fût égale ou pareille à la dette d'argent, elle a seulement permis de compenser ces deux dettes ensemble; c'est une exception à ses règles fondée sur la facilité de convertir l'argent en denrées; ce n'en est pas moins une exception qui oblige le créancier à une certaine action s'il veut se procurer en nature la chose qu'il avait droit de recevoir. Débiteur d'argent et créancier de blé, il faut qu'il prenne la peine d'acheter du blé avec son argent pour avoir la denrée sur laquelle il avait droit de compter. Cette transformation de son argent en blé peut, quoi qu'il en soit, présenter quelques difficultés, causer quelques frais, et il serait dangereux d'abandonner le principe que les exceptions ne s'étendent pas, pour admettre la compensation du blé avec du foin; car la peine et les frais en pareil cas seraient doubles, puisque la transformation de l'objet des obligations aurait été double. Le créancier d'une quantité de blé, débiteur d'une quantité de foin, qui voudrait avoir en nature le blé dont il a besoin, devrait convertir son foin en argent et ensuite son argent en blé, par une double opération entraînant double peine et double dépense.

243. Lorsque les choses dues sont compensables, il n'importe, en général, de quelle cause procèdent les dettes. V. article 1293, al. 1; v. aussi *Anton.*, L. 2, Cod. *De compens.*

244. Cependant la loi, à raison de la défaveur qui s'attache à l'un des débiteurs, ou de la faveur particulière dont jouit l'un des créanciers, admet trois exceptions :

1° En cas de spoliation;

2° En cas de dépôt ou de commodat (v. à ce sujet art. 1885);

3° En cas d'une dette d'aliments déclarés insaisissables. (V. à ce sujet C. pr., art. 581). V. art. 1293-1°, 2°, 3°.

244 *bis*. I. Il faut examiner successivement les cas dans lesquels la loi déclare qu'exceptionnellement la compensation est

interdite entre deux dettes, à raison de la cause de l'une d'elles.

1° *Cas de spoliation.* — Une personne s'est emparée frauduleusement ou par violence de choses appartenant à autrui, par exemple d'un sac d'argent ou de blé, d'un tonneau de vin : elle devient par là même débitrice de l'objet enlevé; si elle a déjà ou si elle acquiert plus tard contre la personne spoliée une créance d'un objet de même nature, elle prétend se soustraire par la compensation à l'action en restitution de l'objet injustement enlevé à son propriétaire. Cette prétention, si elle était admise par la loi, serait très-menaçante pour la paix publique; des créanciers seraient souvent intéressés à prendre, de leur autorité privée, des choses appartenant à leur débiteur pour régulariser leur situation par une compensation et pour être ainsi plus sûrement payés. Voilà la raison pratique qui a fait placer en tête de l'article 1293 la règle sur la spoliation injuste; mais, indépendamment de cette raison pratique qui frappe immédiatement l'intelligence, il y a une raison théorique qui fait obstacle à la compensation, c'est que le spoliateur n'est pas seulement débiteur de quantité, mais qu'il doit un corps certain. Bien qu'il se soit emparé de choses *quæ pondere, numero mensurave constant,* il est, par le fait du délit qu'il a commis, tenu à la restitution *in specie* des choses qu'il a enlevées; débiteur par conséquent des pièces d'argent mêmes, du sac de blé ou du tonneau de vin même qu'il a injustement enlevés; son délit a donné à ces objets, ordinairement considérés comme des quantités, le caractère de corps certains, et il y a là un obstacle légal à la compensation.

244 *bis.* II. Cependant il est possible que les choses aient perdu leur individualité, qu'elles aient été consommées ou mêlées avec d'autres de même espèce : alors, par la force des choses, l'objet dû devient une quantité, et il pourrait être rigoureux d'interdire la compensation, puisque ce que le spoliateur paierait en vertu du jugement qui le condamne pourrait être immédiatement demandé par lui à raison de sa qualité de créancier. Mais l'effet de l'article serait, même en ce cas, d'empêcher la compensation d'avoir légalement et de plein droit produit ses effets depuis le jour où les deux dettes ont coexisté; le spoliateur pourrait par conséquent devoir des dommages-intérêts à raison de son délit, bien qu'il se fût trouvé créancier de son créancier; comme aussi

s'il avait, depuis la spoliation commise, laissé prescrire sa propre créance, il ne pourrait pas alléguer la compensation, parce qu'il ne pourrait pas la considérer comme opérée au jour de la spoliation, c'est-à-dire quand sa créance existait encore.

244 *bis*. III. 2° *Cas de dépôt ou de prêt à usage*. Cette seconde hypothèse présente avec la précédente une grande analogie et soulève les mêmes objections, qui, à quelques détails près, doivent être résolues de la même manière. L'une des deux dettes provient d'un dépôt ou d'un commodat (prêt à usage, art. 1875). Le dépositaire ou le commodataire débiteur de la chose déposée ou prêtée est en même temps créancier du déposant ou du commodant pour chose de même nature; il voudrait compenser, et la loi prohibe cette compensation, parce que ces contrats ont pour base une confiance toute particulière, et que moralement elle assimile la conservation injuste de la chose déposée ou prêtée à la spoliation injuste.

244 *bis* IV. Il y a plus, la même raison théorique que nous alléguions à propos de la spoliation injuste apparaît ici et rend difficile l'intelligence de l'hypothèse prévue par le Code : l'objet déposé ou l'objet prêté à usage est nécessairement un corps certain. (Art. 1932, 1875, 1877.) Alors même qu'il s'agit de choses considérées habituellement comme fongibles, comme des quantités, elles perdent par la volonté des parties ce caractère et deviennent des corps certains. Donc la compensation est impossible en vertu des règles générales, d'après l'article 1291 lui-même, et il était inutile de présenter la décision sur ce point comme une dérogation à ces règles.

244 *bis*. V. Cette observation est devenue le fondement d'une critique adressée aux rédacteurs de l'article, et on a cherché par diverses explications à justifier le Code en montrant des hypothèses dans lesquelles l'article 1293-2° ne serait pas une pure répétition de l'article 1291. On a émis cette idée qu'il s'agit d'interdire la compensation même quand la dette est devenue dette de quantité par la destruction de la chose, et on a dit : L'article a pour but d'empêcher la compensation de la dette de dommages-intérêts. Mais dans cette hypothèse il n'y aurait pas encore besoin d'une exception spéciale à la règle sur la compensation, car la dette ne pourrait être compensée, parce qu'elle ne serait pas liquide. Il

faudrait donc ajouter à l'hypothèse une certaine circonstance, supposer que les parties ont déterminé conventionnellement et d'avance le chiffre des dommages-intérêts; alors la dette pourrait être liquide si la responsabilité du débiteur n'était pas contestée, et les principes généraux permettraient la compensation; mais l'article 1293 l'interdirait. Il est difficile de comprendre pourquoi : la condamnation prononcée, la dette aurait véritablement changé de cause, et on ne saurait raisonnablement contraindre le débiteur condamné à payer en argent le montant des dommages-intérêts pour poursuivre immédiatement celui à qui il les aurait payés. Ce n'est pas là ce que l'article a dit ni voulu dire : il exclut la compensation quand il s'agit de la demande en restitution du dépôt ou du prêt, et la demande de dommages-intérêts ne peut pas être proprement qualifiée demande en restitution. Tout ce qu'on peut conclure de l'article, c'est que la compensation n'aura pas lieu de plein droit du jour où sera née l'obligation de dommages-intérêts, et tant qu'un jugement n'aura pas converti la dette de corps certain en dette de dommages-intérêts. Les conséquences de ce retard imposé à la compensation ont été exposées à propos de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé.

244 *bis*. VI. L'article doit donc avoir un autre sens; et d'abord il ne serait peut-être pas bien étrange qu'il contînt une redite, un pléonasme législatif, qu'il donnât une décision inutile en ce sens qu'elle découle des principes généraux. La décision est exacte, mais elle n'occupe pas la place qu'elle devrait occuper. Dans un ouvrage écrit avec une méthode rigoureuse, il faudrait qu'elle fût présentée comme une conséquence des principes, tandis qu'elle nous apparaît sous la forme d'une exception. Ce n'est pas là ce qui peut étonner dans une œuvre essentiellement pratique comme le Code civil.

244 *bis*. VII. En outre, il faut dire qu'en parlant du dépôt les rédacteurs du Code ont songé à l'hypothèse du dépôt irrégulier que Pothier citait au n° 589. On entend par dépôt irrégulier celui où par la convention le dépositaire est autorisé à ne pas conserver en nature les choses déposées et à rendre seulement des choses de même nature : c'est le dépôt qui se fait ordinairement chez les banquiers. La dette étant alors une dette de quantité, ce n'est

pas en vertu de l'article 1291 que la compensation est impossible; mais le législateur interdisant la compensation à raison du manque de foi du dépositaire, consacre une véritable exception aux principes, et la disposition de l'article 1293 n'est pas en ce point inutile.

244 *bis*. VIII. A côté du dépôt, le Code a placé le commodat, dont Pothier n'avait pas parlé; il a été entraîné par l'analogie ordinaire qui existe entre ces deux contrats et par cette considération que le commodataire infidèle est encore moins digne d'intérêt que le dépositaire infidèle; mais comme nous ne pouvons pas sans dénaturer absolument le contrat supposer un commodat irrégulier comme nous avons supposé un dépôt irrégulier, la règle de l'article 1293-2° n'est, à propos du commodat, qu'une répétition inutile de l'article 1291, car le commodataire ne peut jamais être qu'un débiteur de corps certain.

244 *bis*. IX. 3° *Cas où la dette a pour objet des aliments insaisissables*. — L'un des deux créanciers a droit à des aliments déclarés insaisissables, c'est-à-dire que ses propres créanciers n'ont action sur sa créance par aucune saisie, et notamment par la saisie-arrêt. L'article 581 du Code de procédure civile déclare insaisissables : 2° les provisions alimentaires adjugées par justice; 4° les sommes et pensions pour aliments lorsqu'elles ont été données ou léguées encore que le testament ou la donation ne les déclare pas insaisissables. Si ces créances pouvaient être l'objet d'une compensation, le créancier d'aliments en serait dépouillé malgré lui dans l'intérêt de son créancier, ce qui produirait le même effet qu'une saisie. Il serait privé d'une ressource nécessaire, au bénéfice d'un créancier ordinaire, et c'est pour prévenir ce résultat que la loi a établi l'insaisissabilité de la créance d'aliments.

244 *bis*. X. C'est donc parce que la compensation est un paiement forcé, et qu'elle se traduit en quelque sorte en une saisie, que l'article 1293-3° la prohibe dans le cas dont il s'occupe; aussi ne faut-il pas craindre d'en généraliser l'application et de l'étendre à tous les cas d'insaisissabilité. L'article 581 du Code de procédure civile ne restreint pas ce privilége aux créances d'aliments, il contient une énumération plus large des choses insaisissables, et si le Code civil s'est borné à parler des aliments, c'est qu'il n'a

pas pu prévoir tous les cas d'insaisissabilité qui seraient plus tard admis par le Code de procédure.

245. Nul ne pouvant s'approprier la créance d'autrui, on sent bien qu'une dette ne peut, en général, être opposée en compensation que par la personne même qui en est créancière.

246. Cette règle n'empêche pas la caution, qui ne peut demeurer obligée quand le débiteur principal ne l'est plus, d'opposer la compensation de ce que le créancier doit à celui-ci. Mais elle empêche le débiteur principal ou le débiteur solidaire d'opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution ou au codébiteur. V. article 1294.

246 *bis*. I. Aux trois conditions énumérées par l'article 1291 comme nécessaires à la compensation légale, il faut en joindre une quatrième d'après l'article 1294 : les deux dettes doivent être deux dettes principales. Cette condition se rencontre dans la première hypothèse de l'article. Il existe un débiteur, une caution et un créancier; celui-ci devient débiteur de son débiteur, la compensation s'opère, et comme elle a, quand elle s'opère, les effets d'un paiement, il n'est pas étonnant qu'elle puisse être invoquée même par la caution, intéressée à se prévaloir de toutes les causes d'extinction de la dette principale.

246 *bis*. II. Au contraire, si la caution est devenue créancière du créancier, la loi n'admet pas la compensation de plein droit, parce que son obligation n'était pas principale, et devait, dans l'ordre naturel des événements, n'aboutir à un paiement forcé qu'à défaut d'un accomplissement de l'obligation par le débiteur; ce serait changer la situation de la caution que de lui imposer par la compensation légale une avance nécessaire, et de lui ôter la chance qu'elle a de n'être pas poursuivie. Nous remarquerons, toutefois, que la caution peut, sur les poursuites du créancier, opposer la compensation de son chef, et qu'alors elle doit être considérée comme ayant fait le paiement de ses deniers, ce qui libérerait le débiteur principal, et donnerait naissance à un recours contre lui.

246 *bis*. III. Les débiteurs solidaires sont tous des débiteurs

principaux, et la compensation aurait pu être admise du chef de l'un d'entre eux indistinctement, sans déroger au principe qui domine l'article 1294. On aurait pu concevoir que, si un des débiteurs solidaires devient créancier du créancier, il dût s'opérer comme un paiement effectué par ce codébiteur, et que tous les autres fussent libérés. Mais l'article 1294-3° interdit, en pareil cas, la compensation par des motifs que nous avons exposés *suprà* au n° 142 *bis*. II et III, où nous avons indiqué en outre quelle portée devait avoir l'interdiction de la compensation, et comment elle avait pour effet d'empêcher les codébiteurs de se prévaloir, même pour partie, de la compensation qui aurait pu être invoquée du chef de l'un d'entre eux.

246 *bis*. IV. Il y a des engagements qui participent à la fois de la nature des obligations solidaires et de la nature du cautionnement : ce sont les engagements des cautions solidaires, et il résulte de cette nature mixte de l'engagement qu'on peut être embarrassé de savoir s'il faut, quant à la compensation, traiter les obligés comme des cautions qui peuvent invoquer la compensation du chef de leur coobligé, débiteur principal, ou comme des codébiteurs solidaires qui n'ont pas ce droit. La solution de cette question doit se trouver dans les articles qui parlent de ces obligés : l'article 1216, qui, par rapport au codébiteur, seul intéressé à la dette, reconnaît à la caution solidaire son caractère propre de caution; et l'article 2021, qui soumet l'engagement de la caution solidaire aux règles établies pour les dettes solidaires. Ces deux articles paraissent se contredire; mais le dernier, ne parlant que de l'engagement, et cela dans un chapitre sur l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution, ne préjuge rien sur l'effet du cautionnement solidaire par rapport au débiteur principal, et laisse, par conséquent, intacte la décision de l'article 1216. Or, si la caution solidaire doit être traitée comme caution par rapport au débiteur, et comme débiteur solidaire par rapport au créancier, il s'agit de savoir, pour résoudre la difficulté qui nous occupe, si la règle de l'article 1294 sur la compensation intéresse le créancier ou le codébiteur. D'après les motifs que nous avons donnés de l'article 1294, 3e alinéa (V. *suprà*, 142 *bis* II et III), c'est l'intérêt du codébiteur solidaire et non pas celui du créancier qui a motivé l'interdiction de la compensation; il ne faut pas qu'un des co-

débiteurs soit nécessairement condamné à faire l'avance de toute la somme due, tandis qu'il a compté avoir un certain nombre de chances pour que cette avance fût imposée à ses codébiteurs; il ne faut pas qu'un codébiteur soit engagé malgré lui par son codébiteur dans des procès *désagréables* sur l'existence de sa prétendue créance. Ces raisons sont tout dans l'intérêt des codébiteurs solidaires, et ce n'est pas l'intérêt du créancier qui est cause de l'interdiction de compenser. Dès lors, puisque la caution solidaire n'est pas, dans ses rapports avec son coobligé, un débiteur solidaire, puisqu'elle est une caution, il ne faut pas lui appliquer la règle que l'article 1294 applique aux débiteurs solidaires, mais celle qui, dans cet article, régit la situation des cautions.

247. Pareillement, nul ne pouvant être contraint à payer pour autrui, on ne peut opposer en compensation que ce qui est dû par le demandeur lui-même.

Ainsi la dette même du cédant ne peut être opposée au cessionnaire de la créance, si cette dette est postérieure à la *perfection* de la cession. (V. art. 1690.) Que si cette dette existait antérieurement, le cessionnaire n'a pu acquérir une créance qui était de plein droit éteinte (art. 1290); et cependant la loi la fait revivre contre le débiteur qui, en acceptant purement et simplement la cession, a contribué à tromper le cessionnaire. Voy. article 1295.

247 *bis*. I. D'après les idées générales que nous avons données, la compensation suppose que la qualité de créancier d'une des dettes a été, à un certain moment, réunie à la qualité de débiteur de l'autre dette. D'où nous devons tirer cette conséquence que, si celui qui devient débiteur a été autrefois créancier de son créancier actuel, mais a cessé de l'être, il ne peut être question de compensation. Nous voyons une application de cette idée dans l'article 1295, 2e alinéa. Voici l'espèce supposée par l'article : Pierre était créancier de Paul; il a cédé sa créance à Jean, et a cessé ainsi d'être créancier de Paul; il devient, postérieurement à cette cession, débiteur de Paul. Celui-ci, devenu créancier de son ancien créancier, ne peut pas opposer la compensation quand l'exécution de son obligation est réclamée contre lui, car les deux

dettes n'ont pas coexisté entre les mêmes personnes : Pierre avait cessé d'être créancier de Paul quand il est devenu son débiteur, et Paul ne saurait être libéré envers Jean parce qu'il est devenu créancier de Pierre. A l'inverse, Pierre, poursuivi par Paul, ne peut lui opposer la compensation, car alors il se libérerait envers celui-ci, en donnant en paiement des valeurs qui ne lui appartiennent plus, puisqu'il serait censé opérer un paiement fictif, dans lequel il fournirait ce qui lui était dû autrefois, mais qui est dû maintenant à Jean.

247 *bis*. II. Cette décision, très-simple, très-équitable, demande cependant, pour être absolument exacte, à être combinée avec les règles sur la cession des créances. Il est clair qu'elle suppose une cession *parfaite*, un acte ayant complétement dépouillé le cédant de ses droits, et *saisi* ou investi le cessionnaire des siens. Or, d'après l'article 1690, 1er alinéa, le cessionnaire n'est saisi de la créance à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. La cession n'a effet à l'égard des tiers, et le débiteur est un tiers, puisqu'il n'a pas joué un rôle dans la cession, que par la signification : jusque-là elle est pour le débiteur et les autres tiers non avenue; par conséquent, ce que nous avons dit sur l'effet d'une cession par rapport à la compensation suppose une cession signifiée; c'est seulement quand la cession est devenue parfaite par l'accomplissement de cette formalité que, relativement au débiteur, la créance a cessé d'appartenir au créancier cédant, et, jusqu'à ce moment, le débiteur qui pourrait payer au cédant pourrait compenser s'il devenait créancier de celui-ci. Que la signification ait lieu ensuite, elle est dénuée d'effet, car elle s'applique à une créance éteinte, puisque la compensation a opéré de plein droit à l'instant où est née la créance du débiteur cédé contre le cédant.

247 *bis*. III. L'article 1690 admet un autre procédé pour rendre la cession parfaite à l'égard des tiers, et l'article 1295, 1er alinéa, parle de cette seconde manière de saisir le cessionnaire. La cession a été acceptée par le débiteur dans un acte authentique. Cette acceptation saisissant le cessionnaire, il est clair qu'elle fait obstacle à la compensation de la créance cédée avec des créances acquises postérieurement par le cédé contre le cédant; car, depuis l'acceptation, le cédant a cessé d'être créancier, même à l'égard

des tiers. Mais il peut exister des créances antérieures à l'acceptation ou même à la cession, et pour celles-ci l'article 1295 donne une règle tout autre que celle précédemment donnée pour le cas où la cession a été signifiée. Au cas de signification, les créances du cédé antérieures à cet acte sont compensées avec la créance du cédant; mais il n'en est pas de même au cas d'acceptation de la cession, et le cédé acceptant ne peut pas opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu avant l'acceptation opposer au cédant. Il ne peut pas, pour refuser de payer sa dette, alléguer qu'il a été créancier de son créancier avant l'acceptation de la cession. Cette différence entre les effets de la cession acceptée et ceux de la cession notifiée tient à la différence essentielle qui sépare l'acte de signification de l'acte d'acceptation. Le premier de ces actes laisse au cédé un rôle purement passif; il tend à le prévenir que la créance a changé de maître; mais il ne suppose de la part de ce cédé aucune approbation, aucune adhésion au transport de la créance. Dans le cas d'acceptation, au contraire, le débiteur reconnaît implicitement la dette, puisqu'il coopère à la cession sans protester contre la qualité de débiteur qui lui est attribuée. Il tromperait le cessionnaire, ou de mauvaise foi ou par négligence, s'il laissait celui-ci croire à l'existence de la dette pour la nier ensuite. Il n'est pas forcé d'accepter la cession; il doit connaître sa situation, et, s'il a des doutes sur la dette, il peut refuser d'accepter; le cessionnaire, mis dans la nécessité de faire une signification, comprendra peut-être que ses droits ne sont pas certains.

247 *bis*. IV. Le refus de compensation, au cas prévu par l'article 1295, 1^er^ alinéa, se justifie par une sorte de renonciation du débiteur cédé à la compensation qu'il pouvait invoquer; il y a donc là une disposition légale personnelle à ce débiteur, et qu'il serait illogique et injuste de considérer comme produisant des effets à l'égard d'autres personnes. La dette, qui était compensée de plein droit avant que la cession fût devenue parfaite, était peut-être garantie par des cautions ou des hypothèques, et l'extinction de cette dette intéresse au plus haut degré les cautions, les tiers détenteurs des immeubles hypothéqués et les tiers créanciers ayant hypothèque sur ces mêmes immeubles. Ces personnes avaient un droit acquis à l'extinction de la dette, et elles ne peuvent

pas être privées de ce droit par la renonciation, la négligence ou la mauvaise foi du débiteur. Les cautionnements et les hypothèques ne revivront donc pas; c'est la conséquence nécessaire des principes que la rédaction même de l'article 1295 confirme pleinement, car il ne dit pas d'une façon impersonnelle que la compensation n'a pas lieu dans le cas dont il s'agit, mais d'une manière toute personnelle et relative, que le débiteur ne peut plus l'opposer. Il est vrai que l'article 1299, dans une hypothèse analogue, fait revivre des priviléges et hypothèques éteints par la compensation; mais c'est là une exception formellement exprimée qu'on ne saurait sans danger étendre à un cas régi par un texte très-clair. Les circonstances ne sont pas, du reste, exactement les mêmes; car, dans l'article 1299, la loi vient au secours d'un créancier qui a eu juste sujet de se tromper sur la compensation, tandis que, dans le cas de l'article 1295, le créancier a été induit en erreur par sa confiance dans le débiteur cédé, confiance personnelle qui peut bien produire une obligation de celui-ci, mais qui ne peut engendrer des droits contre des tiers.

247 *bis*. V. A côté de la cession, qui, déplaçant la qualité de créancier, peut être un obstacle à la compensation, il faudrait placer la saisie-arrêt, qui paralyse entre les mains du créancier le droit de se faire payer, et qui est une sorte de cession forcée. Il en sera parlé sur l'article 1298 (n° 250).

248. On pourrait douter que deux dettes payables en des lieux différents fussent compensables, car il n'y a pas parfaite identité; la loi, néanmoins, permet d'en opposer la compensation. Mais la charge de payer dans un certain lieu constituant réellement un accroissement de dette, il est clair que cet accroissement doit entrer en ligne de compte, et qu'on doit faire raison des frais de remise. V. article 1296.

248 *bis*. La règle qui admet la compensation entre dettes payables en des lieux différents déroge à celle qui exige la liquidité des deux dettes. En effet, il serait injuste de comparer chiffre à chiffre deux dettes qui ne sont pas payables dans la même localité. L'argent peut être, sous l'influence des événements politiques ou économiques, plus rare et, partant, plus cher dans un pays que dans un autre : les denrées aussi, et il est ordinaire

que le prix du blé soit moindre aux lieux de production qu'aux lieux de consommation : il arrive alors que, pour toucher 1,000 francs à Mexico, il faut donner 1,010 à 1,015 francs à Paris : que 100 hectolitres de blé à Odessa représentent seulement 98 ou 99 hectolitres à Paris. La différence entre ces deux valeurs représente ce qu'on appelle le *change*, ou droit de remise de place en place; et il faut bien en tenir compte, car celui qui doit dans le lieu où la marchandise est moins chère et qui est créancier dans le lieu où elle est d'un prix plus élevé subirait un préjudice si, par une compensation, c'est-à-dire par un paiement forcé, on le contraignait à recevoir une valeur de 1,000 francs en paiement de 1010 francs, ou 95 hectolitres en paiement de 100. La compensation à chiffre égal est donc impossible; mais, si on veut tenir compte de la différence des valeurs, on se heurte à un autre obstacle : il y a un élément incertain dans la comparaison des deux dettes, elles ne sont pas relativement liquides. La loi, toutefois, abandonne exceptionnellement sa règle sur la liquidité, comme elle l'a déjà fait à l'article 1291, 2e alinéa, parce que la liquidation se fera par une opération arithmétique des plus simples et dont les éléments sont à la disposition de tous, car le commerce est toujours fixé sur le cours du change et des transports, et, par conséquent, sur les valeurs diverses de l'argent et des marchandises dans les diverses localités.

249. La compensation a l'effet d'un double paiement. Ainsi les règles sur l'imputation des paiements lui sont applicables. V. article 1297.

Mais la compensation s'opérant de plein droit, il n'y a pas lieu ici à s'en rapporter à la volonté expresse de l'une des parties. En conséquence, les règles à suivre sont celles qui sont établies pour le cas où la quittance est muette. (Art. 1256.) V. article 1297.

250. Par suite du même principe, les causes qui empêchent le paiement doivent empêcher également la compensation. On ne peut donc pas plus compenser qu'on ne peut payer au préjudice des droits acquis à un tiers; ce qui s'applique au cas de saisie-arrêt, si le tiers saisi devient ensuite créancier du saisi son créancier. V. article 1298.

250 *bis*. I. La saisie-arrêt dont nous avons parlé *suprà*, au n° 181, est un acte qui prive le créancier saisi du droit de recevoir son paiement, et dès lors qui doit rendre impossible la compensation quand le créancier saisi devient débiteur de son débiteur tiers saisi. *Exemple :* Pierre doit 1,000 francs à Paul, et Jean, créancier de Paul, saisit-arrête les 1,000 francs. Postérieurement à cette saisie, Paul devient débiteur de Pierre; celui-ci doit payer entre les mains de ceux qui ont le droit de profiter de la saisie-arrêt, et il ne peut invoquer, pour se soustraire à la nécessité de payer, la compensation qui se serait opérée, car cette compensation serait l'équivalent d'un paiement fait au créancier lui-même, à Paul, et Paul, saisi, ne peut recevoir un paiement au préjudice du saisissant.

250 *bis*. II. Nous avons admis, au n° 181 *bis*, que la saisie-arrêt faisait obstacle au paiement de la somme entière due par le tiers saisi au saisi, alors même que cette saisie était pratiquée pour une somme inférieure à celle-ci. Nous devons tirer une conséquence de cette doctrine en matière de compensation et considérer la compensation comme impossible, même pour ce qui excède les causes de la saisie, c'est-à-dire le montant de la créance du saisissant. *Exemple :* Pierre doit à Paul une somme de 5,000 francs; il a reçu une saisie-arrêt au nom de Jean, créancier de Paul, pour 3,000 francs. Il devient ensuite créancier de Paul, son créancier, d'une somme de 5,000 francs : il ne peut pas plus opposer la compensation pour les 2,000 francs excédant les causes de la saisie que pour les 3,000 dus au saisissant. Nous l'avons dit, tout paiement par lui fait pourrait nuire au saisissant, et, par conséquent, toute compensation est impossible, parce qu'elle aurait le même résultat préjudiciable que le paiement. On pourrait toutefois, en supposant que le saisissant reste seul, qu'il ne survient pas d'autres créanciers, être tenté d'admettre que la compensation a pu s'opérer pour tout ce qui excède les causes de la saisie, parce qu'alors elle ne causerait aucun préjudice au saisissant. Mais les principes de la compensation repoussent cette restriction à la règle que nous avons donnée : la dette du tiers saisi à compenser avec sa créance n'est pas liquide; car, par suite de la saisie-arrêt et en conséquence de notre théorie sur les effets de cet acte, il est impossible de savoir si le tiers saisi peut payer entre les mains de

son créancier le saisi, et en tout cas jusqu'à concurrence de quelle somme il peut payer sans danger, puisque cela dépend du nombre des créances qui s'adjoindront à celle qui a été cause de la saisie.

250 *bis*. III. Si le tiers saisi ne peut, par une compensation, obtenir le paiement intégral de sa propre créance, il peut au moins se présenter comme créancier du saisi et participer en cette qualité aux distributions qui seront faites des deniers qu'il a entre les mains. Pour assurer son droit à ces distributions, il pratiquera une saisie-arrêt sur lui-même, dans laquelle il jouera à la fois les rôles de saisissant et de tiers saisi, et qui aura pour résultat de prévenir le saisi de ses prétentions et d'en constater l'existence à l'encontre des autres créanciers de ce saisi.

250 *bis*. IV. La règle de l'article 1298 ne s'applique pas seulement au cas de saisie-arrêt : dans sa formule même, elle est plus générale, la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à des tiers. Le cas de saisie-arrêt n'est indiqué par la loi que sous forme d'exemple : on ne doit pas hésiter, par conséquent, à appliquer la règle dans d'autres hypothèses. Ainsi, l'acheteur d'un immeuble hypothéqué, débiteur du prix envers le vendeur et créancier pour autre cause de ce vendeur, ne pourrait pas être contraint de se libérer du prix par compensation, comme il ne peut pas être contraint de payer entre les mains du vendeur; il s'exposerait, soit qu'il compensât, soit qu'il payât, à payer une seconde fois ou à être privé de l'immeuble sur la poursuite des créanciers hypothécaires. Il faudrait dire que le vendeur débiteur de son acheteur exécutât son obligation envers celui-ci sans pouvoir invoquer la compensation.

251. La compensation s'opérant, comme on l'a dit, de plein droit, l'extinction des deux dettes avec leurs accessoires, tels que priviléges ou hypothèques, a eu lieu dès le moment qu'elles ont coexisté avec les conditions requises. Toutefois, si le paiement, qui ne pouvait plus être exigé, a eu lieu, de fait, de la part d'un des débiteurs, celui qui a reçu ne peut à la fois profiter de la libération que la compensation lui avait procurée, et retenir ce qui a été payé nonobstant la compensation. Il redevient donc nécessairement débiteur. Mais l'ac-

tion que l'autre peut intenter, jusqu'à concurrence de la créance dont il n'a pas opposé la compensation, n'étant en réalité qu'une répétition pour paiement indû, ne doit point jouir, en général, au préjudice des tiers, des priviléges et hypothèques attachés à l'action primitive. Néanmoins, la loi, *ex æquitate*, réserve ces priviléges et hypothèques à celui qui, lorsqu'il a payé, avait une juste cause d'ignorance. Voy. article 1299.

251 *bis*. I. L'article 1299 contient une application de la règle que la compensation est opérée de plein droit et que les deux dettes sont éteintes, même à l'insu des parties, dès qu'elles ont existé simultanément et en sens inverse (art. 1290). Il reconnaît que les priviléges et hypothèques qui garantissaient les deux créances sont éteints par la compensation de ces créances, et il nous montre l'intérêt de cette décision dans le cas où, malgré la compensation opérée, l'un des débiteurs a payé son ancienne dette et prétend exercer quelque répétition contre l'autre partie. *Espèce :* Pierre doit à Paul, Paul doit à Pierre : de plein droit la compensation s'opère, et les deux dettes sont éteintes. Cependant Pierre paie à Paul ce qu'il lui devait avant la compensation, et ensuite il prétend agir contre Paul pour recouvrer ce qu'il lui a payé à tort; mais, comme il n'a pas tenu compte de la compensation, il voudrait se prévaloir de son ancienne créance pour exercer les hypothèques et priviléges qui y étaient attachés. L'article lui refuse ce droit : il considère la créance de Pierre comme éteinte par la compensation, et par conséquent les droits accessoires comme perdus avec elle. L'action que peut intenter Pierre, qui a payé une dette inexistante, ne peut pas être son action ancienne, mais une *condictio indebiti*, la répétition de l'indû. Sa dette n'existait plus lors du paiement : donc il a payé indûment, et il ne peut prétendre qu'à une répétition de l'indû. C'était la doctrine de Pothier (n° 603), et l'article 1299, dont la décision est en parfaite harmonie avec ces principes, ne la contredit même pas dans les termes, quelle que soit d'ailleurs son apparence. Il dit, en effet, que celui qui a payé ne peut, *en exerçant la créance*, se prévaloir des hypothèques; ce qui ne signifie pas qu'il exerce la créance, mais qu'il *ne peut exercer la créance et se prévaloir des*

hypothèques, ou *se prévaloir des hypothèques sous le prétexte qu'il exerce la créance.*

251 *bis.* II. Cette décision, fondée sur les principes, subit une restriction. Si celui qui a payé la dette éteinte par compensation avait juste sujet d'ignorer la compensation opérée, la loi lui conserve son ancienne action avec les priviléges et hypothèques qui la garantissaient. Pierre a payé, parce qu'il ignorait qu'il fût devenu créancier de Paul, or il était devenu créancier par succession, et il ignorait peut-être que la succession fût ouverte, le décès de son parent ayant eu lieu dans un pays éloigné, et la nouvelle ne lui en étant pas encore parvenue; il serait alors bien rigoureux de se tenir si strictement à la règle de la compensation que celui qui a payé fût réduit à répéter seulement par une *condictio indebiti.* La loi vient au secours de cet ancien créancier, et, prenant en considération la juste erreur dans laquelle il s'est trouvé, elle lui conserve son droit ancien avec tous ses accessoires, et lui accorde en réalité ce que les Romains auraient appelé une *restitutio in integrum.*

251 *bis.* III. Il n'est question dans tout l'article que de l'extinction ou de la conservation des priviléges et hypothèques; mais, comme il s'agit là d'une application de la théorie générale, il ne faut pas faire de différence entre les cautionnements et les droits réels accessoires. L'obligation des cautions sera éteinte en principe par la compensation et ne garantira pas la dette nouvelle naissant du paiement de l'indû; mais elle sera restituée, comme le privilége ou l'hypothèque, au cas où le débiteur qui payait avait juste sujet d'ignorer l'existence de la créance qui opérait la compensation.

251 *bis.* IV. Dans l'hypothèse principale de l'article 1299, c'est-à-dire quand l'ancien débiteur qui payait une dette éteinte n'avait pas juste sujet d'ignorer la compensation, nous n'avons pas fait de distinction. Qu'il ignore ou qu'il connaisse la compensation, peu importe, sa situation est la même, il perd l'ancienne action et ses accessoires, mais il a dans les deux cas la *condictio indebiti.* Nous l'avons dit au n° 174 *bis.* XII, la répétition de l'indû n'est pas subordonnée à la condition d'erreur de la part de celui qui a payé : elle a lieu par cela seul qu'il y a eu paiement de l'indû, et, dans notre hypothèse mieux encore que dans toute autre, il est

facile de justifier cette solution; car on n'est même pas séduit par cette raison que celui qui paie sciemment l'indù a voulu faire une donation. Son action s'explique ici sans cette supposition, si souvent contraire à la vérité. Il était débiteur et en même temps créancier; en cette dernière qualité il avait un placement qui lui convenait, et, puisqu'il avait des fonds à sa disposition, il aimait mieux ne pas se prévaloir de la compensation et payer sa dette pour conserver son placement, plutôt que d'être obligé de chercher un autre emploi de ses fonds disponibles.

251 *bis*. V. La loi n'a parlé que de la compensation légale; il nous reste à dire quelques mots des deux autres compensations que nous avons annoncées : la compensation facultative et la compensation judiciaire à la suite d'une demande reconventionnelle.

1° *Compensation facultative*. Il ne faut pas la confondre avec celle qui s'opérerait par la volonté commune des parties, et qui devrait alors s'appeler conventionnelle. La dénomination de la compensation dont nous parlons indique qu'elle est *in facultate unius ex debitoribus*, qu'elle peut être opposée par l'un des débiteurs et non pas par tous les deux, comme la compensation légale. L'un des débiteurs peut s'en prévaloir, mais l'autre n'a pas ce droit. Elle est possible quand deux dettes coexistent en sens inverse entre lesquelles les conditions de la compensation légale n'existent pas, et quand c'est dans l'intérêt seulement de l'une des parties que la compensation légale est interdite. Alors, si cette partie veut opposer la compensation, il n'y a pas de raison pour qu'elle n'ait pas lieu : elle est donc *in facultate hujus debitoris*. *Exemple :* Pierre doit à Paul 10 hectolitres d'un vin d'un cru et d'une année déterminés : Paul doit à Pierre 10 hectolitres de vin *in genere;* si la compensation légale est interdite, c'est dans l'intérêt de Paul, qui peut se libérer en payant du vin de peu de valeur, tandis qu'il a droit d'exiger un vin que nous supposons de bonne qualité. Mais si Paul ne veut pas se prévaloir de ses avantages, on ne comprendrait pas pourquoi Pierre refuserait la compensation; d'ailleurs, son débiteur a bien le droit de lui payer du vin d'un grand prix, et, en demandant à compenser, il ne fait pas autre chose qu'offrir en paiement de sa dette de vin *in genere*, du vin d'un bon cru et d'une bonne année.

Autre exemple : Pierre doit 1,000 francs à Paul, et sa dette est exigible : Paul doit 1,000 francs à Pierre, avec un terme d'une année stipulé dans son intérêt unique. Si la compensation légale ne s'opère pas, c'est pour réserver à Paul le bénéfice du terme ; mais que Paul renonce à ce bénéfice, comme il en a le droit, la compensation, qui est alors tout avantageuse à Pierre, ne peut pas être contestée.

251 *bis.* VI. Il suffit de comprendre dans quelles circonstances se produit la compensation facultative pour apercevoir qu'elle ne peut avoir lieu de plein droit, puisqu'elle dépend de la volonté d'une des parties, et que, partant, son effet ne peut pas remonter au jour de la coexistence des deux dettes, mais seulement à celui où elle a été demandée par celui qui avait le droit de l'invoquer. En conséquence, si l'une des deux dettes produisait intérêts, ces intérêts ne cesseraient pas du jour de la coexistence des deux dettes, mais seulement du jour où la compensation a été opposée. On a contesté ce résultat dans l'espèce suivante, où il nous paraît au contraire souverainement raisonnable : Pierre est dépositaire irrégulier de 3,000 francs ; il devient créancier du déposant d'une somme de 3,000 francs produisant intérêts : la compensation légale ne peut avoir lieu, parce que l'une des dettes a pour cause un dépôt ; mais le déposant, poursuivi en paiement des 3,000 francs qu'il doit avec intérêts, est le maître d'opposer la compensation. Alors, a-t-on dit, l'extinction des deux dettes doit rétroagir et les intérêts cesser depuis le jour où les deux dettes ont coexisté, parce que les deux parties doivent être remises dans la même position que si elles avaient été exactes à remplir leurs obligations. La raison donnée à l'appui de la solution nous paraît montrer que la solution est inadmissible ; car il y a une des deux parties, le dépositaire, qui n'était tenue de restituer le dépôt qu'à la réquisition du déposant, et qui ne peut être accusée d'avoir été inexacte si la restitution n'a pas été demandée ; secondement, ce dépositaire, devant toujours avoir à la disposition du déposant une somme égale à celle déposée, ne peut pas tirer de ces fonds le même parti que de fonds absolument libres, et il serait injuste de le considérer comme indemnisé à son insu de la jouissance d'un capital de 3,000 francs dont il est créancier par celui d'un capital pareil dont il est dépositaire. L'équité est donc ici en harmonie

avec la théorie pour faire décider qu'une compensation qui dépend du caprice d'une des parties, et que l'autre partie subit sans jamais la provoquer, n'a d'effet que du moment où elle a été opposée (1).

251 *bis.* VII. 2° *Compensation judiciaire par suite d'une demande reconventionnelle.* On entend par *reconvention* une demande formée par un défendeur. *Convenire* signifie *actionner, reconvenire réactionner*, agir en sens inverse de la première action. Voici comment la reconvention conduit à une compensation (2) : un débiteur est actionné, il est créancier de son créancier demandeur, mais sa créance manque d'une des conditions de la compensation légale, la liquidité; il forme alors contre le demandeur une demande ayant pour objet sa créance non liquidée, afin que le juge la liquide et qu'il fasse lui-même la compensation des deux créances. Le juge a ce pouvoir, pourvu qu'il soit compétent *ratione materiæ* quant à la demande du défendeur; il peut même, et c'est une conséquence nécessaire de l'admission des demandes reconventionnelles, surseoir à statuer sur la demande principale pour statuer sur la créance non liquidée; il peut aussi rejeter la demande de délai et de compensation si la liquidation de la créance du défendeur lui paraît exiger trop de temps et devoir porter préjudice aux intérêts du demandeur principal. Cette théorie a son fondement dans des traditions de l'ancien droit (3) et dans l'article 464 P. C., qui, autorisant en appel les demandes nouvelles quand il s'agit de compensation, ne peut avoir en vue que celles dont nous parlons; car la compensation légale, ayant éteint de plein droit la dette, ne pourrait être considérée, quand elle est opposée en appel, comme une demande nouvelle, mais simplement comme un moyen nouveau à l'appui d'une prétention ancienne (4).

251 *bis.* VIII. Cette compensation est loin de ressembler à la compensation légale, qui a lieu de droit, et elle diffère également

(1) V. M. Frédéric Duranton, *Revue du droit français et étranger*, 1846, p. 874.

(2) V. d'autres applications de la reconvention dans le *Traité de la compensation et des demandes reconventionnelles*, par M. Albert Desjardins, p. 499 et suiv.

(3) Art. 106 de la Coutume de Paris, qui contient sur la compétence une restriction que la pratique avait abandonnée.

(4) V. Boitard et Colmet-Daâge, *Procédure civile*, édit. 1868, t. II, nos 707-708.

de la compensation facultative, qui dépend de la volonté de l'une des parties, et que les juges ne peuvent refuser d'admettre quand elle est opposée par le débiteur qui en a le droit, tandis que celle-là est absolument abandonnée à l'arbitraire des juges, maîtres de surseoir ou de ne pas surseoir au jugement de la demande contre laquelle la compensation est opposée. De cette double différence avec la compensation légale et avec la compensation facultative nous déduisons une double différence dans les effets. D'abord, ces effets ne sont pas produits, comme au cas de compensation légale, du jour de la coexistence des deux dettes ; secondement, ils ne se produisent pas même du jour où la compensation est demandée, car elle n'est pas, comme la compensation facultative, nécessairement admise quand elle est invoquée ; elle ne constitue pas un droit pour celui qui l'invoque : elle dépend du juge, qui peut la refuser, et dès lors elle ne peut produire d'effet que du jour où le juge l'a admise.

251 *bis*. IX. La compensation dont nous venons de parler suppose que le débiteur de la dette liquide, créancier de la dette non liquidée, est actionné en paiement par son créancier; c'est alors qu'il peut former une demande reconventionnelle. Quand il n'est pas actionné, il peut se porter demandeur pour faire liquider sa créance et arriver à l'extinction de sa dette par compensation ; mais, quelque hâte qu'il mette soit à intenter une action, soit à faire statuer reconventionnellement, il pourrait arriver, *inter moras litis*, que son créancier cédât à un tiers la créance qui lui appartient et rendît ainsi la compensation impossible à l'époque où la liquidation de la créance serait faite. Dans ce cas, la pratique, non contredite par la loi, accorde au créancier de la dette à liquider le droit de saisir-arrêter entre ses propres mains la somme liquide qu'il doit à son débiteur. Il exerce alors sur ce qu'il doit le droit d'opposition qu'il exercerait sur ce que devrait un tiers à son débiteur, et par cette saisie il arrive à paralyser le droit de créance entre les mains du créancier, qui est en même temps son débiteur, et à prévenir l'effet désastreux pour lui des cessions qu'il redoute. Si on admet, en effet, que la saisie-arrêt détruit entre les mains du saisi le droit de disposer de sa créance, on voit l'intérêt de l'acte qui nous occupe; si, au contraire, on considère la saisie comme réduisant tout cessionnaire postérieur à

la condition d'un créancier qui n'a droit qu'à un dividende sur la créance, l'intérêt du saisissant diminue, mais subsiste encore, car la cession, au lieu de lui enlever tous ses droits sur la somme qu'il doit à son débiteur, ne lui enlève, grâce à la saisie-arrêt, qu'une partie de ces mêmes droits (1).

251 *bis*. X. L'utilité de la saisie-arrêt sur soi-même reconnue, il ne faut pas s'arrêter à quelques objections de détail que cette procédure peut soulever. Il paraît peut-être ridicule de se signifier à soi-même une défense de payer; mais ce n'est là qu'une forme de langage : le but sérieux de l'acte est la constatation de la volonté de ne pas payer, volonté dont il est ensuite donné connaissance à l'intéressé, c'est-à-dire au saisi, par la dénonciation. La loi certes est écrite en vue de l'hypothèse ordinaire d'une saisie pratiquée sur un tiers, et, si elle avait réglé spécialement l'autre cas, elle aurait pu économiser quelques actes, par exemple la contre-dénonciation; mais ce qui abonde ne vicie pas, et au fond la procédure a sa raison d'être et son utilité; il ne faut pas s'en priver parce que quelques-unes de ses formalités sont inutiles. Il est vrai que la loi suppose la saisie faite sur un tiers; mais, nous le répétons, c'est l'hypothèse ordinaire, *id quod plerumque fit;* et enfin, dans l'article 823 P. C., la loi suppose qu'une personne saisit des objets qui sont entre ses mains, ce qui revient bien à la pratique que nous voulons consacrer pour la saisie-arrêt.

SECTION V.

De la confusion.

252. Il y a, en général, confusion quand il y a concours de deux qualités incompatibles dans un même sujet.

Cette incompatibilité existe évidemment entre les qualités de créancier et de débiteur d'une même dette; il en résulte nécessairement que, si elles se trouvent réunies dans une même personne (ce qui arrive lorsque le créancier et le débiteur deviennent héritiers l'un de l'autre, ou qu'ils ont un

(1) V. sur les effets de la cession postérieure à une saisie-arrêt, Boitard et Colmet-Daâge, t. II, n° 833, édit. 1868.

héritier commun), cette réunion éteint l'obligation active et passive. V. article 1300; et remarquez l'expression vicieuse de la loi, qui suppose mal à propos l'extinction de deux créances.

252 *bis*. I. L'hypothèse où se produit la confusion est tout à fait distincte de celle où se produit la compensation. Dans le cas de confusion, il n'existe qu'une seule dette dont la même personne devient à la fois créancière et débitrice; dans le cas de compensation, il existait deux dettes différentes, et le créancier de l'une se trouve débiteur de l'autre, et réciproquement. Il est nécessaire d'insister sur la différence des deux espèces; car, bien que les principes sur ce point soient hors de doute, les expressions du Code pourraient induire en erreur, et la définition de la confusion pourrait convenir à la compensation, puisqu'elle ne dit pas qu'il s'agit de la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une même dette, et surtout puisqu'elle ajoute que cette réunion éteint les deux créances. Il est certain qu'il n'y a pas deux créances, mais une seule : que ce qui est éteint, c'est la créance et la dette, ou, si l'on veut, les deux obligations, l'une active et l'autre passive.

252 *bis*. II. Les deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur n'ont certainement pas été toujours réunies sur la même tête, car l'obligation n'aurait pas pu naître; il arrive donc, quand il y a confusion, que ces deux qualités, séparées dans l'origine, se sont réunies : le créancier devient héritier ou successeur à titre universel du débiteur, ou bien le débiteur devient héritier ou successeur à titre universel du créancier.

Nous n'indiquerons pas comme troisième hypothèse le cas où une tierce personne succède à titre universel tant au créancier qu'au débiteur, parce qu'il est bien certain qu'une des successions s'est ouverte la première, que, par conséquent, l'hypothèse se confond avec les précédentes; car, si la première succession ouverte a été celle du débiteur, la confusion s'opère ensuite quand le successeur du débiteur, devenu débiteur lui-même, devient plus tard héritier du créancier; si, au contraire, la succession du créancier s'est ouverte d'abord, la confusion s'opère ensuite par l'accession de la qualité de débiteur à celle de créancier.

252 *bis*. III. Nous devons ensuite faire observer que nous pré-

sentons la confusion comme résultant de la succession à titre universel du créancier au débiteur ou du débiteur au créancier. C'est ce qui arrive ordinairement et ce que suppose Pothier (1). On pourrait cependant prévoir des hypothèses où le débiteur acquerrait à titre particulier les droits du créancier par une cession : il se produirait alors une confusion ; mais cette espèce n'est pas probable, car, sauf le cas où les parties ignoreraient que le cessionnaire du droit est précisément le débiteur, il paraîtra toujours plus simple de donner quittance, de faire une remise de dette à titre onéreux ou à titre gratuit, que de faire une cession pour arriver par la voie indirecte de la confusion à l'extinction de l'obligation.

252 *bis*. IV. Cette extinction de la dette est d'une nature toute particulière, et elle n'a pas un effet aussi complet que celle qui résulte du paiement ou d'un mode d'extinction équivalent. En effet, elle est la conséquence d'une certaine incompatibilité de fait, mais elle ne dérive pas de l'exécution de l'obligation ou de quelque fait qui s'en rapproche, en sorte que son effet est plutôt personnel que réel : elle dégage un débiteur de l'obligation sans éteindre véritablement et à tous les points de vue la dette qui en est l'objet : *Eximit potius personam quam extinguit obligationem.* Nous pouvons immédiatement rattacher à cette idée une décision très-importante : la dette doit être considérée comme existante, malgré la confusion, si cette extinction devait préjudicier à des tiers. Ainsi, l'un des héritiers était débiteur du défunt, et une part de la créance se trouve éteinte par confusion, il faut cependant compter la créance tout entière dans l'actif du défunt quand il s'agit de faire le calcul de la réserve et du disponible, autrement les héritiers à réserve, ou les légataires et donataires, suivant les circonstances, verraient leurs droits singulièrement diminués. *Exemple :* un défunt avait trois enfants et un patrimoine de 120,000 francs, composé de 60,000 d'immeubles et de 60,000 qui lui étaient dus par un de ses enfants. Les trois enfants ayant accepté la succession purement et simplement, il s'opère une confusion en la personne de l'enfant débiteur de 60,000 francs, et cette confusion libère cet enfant d'un tiers de la dette, soit

(1) Voy. Pothier, n° 606.

20,000 francs. Si on considérait cette confusion comme opérant exactement les mêmes effets qu'un paiement, l'actif total de la succession ne serait plus que de 100,000 francs au lieu de 120,000, et il résulterait de là une réduction de la quotité disponible, qui serait de 25,000 francs et non de 30,000. Les donataires ou les légataires souffriraient de cette manière de calculer, et ils ont le droit de demander que la créance soit comptée tout entière dans l'actif, comme si elle existait contre un étranger. *Autre exemple :* un créancier n'a pour tout patrimoine que sa créance, soit 20,000 francs dus par un étranger; il institue son débiteur légataire universel : si la confusion éteint la dette et fait disparaître cette valeur de l'actif héréditaire, le calcul de la réserve et du disponible s'établit sur zéro, et les héritiers à réserve n'ont rien à demander au légataire universel, qui cependant, par l'effet de la confusion, se trouve nanti de la totalité de la succession. Il faut donc faire les calculs comme si la créance existait encore, ou la compter comme une créance contre un débiteur étranger à la succession dont le légataire universel aurait touché le montant.

253. L'extinction de l'obligation n'étant fondée que sur l'incompatibilité des qualités, il s'ensuit naturellement que si la dette ou la créance était commune à plusieurs, la confusion opérée dans la personne de l'un des créanciers ou débiteurs n'éteindrait point, en général, les droits et les obligations des autres. Et toutefois, l'on sent bien que le codébiteur qui réunit en sa personne la qualité de créancier ne peut, à ce dernier titre, exiger des autres un paiement pour lequel il leur devrait lui-même garantie. Comme aussi, les créanciers ne peuvent exiger du débiteur, qui se trouve en même temps cocréancier, le paiement dont ils seraient comptables envers lui.

Appliquez cette règle :

1° En cas de confusion entre le créancier et le débiteur principal : la dette alors est éteinte. V. article 1301, al. 1.

2° En cas de confusion entre le créancier et la caution : la dette n'est pas éteinte. V. article 1301, al. 2.

3° En cas de confusion dans la personne du créancier et

de l'un des débiteurs solidaires : la dette n'est éteinte qu'en partie. V. article 1301, al. dern., dont le sens est plus clair que l'expression. (V. au surplus art. 1209.)

Dites-en autant, 4°, du cas où la confusion aurait lieu entre l'un des créanciers solidaires et le débiteur.

253 *bis*. I. On trouve l'application des principes que nous avons posés dans les diverses hypothèses prévues par l'article 1301.

1° La réunion des qualités de créancier et de débiteur principal profite à la caution, parce que, bien que la confusion ne puisse être assimilée à un paiement, bien qu'elle n'ait qu'un effet relatif et personnel, cependant le débiteur principal, étant garant envers la caution et devant l'indemniser quand elle est contrainte à payer, ne peut pas lui-même la poursuivre à fin de paiement.

253 *bis*. II. 2° Les qualités de créancier et de caution sont réunies. Si la confusion éteignait l'obligation principale elle-même, le créancier, devenu successeur de la caution ou la caution succédant au créancier, éprouverait un préjudice, puisque aucune de ces deux qualités ne lui imposait définitivement le fardeau de la dette. Il est vrai que, si on avait assimilé la confusion à un paiement, on aurait réservé à l'ancien créancier un recours en sa qualité de caution; mais ce recours eût été, dans l'ancien droit au moins, plus désavantageux que l'action primitive du créancier, dépouillé des garanties spéciales qu'avait le créancier, car la subrogation ou cession d'action n'avait pas lieu de plein droit et devait être requise au moment du paiement (1). Dans le Code civil, la décision de la loi, qui a sa valeur théorique, présente en ce point moins d'intérêt; car, si l'obligation était alors éteinte comme par un paiement, la caution, subrogée de plein droit dans les actions du créancier, aurait sa créance aussi bien garantie que lorsqu'elle eût agi en qualité de créancier.

253 *bis*. III. 3° Voir, sur la confusion qui s'opère quand le créancier devient l'un des débiteurs solidaires, *supra*, n° 143 *bis*, I et II, et remarquer que les solutions données ci-dessus, et qui sont confirmées par les articles 1209 et 1301, découlent de la théorie qui refuse d'assimiler la confusion au paiement. S'il s'agissait d'un paiement, celui des codébiteurs qui l'aurait exécuté

(1) V. Pothier, n° 521.

n'aurait qu'une action divisée contre ses codébiteurs, et c'est parce qu'il agit comme créancier que nos articles l'autorisent à intenter l'action pour le tout, moins la part dont il était tenu comme débiteur et à raison de laquelle il est garant envers ses codébiteurs.

254. Il est évident, au reste, que la confusion ne s'opérerait que pour partie, si la succession qui la produit était déférée seulement pour partie. Dès lors il ne pourrait s'ensuivre qu'une extinction partielle de l'obligation. (V. à ce sujet articles 870, 873, 1220.)

254 *bis*. I. V. *supra*, n° 143 *bis*. III.

254 *bis*. II. La loi n'a compris dans son énumération des cas où s'opère la confusion que les hypothèses qui rentrent dans la définition de l'article 1300, c'est-à-dire celles où deux qualités contraires se trouvent réunies de telle sorte que sur la même tête se trouvent la créance et l'obligation. Il faut constater qu'en donnant au mot *confusion* un sens un peu plus large on peut l'appliquer à la réunion de deux qualités qui s'excluent l'une l'autre, en ce sens seulement que la réunion ôte tout intérêt à leur coexistence. *Exemple :* la qualité de caution et celle de débiteur principal. Il n'y a pas antagonisme entre ces deux qualités comme entre celles de créancier et de débiteur; mais l'une des deux devient surabondante, inutile, car l'obligation accessoire n'a plus sa raison d'être du moment qu'elle pèse sur le débiteur principal lui-même, le créancier n'ayant ni plus ni moins de chances d'être payé par le débiteur lorsqu'il a deux actions contre lui que lorsqu'il en avait une seule. Aussi peut-on considérer le cautionnement comme éteint par confusion; mais le Code applique à cette hypothèse, dans l'article 2035, les principes de la matière; de même que la confusion ne peut pas préjudicier à des tiers, de même elle ne doit pas préjudicier au créancier, et elle lui porterait un grave préjudice si on tirait des conséquences strictes de l'extinction du cautionnement et si on disait que les garanties accessoires fournies par la caution sont éteintes. Le créancier alors, sous le prétexte que l'obligation de la caution est devenue inutile, se trouverait privé des gages et des hypothèques donnés par la caution ou de l'engagement accessoire du *certificateur* de caution, c'est-à-dire de celui

qui aurait cautionné la caution (*fidejussor fidejussoris*). L'article 2035 n'a parlé que de l'obligation de la caution, parce que sur ce point on trouvait une décision contraire dans le droit romain (1). Mais sa solution s'applique à plus forte raison aux gages et aux hypothèques.

254 *bis*. III. Nous pouvons supposer aussi la confusion s'opérant en la personne de deux codébiteurs solidaires, et là encore les principes trouveront leur application. Par rapport au créancier, peu importe que le débiteur unique soit tenu à deux titres ou à un seul, puisqu'il pouvait demander le tout à chaque débiteur. On peut donc admettre que les deux dettes se sont confondues en une seule, sans qu'il soit possible cependant de déterminer celle qui serait éteinte, car les deux dettes étant principales, il n'y a pas moyen de dire quelle est celle qui est surabondante et inutile. Au surplus, la question est dénuée d'intérêt; car, ni le créancier ni les tiers ne doivent souffrir de la confusion opérée, le créancier conservera donc les cautions, les gages et les hypothèques qui garantissaient spécialement chacune des deux obligations solidaires, et les autres codébiteurs solidaires auront le droit, dans la division qui se fait entre eux de la dette commune (art. 1213), de comprendre pour deux parts le codébiteur qui a réuni sur sa tête sa propre obligation et celle d'un autre des codébiteurs solidaires.

255. N'oublions pas non plus que les effets de la confusion cessent en cas d'acceptation bénéficiaire (art. 802), ou de séparation de patrimoines (art. 878).

255 *bis*. I. L'acceptation bénéficiaire a un effet rétroactif; l'héritier est censé n'avoir jamais été héritier pur et simple, et, par conséquent, la confusion ne cesse pas, mais elle n'a jamais eu lieu. Au cas de séparation des patrimoines, la solution n'est pas aussi simple, et la décision donnée au n° 255 demande à être examinée de près dans les diverses hypothèses.

L'héritier était ou créancier ou débiteur du défunt. S'il était débiteur, la confusion lui serait avantageuse, puisqu'elle le libérerait, et il ne suffit pas pour y faire obstacle d'alléguer que la séparation des patrimoines empêche par elle-même la confusion, parce que l'idée de séparation est exclusive de l'idée de confusion;

(1) *D. fr.* 38, *De fidejuss.*

car la séparation n'est pas demandée contre l'héritier, mais contre les créanciers de l'héritier (art. 878), et ici c'est l'intérêt même de l'héritier qui est en jeu. C'est par les principes de la confusion et non par ceux de la séparation des patrimoines que la question doit être résolue. La confusion, qui n'éteint pas la dette en réalité comme un paiement, ne peut pas nuire aux tiers, et elle préjudicierait aux créanciers de la succession, car elle aurait pour résultat de diminuer l'actif sur lequel ils ont un droit de préférence par rapport aux créanciers de l'héritier.

255 *bis*. II. Si l'héritier était créancier du défunt, la confusion qui éteindrait son droit porterait préjudice à ses propres créanciers. En effet, les patrimoines devenant distincts, les créanciers de l'héritier devraient se faire colloquer du chef de leur débiteur sur l'actif héréditaire en concurrence avec les créanciers de la succession, et ils seraient dépouillés de ce droit si la confusion avait éteint la créance de l'héritier leur débiteur. C'est donc parce que la confusion ne doit pas nuire aux tiers que, dans cette hypothèse, nous considérons la séparation des patrimoines comme faisant obstacle à ce mode d'extinction de l'obligation.

255 *bis*. III. La confusion n'éteint pas irrévocablement la dette si la réunion des deux qualités n'est pas irrévocable. Ainsi le débiteur, devenu légataire universel sous condition résolutoire de son créancier, n'est évidemment libéré que sous condition résolutoire; l'héritier qui fait rescinder son acceptation aux termes de l'article 783 anéantit la confusion qui avait résulté de cette acceptation. Dans ces hypothèses, il y a un anéantissement rétroactif du fait qui avait produit la confusion : c'est l'application de la théorie sur la condition résolutoire et sur la rescision; mais il faut prendre garde d'assimiler à ces cas celui où la réunion des deux qualités incompatibles cesserait par un fait nouveau, par une convention qui n'aurait pas la puissance de rétroagir dans le passé. *Exemple* : un héritier vend ses droits héréditaires : il était, au moment de l'ouverture de la succession, débiteur ou créancier du défunt; sa dette ou sa créance s'était éteinte par confusion, et la convention qui transmet à un tiers les avantages et les charges de l'hérédité ne peut pas empêcher la confusion d'avoir été opérée, surtout en ce qui concerne les tiers, cautions ou détenteurs de biens hypothéqués qui ont un droit acquis à la libération ou au

dégrèvement de leur immeuble. Quant aux parties, la convention de vente de l'hérédité produit entre elles des effets qui ressemblent à ceux que produirait l'annulation de la confusion; mais il n'y a pas besoin pour les expliquer de supposer que les parties ont fait revivre une obligation déjà éteinte. L'acheteur d'hérédité s'oblige à prendre, par rapport au vendeur, la même situation que s'il avait été héritier, par conséquent à indemniser le vendeur de tout ce que lui a coûté sa qualité d'héritier. L'extinction de la créance de l'héritier a été une des conséquences onéreuses de son acceptation, et doit par conséquent entrer dans le compte d'indemnité que l'acheteur lui doit. Voilà tout ce que dit l'article 1698, qui ne fait pas revivre l'ancienne obligation, mais qui oblige l'acheteur à faire raison au vendeur de ce dont celui-ci était créancier. D'un autre côté, comme le vendeur d'hérédité s'oblige à communiquer à l'acheteur tous les profits que lui a procurés sa qualité d'héritier et que l'extinction de ses dettes par confusion a été un profit, il faut réciproquement et sans faire revivre la dette obliger le vendeur à tenir compte à son acheteur des dettes éteintes par confusion, comme il lui tient compte des créances dont il a reçu le montant. (Art. 1697.)

SECTION VI.

De la perte de la chose due.

256. Nul ne pouvant être tenu à l'impossible, ni répondre, sans y être formellement obligé, des événements dont les causes ne lui sont pas imputables, il est naturel que la perte de la chose due (en comprenant sous ce nom son extinction, sa mise hors du commerce, ou sa disparition) libère le débiteur; mais il faut pour cela que la perte ne procède pas de sa faute, ajoutons ou de son *fait*. V. article 1302, al. 1, et à ce sujet articles 1138, 1147, 1148, 1042, 1245; v. aussi articles 1382-1386.

256 *bis*. I. La perte de la chose due est une cause d'extinction de l'obligation en vertu de l'article 1147; le débiteur ne peut être condamné quand il justifie que l'inexécution provient

d'une cause étrangère et qui ne peut lui être imputée. Aussi la théorie est-elle plus générale qu'elle ne paraît l'être dans notre section. L'impossibilité absolue d'accomplir l'obligation est une cause d'extinction non-seulement à propos des obligations de donner, dont parle la section VI, mais aussi à propos des obligations de faire ou de ne pas faire. On comprend, par exemple, que le débiteur qui avait promis un certain travail intellectuel ou physique soit libéré quand il est mis par la maladie hors d'état de se livrer à ce travail : que celui qui a promis de faire un certain voyage dans un certain délai ne soit pas tenu à des dommages et intérêts quand il est parti à temps pour arriver au jour fixé, mais qu'il a été arrêté par un accident de chemin de fer ou un naufrage. Les hypothèses sont plus rares à propos de l'obligation de ne pas faire; mais on peut y avoir contrevenu sous l'empire d'une violence irrésistible, et on ne saurait alors être traité comme ayant violé ses engagements.

256 *bis*. II. Il faut revenir à l'hypothèse spéciale qu'envisage l'article 1302; c'est la plus ordinaire, la perte de la chose qui est l'objet de l'obligation de donner. Pour rester dans les probabilités, la loi ajoute que cette chose est un corps certain; car si la dette est une dette de quantité, la perte n'est guère probable. Il faudrait, pour que l'obligation devînt inexécutable par la perte, que tous les êtres composant le genre promis vinssent à périr. Cette hypothèse est rarement prévue; ce qui a fait dire : *Genera non pereunt*. Elle est cependant réalisable quand le genre dans lequel doit être pris l'objet dû est limité, ou quand une prohibition législative vient à retirer du commerce une certaine classe de choses. *Exemples d'un genre limité :* un exemplaire de telle édition de tel ouvrage, un cheval ayant appartenu à tel régiment. *Exemples de perte d'un genre par l'effet d'une prohibition législative :* une arme qu'une loi déclare arme prohibée, une substance qui est reconnue vénéneuse et dont le commerce est interdit, un office public faisant partie d'une classe d'offices supprimés par une loi, comme l'ont été récemment ceux des courtiers de commerce. Dans tous ces cas-là, on peut dire que la collection d'êtres dans laquelle devait être pris l'objet dû n'existe pas, le genre a péri, l'obligation est éteinte.

256 *bis*. III. La destruction de la chose peut ne pas résulter

d'une cause étrangère au débiteur sans que pour cela celui-ci soit en *faute*, et le texte de l'article semble alors ne pas imposer la responsabilité de cette perte au débiteur; ce serait de la part du Code un abandon de la théorie romaine, et il faut examiner si cet abandon a bien été dans la pensée de la loi. Il faut d'abord préciser l'espèce : le débiteur a détruit la chose due dans la croyance que sa dette avait un autre objet, ou ne sachant pas qu'il était débiteur : la chose alors a péri par son *fait,* par un acte de sa volonté; mais si son erreur a une cause légitime, on ne peut pas dire qu'il soit en faute, que le fait destructeur de l'objet dû puisse lui être reproché. Pothier disait au n° 625 que le débiteur était libéré quand l'extinction de la chose arrivait sans son fait ni sa faute, et il développait cette idée en montrant que le débiteur ne peut pas par son fait se libérer et faire perdre au créancier sa créance. Puis, dans le n° 626, il opposait la faute au simple fait. Doit-on croire que le Code a abandonné cette théorie quand il a employé dans l'article 1302 le mot *faute* à l'exclusion du mot *fait?* De nombreux articles prouvent le contraire : d'abord l'article 1042 traite la question en matière de legs à propos de l'héritier débiteur d'un corps certain légué, et il ne le déclare libéré que quand la chose a péri sans son fait ni sa faute. Or, il n'y a aucune raison de différence, quant à l'extinction, entre l'obligation résultant d'un legs et celle qui est née d'un contrat. Bien plus, dans le titre même des obligations, le Code ne décharge le débiteur de la responsabilité des détériorations que lorsqu'elles ne proviennent ni de son fait ni de sa faute (art. 1245), et il est clair que la détérioration, c'est-à-dire la perte partielle, doit être réglée par les mêmes principes que la perte totale. Enfin l'article 1147, où nous avons trouvé le principe de notre règle, établit que le débiteur doit être condamné quand l'inexécution ne provient pas d'une cause étrangère.

256 *bis.* IV. Il ne faudrait pas, au surplus, présenter cette théorie comme étant en contradiction avec celle de l'article 1382, d'après laquelle chacun est déclaré responsable de sa faute, mais exclusivement de sa faute. Les deux hypothèses diffèrent essentiellement; dans le cas de l'article 1382, il s'agit de créer une obligation : dans l'article 1302, d'éteindre une obligation existante : et la loi a pu très-logiquement soumettre à des conditions diffé-

rentes des résultats si différents. Elle a pu se montrer plus sévère sur les conditions nécessaires à la naissance d'une obligation que sur celles qui sont suffisantes pour la conservation d'un droit déjà existant.

257. Le débiteur en demeure, étant par cela même en faute, doit indemniser le créancier du tort que sa demeure lui a occasionné; il répond donc, en général, du cas fortuit. Exceptez-en le cas où la chose ayant dû périr également chez le créancier, sa perte ne peut être imputée à la demeure du débiteur. Mais n'appliquez pas cette exception lorsque le débiteur, s'étant expressément chargé du cas fortuit, doit en répondre indistinctement, ajoutons et quand même il ne serait pas en demeure. Voy. articles 1302, al. 2; 1138, *in fin.*, 1042.

257 *bis*. I. Nous avons dit, au n° 58 *bis*. VI, comment et pourquoi la demeure du débiteur (*mora*, retard) pouvait créer pour lui l'obligation de subir le risque de la chose due, alors même que cette chose aurait péri par cas fortuit. Nous avons en même temps expliqué l'exception que reçoit cette règle d'après l'article 1302, quand la chose qui a péri par cas fortuit eût dû périr également chez le créancier.

Les cas où le débiteur est en demeure sont exposés aux n^os^ 58 et 58 *bis*. VII, ainsi qu'au n° 62 *bis*. III.

257 *bis*. II. Le débiteur a pu accepter par la convention la responsabilité du cas fortuit, alors il n'y a pas besoin d'examiner s'il est en demeure et si la chose eût dû ou non périr chez le créancier, pour dire que son obligation n'est pas éteinte par la perte de la chose. Cette clause doit produire ses effets en vertu du principe de la liberté des conventions. Seulement il pourrait y avoir à examiner si, d'après les circonstances, la clause ne constitue pas une convention à titre gratuit soumise au moins aux règles de fond qui régissent les libéralités; ainsi le dépositaire qui se charge des cas fortuits procure un avantage gratuit au créancier, tandis que l'ouvrier chargé de tailler une pierre précieuse (v. Pothier, n° 632), ou le créancier gagiste, qui accepte le risque de la pierre qu'il travaille ou du gage qu'il a reçu, est indemnisé de son obligation par une augmentation de salaire ou par

la sûreté que lui donne le nantissement, en sorte que la convention est alors incontestablement faite à titre onéreux.

258. Le débiteur d'un corps certain étant obligé à la conservation de la chose (art. 1136), doit nécessairement, pour établir sa libération, prouver le cas fortuit. Voy. article 1302, al. 3.

258 *bis*. L'article 1302, 3e alinéa, contient l'application d'une règle fondamentale de la théorie des preuves (Art. 1315, 2e alinéa) : le débiteur doit prouver sa libération. Seulement il ne faut pas exagérer cette règle ; quand le débiteur a prouvé un certain fait qui a les caractères apparents du cas fortuit, la présomption est en sa faveur, et si le créancier allègue que cet événement a été causé par le fait ou la faute du débiteur, c'est lui qui doit faire la preuve de cette nouvelle allégation. (V. *suprà*, n° 64 *bis*. I.)

259. Le voleur étant toujours en demeure, ne saurait, en général, être libéré par la perte de la chose, *de quelque manière qu'elle arrive*. V. article 1302, al. dern.

259 *bis*. Il est dangereux de substituer à la décision de la loi sur le voleur cette formule que le débiteur est toujours en demeure, parce qu'en partant de cette idée, que la loi n'a pas exprimée, on donne naissance à une difficulté qui ne peut pas apparaître quand on lit l'article 1302, dernier alinéa, aussi simplement qu'il a été écrit. Dire que le voleur est toujours en demeure, c'est créer la tentation de faire par rapport à lui la distinction que fait le deuxième aliéna pour le débiteur constitué en demeure dans les conditions ordinaires. Aussi Pothier ne s'exprimait-il pas ainsi ; il commençait par établir que le voleur n'était pas libéré, même en justifiant que la chose eût dû périr chez le créancier, et il ne parlait de la demeure du voleur que sous forme d'observation incidente, et sans en faire la cause de la règle principale (1). Le Code a procédé comme Pothier, il s'est bien gardé de formuler une règle sur la demeure, il a seulement établi, en tout cas et sans distinction, la responsabilité du voleur. Dire que de quelque manière que la chose ait péri, sa perte ne libère pas le voleur, n'est-ce pas consacrer la responsabilité de celui-ci quoiqu'il soit

(1) Pothier, n° 628 *in fine*.

advenu, c'est-à-dire au cas de perte fortuite comme au cas de perte par son fait, et au cas où la chose aurait dû périr chez le créancier comme au cas où elle n'aurait pas dû périr chez lui? Cette dernière distinction n'est en effet fondée sur autre chose que sur une appréciation de l'événement, c'est-à-dire de la manière dont la chose a péri. Pour ne pas entendre ainsi l'article 1302, il faut le lire comme si la loi avait dit: le voleur est toujours en demeure, et la loi a dit plus que cela, ou il faut être préoccupé outre mesure de l'iniquité de la solution qu'on veut combattre. Or, cette solution n'est pas même sérieusement attaquable au point de vue de l'équité, car le débiteur peut être chargé par la loi de la responsabilité absolue du cas fortuit, comme un débiteur ordinaire peut en être chargé par la convention; et cette obligation légale a pour fondement équitable cette considération que la personne volée, qui se trouve malgré elle en un rapport d'obligation avec le voleur, aurait peut-être aliéné la chose avant l'événement qui l'a détruite, si le vol ne l'avait pas privée en fait de la disposition de cette chose.

260. Il est clair que le débiteur ne peut être entièrement libéré par la perte partielle, et que tout ce qui reste de la chose est nécessairement dû. (V. pourtant *Paul,* L. 49, D. *De leg.*, 2°.)

Par la même raison, tous les droits et actions qui ont pu naître de la perte doivent appartenir au créancier; et l'on sent qu'à cet effet, le débiteur est tenu de lui fournir tous les moyens d'agir qu'il a en son pouvoir. La loi même semble exiger de sa part une cession d'actions nécessaire, en effet, en droit romain (v. Just., *Inst.*, § 3, *in fin.*, *De empt. vend.*), mais dont la nécessité ne paraîtrait guère conciliable avec la simplicité de nos principes actuels. V. article 1303.

260 *bis*. I. Non-seulement le débiteur est tenu de livrer ce qui reste de la chose qui a péri en partie, comme le cuir d'un animal mort, partie restante de la chose due, mais il doit, malgré la perte totale de la chose principale, faire la livraison des choses accessoires qui avaient été promises pour l'usage et le service de l'objet promis principalement. Ce serait, du reste, une question

d'intention, car on pourrait quelquefois décider que la chose accessoire n'avait été promise et n'était due que conditionnellement pour le cas où la chose principale serait livrée. Il ne faut donc pas alléguer que la question ne peut être posée sous l'empire du Code, en présence du principe sur la translation de propriété par la convention et dire : Le créancier était devenu propriétaire de l'accessoire comme de la chose principale ; l'un des deux objets périt, l'autre reste sa propriété. La difficulté en effet n'est pas levée par le principe de l'article 1138, car il s'agit de savoir si la propriété de l'accessoire n'a pas été simplement transférée sous une condition (1).

260 *bis*. II. L'article 1203 contient un vestige des doctrines romaines; le débiteur libéré par la perte, mais tenu de livrer à son créancier tout ce qui lui reste de cette chose, doit *céder ses actions*. Les Institutes de Justinien (l. III, t. III, § 3) parlaient de céder la revendication et la *condictio furtiva*, à propos de la chose volée, parce que, le débiteur restant propriétaire jusqu'à la tradition, ces actions n'avaient pu appartenir qu'à lui. Mais chez nous les principes ont radicalement changé et rendent inutile cette cession d'action : d'abord la propriété est transférée par la promesse et le créancier agira contre les tiers comme propriétaire; puis, ne fût-il pas propriétaire, l'action en dommages et intérêts lui appartiendrait en son nom propre puisque le préjudice serait retombé sur lui, créancier privé de sa créance par la destruction de la chose; on pourrait cependant trouver une application de l'article si on supposait une de ces conventions possibles, mais bien rares chez nous, par lesquelles le débiteur déclarerait conserver la propriété jusqu'à une certaine époque ou jusqu'à la tradition. (V. *suprà*, n° 58 *bis*. V.). Alors, si le créancier trouvait un avantage à intenter, non pas l'action en dommages et intérêts fondée sur l'article 1382 qui lui appartiendrait toujours parce qu'il aurait éprouvé un dommage, mais l'action en revendication sur ce qui resterait de la chose entre les mains d'un tiers, on comprendrait qu'il se fît céder les actions.

260 *bis*. III. Il ne faudrait pas, au reste, considérer l'action en indemnité contre une compagnie d'assurance au cas d'incendie

(1) *Contra*, Marcadé sur l'art. 1302, I, *in fine*.

comme un droit que le débiteur devrait céder à son créancier. Ce droit en effet n'est pas, comme l'action contre le destructeur de la chose, la conséquence nécessaire et immédiate de l'événement qui a détruit la chose, c'est le résultat d'un contrat particulier fait par le débiteur, et son créancier n'a aucun titre à bénéficier des contrats qu'il a faits, à moins que le droit n'ait été l'objet d'une cession spéciale. Il arriverait alors que l'indemnité ne serait pas due par l'assureur, car le créancier ne pourrait pas l'exiger, puisqu'il serait étranger au contrat d'assurance; et quant au débiteur il ne pourrait pas se prévaloir du contrat, parce que la destruction de la chose ne lui aurait causé aucun dommage et que l'assurance ne peut jamais être pour l'assuré une cause de gain.

Le débiteur qui n'est pas tenu de céder les actions, puisque le créancier les a en son nom propre doit au moins donner au créancier tous les moyens matériels d'exercer son droit, lui remettre, par exemple, les pièces justificatives de ce droit, les procès-verbaux constatant à la charge des tiers la destruction ou la détérioration de la chose, etc.

260 *bis*. IV. La section VI a seulement constaté que le débiteur était libéré quand son obligation devenait inexécutable sans son fait ni sa faute; elle n'a pas statué sur le sort de l'obligation corrélative dans les contrats synallagmatiques. C'est un point qui a été réglé par l'article 1138 pour les obligations de donner. L'obligation corrélative ne s'éteint pas, et, par conséquent, la perte est pour le créancier de la chose qui a péri. Dans le cas d'une obligation de faire ou de ne pas faire, la même question peut être agitée : le débiteur est libéré quand son obligation est devenue inexécutable; mais restera-t-il créancier de l'obligation corrélative? Comme nous n'avons pas ici un texte analogue à l'article 1138, et que les raisons diverses par lesquelles on explique ce texte ne peuvent être invoquées, il n'y a pas à étendre sa doctrine; en effet, soit qu'on considère l'article comme la conséquence du droit de propriété qui appartient au créancier, soit qu'on l'explique par cette considération que le créancier qui avait les chances heureuses doit subir les mauvaises, on doit remarquer que ces deux considérations sont étrangères à la matière des obligations de faire et de ne pas faire, et croire que dans l'intention des parties la promesse de celui qui était créancier d'un fait ou d'une absten-

tion a été subordonnée par lui à l'accomplissement du fait promis ou au non-accomplissement du fait interdit.

SECTION VII.

De l'action en nullité ou en rescision des conventions.

261. Une obligation qui, à proprement parler, serait nulle n'aurait pas besoin d'être éteinte; car on ne détruit que ce qui existe. Dès lors il peut paraître étonnant que la nullité soit mise par la loi (art. 1234) au nombre des manières d'éteindre les obligations. Toutefois, il est certains actes vicieux dès l'origine que la loi permet d'attaquer dans les cas et de la manière qu'elle détermine. (V. art. 1117, 1125.) Si cette attaque a lieu dans les termes du droit, l'acte tombera, et les choses seront, en général, mises au même état que si cet acte n'avait pas existé. Sous ce rapport, on pourra dire que l'acte était nul; car la cause de l'attaque, qui subsistait dans le principe, constituait une nullité conditionnelle, et la condition accomplie produira ici son effet ordinaire. (V. art. 1179.) Mais il n'en est pas moins vrai que, jusqu'à l'événement de la condition, l'acte existait légalement, et qu'il aurait continué ainsi à exister si la condition ne s'était pas accomplie. C'est donc réellement l'attaque dirigée contre cet acte qui le détruit et qui éteint l'obligation qu'il produisait. Tel est le but de l'action en nullité ou en rescision dont il s'agit ici, et qu'il ne faut pas confondre avec la faculté ouverte à toute partie intéressée d'invoquer une nullité proprement dite, en d'autres termes, une *nullité de plein droit*.

262. Il importe donc de distinguer une convention nulle, ou plus généralement un acte nul, de la convention ou de l'acte quelconque qui donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision. (V. art. 1117.) L'acte nul est un simple fait qui n'a point d'existence légale, et que ne peut dès lors confirmer ni le laps de temps, ni aucun fait approbatif: car

le néant n'est pas susceptible de confirmation. Il peut sans doute en résulter l'apparence d'une obligation, apparence trompeuse qui, de fait, aura souvent suffi pour amener une exécution. Alors il sera presque toujours nécessaire de s'adresser à la justice pour faire déclarer la vérité, et pour faire ordonner par elle la restitution ou la destruction de ce qui, en réalité, aura été donné ou fait sans cause. Mais les intéressés n'auront pas besoin d'attaquer directement l'acte nul; ils pourront agir et procéder pour l'exercice de leurs droits précisément comme si cet acte n'existait pas, et seront toujours à temps, si on leur oppose l'acte, de repousser l'usage qu'on en voudrait faire contre eux, en prouvant la nullité.

Il en est tout autrement de l'acte contre lequel la loi admet seulement l'action en nullité ou en rescision. Valable jusqu'à l'attaque, il est susceptible d'être confirmé par approbation ou exécution volontaire (art. 1338); bien plus, il suffit qu'il ne soit pas attaqué dans le délai et par les personnes que la loi détermine pour demeurer à l'avenir à l'abri de toute attaque. Dans l'un comme dans l'autre cas, la nullité conditionnelle à laquelle il était sujet ne pouvant plus se réaliser, il vaut dès l'origine comme s'il avait été exempt de tout vice.

262 *bis*. I. Nous avons déjà eu occasion de constater l'existence de deux espèces de nullités (n^os^ 27 et 27 *bis*. I, *suprà*) : la nullité radicale et l'annulabilité. L'article 1117 les oppose très-catégoriquement l'une à l'autre en donnant *seulement* l'action en nullité ou en rescision contre des actes qu'il déclare n'être pas nuls de plein droit. La plus grave de ces deux nullités, celle que l'article 1117 appelle nullité de plein droit et que l'on peut désigner plus exactement sous le nom de nullité radicale, est celle de l'acte qui n'a pas d'existence, qui n'a qu'une apparence d'être. Pour faire tomber cette apparence, pour faire reconnaître qu'elle est trompeuse, il faudra bien s'adresser à la justice, et c'est pourquoi l'expression nullité de plein droit pourrait induire en erreur ; mais le jugement déclare la nullité sans la créer, il constate un état préexistant. L'autre nullité, la moins grave, l'annulabilité, suppose

un acte qui existe, qui produit des effets, qui seulement est vicié et exposé à certaines attaques. S'il n'est pas attaqué, il a les conséquences d'un acte valable, tandis que s'il est attaqué, l'attaque dont il est l'objet a le résultat d'une destruction et dans notre matière d'une extinction d'obligation. (Art. 1134.)

262 *bis*. II. Les conséquences pratiques de cette distinction sont très-importantes. L'acte inexistant, radicalement nul, est non avenu *erga omnes* : tout intéressé peut se prévaloir de sa nullité; il peut être attaqué en tout temps; il ne peut être l'objet d'une confirmation; tandis que les actes annulables ne peuvent être attaqués que par certaines personnes, celles dans l'intérêt de qui est introduite la nullité, qu'ils ne peuvent être attaqués que dans un certain délai et qu'ils peuvent être confirmés.

263. Ces principes sont constants; mais la difficulté consiste à reconnaître les actes nuls et ceux qui sont seulement annulables ou rescindables. Il est évident que tout dépend ici de la volonté du législateur, qui, en soumettant à certaines conditions l'existence régulière et légale des actes, a pu attacher à l'absence de ces conditions, suivant leur importance, des conséquences plus ou moins rigoureuses. Toutefois, il ne paraît pas impossible d'établir à cet égard une théorie, au moins en ce qui concerne les contrats. Ainsi, selon nous, la loi ayant déterminé les conditions *essentielles pour la validité des conventions* (v. art. 1108), la conséquence naturelle à laquelle il faut s'attacher, à moins de disposition contraire, c'est qu'en l'absence d'une de ces conditions, la convention n'existe pas aux yeux de la loi, qu'elle est conséquemment nulle de plein droit.

Par application de cette règle, on décidera que le défaut absolu de consentement, l'absence d'un objet certain et dans le commerce qui fasse la matière de l'engagement, enfin l'absence d'une cause licite dans l'obligation, produiraient une nullité radicale. Il faudrait, en général, dire la même chose du défaut de formes dans certains contrats, où la forme exté-

rieure est requise comme condition d'existence (1). (V. art. 931, 1394, 2117, *in fin.*, 2127).

Mais la loi elle-même en décide autrement pour l'incapacité (v. art. 1125), sans doute parce qu'en droit naturel la capacité des parties n'est jamais une condition distincte de leur consentement.

Pareillement, des vices dont le consentement peut être infecté ne faisant pas absolument défaillir la condition du consentement, ces vices ne devaient pas, plus que l'incapacité de la personne, annuler entièrement la convention. Sur ce point encore la loi est formelle. (V. art. 1117.)

263 *bis*. La règle exceptionnelle sur l'effet de l'incapacité se justifie par cette considération que le consentement en pareil cas ne fait pas absolument défaut, qu'il est imparfait parce qu'il émane d'une personne, présumée (comme le mineur) ne pas pouvoir manifester une volonté suffisamment réfléchie, ou dépouillée arbitrairement, comme l'interdit légalement, du droit de faire les actes d'administration et de disposition de son patrimoine. Ce qui rapproche plutôt les conventions faites par les incapables de celles où le consentement est vicié par l'erreur, la violence ou le dol, que de celles où le consentement manque absolument.

264. Cette distinction importante une fois établie entre les actes nuls et ceux qui sont seulement annulables ou rescindables, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu, quant à ceux-ci, de s'attacher aujourd'hui à la différence qui pourrait exister entre l'action en nullité et l'action en rescision. La loi, en effet, semble les confondre (art. 1117, 1304); elle les soumet aux mêmes règles quant à leur durée, leur forme, leurs résultats, et aussi quant aux fins de non-recevoir qui pourraient les écarter.

(1) Cette règle, on le sent bien, ne peut s'appliquer aux formes spéciales prescrites uniquement dans l'intérêt de certaines personnes, pour suppléer à la capacité qui leur manque. L'absence de ces formes ne doit alors avoir d'autre effet que de laisser subsister le vice d'incapacité, qui n'est point une cause de nullité radicale.
(Note de M. Demante.)

264 *bis*. I. La section VII parle des actes annulables et de l'action qui tend à les faire annuler. Cette action porte deux noms, *action en nullité, action en rescision ;* elle est cependant unique et non pas double. La rubrique de la section le prouve (*De l'action* et non pas *Des actions en nullité ou en rescision*). L'article 1304 est d'accord dans ses termes avec cette rubrique, et l'article 1117 est également conçu dans le sens de l'unité d'action en cas d'annulabilité. Cette action unique a reçu deux noms en souvenir de l'ancien droit, qui distinguait parmi les annulabilités celles qui donnaient naissance à l'action en nullité et celles d'où résultait l'action en rescision. La première de ces actions supposait une annulabilité fondée sur le droit français, les ordonnances et les coutumes, par exemple sur l'incapacité du mineur; l'autre s'appuyait sur les principes du droit romain à défaut de disposition du droit français, comme dans le cas de dol ou de violence : elle portait, à raison de son origine, un nom qui avait une physionomie toute latine, c'était l'action en rescision (de *rescindere*, détruire). Cette différence d'origine, qui se manifestait dans les noms des deux actions, engendrait une différence très-importante, en théorie du moins, mais singulièrement diminuée dans la pratique. L'action en nullité, appuyée sur la législation française, était directement portée devant les tribunaux; l'action en rescision ne pouvait être intentée qu'en vertu d'une autorisation royale, parce qu'il fallait que les tribunaux fussent investis par le souverain du droit de tenir compte de principes empruntés à une législation qui n'était pas la législation vivante du pays. Cette autorisation royale était délivrée sous forme de *lettres de chancellerie* délivrées par les chancelleries des parlements.

Il y aurait eu là une différence capitale entre les nullités et les rescisions, si ces lettres n'avaient été délivrées que *cognita causa;* mais comme on était arrivé dans la pratique à ne les refuser jamais, la règle sur ce point n'était qu'une règle de procédure exigeant dans un certain cas l'accomplissement d'une formalité qui présentait surtout un intérêt fiscal. Les chancelleries des parlements ont été supprimées par la loi des 7-11 septembre 1790, qui a ordonné qu'à l'avenir on se pourvoirait en rescision par demande directe devant les juges compétents; et le Code Napoléon, qui n'avait plus à distinguer entre les sources de la législation en matière d'annulabilité,

n'a pas reproduit la différence ancienne. Il a dès lors, quand il s'est agi de l'action dirigée contre un acte annulable, donné à cette action une double dénomination en cumulant les deux expressions qui désignaient autrefois les deux actions réunies aujourd'hui en une seule.

264 *bis*. II. On doit seulement faire observer, sans que de cette observation on puisse tirer quelque conséquence pratique, que la loi, qui dit ordinairement avec une attention un peu minutieuse l'action en nullité ou en rescision, emploie cette dernière expression seule quand elle parle de l'action dirigée contre un acte annulable pour lésion. (V. art. 887, 891, 1074, 1681.) Mais il n'y a rien à conclure de là contre la parfaite synonymie des deux expressions, car dans le chapitre même du partage sur lequel principalement peut se faire cette remarque, on voit l'article 887 et l'article 892 employer le verbe rescinder ou le substantif rescision seuls à propos de l'action fondée sur la violence ou le dol.

265. La convention sujette à nullité ou à rescision, n'étant pas dépourvue de toute validité, et la ratification pouvant facilement se présumer, la loi, par des raisons d'ordre public, borne plus ou moins, suivant les cas, la durée de l'action. (V. notamment art. 1676.) Elle limite à dix ans sa plus longue durée. Il est clair, au surplus, qu'on n'a dû, en général, faire courir le délai que du jour où la cause de nullité ou de rescision aura cessé. La loi elle-même fait l'application spéciale de cette règle aux diverses causes de nullité ou rescision qu'elle énumère. (V. art. 1304.)

265 *bis*. I. L'action en nullité ou en rescision des conventions annulables doit être intentée dans un certain délai, sinon les droits des parties contractantes et ceux des tiers seraient indéfiniment incertains, au grand détriment du crédit public; ce délai est ordinairement de dix ans, il est quelquefois moindre (deux ans pour la rescision d'une vente d'immeuble au cas de lésion, art. 1676; — trois mois pour la rescision du règlement fait par un associé ou un tiers et qui fixe les parts des associés dans une société, art. 1854; — un an pour les nullités de mariage qui proviennent d'un vice du consentement, art. 183). Dans tous les cas, et quelle que soit

la durée de l'action, la théorie générale est celle-ci : après un certain temps écoulé, l'inaction de celui qui pouvait attaquer la convention montre qu'il l'a confirmée tacitement, l'expiration du délai équivaut à une confirmation tacite de l'acte annulable. L'exactitude de cet aperçu sur la raison de l'article 1304 est démontrée par la disposition même de l'article, puisque, dans les hypothèses prévues, les dix ans ne commencent à courir que du jour où le vice de l'acte a cessé, c'est-à-dire du moment où, aux termes de l'article 1338, la confirmation a été possible. On voit en outre dans l'article 1115 l'expiration du délai présentée par le législateur comme le signe d'une approbation, c'est-à-dire d'une confirmation de l'acte. Enfin nous retrouvons encore cette théorie dans une loi postérieure au Code qui s'inspire certainement du même principe, bien qu'elle diffère du Code dans la manière dont elle en fait l'application. La loi du 30 juin 1838 sur les aliénés (art. 39) établit une action en nullité des actes passés par une personne placée dans une maison d'aliénés; la durée de cette action est fixée à dix ans par application de l'article 1304, mais le point de départ du délai n'est pas, comme dans le Code civil, le moment où a cessé le fait qui engendre la nullité, c'est le moment où l'aliéné, après sa sortie définitive de la maison d'aliénés, a eu connaissance de l'acte par une notification ou autrement. Le système de la loi de 1838 est donc celui du Code civil amendé. S'il est nécessaire pour que le délai commence à courir que l'auteur de l'acte ait eu connaissance de cet acte, c'est bien parce qu'il faut qu'on puisse considérer son inaction pendant dix ans comme une confirmation; la différence qu'on peut signaler entre le Code Napoléon et l'article 39 de la loi de 1838 ne porte que sur un détail; au lieu de présumer, comme le Code civil, que la cessation de l'incapacité a coïncidé avec la connaissance de l'acte, la loi spéciale, plus exigeante, veut une preuve positive de ce fait que l'acte a été connu par celui qui l'avait fait et qui peut l'attaquer.

265 *bis*. II. Le système général de l'article ressort bien des exemples donnés et du point de départ assigné au délai de l'action dans les cas où le consentement a été vicié par l'erreur, la violence, le dol ou l'incapacité; du jour où le vice a cessé, la confirmation est devenue possible, et la confirmation tacite, qui s'accom-

plira *lapsu temporis*, commence. Il y a cependant un cas où les termes de l'article nous conduiront à dire que le délai ne court pas encore, quoique la confirmation soit possible. Il s'agit des actes faits par la femme mariée non autorisée : l'action en nullité appartient alors et à la femme et au mari; quant à l'action de la femme, il est clair que les dix ans ne peuvent commencer à courir que du jour de la dissolution du mariage, époque où l'incapacité cessant, la confirmation devient possible. Mais du côté du mari, la question change de face, parce qu'il peut confirmer l'acte et se dépouiller de son action en nullité pendant la durée du mariage dès qu'il a connaissance de l'acte. On aurait pu dès lors, par rapport au mari, admettre que le délai aurait couru pendant le mariage; mais le texte n'a fait aucune distinction entre l'action du mari et celle de la femme, parce que l'inaction du mari pendant le mariage n'a pas la même signification que l'inaction de quiconque a le droit d'intenter une action en nullité; elle n'est pas toujours la preuve d'une approbation de l'acte, elle peut être le résultat d'un certain calcul de prudence de la part du mari, qui redoute pour la paix de son ménage les conséquences du procès qu'il intenterait à l'occasion de l'acte accompli par sa femme.

265 *bis*. III. L'article 1304, qui détermine le *maximum* de durée d'une certaine action, contient une règle de prescription. Il s'agit, en effet, de libérer une certaine personne, celle qui a profité de l'acte annulable, de l'obligation de restituer le droit qui est né de cet acte; en ce sens, l'extinction de l'action rentre dans la définition de la prescription (art. 2219), ce qui est admis d'ailleurs d'une façon générale par l'article 2262, qui considère les extinctions d'action opérées *lapsu temporis* comme des prescriptions. L'intérêt de cette appréciation théorique de la règle contenue dans l'article 1304 est évident; car si le délai dont nous parlons est un délai de prescription, il peut être prolongé par les suspensions et les interruptions qui menacent toutes les prescriptions. (Art. 2242-2249.) Cette décision a surtout son importance au point de vue des suspensions, car on peut facilement supposer qu'un mineur ou un interdit devienne héritier d'une personne peut-être majeure et capable qui avait l'action en nullité pour dol, violence ou incapacité, ou que par suite d'un mariage, le futur demandeur et le futur défendeur à une action en nullité deviennent mari et femme.

(Art. 2253.) Quant aux interruptions, elles seront moins fréquentes en fait, parce que la nature du droit à exercer ne permet pas d'interrompre la prescription par tous les moyens énumérés dans l'article 2244. On ne peut pas songer à une interruption par voie de saisie ou de commandement, puisque, tant que l'action n'est pas intentée, la partie n'a pas contre l'autre un titre exécutoire. La reconnaissance de la nullité par celui qui devrait être défendeur à l'action (art. 2248) rendrait inutile la demande et produirait l'effet du jugement de nullité, ce qui ne permettrait plus d'agiter la question de prescription de cette action. La citation en justice, qui seule manifeste la volonté d'exercer le droit, n'est pas seulement un acte interruptif de prescription, c'est l'exercice même du droit qui ne permet plus de mettre en question la continuation de la prescription, car tout est consommé quand ce droit a été exercé dans le délai. On trouverait cependant à appliquer les règles sur l'interruption de prescription dans l'hypothèse de l'article 2246, car l'assignation devant un juge incompétent n'est pas l'exercice même du droit d'action en nullité, elle ne dispense pas d'intenter plus tard une action et de saisir un tribunal compétent; mais elle aurait pour effet d'interrompre la prescription, et par conséquent de prolonger le délai pour intenter régulièrement l'action.

265 *bis*. IV. Dans ces termes donc, et principalement au point de vue de la suspension, il est important de décider que l'article 1304 contient une règle de prescription.

On a cependant voulu y trouver une règle spéciale déterminant un délai invariable, créant une déchéance à l'expiration d'un délai *préfix*, analogue aux déchéances prononcées par la loi à l'occasion de l'exercice de certaines facultés, comme la faculté d'appeler d'un jugement ou celle d'exercer un réméré. Mais il faut faire attention qu'il ne suffit pas de qualifier de déchéance l'extinction d'un droit pour la soustraire aux règles de la prescription. Car il est toujours possible de dire que celui qui perd un droit en est déchu et de bouleverser ainsi toute la théorie de la prescription. On ajoute, il est vrai, que la loi a voulu, dans l'intérêt de la stabilité des propriétés, restreindre la durée des actions en nullité, et qu'en admettant que la prescription peut être suspendue on prolonge pendant un temps très-long la durée de ces actions. Cette observa-

tion n'est autre chose qu'une critique générale adressée au système tout entier sur les prescriptions et les suspensions. Il est certain que les lois sur la prescription acquisitive ont pour tendance d'assurer la stabilité des propriétés; mais il est certain aussi qu'avec la théorie des suspensions, nul n'est sûr, même après un très-long temps, d'être propriétaire du bien qu'il possède, et si le législateur n'a pas été empêché par l'intérêt de la stabilité d'admettre que la prescription acquisitive de trente ans peut être suspendue, pourquoi veut-on qu'il ait hésité à accepter la même idée quant à la prescription par dix ans d'une action en nullité? En somme, la prescription de dix ans prolongée par des suspensions sera toujours moins longue qu'une prescription de trente ans prolongée par les mêmes suspensions, et toute la portée de l'article 1304 consiste à abréger le délai ordinaire des prescriptions. Si on veut au surplus remonter au principe des suspensions, on verra qu'elles ont pour but de protéger le mineur ou l'interdit contre la négligence de son tuteur, le conjoint contre l'influence de son conjoint, et ces négligences ou ces influences sont autant à craindre à propos de l'exercice d'un droit qui dure dix ans qu'à propos de l'exercice de tout autre droit.

265 *bis*. V. N'oublions pas deux objections tirées du texte; l'une est empruntée à l'article 2264, qui recevrait une valeur exagérée si on lui faisait dire que toute prescription dont il est parlé dans un titre spécial échappe aux règles générales, tandis qu'il signifie seulement qu'on a rencontré *passim* dans le Code des prescriptions soumises, quant au délai, à des règles particulières. L'autre objection se transforme en un argument: elle est tirée de l'article 1676, qui déclare que le délai de deux ans, après lequel il n'est plus possible d'intenter l'action en rescision pour lésion de la vente d'immeuble, court contre les mineurs. On voit dans cet article une application de la règle, c'est plutôt une dérogation à la règle, car il était inutile de s'expliquer si la décision eût été conforme à la règle générale, et l'exception se justifie très-bien ; elle est en harmonie avec le système tout entier, puisqu'elle rappelle celles que fait le Code au titre de la prescription à propos des courtes prescriptions. (Art. 2278.)

265 *bis*. VI. En rattachant l'article 1304 à la théorie de la confirmation des actes annulables, nous avons pris parti sur une

question fort controversée. Il s'agit de déterminer la durée de l'exception de nullité, c'est-à-dire du droit d'opposer la nullité en qualité de défendeur. L'espèce qui donne naissance à cette difficulté est celle-ci : un acte est annulable, par exemple, pour dol ou violence : le dol a été découvert ou la violence a cessé, la partie pouvait attaquer l'acte, mais elle néglige d'user de ce droit, et dix années s'écoulent depuis la découverte du dol ou la cessation de la violence : onze ans ou plus après ces événements, le créancier, qui jusque-là n'avait pas agi pour obtenir l'exécution de l'obligation contractée, veut exiger cette exécution, et le prétendu débiteur nie l'existence de l'obligation en invoquant comme moyen de défense la nullité de cette obligation. On dit que l'article 1304 n'interdit pas l'usage de ce moyen de défense parce qu'il limite seulement l'*action* et que restreindre le droit d'attaque ce n'est, ni dans les expressions ni en logique, restreindre le droit de défense. On montre qu'en droit romain, tandis que l'action de dol était temporaire, l'exception de dol était perpétuelle : d'où on tire cette formule qui généralise l'idée, *quæ sunt temporalia ad agendum sunt perpetua ad excipiendum.*

Ces raisons sont loin d'être concluantes. En effet, si l'expiration du délai produit, ainsi que nous l'avons dit, les effets d'une approbation ou confirmation de l'acte, elle doit priver la partie du droit d'invoquer la nullité, soit en se défendant, soit en attaquant; secondement, il n'y a même pas à profiter de cette observation que le texte parle seulement de l'action, car se défendre en alléguant qu'une obligation est annulable, c'est bien demander la nullité de cette obligation, puisqu'elle existe par sa nature tant qu'elle n'est pas annulée par les tribunaux. Le demandeur s'appuie sur un droit de créance existant, et l'adversaire, qui résiste, bien que défendeur en apparence, est véritablement demandeur en nullité, *reus in excipiendo fit actor*. C'est ainsi qu'un créancier dont le droit est éteint par prescription ne saurait, sous prétexte qu'il se défend, invoquer sa créance prescrite pour la compenser avec une dette qui aurait pris naissance depuis l'accomplissement de la prescription. Dans l'esprit général du droit français, un droit existe ou n'existe pas; s'il existe, on le fait valoir soit par des actions, soit par des exceptions, et si on n'a pas l'action, c'est que le droit n'existe pas, ce qui exclut l'idée qu'il puisse être invoqué

même par voie d'exception. La maxime *temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum,* peut ressortir de certains textes du droit romain, où elle trouve sa source dans l'antagonisme du droit civil et du droit prétorien; elle n'a pas sa raison d'être dans notre droit. Elle a été proscrite expressément à propos des actes des incapables par l'ordonnance de Villers-Cotterets, rendue en 1539, ordonnance que certains jurisconsultes français avaient critiquée sur ce point, mais qui, précisément à cause de ces critiques, aurait été formellement abrogée par le Code si l'intention avait été d'abandonner ses principes.

265 *bis*. VII. La décision que nous donnons sur la durée limitée de l'exception, si rassurante pour le crédit public puisqu'elle met un terme à l'incertitude des droits et à l'instabilité des propriétés, n'est certainement pas trop rigoureuse pour la partie dépouillée du droit d'invoquer la nullité d'un acte. Il ne faut pas oublier que cette partie a toujours eu le droit pendant dix ans d'attaquer l'acte et de le faire annuler: si l'adversaire n'a pas demandé l'exécution de l'obligation, il n'a pas privé pour cela la partie qui pouvait demander la nullité du droit d'intenter son action, et l'inaction de celle-ci, quand même elle ne serait pas en réalité une confirmation de l'acte, est en tout cas une négligence de ses intérêts qui justifie suffisamment la perte du droit, puisque c'est toujours une négligence semblable qui est la base d'une prescription quelconque. Le droit du reste ne devient prescriptible qu'à partir de la cessation de la violence, de la découverte du dol ou de l'erreur, de la cessation de l'incapacité; par conséquent, la partie qui perd par l'expiration du temps le droit d'opposer la nullité, n'a perdu ce droit que par son inaction à une époque où elle avait la puissance de droit et la puissance de fait d'intenter l'action. Si on prétend qu'elle a pu ignorer l'existence de l'acte annulable, nous répondrons que la loi ne tient pas compte de ces ignorances de fait dans la matière des prescriptions, car on perd certainement sa créance quand on n'a pas agi contre le débiteur, alors même qu'on ignorait qu'on fût créancier. Enfin, si l'ignorance ne provient pas seulement de l'oubli d'un fait auquel on a participé en connaissance de cause, mais est le résultat de l'état intellectuel du contractant, qui était trop jeune pour avoir conscience de ses actes ou qui était au moment de l'acte atteint d'aliénation men-

tale, il n'y a plus besoin d'introduire de force dans notre droit la règle que l'exception est perpétuelle, parce que l'acte était alors atteint d'une nullité radicale; cette nullité échappe à l'article 1304 et peut toujours être invoquée.

265 *bis*. VIII. L'article 39, déjà cité, de la loi des aliénés confirme tout ce que nous venons de dire; car si on a jugé nécessaire en 1838 d'amender le Code civil en donnant pour point de départ au délai la connaissance acquise par l'aliéné de l'acte fait dans un établissement d'aliénés, c'est qu'on a précisément aperçu le cas où l'aliéné ignorerait qu'il a fait l'acte et qu'on a pensé qu'il pourrait alors être lié après l'expiration du délai calculé conformément à l'article 1304; or il n'eût pas été lié et le système du Code n'eût pas demandé une amélioration si, même après l'expiration des dix ans, l'auteur de l'acte avait pu se prévaloir de l'exception de nullité.

265 *bis*. IX. Nous avons toujours appliqué jusqu'à présent l'article 1304 à des contrats, parce que le Code, qui établit la théorie des nullités dans le titre des contrats, s'est surtout préoccupé de la nullité des conventions. La règle cependant doit être généralisée, et la prescription de dix ans doit être admise toutes les fois qu'il s'agira de l'action en nullité ou rescision d'un acte de la volonté qui ne sera pas une convention, mais qui produira des effets analogues à ceux d'une convention. Ainsi l'acceptation ou la répudiation d'une succession, un paiement, une quittance, peuvent être entachés d'un certain vice de la volonté qui les rendrait annulables, et il n'y a aucune raison de ne pas appliquer à ces hypothèses l'article 1304. Les deux derniers alinéas de l'article emploient l'expression vague *actes*, l'article 39 de la loi sur les aliénés se sert de la même expression, et enfin il n'est pas étrange qu'on se croie autorisé à généraliser une règle du titre des contrats, quand on verra que toute la théorie des preuves, exposée dans ce même titre, est, de l'aveu de tous, une théorie générale applicable alors même qu'il ne s'agit ni de contrats ni de conventions.

265 *bis*. X. Une dernière observation est nécessaire; l'article s'applique à l'action en nullité ou en rescision, mais ne comprend pas les actions en résolution. Autre chose est la rescision, qui s'appuie sur un vice entachant l'acte dans son principe, autre chose la résolution, qui s'applique à un acte parfait dans son principe,

mais anéanti par un événement postérieur à sa confection. Les nullités ou rescisions ont conservé, pour ainsi dire à l'insu du législateur, le cachet de leur origine romaine : ce sont des *restitutiones in integrum,* des secours accordés à la faiblesse ou à l'erreur, des dérogations au droit pur, d'où la nécessité d'abréger leur durée; tandis que les résolutions rentrent dans les règles générales, elles ont leur fondement dans la convention expresse ou tacite ou dans des dispositions légales d'intérêt général, et le législateur a pu, sans être inconséquent, laisser les actions en résolution soumises aux délais ordinaires de prescription.

266. Les principales causes de nullité ou de rescision sont, comme on voit, les vices du consentement, erreur, violence ou dol (v. art. 1109-1117), et l'incapacité des contractants, mineurs, interdits ou femmes mariées. (V. art. 1124; v. aussi art. 503, 504, 499, 513.)

La lésion est aussi une cause de rescision, mais seulement dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes. (V. art. 1118.)

267. Les majeurs ne sont restituables pour lésion que dans certains contrats. (V. art. 1313, et à ce sujet art. 887, 1674.) C'est donc surtout aux mineurs que cette cause de rescision est applicable. Mais dans quels cas doit-elle leur être appliquée? Sur ce point les opinions se divisent, et nous ne pouvons qu'exposer ici notre système, sans nous dissimuler les objections dont il est susceptible.

268. Et d'abord, nous pensons qu'il faut bien distinguer la restitution pour lésion accordée aux mineurs (art. 1118, 1305) et la nullité résultant de leur incapacité (art. 1125). Nous appuyons cette distinction sur l'article 1311, qui ne confond pas l'engagement *nul en la forme* (1) avec l'engagement sujet à restitution.

Cela posé, nous considérerons comme nul en la forme tout engagement, disons mieux, tout acte que le mineur ne pou-

(1) Il est évident que par engagement *nul en la forme*, la loi entend là celui qui, en raison seulement de la minorité, était assujetti à des formes spéciales que l'on a négligées, par exemple, si le mineur a vendu ou partagé à l'amiable. Car,

vait consentir ou faire par lui-même et sans assistance, lorsqu'il n'y aura pas été légalement représenté ou assisté.

Ainsi, selon nous, tout acte passé par le mineur non émancipé, autrement que par le ministère de son tuteur, est *nul en la forme*. Nous fondons cette proposition sur l'article 450 et sur la combinaison des articles 509 et 502; v. aussi art. 1990.

Tout acte passé par le mineur émancipé sans l'assistance de son curateur, dans les cas où elle est requise, est également nul en la forme.

A plus forte raison en est-il de même lorsque la loi assujettissait l'acte à des formes particulières qui n'ont pas été observées. (V. art. 457-467, 484.)

269. Au contraire, si le mineur non émancipé a été légalement représenté, si le mineur émancipé a été légalement assisté, ou si l'assistance n'était pas requise, l'acte n'est pas annulable pour incapacité, mais il est, en général, rescindable pour lésion, s'il n'y a disposition contraire. Nous fondons cette dernière proposition sur les articles 463, 481, 487, 1308, 1309, 1314, 466, 840, 942, 1074, 783. Nous l'appuyons surtout sur l'article 481 du Code de procédure; v. aussi art. 1030 (1).

270. Nous interprétons donc ainsi l'article 1305 ; la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre toute sorte de conventions *valablement faites*, c'est-à-dire *passées en son nom par son tuteur*, et à l'égard du

s'il s'agissait d'un contrat solennel, *puta*, d'une donation, la ratification du mineur ne pourrait, pas plus que celle d'un majeur, couvrir la nullité radicale qui résulterait du défaut de formes (v. art. 1339, et ci-dessus, n° 262). L'art. 1311, ainsi expliqué, établit donc clairement que, parmi les engagements du mineur, il y en a que le défaut de forme permet d'attaquer pour incapacité, sans prouver la lésion. (Note de M. DEMANTE.)

(1) Il y a encore un fort argument à tirer du principe qui suspend indistinctement le cours de la prescription pendant la minorité. En effet, cette suspension, qui, lorsque le mineur est pourvu de tuteur, n'est nullement fondée sur l'impossibilité d'agir, ne peut guère se justifier qu'eu égard à la restitution à laquelle le mineur aurait droit contre la prescription si on la laissait courir contre lui. (V. Maleville, sur l'art. 2251.) Or si c'est par ce motif que la loi admet la suspension, la loi entend donc que la restitution peut s'accorder contre la négligence et par conséquent contre le fait du tuteur. (Note de M. DEMANTE.)

mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, *telle qu'elle est réglée par l'article* 481, c'est-à-dire *contre les conventions pour lesquelles il n'est pas réputé majeur* (v. art. 1305); et remarquez qu'en s'attachant à l'interprétation proposée, on appliquera également à l'interdit la disposition relative au mineur non émancipé. (V. art. 509) (1).

270 *bis*. I. Le système de M. DEMANTE sur la nullité des actes faits par les mineurs ou en leur nom est exposé complétement dans les nos 268, 269 et 270 et dans les trois notes qui développent le texte de ces numéros, nous aurions nui à cet exposé en le coupant soit par des explications, soit par des critiques. Nous

(1) Le système exposé se constitue de trois propositions :

1° Les actes contre lesquels un mineur peut revenir sont de deux sortes : les uns sont *nuls en la forme*, c'est-à-dire annulables par le seul motif d'incapacité et d'absence des formes protectrices; les autres sont seulement *sujets à restitution*, d'où la conséquence qu'à ces derniers seuls s'applique la nécessité d'argumenter de la lésion.

2° On doit considérer comme nuls en la forme tous actes qui ne sont point passés dans la forme prescrite par la loi; par conséquent tous ceux dans lesquels, au lieu d'être représenté par son tuteur ou assisté de son curateur, s'il y avait lieu, le mineur aurait figuré seul.

3° Les actes passés dans la forme légale sont valables, mais sujets à restitution pour lésion, à moins qu'une disposition spéciale de la loi n'ait fermé cette voie.

De ces trois propositions, la première et la troisième me paraissent évidentes; et l'on ne peut les nier sans se mettre en contradiction avec la loi. Mais j'avoue que la seconde est moins incontestable. En effet, on pourrait ne considérer comme nuls en la forme que les actes tels qu'aliénations, partages, transactions, que la loi assujettit à des formes spéciales et dans lesquels les formes n'auraient pas été observées. Si l'on admettait cette idée, il en résulterait que le mineur non émancipé contractant par lui-même ou le mineur émancipé contractant sans l'assistance requise n'auraient en général que la ressource de la rescision pour lésion. Sous ce rapport, le sort des actes ainsi passés serait donc le même que celui des actes faits par le tuteur ou avec l'assistance du curateur. Ce serait là sans doute une bizarrerie qui ne se tempérerait que par le plus ou moins de facilité que les juges mettraient, dans un cas ou dans l'autre, pour accueillir le moyen de lésion.

Le premier système est certainement plus satisfaisant en pure logique et plus en harmonie avec la doctrine des lois romaines. Mais le terme moyen que je propose se concilierait mieux avec les termes de l'article 1305, et aurait plus de chance d'être admis dans la pratique, où l'on est bien préoccupé de la maxime *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus*. On sent au surplus que, si l'on en vient à dire que le mineur, émancipé ou non, ne peut en général attaquer ses actes que pour lésion, il faudra bien toujours borner l'application de cette règle aux mineurs en âge de raison, et réserver au cas contraire l'attaque pour défaut de consentement. (Note de M. DEMANTE.)

allons maintenant examiner ce système dans son ensemble, et cet examen nous donnera l'occasion d'expliquer les quelques points qui sont indiqués d'une façon un peu concise par M. DEMANTE, et nous obligera à des critiques qui nous conduiront à adopter un système opposé que nous expliquerons en terminant.

270 *bis*. II. M. DEMANTE a résumé lui-même sa doctrine dans trois propositions à la note 1 de la page 507. Il faut examiner successivement ces trois propositions.

Première proposition. Les actes contre lesquels un mineur peut diriger des attaques, sont *nuls en la forme* ou *sujets à restitution*, ceux-ci attaquables seulement à la condition de prouver *la lésion*, le préjudice éprouvé par le mineur, ceux-là attaquables à raison de l'incapacité et de l'absence de formes sans que le mineur ait autre chose à prouver que cette incapacité et cette absence des formes protectrices.

Cette première proposition est aujourd'hui universellement admise; elle s'appuie sur l'article 1311 qui divise certainement en deux classes les nullités des actes faits par le mineur, et qui, opposant la restitution à la nullité de forme, montre par l'emploi du mot latin qui dans notre matière désignait la rescision pour lésion, que dans un des cas la lésion est un des éléments de la nullité, tandis que dans l'autre l'absence des formalités justifie à elle seule l'annulation de l'acte.

270 *bis*. III. *Deuxième proposition.* Sont nuls en la forme les actes qui ne sont point passés dans la forme légale, et par conséquent ceux que le mineur non émancipé a faits seul et sans autorisation, et ceux que le mineur émancipé a faits sans l'assistance de son curateur quand cette assistance était requise.

La première partie de cette proposition est encore incontestable: sont nuls en la forme les actes qui ne sont pas passés dans la forme légale. Ainsi sans difficulté sont nuls en la forme les aliénations d'immeubles, les emprunts, les constitutions d'hypothèques, les acceptations de succession ou de donation, les transactions, etc., qui auront été accomplis sans les formalités requises. (Art. 457 à 467, art. 484.)

270 *bis*. IV. Mais la deuxième partie de la proposition est loin d'être aussi certaine; elle demande à être décomposée elle-même et à être examinée, d'abord en ce qui concerne le mineur non émancipé, et ensuite par rapport au mineur émancipé.

270 *bis*. V. L'acte du mineur non émancipé, accompli par lui sans l'autorisation de son tuteur, est considéré comme nul en la forme et, par conséquent, attaquable sans qu'il soit besoin de prouver la lésion. Cette décision pourrait s'appuyer sur le droit romain, car elle ferait la condition du mineur français semblable à celle du pupille romain. Il faut bien le remarquer, en effet, si on veut appliquer au mineur français les règles du droit romain, il ne faut pas les aller chercher dans les textes sur les mineurs, mais dans ceux qui traitent des impubères : ceux-ci étaient en tutelle comme nos mineurs, tandis que le mineur était souvent un pubère, une personne hors de tutelle, capable en principe et qui, par un tempérament à la rigueur du droit, obtenait une restitution exceptionnelle fondée sur la lésion. C'est à propos des pubères, mineurs de vingt-cinq ans, qu'on a pu émettre la maxime dont l'influence a toujours été si grande sur la jurisprudence française, *minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus*. Pour l'impubère en tutelle qui avait aliéné ou qui s'était obligé *sine tutoris auctoritate*, il ne s'agissait pas de restitution, par conséquent pas de lésion; l'acte était nul en soi (1). S'il ne s'agissait donc que de faire à nos mineurs une application du droit romain, il faudrait admettre la nullité des actes faits par le mineur seul, alors même que la lésion ne serait pas démontrée.

270 *bis*. VI. Mais la question ne peut pas se placer sur le terrain du droit romain, puisqu'il y a des textes dans le Code civil, et ces textes sont manifestement contraires à la doctrine qui veut que l'acte du mineur soit attaquable pour simple vice de forme. D'abord l'article 1305, s'il ne s'applique pas aux actes que le mineur a faits seul, doit s'appliquer à d'autres actes, et ce ne peut être qu'aux actes du tuteur : par là on touche à la troisième proposition que nous examinerons tout à l'heure, et si nous démontrons alors que l'article ne peut s'appliquer à ces actes, il faudra bien qu'il ait trait à ceux dont nous parlons en ce moment. Mais ce n'est là qu'une preuve négative, en voici qui démontrent d'une façon positive quelle est l'hypothèse de l'article 1305. Cet article parle en même temps des actes du mineur non émancipé et de ceux du mineur émancipé, il les englobe dans une même phrase.

(1) Institutes de Justinien, t. XXI, Pr., liv. Ier; t. XIX, § 9, liv. III.

Or, les actes du mineur émancipé qui donnent lieu à l'action en nullité sont avant tout, et de l'aveu de tout le monde, de M. DEMANTE lui-même, les actes faits par ce mineur sans l'assistance du curateur. Si la loi a songé aux actes que l'un des mineurs accomplit seul, est-il probable que, dans la même phrase, elle ait pensé à ceux qui sont accomplis, non par l'autre mineur lui-même, mais par son représentant et en son nom?

Les articles qui suivent l'article 1305 montrent encore plus clairement la pensée de la loi. C'est ici le cas de dire, dans un sens qui n'est pas le sens technique de cette maxime, *l'exception montre la règle.* Les articles 1307, 1308, 1309, 1310 et 1311 contiennent des dérogations à la règle de l'article 1305, c'est-à-dire qu'ils énumèrent des cas dans lesquels la nullité d'un acte ne peut être obtenue; or ces articles supposent tous des actes accomplis par le mineur seul, et tous ils parlent de la restitution, c'est-à-dire de l'annulation pour lésion, et non pas de la nullité pour vice de forme. Dans le cas de l'article 1307 le mineur a déclaré qu'il était majeur, déclaration impossible en fait et absurde s'il a été représenté par son tuteur; dans l'article 1308 il est commerçant, autorisé à agir seul; dans l'article 1309 il fait son contrat de mariage, il agit par lui-même; dans l'article 1310 il a commis un acte éminemment personnel, un délit ou un quasi-délit; enfin l'article 1311 parle d'un engagement souscrit par lui et qui peut être seulement sujet à rescision. La pensée du législateur s'est donc portée dans toute cette section sur les actes accomplis par le mineur seul, et partant il y a lieu de croire que l'article 1305 était écrit en vue de ces mêmes actes.

270 *bis*. VII. Indépendamment de ces textes, si on examine le fond de la doctrine, on trouve qu'elle manque de solidité. On est obligé de distinguer la nullité pour incapacité de la nullité pour cause de lésion, et de dire : Dans le premier cas il y a un vice de forme. Or les textes qui établiraient la nullité pour simple incapacité sont loin d'être formels en ce sens : ils ménagent et réservent l'avenir, c'est-à-dire qu'ils ne compromettent pas la théorie qui sera posée plus tard à l'article 1305. Ce sont les articles 1124 et 1125. Le premier dit bien que les mineurs sont incapables, mais à la fin de son énumération des incapables, il ajoute : *dans les cas exprimés par la loi,* et la même restriction se trouve plus claire-

ment exprimée dans l'article 1125. D'où il est facile de conclure que la théorie complète qui ressort de la combinaison de ces deux articles avec l'article 1305, c'est que le mineur est incapable, mais seulement quand l'acte lui a porté préjudice, car c'est là le cas prévu par la loi où il peut attaquer ses engagements.

270 *bis*. VIII. Enfin on fait une confusion quand on dit que l'acte fait par le mineur seul est nul en la forme. Il ne faut pas oublier que chez nous les mineurs n'agissent pas eux-mêmes avec l'autorisation de leur tuteur, mais que le tuteur est le représentant du mineur et qu'il agit, seul, dans l'intérêt de celui-ci. On ne peut donc pas dire que l'autorisation du tuteur soit une forme, puisque les actes ne doivent pas être faits avec cette autorisation. L'acte fait par Pierre quand il devait être fait par Paul n'est pas un acte vicié en la forme, il est fait par celui qui n'a pas le droit, c'est-à-dire la capacité de le faire. L'acte fait par le mineur seul est dans cette condition, il a été fait par un autre que celui qui devait le faire, et il ne peut être considéré comme un acte auquel manquerait simplement une formalité. C'est du reste la théorie générale de la loi de distinguer toujours les règles sur la forme des règles sur la capacité.

270 *bis*. IX. Quand il s'agit du mineur émancipé, la deuxième proposition émise par M. Demante considère comme nuls en la forme les actes que ce mineur a faits sans l'assistance de son curateur et qui excèdent les bornes de sa capacité telle qu'elle est réglée par l'article 481. Ces actes ne seraient pas ceux dont parle l'article 1305, qui alors régirait les actes accomplis avec l'assistance du curateur et pour lesquels la loi n'aurait pas dit que le mineur serait réputé majeur. Nous aurons à examiner sur la troisième proposition si ces derniers actes sont en effet attaquables pour cause de lésion, mais en examinant en elle-même la deuxième proposition en tant qu'elle a rapport au mineur émancipé, nous trouvons encore qu'il est impossible de l'admettre. Nous devons d'abord rappeler les arguments que nous avons puisés dans les articles 1307-1311; ces articles sont généraux et montrent, aussi bien à propos du mineur émancipé qu'à propos du mineur non émancipé, le législateur se préoccupant des actes faits par le mineur seul et les considérant comme exposés à la restitution, c'est-à-dire à la nullité pour lésion. L'article 1308 surtout est im-

portant, car le mineur commerçant est nécessairement émancipé, et il ne fallait pas dispenser ses actes de la restitution, s'ils avaient été exposés à la nullité pour vice de forme. En outre, si nous avons démontré que les actes du mineur non émancipé ne peuvent être attaqués pour simple vice de forme lorsqu'il les fait seul, il serait inconséquent que les actes du mineur émancipé, qui jouit d'une capacité plus grande, fussent annulables, à raison du défaut d'assistance du curateur, pour vice de forme et sans qu'il soit besoin de prouver la lésion.

270 *bis*. X. Enfin la proposition de M. DEMANTE par rapport au mineur émancipé, au lieu d'entendre l'article 1305 dans son sens naturel, d'admettre la rescision pour lésion quand le mineur a fait irrégulièrement et seul des actes interdits par l'article 481, où se trouvent les limites de sa capacité propre, suppose sans preuve qu'il s'agit des actes valablement accomplis en dehors des limites de ce même article, et ces actes ne peuvent être valablement faits que si le mineur a été dûment assisté. Cette dernière objection, qui montre combien la doctrine de M. DEMANTE donne un sens forcé à l'article 1305, nous paraît combattre très-énergiquement la proposition que nous examinons.

270 *bis*. XI. 3e *proposition*. Sont annulables pour cause de lésion les actes valables en la forme, c'est-à-dire faits par le tuteur dans les limites de ses pouvoirs, ou par le mineur émancipé avec l'assistance de son curateur dans les cas non prévus par les articles 483 et 484.

Cette troisième proposition se lie intimement à la seconde, elle est nécessaire pour compléter la théorie et pour trouver une application de l'article 1305, si on admet d'abord que les actes accomplis par le mineur non émancipé seul, ou par le mineur émancipé non assisté quand l'assistance est requise, sont nuls en la forme; elle s'appuie notamment sur ces mots de l'article 1305 : *toutes sortes de conventions*, et sur l'autorité de l'ancien droit, qui, sous l'influence des règles du droit romain relatives à la *restitutio in integrum* accordée aux mineurs de vingt-cinq ans alors même qu'ils étaient impubères et en tutelle, admettait la rescision pour lésion des actes régulièrement passés par le tuteur.

Nous rejetons cependant encore cette troisième proposition,

que nous allons examiner en traitant d'abord du mineur non émancipé et ensuite du mineur émancipé.

270 *bis*. XII. Le tuteur du mineur non émancipé a fait un acte de ceux qu'il a pouvoir de faire seul comme représentant du mineur; il a, par exemple, consenti un bail dans les conditions des articles 1429 et 1430; la troisième des propositions dont se compose la théorie de M. DEMANTE admet que ce bail valable peut être attaqué pour cause de lésion. Elle s'appuie, nous l'avons dit, sur le texte de l'article 1305, qui parle de *toutes sortes de conventions,* ce qui embrasserait toutes les conventions, même valablement faites par le représentant du mineur, et elle invoque l'autorité de l'ancien droit.

270 *bis*. XIII. Le texte de l'article 1305 parle de toutes sortes de conventions non pas pour comprendre dans sa formule les actes faits par une personne quelconque au nom du mineur, mais pour repousser la distinction que fait l'article 1313 par rapport aux majeurs, qui ne peuvent invoquer la lésion comme cause de nullité que dans les cas et pour les conventions spécialement déterminés. Nous avons déjà montré au reste que la pensée de l'article 1305 s'est portée sur les actes accomplis par le mineur lui-même et non sur ceux de son représentant: c'est une seconde réponse à l'argument tiré du texte.

L'argument historique ne prouve rien; car, si autrefois on admettait, à la vérité, la rescision pour lésion des actes faits par le tuteur dans les limites de ses pouvoirs, on tendait au moins, et Pothier l'atteste, à faire exception pour les actes d'administration; or c'est à ceux-là seulement que pourrait s'appliquer aujourd'hui la théorie de M. DEMANTE, car pour les actes importants qui dépassent les pouvoirs d'un administrateur, le Code s'est expliqué, il les a soumis à certaines formes, et moyennant l'accomplissement de ces formes ils échappent à la rescision pour lésion. (Art. 1314, 1309, 463.) On arriverait alors à ce résultat singulier qu'on s'appuierait sur l'ancien droit pour introduire l'action en rescision uniquement dans des cas où elle était repoussée par l'ancien droit. Le Code a donc changé les principes sur cette matière et son texte, que nous avons déjà interprété, prouve qu'il n'a pas entendu admettre l'action en rescision pour cause de lésion contre les actes du tuteur.

270 *bis.* XIV. On dit cependant que la loi a refusé expressément l'action en rescision pour lésion dans certains cas, quand elle a pensé que le mineur était suffisamment protégé par les formalités exigées, et que, par conséquent, cette action devait être admise dans les autres cas. Rien n'est moins sûr : les articles qui refusent la restitution peuvent n'être que des applications d'un principe général au lieu d'être des exceptions, car il n'est pas rare que la loi règle expressément des hypothèses par des dispositions inutiles et qui ne sont autre chose que des applications de principes. De plus, on était en présence de la doctrine ancienne, et il était bon de montrer qu'on l'abandonnait. Enfin il serait étrange que cette doctrine ancienne, abandonnée certainement pour les actes les plus importants, fût ressuscitée par le Code civil pour les actes les moins graves et les moins préjudiciables. Au lieu d'argumenter *a contrario* des articles 1314 et autres, il y a donc lieu d'en tirer des raisonnements *a fortiori.*

270 *bis.* XV. Il y a en outre dans nos Codes certaines dispositions qui fournissent des arguments à la doctrine que nous combattons et qu'il faut examiner.

D'abord, M. Demante a cité dans sa note la règle sur la suspension des prescriptions en faveur des mineurs ; il la considère comme une *restitutio in integrum* contre la négligence du tuteur, et il y voit la manifestation de cette pensée que le tuteur, même restant dans les limites de ses attributions, ne peut causer préjudice au pupille. Ce n'est cependant pas là une application pure de la théorie, car la prescription suppose une inaction du tuteur et non une action, et il est plus grave de réagir contre les conséquences d'un fait positif accompli que contre une déchéance résultant d'un fait négatif, d'une inaction. Suspendre la prescription, c'est tout simplement supposer que le tuteur a fait un acte conservatoire qu'il aurait dû faire pour interrompre la prescription, et il y a loin de cette supposition à l'anéantissement d'un acte consommé par le tuteur.

On voit, de plus, que la prescription est suspendue en faveur des interdits, et il ne semble pas que l'article 1305 puisse être considéré comme autorisant la rescision pour lésion des actes accomplis par le tuteur de l'interdit.

270 *bis.* XVI. On s'appuie encore sur l'article 481 P. C. La re-

quête civile est autorisée contre les jugements prononcés au préjudice des mineurs qui n'ont pas été valablement défendus. C'est, dit-on, la rescision pour lésion de l'acte le plus inattaquable, du jugement, acte dans lequel le tuteur a cependant valablement représenté son pupille. Mais il est clair que l'article 481 consacre une règle exceptionnelle, étrangère à la théorie de la rescision pour lésion, car elle profite à d'autres personnes, l'état, les communes, les établissements publics, qui n'ont certes pas le droit d'invoquer la lésion contre les actes qu'elles ont valablement accomplis.

270 *bis*. XVII. Nous avons dit, par occasion, un mot des actes valablement faits par le tuteur de l'interdit, l'article 1305 ne les comprend pas, et c'est une nouvelle preuve qu'il n'est question dans cet article que des actes accomplis par l'incapable lui-même; s'il s'était agi de protéger l'incapable contre les actes de son tuteur, la loi aurait placé, comme toujours, l'interdit à côté du mineur; elle n'a rien dit parce qu'elle pensait au mineur agissant par lui-même, et que, quant aux actes de l'interdit seul, ils sont régis par l'article 502.

270 *bis*. XVIII. S'il s'agit d'un mineur émancipé qui a fait des actes avec l'assistance de son curateur, alors que les articles 483 et 484 n'exigeaient pas l'accomplissement de formalités spéciales, la troisième proposition de M. Demante soumet ces actes à la rescision pour cause de lésion, mais cette proposition est opposée au texte même de l'article 1305; car, d'après cet article, l'action en nullité pour lésion n'est admise que contre les actes qui excèdent les limites de la capacité du mineur émancipé, et il est difficile de dire qu'un acte fait par ce mineur avec l'assistance du curateur, c'est-à-dire de la manière exigée par la loi, soit un acte qui excède les bornes de sa capacité. Quand l'article 482 parle de certains de ces actes, il déclare que le mineur ne pourra les faire, c'est-à-dire est incapable, sans l'assistance de son curateur, ce qui implique qu'il est capable quand il est assisté et que l'article 1305 ne s'applique pas à ces actes.

Il faut noter de plus que, d'après l'article 481 qui le déclare majeur pour les actes d'administration pure, et l'article 1305 qui ne traite que des actes excédant sa capacité, le mineur émancipé ne peut demander la rescision pour lésion des actes qu'il accomplit seul dans les limites de ses pouvoirs; dès lors il serait étrange qu'il pût attaquer les actes pour lesquels il a été assisté et qui offrent,

à raison de cette assistance, moins de prise à la présomption de lésion.

270 *bis*. XIX. Voici les objections graves qui nous déterminent à repousser le système de M. Demante. Il faut cependant tenir compte d'une modification que notre savant maître propose un peu à regret dans la note (1) de la page 507. Il offre une sorte de transaction à ceux qui résistent à sa théorie sous l'influence de la maxime *minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam lœsus*. Il renonce à sa seconde proposition et consent à ne pas traiter comme nuls en la forme les actes que le mineur non émancipé a faits seul et ceux du mineur émancipé non assisté quand l'assistance était requise; il leur applique l'article 1305, tout en maintenant que cet article reste applicable aux actes du tuteur et à ceux du mineur émancipé assisté. Cette opinion moyenne est inacceptable, elle laisse subsister toutes les objections que nous avons relevées contre la troisième proposition, et elle donne naissance à quelques objections nouvelles, car elle assimile les actes faits par l'incapable à ceux faits par le représentant légal de cet incapable; et, quant au mineur émancipé, elle lui permet de faire seul les actes qu'il devrait faire avec l'assistance du curateur, car les actes faits par lui seul ne seraient ni plus ni moins valables que ceux pour lesquels il aurait été régulièrement assisté.

270 *bis*. XX. L'examen critique que nous venons de faire de la doctrine de M. Demante nous permet d'abréger singulièrement l'exposé de la théorie que nous adoptons; il peut alors se réduire à quelques formules que la discussion précédente a justifiées d'avance.

Des actes faits par les mineurs ou en leur nom, les uns sont nuls en la forme, les autres attaquables seulement pour cause de lésion.

Les actes nuls en la forme sont seulement ceux pour lesquels la loi exigeait l'accomplissement de certaines formalités particulières qui ont été négligées.

Les actes attaquables pour cause de lésion sont ceux que le mineur non émancipé a faits seul et ceux que le mineur émancipé a faits sans l'assistance de son curateur alors que cette assistance était requise.

Les actes accomplis par le tuteur dans les limites de ses pou-

voirs ou par le mineur émancipé assisté du curateur quand ils n'étaient pas soumis à des formalités spéciales, sont inattaquables même au cas de lésion.

270 *bis*. XXI. La seconde de ces trois propositions, qui est une des plus importantes de la théorie, peut paraître dénuée d'intérêt au point de vue pratique. Car on peut lui opposer que, si le mineur ne souffre pas de l'acte qu'il a fait, il n'a aucune raison pour l'attaquer: d'où il résulte que la nuance est imperceptible entre la nullité pour vice de forme et celle pour lésion. Il n'y a là qu'une apparence; d'abord il est très-intéressant pour le mineur de n'être pas astreint à prouver la lésion, car cette lésion peut exister sans que la preuve en soit facile. Bien plus, et ceci a au moins autant d'importance pratique, le mineur qui n'a peut-être pas été lésé au moment de la convention peut avoir un intérêt à la faire rescinder par suite du changement survenu dans la valeur de la chose objet de cette convention. *Exemple :* il a donné à bail pour neuf ans une maison qui lui appartient. Le prix stipulé est en rapport avec la valeur locative de l'immeuble au moment du bail. Un an après la convention survient un de ces événements qui changent subitement la valeur locative des propriétés. L'administration a substitué un large et riche boulevard à une rue étroite et noire sur laquelle la maison louée avait sa façade. Le mineur aurait intérêt à faire rescinder le bail pour louer plus cher à un nouveau locataire, il ne peut cependant pas prétendre qu'il a été lésé, et nous lui refuserons l'action, tandis qu'on devrait la lui accorder s'il avait droit de s'appuyer sur un vice de forme.

270 *bis*. XXII. Quant à notre troisième proposition, elle est, sur le terrain des considérations, un des arguments de notre système, car elle protége les mineurs contre les dangers d'une protection exagérée. Annuler les actes des représentants des mineurs, c'est détruire le crédit de ceux-ci, inspirer la méfiance et la crainte à tous ceux qui voudraient traiter avec eux, et par conséquent leur nuire sous prétexte de les défendre. Une législation est donc sage qui, prenant toutes les précautions dans l'intérêt des incapables, assure la tranquillité de ceux qui ont régulièrement traité avec les représentants de ces incapables (1).

(1) Voir sur toute cette question de la nullité des actes pour cause de minorité M. Fr. Duranton, *Revue étrangère et française de législation*, 1843, p. 345 et 689.

270 *bis.* XXIII. Le droit de faire annuler les actes pour cause de lésion est accordé au mineur sans distinction, l'article ne tient pas compte de la qualité de la personne contre qui la rescision est demandée. Ainsi même contre un mineur, le mineur lésé pourrait faire rescinder ses actes. Le privilége de la minorité ne peut pas engendrer pour l'un des deux mineurs le droit de s'enrichir au détriment d'un autre mineur. Il ne peut y avoir sur ce point aucune difficulté quand la question se présente sous un aspect simple, par exemple, quand un mineur a vendu à un autre mineur pour 500 francs un meuble qui vaut 1,000 francs. L'acheteur ne peut pas prétendre conserver le bénéfice de l'opération, car la rescision de la vente ne produit pas à son détriment une lésion, mais le dépouille d'un bénéfice injuste.

La question devient plus délicate quand la rescision doit causer un préjudice à celui des deux mineurs qui la subit. *Exemple :* un mineur prête 1,000 francs à un autre mineur qui dissipe follement la somme empruntée. Si celui-ci peut faire annuler son engagement, la rescision de cet engagement nuit au créancier mineur, et le préjudice que celui-ci éprouve est une conséquence de sa minorité, puisque son incapacité explique comment il a commis l'imprudence de prêter à un mineur. Il faut alors examiner la situation respective des parties. Immédiatement après le prêt, avant la consommation des deniers par l'emprunteur, il est clair que le mineur prêteur pourrait faire rescinder le prêt, l'aliénation des deniers, répéter ceux-ci parce que son acte lui cause préjudice en l'exposant aux dissipations de l'emprunteur mineur. Après la consommation des deniers, l'emprunteur mineur peut également alléguer qu'il est lésé par l'acte; le prêt intervenu entre les deux mineurs est donc une opération qui engendrerait une double action en rescision pour lésion, et qui met par conséquent les deux parties dans une situation égale. De cette égalité de situation on a pu conclure que le possesseur devait être préféré et le défendeur repoussé. *Melior est conditio possidentis* (1). Nous pensons toutefois que dans une matière régie par l'équité, comme celle de la rescision pour lésion des actes des mineurs, il est dangereux d'attacher tant d'importance à la possession, au rôle

(1) V. *D. fr.*, I, § 6, *De minoribus.*

de défendeur, et qu'il vaut mieux répartir la perte entre les deux parties. Chacune d'elles est lésée, chacune d'elles a le droit de se soustraire à la lésion; le droit de l'une fait obstacle au droit de l'autre, ils se neutralisent et chacune des parties ne peut obtenir qu'une demi-restitution; par conséquent chacune d'elles n'évitera la lésion que pour la moitié. Dans l'hypothèse, le mineur emprunteur ne pourrait faire annuler son engagement que pour moitié, il resterait débiteur de 500 francs, et par suite le mineur prêteur obtiendrait pour moitié la rescision du prêt imprudemment fait.

271. Lorsque c'est la lésion qui est cause de la rescision d'un engagement, il est clair qu'on ne peut y avoir égard, si elle ne résulte de l'acte même. V. art. 1306.

271 *bis*. I. La théorie générale que nous venons d'exposer sur la capacité des mineurs se complète par des dispositions de détail qui ne présentent pas de sérieuses difficultés.

La première est contenue dans l'article 1306 et se formule ainsi : l'appréciation de la lésion est indépendante des événements postérieurs à l'acte attaqué. Ainsi le mineur a acheté à juste prix un animal qui périt par cas fortuit avant la livraison, cet animal périt pour l'acheteur, bien que celui-ci soit mineur. La rescision de la convention ne peut être prononcée pour cause de lésion, car le mineur est protégé contre sa faiblesse et non contre les accidents qui menacent même les majeurs les plus diligents et les plus prudents.

271 *bis*. II. Il faut du reste remarquer que le préjudice éprouvé par le mineur ne doit pas être considéré comme résultant d'un événement casuel et imprévu quand il dérive de l'imprudence même ou de la faiblesse du mineur, car c'est contre cette imprudence et cette faiblesse que la loi cherche à le protéger. Ainsi, quand un mineur, devenu créancier par une convention qui ne lui portait pas préjudice, a touché et dissipé le montant de cette créance, il peut attaquer le paiement qui lui a été fait. L'autre partie a eu tort de mettre des fonds à la disposition d'un mineur. En pareil cas, ce n'est pas la convention primitive qui est annulable pour lésion, mais le paiement qui en a été la suite et qui est en réalité une opération distincte de la première.

272. La restitution des mineurs est fondée sur l'équité, et ne doit pas être facilement refusée. Aussi la loi ne veut-elle pas qu'une simple déclaration de majorité, qui serait aussi facilement surprise au mineur que l'engagement lui-même, puisse y mettre obstacle. V. art. 1307.

272 *bis*. Le mineur ne serait pas protégé si l'acte échappait à la nullité parce qu'il contiendrait une déclaration de majorité; cette déclaration serait toujours exigée par les créanciers, et le mineur assez faible pour contracter un engagement qui lui serait préjudiciable n'aurait pas la prudence de refuser cette déclaration ; peut-être même n'aurait-il pas lu l'acte, et on aurait abusé de son inexpérience en le lui faisant signer. Si cette déclaration se compliquait de manœuvres frauduleuses, si, par exemple, le mineur avait présenté un acte de naissance qui ne fût pas le sien et qui le fit passer pour majeur, le fait ne serait plus alors celui que l'article suppose ; il n'y aurait pas eu *simple déclaration ;* le mineur aurait commis un dol, et il est responsable de son dol (art. 1310) ; par conséquent, la nullité de l'acte ne pourrait plus être obtenue.

273. Au reste, la loi admet elle-même, pour des motifs graves, des exceptions au principe de la restitution.

Ainsi, indépendamment de la règle qui assimile le mineur émancipé au majeur pour les actes de pure administration (art. 481), la restitution cesse encore :

1° Dans l'intérêt du commerce, à l'égard des engagements que le mineur dûment autorisé (v. C. comm., art. 2 et 3) a pris à raison de son commerce ou de son art. V. art. 1308; v. aussi art. 487.

2° La faveur du mariage faisant attribuer à celui qui est capable de le contracter la capacité de consentir les conventions matrimoniales, sans autre assistance que celle qui est requise pour le mariage lui-même (v. art. 1095 et 1398), l'irrévocabilité essentielle à ces conventions ne permettait pas, lorsque les conditions légales ont été observées, de les laisser exposées à la rescision pour lésion. V. art. 1309.

3° Le privilége de minorité ne devant pas être une raison

pour causer impunément du tort à autrui, l'obligation qui naît d'un fait illicite n'est pas rescindable, comme celle qui naît des conventions. V. art. 1310.

4° Dans l'intérêt des mineurs eux-mêmes, avec lesquels on ne pourrait traiter avec sûreté, la loi, qui prend d'ailleurs toutes les précautions pour les protéger dans les aliénations d'immeubles et dans les partages, ne leur permet pas d'attaquer ces actes, en raison de leur minorité, lorsqu'ils ont eu lieu avec les formalités requises. V. art. 1314; v. aussi art. 466 et 840.

5° La même irrévocabilité est assurée aux donations dûment acceptées par le tuteur. (Art. 463.)

6° La lésion n'étant jamais une cause de rescision contre les transactions légalement consenties (art. 2052), nous n'hésitons pas à en conclure que l'observation des formes prescrites par l'article 467 exclurait la restitution.

273 *bis*. L'exception formulée en faveur du contrat de mariage se justifie par cette considération que le mariage fût devenu impossible dans bien des cas, si le contrat de mariage des mineurs n'avait pas présenté autant de sécurité que celui des majeurs.

La règle sur les délits et quasi-délits s'appuie sur cette idée que l'intelligence des fautes commises contre autrui précède la majorité, par conséquent que la mauvaise foi et la négligence sont coupables même chez les mineurs, pourvu toutefois qu'il s'agisse de mineurs parvenus à un âge où le développement intellectuel et moral est assez avancé pour qu'ils possèdent la notion du juste et de l'injuste. Il faudrait appliquer ici une théorie analogue à celle de l'article 66 du Code pénal, et laisser les tribunaux maîtres d'apprécier si le mineur a agi ou non avec discernement.

274. Enfin une disposition évidemment applicable à tous les cas où les actes ne sont pas nuls de plein droit (v. art. 1338) défend aux mineurs d'attaquer, soit pour incapacité, en cas de vices de formes, soit pour lésion, les engagements qu'ils auraient ratifiés en majorité. V. art. 1311.

275. L'effet de l'annulation étant de remettre les choses au

même état que si l'acte n'avait pas eu lieu, il s'ensuit que les parties doivent, en général, se tenir mutuellement compte de ce qu'elles ont reçu; mais cette obligation, ne pouvant être fondée pour l'incapable que sur l'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, se réduit à son égard à ce qui est prouvé avoir tourné à son profit. V. art. 1312; v. aussi art. 1241.

275 *bis*. Si l'incapable devait rendre ce qu'il a reçu en vertu de l'acte annulé, il ne serait pas protégé, car il aurait pu dissiper les valeurs reçues. — *Exemple :* un incapable a vendu un tableau et a touché 1,000 francs; que le tableau ait été vendu ou non à son prix véritable, si l'incapable ne peut agir en nullité et redemander le tableau qu'en rendant 1,000 francs, comme il les a peut-être dissipés, l'opération lui cause un préjudice de 1,000 francs. Il doit donc recouvrer le tableau et ne rien payer à l'acheteur, à moins qu'il n'ait utilement employé la somme touchée, qu'il n'ait, par exemple, payé une dette. Ceci est l'application d'une théorie que nous avons donnée sur l'article 1241 à propos des paiements faits à des incapables.

CHAPITRE VI.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAIEMENT.

276. C'est, en général, à celui qui allègue un fait en sa faveur à en fournir la preuve; c'est donc à celui qui se prétend créancier à prouver sa créance, c'est à celui qui se prétend libéré à prouver sa libération. V. art. 1315.

276 *bis*. I. On entend par preuve la démonstration de la vérité, et la législation s'occupe de la démonstration de la vérité des faits juridiques. Les faits dont l'existence est surtout intéressante au point de vue du droit civil, sont la naissance et l'extinction des droits. Comme la théorie des preuves est traitée par le Code Napoléon à la suite du Traité des obligations, le chapitre de ce Code où elle est contenue est intitulé : De la preuve des obligations et de celle

du paiement. Mais ce chapitre est plus général que son intitulé, et comme la matière n'est pas traitée dans d'autres parties du Code, il faut bien reconnaître qu'il s'agit, dans la série d'articles qui commence au numéro 1315, de la preuve de l'existence et de l'extinction des droits tant réels que personnels.

276 *bis*. II. Le mot preuve est quelquefois pris dans un autre sens que celui qui vient de lui être attribué. Il désigne alors le moyen même employé par la partie pour démontrer la vérité. C'est ainsi qu'on dit la preuve littérale, la preuve testimoniale, pour indiquer les procédés employés en vue de faire la démonstration de la vérité. On prend l'expression dans la même acception quand on dit : Une partie a des preuves ou manque de preuves, en ce sens qu'elle a ou qu'elle n'a pas les moyens de démontrer la vérité.

276 *bis*. III. Un fait juridique étant l'objet d'une contestation entre deux parties, il n'est pas sans intérêt de déterminer qui des deux contendants doit prouver sa prétention. Le rôle défensif est évidemment plus facile que le rôle actif de celui qui attaque, et il vaut toujours mieux combattre les allégations de son adversaire que d'avoir à justifier les siennes. En outre, nous dirons bientôt que le juge doit décider contre celle des deux parties qui devait faire la preuve, si cette preuve n'a pas été faite. On voit dès lors l'intérêt de cette question préalable : Qui doit prouver? ou, comme on dit bien souvent en langage technique : A qui incombe le fardeau de la preuve?

276 *bis*. IV. L'article 1315 donne sur ce point une règle qui dans sa formule paraît spéciale à la matière des obligations et qui se réduit à deux présomptions : 1° présomption de liberté : La relation d'obligation n'est pas supposée existante entre deux personnes, parce que ce n'est pas l'état naturel et ordinaire des hommes entre eux d'être obligés les uns envers les autres. Le rapport d'obligation entre deux personnes est une modification à l'état normal, et, par conséquent, ne doit être admis comme existant que si son existence a été démontrée. — 2° La naissance de l'obligation étant prouvée, on présume la persistance de cette obligation : l'extinction du rapport d'obligation serait alors une modification à la situation des parties, et cette modification ne doit pas plus se présumer que ne se présumait un changement dans la situation naturelle des parties.

276 *bis*. V. En généralisant, à l'aide des idées que nous avons données, la proposition de l'article 1315, on arrive à cette formule : la preuve doit être faite par celui qui allègue une certaine modification dans la situation naturelle ou acquise des parties. En matière d'obligation, la situation naturelle, c'est la liberté, l'absence de la relation d'obligation ; la situation acquise, c'est l'état de créancier, quand l'existence de rapport d'obligation a été prouvée. En matière de propriété, la situation normale, c'est que le droit réside où est la possession. Celui qui veut revendiquer prétend innover ; il allègue une modification à cet état naturel ; mais quand le revendiquant a prouvé qu'il a eu la propriété, la persistance de son droit est probable, et si l'adversaire veut alléguer que ce droit a cessé, qu'il a acquis lui-même et postérieurement la chose, comme il allègue une modification à la situation acquise de l'adversaire, il doit prouver son allégation.

276 *bis*. VI. Pour donner à la théorie une apparence plus pratique, on peut dire que celui qui intente une action en justice, ou qui oppose un moyen à l'action intentée contre lui, doit prouver les faits sur lesquels il appuie sa demande ou sa défense : *actori incumbit onus probandi*. — *Reus in excipiendo fit actor*. Deux formules exactes si on les comprend bien, c'est-à-dire si on ne les applique pas aux parties qui se contentent de nier les allégations de l'adversaire. Que le défendeur nie les faits sur lesquels s'appuie la demande, il n'a qu'un rôle passif, il attend la preuve à faire par le demandeur ; et de même si le demandeur nie les faits allégués par le défendeur pour sa défense, il a, quant à ces faits, un rôle passif, parce que c'est le défendeur qui doit en démontrer la vérité. C'est dans ce sens qu'on dit *incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*. Le rôle que chaque partie joue dans le procès ne détermine pas une fois pour toutes celle des deux qui doit prouver ; il faut voir, par rapport à chaque allégation, qui l'a produite, qui l'affirme, *quis dicat*, et c'est celui-là qui doit la prouver. Voilà pourquoi une des maximes citées établit que le défendeur devient demandeur quant à son exception.

276 *bis*. VII. La nature des faits allégués et dont la preuve doit être faite est du reste indifférente, et il ne faudrait pas ressusciter une théorie admise autrefois sur les *faits négatifs* dont la preuve, disait-on, n'était pas possible et ne pouvait être imposée à personne.

L'impossibilité de prouver un fait négatif est chimérique, car il suffit de prouver le fait positif contraire pour établir le fait négatif. Prouver que tel navire n'est pas arrivé au port, ce sera prouver qu'il a fait naufrage, et prouver qu'il est arrivé au port, ce sera démontrer qu'il n'a pas fait naufrage. De même alléguer qu'une personne n'a pas la capacité de recevoir par testament, c'est dire qu'elle se trouve dans tel ou tel cas d'incapacité : prétendre qu'un acte n'est pas valable, c'est soutenir qu'il est entaché de tel ou tel vice. On peut, il est vrai, citer des propositions négatives impossibles à prouver, comme celle-ci : Pierre n'a jamais porté une arme : mais, en pareil cas, l'impossibilité de prouver ne tient pas à la forme négative de la proposition, elle tient à la multiplicité des propositions positives qu'il faudrait établir pour démontrer que Pierre n'a jamais porté une arme. Il faudrait prouver, minute par minute, depuis le commencement de la vie de Pierre qu'on l'a toujours vu sans armes; la preuve serait positive mais elle est moralement impossible. Ce qui démontre, au reste, que l'impossibilité ne tient pas à la nature négative de la proposition, c'est qu'il suffirait de restreindre cette proposition dans le temps pour la rendre très-facile à prouver. *Exemple :* Pierre n'a pas porté d'armes le 1er janvier de midi à deux heures : le fait est négatif, mais la preuve est bien facile. Donc, ce qui rend la preuve impossible, dans le cas de la proposition d'abord examinée, ce n'est pas la forme négative de cette proposition, c'est le mot *jamais* qui s'y trouve inséré. La proposition ne peut se prouver *non quia negativa, sed quia indefinita.* Le même caractère de proposition indéfinie rendrait impossible la preuve même d'une affirmation. *Exemple :* Pierre a toujours porté des armes; il faudrait constater les actes de Pierre à tous les instants de sa vie, en démontrant une série innombrable de propositions positives, ce qui est absolument impossible.

Le Code a lui-même imposé à des parties la preuve de faits négatifs, ainsi, d'après les articles 115 et 116, ceux qui veulent faire déclarer l'absence doivent prouver qu'on n'a point eu de nouvelles de la personne disparue, et, d'après l'article 1235, puisque tout paiement suppose une dette, celui qui veut intenter l'action en répétition de l'indû doit prouver qu'il n'était pas débiteur.

276 *bis*. VIII. Les conséquences du défaut de preuves de la part de celui qui devait prouver sont faciles à déterminer. Le juge, sur chaque fait, sur chaque prétention, doit décider contre celle des parties qui devait prouver ce fait ou cette prétention si elle n'a pas fait la preuve ou si elle n'a fourni qu'une preuve insuffisante. On exprime cette idée quand songeant à la règle *actori incumbit onus probandi,* on dit : *Actore non probante reus absolvitur.* Par une extension qui découle de ce que nous avons dit sur le rôle du défendeur, quand celui-ci ne prouve pas ce qu'il doit prouver, la décision doit être sur ce point favorable au demandeur. Il serait puéril d'imposer à telle ou telle partie le fardeau de la preuve si, comme sanction de la règle, on n'ajoutait pas que le défaut de preuves doit nuire à celle des parties à qui était imposé ce fardeau.

277. La preuve peut se faire de cinq manières, qui font l'objet d'autant de sections. V. art. 1316.

SECTION I.

De la preuve littérale.

278. L'écrit qui établit l'existence ou l'extinction d'une obligation peut être indifféremment désigné sous les noms d'*acte* ou de *titre,* deux mots qui d'ailleurs se prennent souvent dans une autre acception, et qui ont alors chacun un sens différent.

Les titres, sous le rapport de leur forme, sont authentiques ou privés. A cette division se rattachent les trois premiers paragraphes de cette section, car les tailles mêmes sont une sorte de titres privés.

Sous un autre rapport, on divise les titres en originaux ou copies; enfin, eu égard à leur objet, on les distingue en primordiaux et récognitifs ou confirmatifs. Ces deux divisions sont l'objet des paragraphes 4 et 5.

278 *bis*. La preuve littérale est celle qui résulte d'un écrit; quand l'écrit a été destiné à servir de preuve on l'appelle *acte* ou *titre.*

Ces deux expressions, qui désignent quelquefois le fait juridique que l'écrit tend à prouver, comme la vente, la donation, *quod actum est*, s'appliquent, dans le langage de notre chapitre, aux écrits destinés à servir de preuve (*instrumenta*); on disait dans l'ancien français *instrument*, d'où nous est resté le verbe *instrumenter*.

§ Ier.

Du titre authentique.

279. Plusieurs conditions sont nécessaires pour l'authenticité d'un acte; il faut : 1° qu'il soit reçu par un ou plusieurs officiers publics; 2° que ces officiers soient compétents, eu égard à la nature du fait à constater et au lieu dans lequel l'acte est reçu; 3° enfin, il faut l'accomplissement des solennités requises. V. art. 1317, et à ce sujet, L. 25 ventôse an XI.

279 *bis*. I. La définition de l'acte authentique est dans l'article 1317. On entend par ces mots un acte reçu ou dressé par un officier public compétent et avec les formalités requises. Le mot authentique qui désigne ces actes signifie que l'acte a une puissance propre, et il est employé parce que les actes des officiers publics font une foi plus grande que les écrits ordinaires, et n'ont pas besoin d'être corroborés par d'autres preuves.

279 *bis*. II. La première condition de l'authenticité d'un acte, c'est qu'il ait été reçu par un ou plusieurs officiers publics, c'est-à-dire par des personnes ayant reçu de l'autorité du chef du pouvoir exécutif le pouvoir de constater officiellement certains faits. En matière civile les officiers qui peuvent constater officiellement des faits et, par conséquent rédiger des actes authentiques, sont principalement les notaires, les officiers de l'état civil, les greffiers des tribunaux, les huissiers.

279 *bis*. III. On a hésité sur le caractère des greffiers de justice de paix rédigeant les procès-verbaux de conciliation, parce que l'article 54 du Code de procédure civile n'a donné aux conventions insérées dans ces procès-verbaux que la force d'*obligation privée*, ce qui pourrait faire croire que ces procès-verbaux sont des actes sous seing privé. Mais cette disposition du Code de procédure n'est pas assez positive pour déroger à l'article 1317.

Il n'est pas douteux que le greffier ait reçu une mission de l'autorité supérieure et qu'il ait entre autres fonctions celle de dresser procès-verbal des conciliations opérées devant le juge de paix; donc il est officier public et l'acte se trouve dans les conditions de l'article 1317. Quant à l'article 54, il ne déroge au Code civil ni par ses termes ni par son esprit. Dans ses termes, il ne traite pas de l'authenticité de l'acte, il ne dit pas que le procès-verbal soit un acte sous seing privé, mais que les conventions y insérées ont force d'obligation privée. Il ne parle donc pas de l'*instrumentum,* mais de ses dispositions, du contenant, mais du contenu, et en cela il n'est pas en désaccord avec l'article 1317. Quant à l'esprit de l'article 54, on sait parfaitement quel il est, dans quel but cet article a été rédigé; il s'agissait de protéger le privilége des notaires contre la concurrence possible des juges de paix, et de ne pas permettre de constituer des hypothèques dans un acte de conciliation. On a donc pu dire : l'acte ne peut contenir que ce que pourrait contenir un acte privé, sans pour cela le dépouiller du caractère d'acte authentique et notamment de la force probante attachée à l'authenticité.

279 *bis.* IV. Parmi les officiers publics que nous avons énumérés, les notaires sont ceux dont nous parlerons presque exclusivement, parce qu'ils ont une compétence générale et qu'ils peuvent recevoir tous les actes pour lesquels la loi n'a pas spécialement et exclusivement désigné d'autres officiers. La loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, définit les notaires dans son article 1^er^ : des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions.

279 *bis.* V. Deuxième condition de l'authenticité : compétence. L'officier doit avoir le pouvoir de faire l'acte dont il s'agit. Il y a deux compétences qui sont toutes deux exigées : d'abord la compétence *territoriale,* la seule dont parle l'article; l'officier doit avoir instrumenté dans les limites de son ressort, c'est-à-dire dans le territoire où il a le pouvoir de faire des actes de ses fonctions. Les notaires, par exemple, ne peuvent pas faire des actes sur toute l'étendue du territoire français, quelques-uns peuvent rece-

voir des actes dans tout le ressort d'une Cour impériale, les autres dans tout le ressort d'un tribunal de première instance, les autres seulement dans le canton qui est le ressort du juge de paix (1); en dehors de ces divers ressorts, le notaire est incompétent en raison du territoire.

279 *bis*. VI. Non-seulement l'officier doit avoir la compétence territoriale mais aussi la compétence *réelle*, celle qui dépend de la nature de l'acte. Ainsi un notaire de Paris ne pourra pas recevoir, même à Paris, un acte de naissance ou d'adoption; un huissier, même sur son territoire, ne pourra pas rédiger un acte authentique de vente ou de société. L'article 1317 n'a pas exprimé cette idée, mais elle est évidemment sous-entendue, car il eût été inutile de déterminer par des dispositions législatives spéciales les attributions distinctes des diverses classes d'officiers publics, si ces attributions avaient pu être confondues et si tous les officiers avaient eu le pouvoir de faire tous les actes. Au surplus l'article 1317 exige que l'acte authentique soit reçu par un officier public, et on peut dire que le notaire, l'huissier n'est plus officier public dès qu'il agit en dehors de ses attributions.

279 *bis*. VII. Troisième condition de l'authenticité : accomplissement des formalités requises. — Chaque classe d'officiers publics est soumise à des règles spéciales pour la rédaction des actes authentiques à l'égard desquels elle est compétente. Les formalités des actes notariés sont énumérées dans la loi du 25 ventôse an XI, qui doit être complétée par la loi du 21 juin 1843.

280. En l'absence d'une des conditions, l'acte n'est point authentique et ne peut faire preuve, s'il n'est pas signé des parties. Mais dans le cas contraire, l'imperfection de la solennité ne devant point ôter aux signatures la force qui leur est propre, il est raisonnable de réserver à l'acte la valeur d'écriture privée. Toutefois, il est bien à remarquer que la loi, en proclamant ce principe, comprend uniquement dans ses termes le cas où l'absence d'authenticité provient d'incompétence ou d'incapacité de l'officier, ou d'un défaut de forme. (V art. 1318; L. 25 ventôse, art. 68.)

(1) V. loi du 25 ventôse an XI, art. 5.

280 *bis*. I. Pour que l'acte ait la force de l'acte authentique, il faut qu'il réunisse les trois caractères exigés par l'article 1317; mais quand ces caractères manquent, il peut n'être pas complétement dénué de force, il peut se trouver dans les conditions de l'acte sous seing privé, être signé des parties; alors il n'y a pas de raison pour qu'il n'ait pas au moins la valeur de l'acte sous seing privé. Les parties avaient essayé de lui donner une plus grande force, elles n'ont pas réussi; mais elles ne doivent pas par cette tentative lui avoir ôté sa force propre, celle qu'il puise dans les signatures dont il est revêtu, *utile per inutile non debet vitiari*.

280 *bis*. II. Les vices supposés par l'article, et qui privent l'acte de son authenticité, sont l'incompétence, l'incapacité ou le défaut de forme. Nous avons déjà parlé de l'incompétence : l'incapacité ne se confond pas avec l'incompétence. On peut supposer qu'un officier institué pour faire certains actes a fait un de ces actes pour lequel par conséquent il avait compétence, mais qu'il était suspendu par voie disciplinaire de l'exercice de ses fonctions (art. 52, loi de ventôse an XI); ou bien l'officier compétent, à raison de la nature de l'acte et du territoire, n'avait pas le droit de recevoir l'acte parce qu'il intéressait un de ses proches parents (art. 8, loi de ventôse an XI). Le défaut de formes suppose l'omission d'une formalité prescrite à peine de nullité.

280 *bis*. III. Malgré les vices de l'acte, le caractère de l'officier public même incompétent ou incapable a encore une certaine puissance, car l'acte est valable comme écriture privée s'il est signé des parties, alors même qu'il ne satisferait pas à toutes les conditions de validité des actes sous seing privé. En effet, les articles 1325 et 1326 exigent pour la validité des actes sous seing privé certaines formalités indispensables. L'article 1325 veut qu'ils soient faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, quand ils constatent des conventions synallagmatiques; et l'article 1326, pour les actes privés constatant une convention unilatérale créant l'obligation de payer une somme d'argent, ordonne que le débiteur les ait écrits en entier ou qu'il ait au moins fait précéder sa signature d'un bon ou approuvé portant en toutes lettres la somme due. Ces deux articles sont inapplicables aux actes qui sont l'objet de l'article 1318, d'abord

parce que cet article ne les rappelle pas, et secondement parce que si on appliquait ces articles, jamais l'article 1318 ne pourrait produire d'effet quant aux conventions synallagmatiques ou quant aux conventions unilatérales ayant pour objet des sommes d'argent. Car il est clair que les parties ayant eu l'intention de faire un acte authentique, n'auront jamais songé à l'accomplissement des formalités spéciales aux actes privés, que notamment elles n'auront jamais rédigé l'acte en double. On réduirait donc l'article 1318 à n'être dans la plupart des cas qu'une vaine formule, si on ne donnait à l'acte la force d'un écrit privé qu'autant qu'il satisferait à toutes les conditions d'existence des actes sous seing privé. Il faut entendre l'article ainsi : quand l'acte a été signé des parties, il vaut comme écriture privée *valable*.

Si on examine les motifs des articles 1325 et 1326, on demeure convaincu qu'il n'y a pas lieu de les appliquer ici. L'article 1325 veut que chacune des parties soit armée d'une preuve contre l'autre; il redoute que l'acte sous seing privé fait simple soit détruit. Or l'acte reçu par un officier public incapable ou incompétent, ou l'acte vicié dans sa forme, sera toujours conservé comme les actes régulièrement faits par cet officier, et il n'y a pas à craindre sa destruction. L'article 1326 est destiné à prévenir les abus de blancs seings, et ces abus sont moins à craindre dès que l'acte a été rédigé par un officier public et avec certaines des formalités exigées pour les actes authentiques.

280 *bis*. IV. L'acte irrégulier vaut comme acte sous seing privé s'il est signé des parties (art. 1318), et d'après l'article 68 de la loi de l'an XI, s'il est signé de toutes les parties. Il ne faut pourtant pas exagérer la portée de cette condition relative aux signatures. La loi ne doit pas avoir voulu être plus exigeante sur les signatures pour l'acte authentique irrégulier que pour l'acte sous seing privé ordinaire; sa pensée paraît être que l'acte dégénère en acte privé. Or, quand un acte sous seing privé constate un contrat unilatéral, on n'exige pas la signature de toutes les parties et on se contente de la signature de celle qui s'oblige; l'adhésion du créancier à la convention est facilement présumée, et un écrit n'est pas nécessaire pour la prouver. Donc l'acte qui nous occupe sera valable alors même qu'il porterait la seule signature de l'obligé. Quand l'article 68 et l'article 1318 ont parlé des parties, ils ont

entendu les parties dont la signature serait nécessaire pour la validité d'un acte privé.

Si l'acte constate une convention synallagmatique, les deux signatures sont nécessaires, et celui même qui aura signé pourra invoquer l'absence de l'autre signature, sinon l'écrit présenterait les dangers de ceux annulés par l'article 1325; il ferait aux parties une position inégale, l'une d'elles ayant une preuve contre l'autre qui n'en aurait pas contre son adversaire.

280 *bis*. V. Nous avons attribué à l'acte authentique irrégulier signé une certaine force qui le place dans une condition un peu différente de celle des actes privés ordinaires. Pour que cette force lui appartienne, il faut que ce soit bien un acte authentique irrégulier et non pas un acte qui n'aurait aucune relation avec l'acte authentique. Il faut, en un mot, qu'il émane d'un officier public. C'est l'hypothèse de l'article. L'officier est incompétent et incapable, il a négligé les formalités requises, mais le rédacteur de l'acte est toujours un officier public. Si le rédacteur de l'acte n'avait aucun caractère public, aucun pouvoir pour dresser des actes authentiques, s'il ne s'agissait pas d'une simple extension de ses pouvoirs ou d'une omission des formes, mais s'il y avait usurpation complète des fonctions de l'officier, intrusion dans ses fonctions, l'acte ne se rapprocherait aucunement de l'acte authentique, il ne pourrait avoir force que comme acte sous seing privé et pourvu qu'il satisfît complétement aux conditions auxquelles sont assujettis ces actes, notamment aux articles 1325 et 1326.

281. Le principal effet de l'authenticité, c'est que l'acte fait pleine foi de la convention, disons mieux, du fait quelconque ainsi attesté par l'officier public duquel il paraît émaner. Personne donc n'est reçu à prétendre, sans en fournir la preuve, soit que l'acte produit en forme authentique n'émane pas de l'officier public auquel il est attribué, soit qu'il constate des faits faux. La preuve, au reste, sur l'un ou l'autre point, ne peut résulter que d'une procédure en faux, soit principal, soit incident. Bien plus, il ne suffit pas que cette procédure soit entamée pour que l'exécution soit arrêtée. Toutefois, en cas de plainte en faux principal, cette suspension a lieu de plein

droit par la mise en accusation (v. C. inst. crim., art. 231); et en cas d'inscription en faux incident, les juges peuvent la prononcer provisoirement, suivant les circonstances. (V. art. 1319.)

282. La foi que la loi attribue à l'acte authentique s'applique aux parties, à leurs héritiers et ayant cause. (Art. 1319.) Il faut dire même qu'elle s'applique aux tiers, qui ne peuvent révoquer en doute le témoignage de l'officier public. Mais il y a cette différence, que l'acte, à leur égard, prouve seulement *rem ipsam*. Au contraire, à l'égard des parties ou de leurs représentants, l'acte fait *pleine foi*, c'est-à-dire qu'il établit, au moins jusqu'à preuve contraire, la vérité des faits déclarés par les parties. Cette règle comprend même les simples énonciations, qui peuvent en conséquence faire foi entre les parties, ajoutons, leurs héritiers et ayant cause; mais il faut pour cela qu'elles aient un rapport direct à la disposition. Autrement, elles ne pourraient servir que d'un commencement de preuve par écrit. Remarquons, au surplus, que ces propositions, sauf les différences qui vont être signalées, s'appliquent aux actes sous seing privé comme aux actes authentiques. (V. art. 1320.)

282 *bis*. I. Les articles 1319 et 1320 traitent de la force de l'acte authentique. Dans l'article 1319, 1^er^ alinéa, et dans l'article 1320, il est question de la force probante, et dans l'article 1319, 2^e^ alinéa, de la force exécutoire qui est quelquefois attachée à l'acte authentique. Le premier point est le plus important et le plus délicat.

282 *bis*. II. Quand nous recherchons quelle est la force probante de l'acte, nous demandons quelle foi lui est attribuée par la loi, c'est-à-dire quelle est la valeur de l'acte comme moyen de preuve. Sur ce point, l'article 1319 semble donner une règle très-nette, et cependant il faut tout d'abord constater que la règle est incomplète. Il est question de l'acte authentique, et par conséquent la loi sous-entend que l'acte dont elle s'occupe émane d'un officier public, qu'il satisfait aux conditions de l'article 1317 et que cela n'est pas douteux. Mais il peut exister de grandes diffi-

cultés de fait sur ce point. Le porteur de l'acte allègue qu'il émane d'un officier public et revendique pour cet acte la force attachée à l'acte authentique ; l'adversaire conteste et prétend que l'acte n'a pas été dressé par un officier public. Si pour donner force à cet acte on cherche à s'appuyer sur l'article 1318, il est clair qu'on fait un cercle vicieux, car l'article s'applique aux actes authentiques, et la question est précisément de savoir si l'acte est authentique. Il faut donc, avant de prendre l'article 1318 pour point de départ, reconnaître un effet préalable produit, non par l'authenticité de l'acte, mais par la forme authentique, par la simple apparence de l'authenticité, effet qui apparaît par la comparaison de nos articles avec les articles 1323 et 1324. Nous pouvons exprimer ainsi ce premier effet produit par la forme authentique : l'acte qui a l'apparence authentique fait foi de son authenticité, il est réputé émaner de l'officier public jusqu'à preuve contraire administrée par la voie du faux. Celui qui se prévaut de l'acte prétendu authentique n'a donc rien à prouver, et le fardeau de la preuve contraire est imposé à celui qui contesterait l'authenticité. C'est la règle contraire à celle admise pour les écrits privés d'après les articles 1323 et 1324. Celui qui veut se servir d'un écrit privé doit établir que l'écrit émane de la partie à qui il l'attribue. Le prétendu signataire n'a rien à prouver, il a la présomption pour lui, tandis que quand l'acte a l'apparence authentique la présomption est en faveur de celui qui invoque cet acte. Cette différence est nettement indiquée par Pothier au n° 708, qui expose la doctrine reproduite par nos articles 1323 et 1324; elle ressort en outre de ce que l'article 1322 n'attribue la force probante à l'acte sous seing privé que quand il est reconnu ou légalement tenu pour reconnu, tandis qu'il n'est rien dit de semblable quant à l'acte qui a l'apparence authentique. Enfin on voit dans le Code de procédure (art. 193 et suiv.) un titre sur la vérification des écrits privés et rien sur la vérification de l'authenticité d'un acte prétendu authentique, si ce n'est la procédure de faux qui suppose l'attaque dirigée par celui contre qui l'acte est produit.

282 *bis*. III. Cette différence importante entre l'acte privé et l'acte qui a l'apparence authentique, s'explique parfaitement. On ne peut pas, il est vrai, raisonner pour l'acte prétendu

authentique comme nous raisonnerons bientôt à propos de l'acte certainement émané d'un officier public et dont la force est la conséquence de la confiance que la loi a mise en cet officier. Ici la question douteuse étant l'intervention même de l'officier, on ne peut pas s'appuyer sur la confiance qu'inspire son caractère public. Il faut chercher ailleurs les raisons de la règle. On trouve alors que la signature de l'officier est plus connue ou présumée plus connue des tribunaux, qu'elle est dès lors plus difficile à contrefaire, qu'un grand nombre d'actes authentiques sont assujettis à des formalités qui rendent leur fabrication plus difficile pour les faussaires : quelques-uns exigent la signature de témoins ou d'un second officier public, d'autres doivent porter le sceau de l'officier (1) ; enfin les peines du faux en écriture publique sont plus graves que celles du faux en écriture privée (2), et la loi doit penser que l'audace des faussaires serait en raison inverse de la gravité de la peine. Il faut tout dire, les nécessités de la pratique nous paraissent avoir dès longtemps inspiré la règle qui nous occupe. Il fallait bien donner aux parties le moyen de se procurer une preuve établissant leur droit, sinon sans contestation possible, au moins sans que celle qui produirait cette preuve fût obligée de prouver davantage. Où serait la sécurité des affaires, que deviendrait le crédit, si, sans qu'il fût possible de faire autrement, un créancier porteur d'un titre était toujours forcé d'administrer une preuve supplémentaire, comme une preuve de sa preuve? Telle est la situation de celui qui s'appuie sur un titre privé; mais c'est une situation qu'il a acceptée, et il serait nuisible aux affaires que les parties les plus prudentes ne pussent pas se procurer un acte les débarrassant du fardeau de toute preuve. Pour obtenir ce résultat il a bien fallu, pour les raisons que nous avons données, attribuer à l'apparence authentique l'effet de faire présumer l'authenticité.

282 *bis*. IV. Supposons maintenant que l'authenticité n'est pas douteuse, que l'acte a été certainement rédigé par l'officier public compétent, et recherchons quelle est sa force probante. L'acte est un procès-verbal dressé par un officier public, c'est le témoignage écrit d'une personne ayant un caractère public et une

(1) L. du 25 ventôse an XI, art. 27.
(2) Art. 147 et 150 du Code pénal.

mission spéciale; il doit donc prouver les faits attestés par cet officier, dont il témoigne personnellement comme les ayant vus et entendus dans l'exercice de ses fonctions; mais sa déclaration perd toute sa force quand elle porte sur des faits ou des circonstances dont il n'a pas une connaissance personnelle et qui lui ont été seulement racontés par les parties. La formule suivante, empruntée à Dumoulin, résume la théorie sur ce point; l'officier atteste authentiquement les faits *quorum notitiam et scientiam habet propriis sensibus, visus et auditus.*

L'acte fait donc foi des faits que l'officier atteste avoir constatés, en sa qualité d'officier, *ex propriis sensibus.* Ce qui signifie que ces faits sont tenus pour vrais jusqu'à ce que la partie qui a intérêt à les nier en ait démontré la fausseté dans une procédure de faux. Celui qui s'appuie sur l'acte n'a rien à prouver, c'est l'adversaire qui doit être demandeur et par conséquent porter le fardeau de la preuve dans la procédure de faux.

282 *bis.* V. Les faits que l'officier public atteste *ex propriis sensibus* sont d'abord la comparution des parties devant lui, et la date de cette comparution. La loi, il est vrai, ne parle pas de la date dans ce chapitre, mais il en est question par antithèse à l'article 1328 sur les actes privés, et elle est certainement attestée par l'officier lui-même; ensuite l'officier constate également la déclaration faite par les parties d'une convention intervenue entre elles, la numération de deniers accomplie devant lui, et la déclaration que cette numération est faite à titre de prêt ou de paiement, il atteste que les signatures ont été apposées par les parties et que les formalités auxquelles l'acte est soumis ont été observées.

282 *bis.* VI. Tous ces faits sont tenus pour vrais jusqu'à la preuve certaine par la voie du faux, à cause du caractère de l'officier public. La loi a confiance dans ses déclarations parce qu'il est l'homme de la loi, qu'il est institué justement pour faire ces constatations. Il est choisi ou accepté par l'autorité supérieure, il est soumis à une surveillance; il peut être, pour transgression des règles de sa profession, frappé disciplinairement de peines graves et même de destitution; enfin le Code pénal le menace, s'il commet des faux, de peines plus rigoureuses que celles portées ordinairement contre les coupables de ce crime (1). Ce sont là des garanties

(1) Comparez les art. 145 et 146 du Code pénal avec l'art. 147 du même Code.

bien sérieuses contre les fausses déclarations émanées des officiers publics, garanties qui rendent peu probables ces fausses déclarations.

282 *bis*. VII. Les déclarations faites par l'officier public *ex propriis sensibus* font foi à l'égard de toutes personnes, aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties et de leurs héritiers ou ayant cause. Puisque la force probante de l'acte a sa racine dans le témoignage de l'officier et non dans l'attestation des parties, le caractère public existe aussi bien par rapport aux personnes étrangères à l'acte que par rapport aux parties intéressées, et il n'y a pas dès lors de raison pour distinguer entre les parties et les tiers. On fait cette distinction à propos des actes sous seing privé, et elle se justifie parfaitement, car si des parties ont fait une déclaration, il est naturel qu'elle soit tenue pour vraie par rapport aux déclarants, mais rien ne garantit les tiers contre le mensonge. Nous raisonnons au contraire sur l'effet des déclarations d'un officier désintéressé, et cet effet doit être absolu, *erga omnes*. C'est ce qui ressort clairement de la disposition sur la date des actes privés (art. 1328), qui devient certaine à l'égard même des tiers quand la substance de ces actes a été relatée dans un acte authentique. Il serait difficile de trouver une raison pour donner plus de force à la déclaration de l'officier sur la date qu'aux autres déclarations qui lui sont personnelles.

282 *bis*. VIII. Il fallait insister sur cette démonstration de la foi absolue faite par les déclarations de l'officier public, parce que l'article 1319 restreint dans ses termes la force de l'acte entre les parties, leurs héritiers ou ayant cause. Mais cette restriction est le résultat d'une confusion entre l'acte considéré comme preuve et l'acte considéré comme générateur de droits ou d'obligations : l'article a parlé en même temps de la force probante de l'acte et de sa force obligatoire, puisque dans son deuxième alinéa il s'occupe de l'exécution de l'acte. Or, il est clair que l'acte considéré comme obligatoire ne peut avoir d'effet avantageux ou désavantageux qu'entre les parties ou leurs ayant cause : c'est la théorie de l'article 1165, il était inutile de la formuler à nouveau; mais en la rapprochant de la théorie sur la force probante, on a été entraîné à limiter, en apparence, la force probante de l'acte comme on limitait sa force obligatoire. Il faut remarquer, du reste,

que la question a pu paraître dénuée d'intérêt, parce que, en appliquant la disposition de l'article aux ayant cause à titre particulier, il sera rare de rencontrer de véritables tiers à l'égard desquels il serait intéressant que l'acte fît foi. S'il s'agit en effet de se prévaloir d'un acte d'aliénation ou d'une constitution de droit réel contre un acquéreur du bien aliéné ou grevé, la contestation s'élèvera entre deux ayant cause à titre singulier des parties contractantes, et l'article suffira pour que l'acte authentique, constatant l'aliénation ou la constitution de droit, puisse être invoqué. C'est l'hypothèse la plus ordinaire. Cependant il peut se présenter des cas où il s'agira d'opposer un acte à une personne complétement étrangère à ceux qui ont joué un rôle dans sa confection. *Exemple :* Un possesseur prétend avoir prescrit par dix ans, parce qu'il avait titre et bonne foi; il prouve son titre par la présentation d'un acte authentique de vente émané *a non domino*. Ce titre est opposé au propriétaire véritable, qui a été étranger à la convention, qui n'est pas l'ayant cause du prétendu aliénateur, mais il doit faire foi de la vente et de sa date à l'égard de ce propriétaire, puisqu'il fait foi même à l'égard des tiers.

282 *bis*. IX. M. Demante admet au n° 282 que l'acte fait foi même à l'égard des tiers. Mais il signale une différence entre l'effet de l'acte par rapport aux tiers et l'effet par rapport aux parties. La preuve à l'égard des tiers est seulement la preuve *rei ipsius*, c'est-à-dire du fait de la convention ou des déclarations, comme aussi de la date et de l'accomplissement des formalités, tandis que la preuve est entière à l'égard des parties et que l'acte fait *pleine foi*, établissant au moins, jusqu'à preuve contraire, la vérité des faits déclarés par les parties; c'est la doctrine que Pothier expose aux n^os^ 701 et 704. On l'a contestée, et on a dit que l'acte ne prouve entre les parties ni plus ni moins que par rapport aux tiers. L'acte, c'est le procès-verbal dressé par l'officier; il constate des déclarations, des aveux faits par les parties devant l'officier; le fait de ces déclarations et de ces aveux est attesté *ex propriis sensibus* par l'officier. Mais les conséquences de ces déclarations et de ces aveux ne se rattachent plus aux règles sur la force de l'acte authentique, il ne s'agit plus, quand on les détermine, de se préoccuper du caractère de l'officier qui les a reçus, elles dépendent uniquement des règles générales sur les consé-

quences des actes juridiques, sur l'effet des conventions : la question n'est plus une question de preuve; elle n'appartient pas à la théorie que nous étudions en ce moment.

Nous pensons toutefois qu'il y a une certaine exagération dans les reproches adressés à cette doctrine et par suite aux rédacteurs du Code, qui paraissent l'avoir conservée au moins à l'état latent dans les articles 1319 et 1320. Il ne s'agit pas en effet seulement, quand on recherche la force attachée aux déclarations des parties dans un acte, de trouver si l'acte a donné naissance à des droits et à des obligations; s'il n'était question que de cela, la critique que nous venons d'exposer aurait raison de renvoyer à l'article 1165, sur les effets des conventions. Mais il y a souvent dans un acte telle déclaration, telle énonciation, qui n'est pas précisément créatrice ou extinctive de droits et qui cependant constate un fait qui aura plus tard une influence sur les droits, quand un différend s'élèvera. Savoir si le fait est vrai ou faux, c'est bien le but d'une recherche de preuve, d'une démonstration de la vérité, et quand la loi établit que les parties ne peuvent pas nier des faits qu'elles ont reconnus vrais, elle donne, ce nous semble, une règle de preuve et non pas une règle sur l'effet des conventions considérées comme pouvant engendrer ou éteindre des droits. Quand on donne pour exemple sur l'application de l'article 1320 un acte de vente d'une maison, dans lequel il est dit que la maison provient de telle succession échue au vendeur, quand on demande si cette déclaration sera tenue pour vraie lorsque s'élèvera entre les parties signataires de l'acte de vente un procès en pétition de l'hérédité dont la maison avait été déclarée faire partie, pose-t-on une question de preuve ou une question sur l'effet des conventions? Celui qui intente la pétition d'hérédité n'a pas la prétention de s'appuyer sur une obligation contractée envers lui, par rapport à cette hérédité dans l'acte de vente de la maison ; ce qu'il recherche c'est la preuve que la maison était dans l'hérédité : il prétend trouver cette preuve dans un aveu de l'adversaire, et, quand la loi décide contre lui, elle décide une question de preuve et non une question relative à l'effet des conventions (1).

282 *bis*. X. Il y a toutefois des distinctions à faire, même dans

(1) V. sur toute cette théorie M. Bonnier, *Traité des preuves*, nos 433 et suiv.

les rapports respectifs des parties, sur la valeur des déclarations que contiennent les actes et qui en principe sont réputées vraies. Ces distinctions résultent de l'article 1320, et il faut remarquer, avant de les exposer, que, puisqu'il s'agit de la force des déclarations des parties, les décisions seront communes aux actes authentiques et aux actes privés. L'intervention de l'officier public ne donnant aucune force aux déclarations qui n'émanent pas de cet officier et qu'il a seulement reçues, l'article 1322 assimile entre les parties l'acte sous seing privé reconnu à l'acte authentique, et l'article 1320 donne une règle sur le contenu des actes qui, d'après son texte même, régit les actes sous seing privé aussi bien que les actes authentiques.

282 *bis*. XI. L'acte contient des dispositions, c'est-à-dire des déclarations principales, que l'écrit a précisément pour but de constater. Un acte de vente constate une convention de vente. Un acte d'emprunt constate que les parties ont déclaré, l'une avoir reçu une somme à titre de prêt et l'autre l'avoir donnée; une quittance contient la déclaration qu'une partie a reçu des deniers à titre de paiement; ces constatations sont l'objet même des actes: elles constituent ce que la loi appelle la disposition. Elles font foi, comme nous l'avons déjà dit, car les parties ont certainement reconnu la vérité des faits qu'elles déclaraient.

282 *bis*. XII. Mais à côté des dispositions il y a les *énonciations*, des déclarations en vue desquelles l'acte n'est pas rédigé et qui n'y sont faites que d'une façon incidente. Quant à ces déclarations incidentes, il pourrait être dangereux de leur attribuer la force probante, même entre les parties, sans faire de distinction. Car des déclarations incidentes peuvent avoir passé dans un acte sans que les parties y aient fait attention, et il ne serait pas sûr de considérer ces parties comme ayant reconnu la vérité de tout ce qui n'est inséré qu'incidemment dans les actes. La loi, sous ce rapport, distingue entre les énonciations qui ont un rapport direct à la disposition et celles qui sont étrangères à cette disposition. Quand la déclaration incidente se lie à l'opération principale, il est probable que la partie l'a considérée comme importante et ne l'a laissée passer que parce qu'elle la reconnaissait vraie. *Exemple :* Un créancier et un débiteur font une convention sur la dette, il s'agit peut-être d'accorder des délais, mais l'acte contient cette

addition incidente : la dette dont les intérêts sont payés jusqu'à ce jour; assertion trop directement liée à l'objet principal de l'écrit pour que le créancier ne l'ait pas remarquée et ne l'ait pas fait supprimer s'il ne la reconnaissait pas vraie.

282 *bis*. XIII. Quand la déclaration incidente n'a pas un rapport direct avec la disposition principale, elle ne contient pas un aveu, parce que les parties n'ont pas vu l'importance que le fait constaté pourrait avoir dans leurs relations à venir. *Exemple :* dans l'acte de vente d'une maison, le vendeur déclare qu'il a recueilli ce bien dans la succession de Pierre, dont il est héritier unique. Cette énonciation ne peut faire obstacle à une pétition de l'hérédité de Pierre que voudrait plus tard intenter l'acheteur contre le vendeur. Car cette question, la propriété de la succession de Pierre, n'avait pas un rapport direct avec la vente de la maison, et l'acheteur n'a pas aperçu, lors de la rédaction de l'acte de vente, quel intérêt il aurait plus tard à contester les prétentions à l'hérédité de Pierre; il n'a pas remarqué ou n'a pas contesté la déclaration, parce qu'elle lui était alors indifférente, et on ne peut pas trouver dans l'acte une reconnaissance faite par lui des droits de son adversaire. Ces énonciations ne peuvent que rendre vraisemblables les faits, elles serviront de commencement de preuve par écrit.

282 *bis*. XIV. On enseignait autrefois que les énonciations même incidentes faisaient foi dans les actes anciens, non-seulement entre les parties, mais contre les tiers (1); on disait *in antiquis enuntiativa probant*. Le Code n'a pas conservé de traces de cette maxime et de la règle qu'elle exprime; loin de là, dans le titre des servitudes il a donné des règles qui en sont la négation formelle. En effet, l'exemple que cite Pothier est celui d'une servitude imprescriptible qui pourrait être acquise par une longue possession appuyée sur une énonciation dans un titre ancien émané *a non domino*. Or, aujourd'hui les servitudes s'acquièrent sans titre par la prescription quand elles sont continues et apparentes, et quand elles n'ont pas ce double caractère, le Code les déclare imprescriptibles; il exige un titre, c'est-à-dire une constitution formelle émanée du vrai propriétaire et non pas d'un tiers.

(1) Pothier, n° 705.

282 *bis.* XV. Les actes authentiques n'ont pas seulement la force probante, quelques-uns d'entre eux ont la *force exécutoire.* Les actes notariés ont cette force en vertu de l'article 19 de la loi de ventôse an XI ; il en est de même des grosses des jugements et arrêts délivrées par les greffiers (art. 547 P. C.) : le deuxième alinéa de l'article 1319 s'occupe de cette force, qui appartient à certains actes authentiques. D'après les principes que nous avons posés, la présomption d'authenticité attachée à l'apparence authentique de l'acte implique que la force exécutoire appartient à l'acte qui a l'apparence d'un acte notarié ou d'une grosse de jugement, et, par conséquent, cet acte doit être mis à exécution, nonobstant les attaques dont il pourrait être l'objet.

282 *bis.* XVI. L'acte cependant peut être attaqué par la voie du faux : c'est, nous l'avons dit, le seul moyen de le détruire, et il est clair qu'après le jugement qui l'aura déclaré faux, il ne pourra plus être exécuté. Mais préalablement et pendant la procédure, l'exécution peut être suspendue dans les circonstances déterminées par l'article 1319, qui n'est au reste que la reproduction de l'article 19 de la loi de l'an XI.

282 *bis.* XVII. La procédure de faux peut être ou criminelle ou civile. Quand l'article 1319 parle d'une plainte, il suppose la procédure criminelle ; car la plainte est la demande adressée, par la partie qui a souffert d'un fait puni par la loi pénale, au juge d'instruction ou au procureur impérial, à l'effet de les déterminer à informer. Lorsque la justice criminelle est saisie d'une affaire de faux, il y a dans la procédure un moment où le faux peut paraître vraisemblable : c'est lorsqu'il est intervenu un arrêt de mise en accusation (art. 218, 231, Code d'instruction criminelle), et, à partir de ce moment, bien que l'affaire ne soit pas définitivement jugée, il y a assez de probabilités dans le sens du faux pour que, préalablement, l'exécution de l'acte soit suspendue. Voilà certainement l'hypothèse à laquelle s'applique la première décision de l'article 1319, deuxième alinéa. Car, bien qu'on trouve dans le texte un mot un peu obscur : *faux principal,* comme il est question à la fois de plainte et d'arrêt de mise en accusation, il est constant qu'on a voulu parler du faux poursuivi par la voie criminelle.

282 *bis.* XVIII. Dans le cas de procédure civile de faux, c'est le tribunal qui apprécie la vraisemblance du faux, et qui, d'a-

près son appréciation, suspend provisoirement l'exécution de l'acte. Il ne peut pas en être autrement, parce qu'on ne trouverait pas dans la procédure civile de faux, comme dans la procédure criminelle, un moment précis où on puisse dire que la justice a déjà reconnu la vraisemblance du faux.

Nous avons dit : en cas de procédure civile de faux, au lieu de nous approprier les termes de la loi, *en cas d'inscription de faux faite incidemment*. En effet, le texte a employé les expressions qui correspondent à l'hypothèse la plus ordinaire; et habituellement au civil la question de faux se présente incidemment, à propos d'une pièce qu'une partie produit et que l'autre attaque. De là vient le nom qui désigne ordinairement la procédure de faux au civil : *faux incident civil*. (Art. 214, P. C.) Mais on peut concevoir au civil une procédure de faux qui ne serait pas incidente, par conséquent une poursuite principale civile de faux. Si la partie veut se précautionner contre un acte qu'elle sait détenu par une personne qui voudra peut-être s'en servir plus tard, si elle veut faire juger la question du faux avant de laisser le temps faire son œuvre et rendre la preuve du faux plus difficile, il faut bien intenter une action principale, et il n'est pas impossible qu'on n'ait même pas la ressource de la plainte au criminel, car l'auteur du faux prétendu peut être inconnu ou décédé, et en justice civile seulement il est possible de juger l'acte sans mettre en cause son auteur.

283. Il arrive souvent que les parties dérogent à leurs conventions, ou les modifient, par un acte destiné à rester secret, que l'on nomme contre-lettre. La loi réserve à ces sortes d'actes tout l'effet dont ils sont susceptibles entre les contractants; mais pour prévenir les fraudes, elle ne leur donne aucun effet contre les tiers. (V. art. 1321; v. pourtant art. 1396, 1397.)

283 *bis*. I. Le paragraphe qui traite du titre authentique se termine par une sorte d'appendice sur les *contre-lettres*, parce que bien qu'on puisse concevoir une contre-lettre coexistant avec un acte sous seing privé, c'est ordinairement à côté des actes authentiques qu'on trouve la contre-lettre.

On entend par contre-lettre un acte destiné à rester secret, et

qui déroge à un acte destiné à être produit en public. Cet acte, qui déroge à un autre acte, peut être authentique aussi bien que sous seing privé; il est ordinairement fait en même temps que l'acte auquel il déroge, et quand il est postérieur, il a toujours le même caractère et la même destination; il a pour but de donner à l'acte intervenu entre les parties un effet autre que celui qu'il devrait produire d'après sa forme apparente.

283 *bis*. II. Pourquoi les parties ont-elles fait un acte qui, d'après leur volonté même, doit avoir un certain effet apparent, et un autre effet en réalité? C'est ce qu'il est aisé de comprendre par des exemples. On aura vendu, et par un acte séparé on aura fait remise du prix : il y a dissimulation d'une donation. On aura vendu pour un certain prix, et par une contre-lettre l'acheteur aura consenti à payer un prix supérieur à celui stipulé dans l'acte: il y a dissimulation du chiffre du prix. Dans de nombreuses circonstances l'acte a pour but de constituer en faveur d'une personne une propriété apparente, et la contre-lettre réserve les droits du véritable propriétaire. A l'époque où la qualité d'électeur et celle d'éligible étaient la conséquence d'un certain cens électoral (1), on achetait un bien, payant une certaine contribution, pour être électeur ou éligible, mais on reconnaissait par une contre-lettre que la vente était fictive et que le vendeur restait le propriétaire véritable. Aujourd'hui cet intérêt n'existe plus, mais on peut désirer paraître propriétaire d'actions d'une grande compagnie, de la Banque de France, par exemple, pour satisfaire aux statuts qui exigent souvent que les administrateurs de ces compagnies soient propriétaires d'un certain nombre d'actions (2). On peut acheter un fonds de commerce pour avoir du crédit, pour être éligible au tribunal de commerce (3). Enfin, à l'inverse, certaines personnes à qui le commerce est interdit par des règlements professionnels (4) achètent un fonds de commerce sous le nom d'autrui, et l'acheteur reconnaît par une contre-lettre que le fonds de commerce n'est pas sa propriété.

(1) V. loi du 19 août 1831 sur les élections, art. 1 et 59.
(2) V. décret du 16 janvier 1808 sur la banque de France, art. 41.
(3) V. art. 620 C. de commerce.
(4) V. art. 65 C. comm.

283 *bis*. III. On voit par ces exemples que la contre-lettre, qui a pour objet de donner secrètement à un acte un caractère différent de son caractère ostensible, est toujours destinée à tromper soit l'État, soit des tiers. Quand on présente une donation sous les apparences d'un acte à titre onéreux, on veut éluder la loi; quand on ajoute au prix ostensible de la vente, on cherche à se soustraire aux lois sur le paiement des droits fiscaux; si on constitue un propriétaire fictif, on veut se soustraire aux lois, règlements ou conventions qui exigent pour certaines fonctions certaines conditions; enfin, ou on veut se procurer un crédit qu'on ne devrait pas avoir, ou en exerçant sous le nom d'un tiers une profession qu'on ne devrait pas exercer, on se soustrait à des lois ou règlements professionnels. Destinée à tromper des tiers ou à éluder des lois ou règlements, la contre-lettre aurait pu être déclarée nulle par la loi. Cependant le Code a voulu, même à propos d'un acte aussi critiquable, respecter le principe de la liberté des conventions, il a validé la contre-lettre, en faisant toutefois une réserve dans l'intérêt des tiers. Valable entre les parties, la contre-lettre sera nulle à l'égard des tiers, c'est-à-dire qu'à l'égard des tiers la convention ostensible s'exécutera comme si les parties ne l'avaient pas anéantie ou modifiée par la contre-lettre.

283 *bis*. IV. Ainsi, dans le système du Code civil, le propriétaire apparent d'un immeuble aurait constitué sur cet immeuble une hypothèque valable, bien qu'il eût reconnu par une contre-lettre qu'il n'était pas le propriétaire véritable du bien. Aujourd'hui, depuis la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, il n'y avait pas besoin de l'article 1321 pour consacrer ce résultat, qui serait la conséquence nécessaire des règles sur la publicité de translation de propriétés immobilières. L'acheteur apparent aurait probablement transcrit son acte d'acquisition pour se donner les apparences de la propriété, et la contre-lettre n'aurait pas été transcrite, car cette transcription eût détruit l'apparence qu'on voulait créer. Dès lors, la contre-lettre ne pourrait plus être opposée à ceux qui auraient acquis des droits sur l'immeuble et qui les auraient conservés conformément aux lois (1). Ce ne serait plus

(1) V. loi du 23 mars 1855, art. 1 et 3.

une règle spéciale à la contre-lettre, à l'acte réputé frauduleux, mais la règle générale applicable à toute convention translative de propriété immobilière.

283 *bis*. V. Nous pouvons, au contraire, trouver l'application pure et simple de l'article 1321 à propos des ventes mobilières. Si le propriétaire apparent des actions de la Banque a vendu ou engagé ces actions, si l'acheteur fictif d'une maison de commerce l'a vendue, le contrat produira ses effets malgré la contre-lettre qui réservait le droit du précédent propriétaire.

283 *bis*. VI. De ces exemples il résulte que les tiers protégés par l'article 1321 sont surtout les personnes qui ont acquis des droits réels sur un bien du chef de l'une des parties signataires de la contre-lettre; autrement dit, dans l'article 1321, comme dans l'article 1328, le mot tiers comprend les ayant cause à titre particulier des parties. Quant aux ayant cause à titre universel, on ne peut pas leur donner la qualification de tiers, et ils doivent respecter la contre-lettre parce qu'ils sont tenus des obligations de leur auteur, et que la contre-lettre oblige celui-ci.

283 *bis*. VII. Il y a plus de difficulté quant aux créanciers chirographaires. Ils pourraient être intéressés à ne pas tenir compte de la contre-lettre. Il s'agirait pour les créanciers d'un acheteur d'obtenir la livraison du bien vendu sans payer le supplément de prix stipulé dans la contre-lettre, ou pour les créanciers du propriétaire apparent d'un fonds de commerce, de saisir ce fonds et de le faire vendre à leur profit. La difficulté vient de ce qu'ordinairement les créanciers chirographaires n'ont pas plus de droits que leur débiteur sur les biens de qui ils ont un simple droit de gage. (Art. 1166 et 2093.) Mais on est ici en présence d'une règle spéciale destinée à protéger le public contre les fraudes, et les créanciers font partie de ce public. L'augmentation apparente du patrimoine d'une personne lui a procuré du crédit, il faut venir au secours de ceux qui ont été induits en erreur. La partie adverse qui invoque la contre-lettre est coupable au moins de complicité dans une tentative de fraude, et c'est une raison pour que les créanciers chirographaires lui soient préférés.

283 *bis*. VIII. Avec cette doctrine, nous trouvons encore une application spéciale de l'article 1321 en matière immobilière, malgré la loi de 1855, parce que le défaut de transcription de la

contre-lettre ne pourrait être opposé par des créanciers chirographaires, et qu'ils ne peuvent la repousser qu'en vertu du Code civil et en alléguant sa nullité à leur égard.

283 *bis*. IX. Dans un cas spécial une loi fiscale, antérieure il est vrai au Code civil, annulait la contre-lettre même entre les parties. L'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement déclare nulle et de nul effet « toute contre-lettre faite sous signature privée qui aurait pour objet une augmentation du prix stipulé dans un acte public ou dans un acte sous signature privée précédemment enregistré », disposition protectrice des intérêts du fisc contre les fraudes qui consistent à dissimuler le prix réel des ventes ou des louages pour diminuer les perceptions qui sont calculées proportionnellement à ces prix. On a soutenu que cet article, bien qu'antérieur au Code civil, n'était pas abrogé, parce qu'il fait partie d'une législation spéciale, et que les lois spéciales ne sont pas présumées abrogées par des lois générales même postérieures. On a fait remarquer en outre que l'article 1321 n'a pas dit : les contre-lettres ont effet entre les parties, mais seulement : les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties, déterminant ainsi plutôt le *maximum* que le *minimum* de l'effet qu'elles peuvent produire. Ces raisons, toutefois, ne sont pas suffisantes pour nous déterminer à admettre que la loi de frimaire a dérogé par anticipation au Code civil. En effet, s'il est vrai que la loi spéciale même plus ancienne peut consacrer une exception à une loi générale, c'est au moins quand elle reste sur son terrain spécial ; or la loi de frimaire, statuant sur la validité d'une convention, contenait une disposition de droit commun et non de droit fiscal ; car il est de principe que les règles de droit fiscal doivent être sanctionnées par des peines, par des amendes, et à de rares exceptions près elles laissent intact l'effet régulier des conventions. L'histoire de l'article 1321 prouve en outre l'intention des rédacteurs du Code de réagir contre l'article 40 de la loi de frimaire ; car, sur la proposition du directeur de l'enregistrement de déclarer nulles toutes les contre-lettres, il a été dit au conseil d'État que la fraude contre le fisc devait être atteinte par des amendes et non par la nullité des conventions : que la contre-lettre était valable entre les parties, et nulle par rapport à l'enregistrement, qui est un tiers. L'article 40 de la loi de frimaire fut rappelé

et critiqué par Cambacérès, et sous l'influence de cette discussion fut voté l'article 1321, dont le sens ne peut dès lors être douteux. Il est heureux, du reste, que la législation soit débarrassée de l'article 40 de la loi de frimaire, qui encourage, en la favorisant, la mauvaise foi d'un acheteur profitant de l'intention frauduleuse qu'il a eue par rapport au fisc pour refuser de payer à son vendeur la totalité du prix stipulé.

§ II.

De l'acte sous seing privé, *ou plus exactement* des écrits privés.

284. Les particuliers peuvent, sans avoir recours au ministère d'un officier public, constater eux-mêmes par un écrit à ce destiné, revêtu à cet effet de signature et remis au pouvoir de la partie intéressée, les faits qui se sont passés entre eux. En d'autres termes, les faits peuvent se constater par *actes sous seing privé*. (Art. 1322-1328.) Mais, en outre, la loi accorde à certains écrits, signés ou non, et qui n'ont pas le caractère d'*actes*, une foi plus ou moins pleine. Ces écrits, sous ce rapport, forment aussi des *titres*. (Art. 1329-1332.)

284 *bis*. L'acte sous seing privé est celui qui est rédigé par de simples particuliers et signé par les parties. Il emprunte toute sa force à la signature des parties; aussi cette signature est-elle essentielle et ne pourrait-elle être remplacée par aucun autre signe. L'apposition d'une croix par l'une des parties en présence de témoins ne la remplacerait pas ; aussi les personnes qui ne savent pas signer sont-elles dans la nécessité de faire constater par acte notarié les faits juridiques qui les intéressent, car les notaires ont qualité pour constater qu'une partie a fait une déclaration ou une convention, et qu'elle a déclaré ne pas savoir ou ne pas pouvoir signer.

285. Les parties reconnaissant nécessairement pour vrai le fait constaté par écrit lorsqu'elles le signent, il est tout simple que l'acte sous seing privé fasse entre elles, leurs héritiers et ayant cause, la même foi que l'acte authentique. Mais rien

ne prouvant que la signature apposée au bas d'un écrit privé soit celle de la personne à laquelle on l'attribue, l'acte ne peut produire d'effet qu'autant qu'il est lui-même reconnu ou légalement tenu pour tel (v. art. 1322); et remarquez : 1° que l'acte reconnu ou tenu pour tel ne peut être dépourvu de toute force à l'égard même des tiers, et qu'il doit toujours prouver *rem ipsam*, mais sans faire foi de sa date (art. 1328); 2° que sa force à l'égard des ayant cause reposant uniquement sur ce qu'ils sont tenus des faits de leur auteur, et ce principe ne pouvant s'appliquer qu'aux faits antérieurs à la transmission, l'acte ne peut, lorsque l'auteur survit à cette transmission, faire, à ce titre, foi de sa date contre les ayant cause.

285 *bis*. I. Les idées que nous avons données sur les actes authentiques facilitent ce que nous avons à dire sur l'acte sous seing privé. Nous avons déjà signalé comme différences entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé au point de vue de la preuve : 1° la force attachée à l'apparence authentique; 2° la foi attachée à la date de l'acte authentique. Nous retrouvons dans le chapitre sur les actes privés les dispositions qui consacrent ces règles :

1° L'acte sous seing privé n'a pas pour lui la présomption de sincérité qui milite en faveur de l'acte en apparence authentique (art. 1323 et 1324, n^os^ 286 et 287). L'article 1322, qui traite de la force des actes privés, pour ne pas anticiper sur les articles suivants, suppose que l'acte est reconnu ou légalement tenu pour reconnu, c'est-à-dire que celui à qui on l'oppose l'accepte expressément comme sincère, ou que, par suite soit de son silence, soit d'un jugement, l'acte est considéré comme émanant de cette partie.

2° Il résulte de l'article 1328 que par rapport à sa date l'acte est loin de faire la même foi que l'acte authentique. Car cette date n'est pas attestée par un officier public, et les parties ont pu s'entendre pour attribuer à leur acte une date fausse. (V. *infrà*, n° 291.)

285 *bis*. II. Voilà ce qui distingue l'acte sous seing privé de l'acte authentique. Quant au contenu des actes, il n'y a pas de différence à signaler entre les deux natures d'actes. L'article 1322 exprime formellement cette assimilation que l'article 1320 avait d'avance constatée. Les parties, en effet, doivent être liées par

leurs déclarations et aveux en quelque forme qu'ils aient été faits. La force probante de l'acte authentique pour tout ce qui n'est pas attesté par l'officier public *ex propriis sensibus* repose sur l'aveu des parties, et cet aveu ressort aussi bien d'un acte sous seing privé que d'un acte authentique.

Par rapport aux tiers, le fait même des déclarations des parties résulte de leur constatation dans l'acte ; mais ces déclarations, ces aveux ne peuvent produire d'effet à leur égard d'après la théorie de l'article 1165.

285 *bis*. III. Parmi les personnes à l'égard desquelles l'acte sous seing privé peut avoir des effets, l'article 1122 comprend les héritiers et ayant cause des parties ; et il est bon de remarquer que cette dernière expression embrasse même les ayant cause à titre particulier. Les héritiers et les ayant cause à titre universel, tenus des obligations de leur auteur, ne peuvent échapper aux conséquences des actes qu'il a faits, cela n'est pas douteux ; mais l'ayant cause à titre particulier, qui ne doit pas ce que devait son auteur, pourrait avoir la prétention de ne pas subir les conséquences des actes sous seing privé faits par cet auteur. Cependant, quand l'acte est relatif à la chose à laquelle a succédé l'ayant cause à titre particulier, et quand cet acte a créé sur la chose quelque droit réel, il faut bien que l'ayant cause subisse les conséquences d'un fait qui avait diminué la propriété de son auteur, propriété qui lui a été transmise diminuée. Ainsi le propriétaire d'un tableau aura constitué sur cet objet un droit d'usufruit, et il l'aura ensuite vendu, l'auteur, ayant cause du propriétaire, ne peut nier l'existence du droit d'usufruit.

Voilà ce qui résulte de l'article 1322. Seulement il est clair que la loi a réservé la question de date (v. art. 1328), et que le successeur particulier n'est ayant cause de son auteur que par rapport aux actes accomplis par celui-ci antérieurement à la transmission opérée en faveur de l'ayant cause. Si le propriétaire d'un tableau le vend à Pierre, et qu'ensuite il prétende constituer en faveur de Paul un droit d'usufruit sur ce tableau, Pierre ne peut pas être traité comme ayant cause de son vendeur par rapport à cette constitution d'usufruit. Car lorsqu'il a succédé à la situation juridique de son vendeur, *cum obtinuerit causam vendi-*

toris, la propriété de celui-ci était intacte, la constitution d'usufruit ne l'avait pas encore diminuée.

285 *bis*. IV. L'article 1322 ne peut donc s'appliquer aux ayant cause à titre particulier qu'avec une certaine distinction. L'acte ne peut faire foi de sa date à leur égard, car le successeur n'est ayant cause que pour les actes antérieurs à son acquisition; et si on voulait prouver par la date de l'écrit privé l'antériorité de l'aliénation ou de la constitution du droit réel, on ferait un véritable cercle vicieux : on s'appuierait sur ce que le successeur ou ayant cause peut croire à la date de l'acte, et on s'appuierait sur cette date pour attribuer au successeur la qualité d'ayant cause.

Voici donc la distinction qu'il faut faire quant aux ayant cause à titre particulier : par rapport aux actes antérieurs à l'acquisition de leur droit, ils sont ayant cause, mais par rapport aux actes postérieurs, et partant quant à la date, ils sont des tiers, et c'est à eux que songe précisément l'article 1328.

286. Chacun est obligé de reconnaître ou de désavouer formellement sa propre écriture ou signature; mais on peut se borner à méconnaître celle de son auteur. (V. art. 1323.)

287. En cas de dénégation ou méconnaissance, c'est au demandeur à prouver la vérité de son titre; à cet effet, la vérification est ordonnée en justice (v. art. 1324); et remarquez que la vérification en justice devra, en général, donner à l'acte la même foi que la reconnaissance. (V. C. proc., art. 214; v. pourtant *ibid.*, art. 200-2°.)

Forme à suivre pour arriver à la reconnaissance ou à la vérification d'écriture (v. C. pr., art. 193-195); et remarquez que l'article 193 est modifié par la loi du 3 septembre 1807, article 2.

Cas où l'écrit est tenu pour reconnu. (V. C. pr., art. 194, 199.)

287 *bis*. I. L'article 1322 parlait d'un acte sous seing privé reconnu ou légalement tenu pour reconnu. Il faisait allusion par ces expressions à la différence déjà signalée entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique. La partie qui veut se servir du premier de ces actes est chargée de prouver qu'il émane réellement de la

personne à qui on l'attribue. Les articles 1323 et 1324 établissent les principes sur la procédure à suivre en pareil cas.

Celui à qui un acte sous seing privé est opposé est mis en demeure de se prononcer sur la sincérité de cet acte par une assignation en reconnaissance d'écriture (art. 193 P. C.). Il doit alors l'avouer ou le désavouer, ou, s'il n'est qu'un ayant cause du prétendu signataire, il peut simplement le méconnaître, déclarer qu'il ne connaît pas l'écriture ou la signature de son auteur. Sur cette assignation, si le défendeur ne comparaît pas, il est donné défaut contre lui, et l'écrit est tenu pour reconnu, par une dérogation assez rigoureuse aux règles sur les défauts, car ordinairement les conclusions du demandeur ne sont adjugées que si elles paraissent justes et bien vérifiées.

Lorsque le défendeur a comparu et a désavoué ou méconnu l'écriture, il y a lieu à une procédure en vérification d'écriture dont les détails sont au Code de procédure (art. 193-213), et dans laquelle la partie qui veut se prévaloir de l'acte joue le rôle de demandeur.

287 *bis*. II. Il suffira de faire remarquer que cette procédure peut être suivie avant l'échéance de la dette constatée par l'acte, qu'elle est considérée comme une mesure conservatoire urgente à raison de la difficulté qui pourrait survenir de prouver que l'acte émane en réalité de la partie à qui on l'attribue ; seulement l'hypothèque judiciaire ne pourra être inscrite sur les biens du débiteur qu'après l'échéance, d'après l'article 1^er^ de la loi du 3 septembre 1807. Quant aux frais, ceux de jugement sont à la charge de la partie qui a dénié sa signature, et ceux d'enregistrement à la charge de celui qui a dénié sa signature ou de celui qui, n'ayant pas dénié sa signature, n'a pas payé la dette à l'échéance (v. art. 2, même loi).

287 *bis*. III. On voit dans la loi de 1807 une différence entre celui qui dénie sa propre écriture et celui qui méconnaît la signature de son auteur; le premier est traité comme ayant agi de mauvaise foi, tandis que la bonne foi du second n'est pas suspectée. Cette différence est aggravée par le Code de procédure (art. 213) qui prononce une amende contre celui qui a dénié sa propre écriture et qui en outre autorisait le tribunal à le condamner par corps même pour le principal.

287 *bis.* IV. Nous avons montré la partie qui veut se servir de l'acte sous seing privé assignant l'adversaire en reconnaissance d'écriture. C'est la voie régulière; mais il n'est pas toujours nécessaire de procéder ainsi; on pourrait conclure directement au paiement, à l'exécution de l'obligation, sans conclure préalablement à la reconnaissance. Il est vrai qu'autrefois, aux termes d'un édit de 1684, on ne pouvait obtenir en justice l'exécution d'une obligation constatée par acte sous seing privé sans avoir au préalable assigné l'adversaire en reconnaissance d'écriture. Mais le Code n'a pas reproduit cette disposition, et on est autorisé à croire qu'il n'a pas voulu exiger une procédure certainement inutile quand l'adversaire ne paraît pas disposé à contester la sincérité de l'acte. C'était la règle introduite en matière commerciale par une déclaration de 1703, et il est probable que le Code de procédure a préféré la pratique commerciale, plus rapide, à la pratique civile, qui entraînait des lenteurs inutiles. C'est uniquement quand l'adversaire conteste l'acte produit qu'il faut prendre la voie indiquée par l'article 193 P. C.

Il faut seulement remarquer que si on a conclu directement au paiement, on n'est plus dans le cas exceptionnel prévu par l'article 194 P. C, et que par conséquent le défaut du défendeur ne peut entraîner sa condamnation, et par conséquent la déclaration que l'écriture émane de lui, si ce n'est quand les conclusions de l'adversaire paraissent justes et bien vérifiées (art. 150, P. C.).

288. L'équité voulant que les parties qui contractent ensemble soient dans une égalité de position qui permette à chacune de faire valoir ses droits, la loi assujettit à une condition particulière la validité des actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques; ils doivent être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. On sent dès lors la nécessité de mentionner dans l'acte même l'accomplissement de cette formalité, dont l'absence, autrement, pourrait toujours être alléguée. (V. art. 1325, al. 1, 2 et 3.)

Du reste, l'acte n'étant pas entièrement nul à défaut de cette mention, l'exécution donnée à la convention par celui qui

voudrait argumenter de ce défaut le rendrait à cet égard non recevable. (V. art. 1325, al. dern.; et à ce sujet, art. 1338 al. 2 et 3.)

288 *bis*. I. L'écrit sous seing privé constatant des conventions synallagmatiques doit être dressé en plusieurs exemplaires originaux, autant qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Cette règle a son origine dans une jurisprudence ancienne, attestée par un arrêt du parlement de Paris du 30 août 1736 (1), qui considérait comme nulle la convention objet de l'écrit entaché de cette irrégularité. Le Code Napoléon, tout en s'inspirant de cette jurisprudence, l'a abandonnée en ce qu'elle avait d'excessif; il n'atteint pas la convention, et d'après son texte très-formel sur ce point il n'annule que l'écrit. (*Les actes sous seing privé... ne sont valables qu'autant...*) Il respecte par conséquent les principes qui envisagent toujours la convention comme indépendante des moyens nécessaires pour en démontrer l'existence.

288 *bis*. II. La règle du Code se justifie facilement et par des raisons qui expliquent comment elle est entrée dans le droit par la pratique. Des deux parties qui ont contracté des engagements réciproques, l'une ne saurait sans injustice être armée et l'autre désarmée; celle-ci ne peut être à la discrétion de celle-là, et c'est ce qui arriverait si l'acte était rédigé simple, car il ne pourrait être en la possession des deux parties, et celle qui le détiendrait aurait tous les avantages de la position.

Il est vrai qu'on a pu dire: Peu importe, le législateur n'a pas à se préoccuper de cette inégalité des situations; elle résulte de la volonté des parties, qui ont bien certainement compris que l'une d'elles aurait l'acte et que l'autre en serait privée. Si un des contractants a consenti à s'en remettre à la bonne foi de l'autre, pourquoi le législateur intervient-il? Quand on accepte cette critique, on présente la disposition de la loi comme fondée sur une sorte de présomption de volonté. Les parties n'ayant pas dû vouloir créer des situations inégales, il est probable que l'acte fait simple n'était qu'un projet, et c'est pour cela qu'il n'est pas valable. Nous ne pensons pas qu'on puisse expliquer ainsi l'article, car il faudrait alors faire une réserve qui n'est pas dans la loi pour le cas où l'acte

(1) Cet arrêt est rapporté par Merlin, v° *Double écrit.*

contiendrait la mention qu'il n'est pas rédigé comme simple projet, mais comme un acte définitif; autrement dit, il dépendrait des parties de se soustraire à l'article 1325 par une déclaration expresse dans l'acte. Or l'article ne laisse pas penser que cela soit possible, car il prononce la nullité de l'acte sans distinction. Son but est de protéger les parties contre les conséquences d'une confiance exagérée, et le Code a pu ici, comme dans d'autres circonstances, prohiber dans un intérêt de protection des faits émanés cependant de la libre volonté de parties capables.

288 *bis*. III. Puisqu'il s'agit d'assurer à chacune des parties un moyen de prouver la convention intervenue, il faut nécessairement que chacune d'elles possède un original de l'acte, c'est-à-dire un exemplaire portant toutes les signatures; si l'une des parties recevait seulement une copie, une reproduction de l'acte et des signatures, comme cette reproduction ne pourrait avoir aucune force probante, cette partie n'aurait pas de moyen de preuve, tandis que celle qui serait nantie de l'original pourrait prouver la convention.

288 *bis*. IV. Il n'est pas nécessaire au surplus de rédiger autant d'originaux qu'il y a de parties dans la convention; il ne faut tenir compte que des parties ayant un intérêt distinct. Ainsi dans un contrat de société, chaque associé a un intérêt propre et distinct de celui des autres; mais dans un contrat de vente fait par des associés ou des copropriétaires à une personne étrangère à la société, ou à la propriété commune, les associés ou les copropriétaires ont un intérêt commun, et il suffirait de dresser un seul original pour eux tous.

288 *bis*. V. Quand nous venons d'opposer le mot *original* au mot *copie,* nous avons dit que les originaux portaient toutes les signatures. Il faut s'entendre sur ce point. Il arrive souvent dans la pratique que l'exemplaire détenu par une partie porte seulement la signature de l'autre et réciproquement. Le vendeur détient un exemplaire signé par l'acheteur, et l'acheteur un exemplaire signé par le vendeur; ces écrits ne sont pas nuls pour cela. Car si le concours des deux volontés est nécessaire pour l'existence de la convention, le concours des deux aveux n'est pas indispensable pour prouver la convention antérieurement faite. Or l'écrit contient un aveu : il puise dans cet aveu sa force probante,

et quand l'acheteur avoue qu'il a acheté, il importe peu que le vendeur adhère à cet aveu, pourvu que cet acheteur possède un écrit constatant un aveu réciproque de la part du vendeur. L'acte est donc plus complet s'il contient les deux signatures ; mais il est suffisant s'il est signé par toutes les parties dont les intérêts sont opposés à l'intérêt de celui qui le détient.

288 *bis*. VI. La rédaction en double de l'acte sous seing privé ne constituerait pas une précaution sérieuse si l'une des parties pouvait, en anéantissant son exemplaire ou en refusant de le produire, alléguer qu'on a violé l'article 1325 et que l'écrit présenté par l'adversaire est nul. La partie de mauvaise foi pourrait à son choix se prévaloir de l'écrit ou le faire annuler. Ici apparaît l'utilité du troisième alinéa de l'article : chaque exemplaire doit porter la mention du nombre d'originaux qui ont été faits. (*Fait double, triple, etc., ou rédigé en deux, trois, quatre originaux.*) On comprend qu'une pareille mention sur chacun des originaux ne permet plus de la part d'une des parties l'allégation que l'écrit n'a pas été rédigé double ou triple conformément à l'article 1325.

Cette mention est la condition essentielle de la validité de l'acte ; elle ne pourrait être remplacée par la production de tous les originaux. Car, bien que l'acte ait été dressé en plusieurs originaux, cependant la situation des parties était inégale, puisque l'une d'elles pouvait détruire son exemplaire ; on est par conséquent dans le cas prévu par l'article 1325, troisième alinéa, cas dans lequel l'acte ne peut servir de preuve. D'ailleurs, la force probante de l'écrit ne peut pas dépendre d'un hasard ; l'acte ne peut pas être valable ou nul suivant qu'on a retrouvé tous les exemplaires de cet acte ou perdu quelqu'un d'entre eux. Il faut cependant reconnaître que si l'une des parties a produit à l'appui d'une prétention un des originaux, cette partie n'a pas le droit plus tard de se prévaloir du défaut de mention de la rédaction double ; en demandant l'exécution de la convention, elle l'a exécutée autant qu'il lui était possible, et s'est placée dans le cas prévu par le dernier alinéa de l'article.

288 *bis*. VII. La mention du nombre des originaux est essentielle, mais elle n'est pas suffisante ; car si elle est inexacte, l'acte pourra être déclaré nul. La mention prouve, il est vrai, la rédaction double ou triple de l'acte ; mais comme si elle est mensongère

elle constitue une fraude à la loi, et que la fraude peut toujours être prouvée, chacune des parties serait admise à prouver que l'acte n'a pas été fait conformément à l'article 1325.

288 *bis*. VIII. La règle de l'article 1325 s'applique aux contrats synallagmatiques, mais seulement à ceux qui donnent naissance *ab initio* à des obligations réciproques. Les contrats synallagmatiques imparfaits ne doivent pas être constatés par des actes faits doubles, parce que dans le principe ils ne créaient qu'une obligation et que les parties n'ont pas dû songer à armer d'une preuve celle d'entre elles qui n'était pas créancière lors de la formation du contrat, et qui pouvait n'acquérir jamais de créance contre l'autre (1).

Il faut en outre remarquer qu'un contrat synallagmatique de sa nature peut, au moment où on rédige l'acte destiné à le prouver, ne plus produire qu'une obligation, parce que l'une des parties aurait déjà exécuté ses engagements; alors il serait absolument inutile de rédiger l'écrit en double original. Celle des deux parties qui n'a plus rien à exiger de l'autre n'a pas besoin de la preuve du contrat, et la règle de l'article 1325 n'aurait plus en pareil cas sa raison d'être.

288 *bis*. IX. L'irrégularité de l'acte qui n'est pas fait double ou qui ne contient pas la mention qu'il a été fait double est couverte relativement à chacune des parties par l'exécution que cette partie aurait faite de la convention. Cette exécution contient un aveu, et comme la convention est valable et peut être prouvée notamment par l'aveu de la partie, celle-ci ne peut plus se prévaloir des nullités de l'acte destiné à prouver la convention. C'est parce que nous expliquons ainsi le quatrième alinéa de l'article 1325 que nous n'hésitons pas à l'appliquer non-seulement au cas où l'acte manque de la mention *fait double*, mais au cas même où il n'a pas été fait double. L'article, il est vrai, n'a parlé que de l'omission de la mention, mais il n'y a pas lieu de distinguer; car, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, la convention n'est pas entachée de nullité; c'est la preuve seule qui manque, et elle peut être remplacée par l'aveu. Au reste, aux yeux du législateur, les deux hypothèses ont paru se confondre en une seule;

(1) V. *suprà*, nos 5 et 5 *bis*. II.

car il n'est guère possible de supposer en pratique la preuve de la rédaction double résultant d'un autre fait que de la mention ; par conséquent on a pu confondre le défaut de mention avec le défaut de rédaction du nombre des exemplaires exigé par la loi.

288 *bis*. X. La convention constatée par un acte sous seing privé qui n'a pas été fait double ou qui ne contient pas la mention qu'il a été fait double n'est pas annulée par le Code; nous l'avons dit, elle peut être prouvée par les moyens ordinaires de preuve, notamment par la preuve testimoniale, si on est dans les conditions de l'article 1341. Mais pourrait-on admettre la preuve testimoniale, aux termes de l'article 1347, en considérant l'acte sous seing privé fait simple comme un commencement de preuve par écrit? Cet acte répond certainement aux conditions de l'article 1347, il émane de la partie contre qui la demande est formée et il rend vraisemblable le fait allégué; car il peut être la manifestation d'un projet dont l'existence rend vraisemblable la perfection de la convention. L'article 1325 déclare, il est vrai, qu'il n'est pas valable, mais cette expression signifie simplement que l'écrit n'a pas la valeur d'un acte, c'est-à-dire qu'il n'a pas entre les parties la même foi que l'acte authentique (art. 1322), et ce qui laisse intacte la force de l'écrit considéré comme simple commencement de preuve. Nous trouvons cependant une objection puissante contre cette doctrine : c'est qu'elle détruit cette parfaite égalité entre les parties que l'article 1325 a pour but d'établir. Car la partie qui, munie d'un commencement de preuve par écrit, sera admise à faire la preuve par témoins, sera certainement mieux armée que son adversaire, et il faudrait, pour maintenir l'égalité absolue, traiter l'écrit comme absolument inexistant. Il faudrait davantage, et telle nous paraît être la réponse à l'objection, il faudrait, dans tous les contrats synallagmatiques, repousser l'application de l'article 1347, car la possession d'un commencement de preuve par écrit, quel qu'il soit, procurera toujours à l'une des parties un avantage considérable, une arme dont l'autre est peut-être bien privée, et, si l'on veut l'égalité absolue, il faut distinguer sur l'article 1347 entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux; l'objection que nous combattons va donc trop loin, car elle détruirait toute la théorie du commencement de preuve par écrit, et voilà pourquoi elle ne saurait être admise.

On comprend du reste que la loi se soit montrée moins exigeante, au point de vue de l'égalité, quand il s'est agi du commencement de preuve que quand il s'agissait des preuves mêmes. La preuve proprement dite, l'acte valable, entraînera nécessairement la condamnation de la partie, car le juge n'a pas d'autre mission que de constater l'existence de cette preuve, tandis que le commencement de preuve conduit à la preuve testimoniale et à l'admission des présomptions judiciaires (art. 1353), et laisse par conséquent au juge un large pouvoir d'appréciation; la partie contre qui existe le commencement de preuve n'est donc pas livrée sans défense aux attaques du demandeur.

289. La crainte des surprises qui pourraient être pratiquées envers un débiteur, soit en abusant d'un blanc seing, soit en présentant à sa signature un acte, non écrit par lui, qui exprimerait une somme ou quantité plus forte que celle qu'il doit effectivement, a fait établir, pour les promesses par lesquelles *une seule partie s'engage envers l'autre,* lorsqu'elles ont pour objet une somme d'argent ou une chose *appréciable*, la nécessité d'un *bon* ou *approuvé* écrit de la main du débiteur et portant en toutes lettres la somme ou quantité due. Et néanmoins, cette règle, qui contrarierait la simplicité des opérations commerciales, ne s'applique pas aux marchands; elle ne s'applique pas non plus à certaines classes de personnes qui, souvent, ne savent que signer leur nom. V. art. 1326.

289 *bis*. I. Après avoir donné une règle sur la forme des actes sous seing privé qui constatent des conventions synallagmatiques, le Code traite de la forme des actes constatant certaines conventions unilatérales : il s'agit de celles qui ont pour objet des sommes d'argent ou des choses *appréciables*, c'est-à-dire, d'après l'article lui-même (alinéa 1^er^, *in fine*), des quantités, des choses *quæ pondere numero mensurave constant.*

Ces actes, ordinairement appelés billets, doivent être écrits en entier de la main du débiteur ou contenir au moins un bon ou approuvé écrit de sa main et énonçant en toutes lettres la somme ou la quantité promise. Cette formalité est exigée dans le droit français depuis une déclaration royale du 22 septembre 1733, et

elle a pour but de prévenir les abus du blanc seing ou les conséquences de l'imprudence qui consiste à signer un acte sans le lire. Quand une personne a reçu d'une autre une signature en blanc, avec la mission peut-être de la faire précéder d'un écrit insignifiant, d'une lettre missive par exemple, il serait dangereux qu'une promesse d'argent, écrite frauduleusement au-dessus de cette signature, pût constituer une preuve. Comme aussi une fraude de même nature pourrait être commise par celui qui, chargé d'écrire quelque acte pour une autre personne, écrirait une promesse à son profit et la ferait signer par son mandant sans la lui faire lire.

289 *bis*. II. Ces abus ne sont pas possibles en présence des prescriptions de l'article 1326, au moins quant aux actes constatant les conventions dont parle cet article. Ils pourraient cependant se produire également à propos d'obligations de donner des corps certains ou de conventions synallagmatiques. Mais la loi ne s'en est pas occupée, elle a pensé que ces fraudes seraient moins dangereuses parce qu'elles seront moins fréquentes. En effet, les auteurs des actes frauduleux dont nous parlons ont une tendance naturelle à se faire promettre de l'argent ou des valeurs faciles à convertir en argent. L'abstention du législateur a eu une autre raison, et celle-ci s'applique surtout aux contrats synallagmatiques. Dans une convention pareille tout se tient, et il eût été assez difficile de résumer en un simple bon ou approuvé l'obligation de chaque partie, parce qu'il aurait fallu indiquer aussi les droits acquis par elle comme équivalent de son obligation ; alors le bon aurait été la reproduction de l'acte, et il eût mieux valu exiger que l'acte fût écrit de la main de la partie, ce qu'il eût été presque impossible de prescrire, à moins de réduire un grand nombre de personnes à la nécessité de faire constater authentiquement les conventions les moins importantes. Cette considération a pu avoir aussi une influence sur la règle concernant les actes sous seing privé ayant pour objet des corps certains, parce qu'il eût fallu faire une désignation quelque peu détaillée de l'objet, indiquer à quel titre il était dû, pour caractériser le contrat et partant la responsabilité du débiteur, en un mot, mettre l'acte tout entier dans le bon ou approuvé.

289 *bis*. III. Les raisons qui justifient l'article 1326 s'appliquent

à tout contrat unilatéral, alors même que ce contrat oblige plusieurs personnes; l'abus d'une signature en blanc peut aussi bien être redouté dans ce cas que dans celui où il n'y a qu'un débiteur. Si l'article suppose une seule partie obligée, c'est pour opposer les contrats unilatéraux aux contrats synallagmatiques, et non pas l'engagement d'un seul débiteur à l'engagement de plusieurs codébiteurs.

289 *bis*. IV. La déclaration de 1733 avait excepté de la règle qu'elle posait les actes nécessaires pour le commerce et ceux faits par des gens occupés aux arts et métiers ou à la culture des terres, parce qu'il était difficile et même souvent impossible de les assujettir à l'observation de la nouvelle formalité. Cette exception se retrouve dans le Code Napoléon, étendue même aux gens de journée et de service et moins exactement exprimée en ce qui concerne les marchands. Car il semble que le Code consacre un privilége personnel attaché à la qualité du marchand, tandis que certainement, quand le commerçant agira en dehors de son commerce, quand, par exemple, un marchand de toiles contractera l'obligation de livrer du blé récolté sur sa propriété, il sera soumis à la règle de l'article 1326.

289 *bis*. V. L'exception se justifie à l'égard des marchands par les habitudes du commerce qui tendent toutes à la simplicité et à la rapidité, et par cette raison que la profession du marchand l'oblige à faire attention aux actes qu'il accomplit. A l'égard des autres personnes énumérées, la raison est celle que donnait la déclaration de 1733 : beaucoup d'entre elles savent signer sans savoir écrire, et il ne faut pas les contraindre à faire des actes notariés pour les choses du plus minime intérêt.

289 *bis*. VI. L'acte qui n'est pas écrit de la main du promettant, et qui ne porte pas de bon ou approuvé, n'est pas un acte sous seing privé régulier et par conséquent valable; il ne doit pas avoir la force probante que la loi attache aux actes sous seing privé. Mais il est clair que l'irrégularité de l'acte destiné à servir de preuve n'a aucune influence sur la validité de la convention, qui, elle-même, a une existence indépendante de l'écrit. Cette convention pourrait être prouvée par les moyens ordinaires de preuve, et l'acte sera un commencement de preuve par écrit, autorisant l'admission de la preuve testimoniale. Car il n'est pas

possible de n'y pas voir un écrit rendant vraisemblable le fait allégué. (Art. 1347.)

290. S'il arrive que le bon ou approuvé ne s'accorde pas avec le corps de l'acte, il y a évidemment erreur; la loi permet de prouver de quel côté elle se trouve; mais, dans le doute, on s'attache à la maxime : *in dubiis quod minimum est sequimur* (v. à ce sujet art. 1162). Cette règle s'applique non-seulement lorsque la somme la plus forte se trouvant exprimée dans le corps de l'acte écrit d'une main étrangère, le bon, toujours écrit de la main de l'obligé, doit évidemment prévaloir pour la somme la plus faible; elle s'applique même lorsque l'acte étant, comme le bon, écrit de la main de l'obligé, ce bon, portant une somme plus faible, semblerait n'être qu'une formalité surérogatoire. V. art. 1327; et remarquez que la loi, dans la généralité de ses termes, comprend, sans le mentionner, un cas plus douteux peut-être que celui sur lequel elle s'est expliquée, savoir, lorsque c'est dans le corps de l'acte, écrit d'une main étrangère, que se trouve exprimée la somme la plus faible.

290 *bis*. Quand le corps de l'acte et le bon ne sont pas conformes, les parties peuvent prouver de quel côté est l'erreur, et elles peuvent faire cette preuve par témoins, car l'acte fait dans les deux sens commencement de preuve par écrit. Il ne faut même pas faire une distinction pour le cas où le corps de l'acte exprimant la somme supérieure est écrit d'une main étrangère, tandis que le bon qui indique la somme moindre émane de la partie; il ne faut pas faire prédominer d'une façon irréfragable la mention sur le corps de l'acte. La loi admet bien que la présomption est pour la somme moindre, mais elle doit permettre la démonstration de l'erreur même par la preuve testimoniale, parce que, ainsi que nous venons de le dire, le corps de l'acte signé et non écrit par la partie vaut commencement de preuve par écrit, et qu'on ne peut pas considérer le bon comme un acte complet contre lequel il ne serait pas permis de prouver. Car ce bon n'est qu'une partie d'un tout, et dans ce tout se trouvent deux indications contradictoires, de sorte qu'on ne peut pas dire avec certitude que

prouver contre le bon, et pour le corps de l'acte, ce soit prouver contre l'acte. (V. art. 1341.)

291. La facilité qu'auraient eue les parties contractantes de frauder les tiers par des actes antidatés, n'a pas permis qu'un acte sous seing privé fît foi de sa date, à l'égard de ceux-ci; mais l'enregistrement, la mort d'un des signataires, ou la relation de l'acte dans un acte public, fixant nécessairement sa confection à une époque antérieure, lui donnent date certaine. Voy. art. 1328, et à ce sujet, art. 1410, 1743, 2102-1°.

291 *bis*. I. Nous avons dit au n° 286 *bis* que les ayant cause à titre particulier d'une personne ont cette qualité par rapport seulement aux actes accomplis par cette personne antérieurement au fait qui les a constitués ayant cause : que pour les actes postérieurs à cet événement ils sont des tiers. Nous avons en même temps fait observer que l'article 1322, en déclarant l'acte sous seing privé opposable aux ayant cause, ce qui comprend les ayant cause particuliers, a dû réserver la question de date. Nous trouvons les résultats de cette réserve à l'article 1328. L'acte sous seing privé étant tout entier l'œuvre des parties qui l'ont signé, n'étant pas garanti par un officier public, on peut craindre une entente des parties pour donner à l'acte une date mensongère : et si les parties et leurs représentants peuvent être liés par leurs déclarations, il importe que ces déclarations ne portent aucun préjudice aux tiers.

291 *bis*. II. Ces tiers, qui pourraient être lésés dans leurs intérêts par des actes antidatés, sont précisément ceux que nous avons appelés ayant cause à titre particulier, et qui, nous venons de le dire, sont des tiers ou des ayant cause par rapport à un acte juridique de leur auteur, suivant que cet acte a été accompli avant ou après l'événement qui a fait naître leur droit. Deux personnes ont acheté successivement du même vendeur le même objet mobilier, elles n'ont été mises en possession ni l'une ni l'autre, la préférence entre elles dépend évidemment de la priorité de date, car le plus ancien acheteur a reçu du vendeur la propriété. (V. art. 1138, 1141.) Mais comment le premier acheteur peut-il démontrer sa priorité de date? S'il s'appuie sur un acte sous seing privé et sur la date que porte cet acte, l'adversaire répond

qu'on ne peut pas le traiter comme ayant cause pour lui opposer la date de l'écrit, car sa qualité d'ayant cause dépend justement de cette date. Est-elle antérieure à son acquisition, l'acte lui est opposable; est-elle postérieure, il est un tiers, l'acte ne peut lui préjudicier, et puisque sa qualité d'ayant cause dépend de la date de l'acte, on ne peut s'appuyer sur cette qualité pour attacher une foi quelconque à la date.

291 *bis*. III. Nous raisonnons à propos de conventions relatives à des meubles ou à des droits réels sur des meubles. On aurait pu, sous l'empire du Code civil, supposer des conventions relatives à des immeubles, et les espèces n'en eussent présenté que plus d'intérêt pratique. On aurait opposé deux acheteurs successifs du même immeuble, ou un acheteur et une personne prétendant avoir acquis du même auteur soit un droit réel de servitude, soit un usufruit; ces prétentions n'auraient pu certainement s'appuyer que sur des actes ayant date certaine. Aujourd'hui cela ne suffit pas, la loi ne se contente pas de prévenir les fraudes qui consisteraient à antidater les actes, elle veut la publicité des actes translatifs de propriété, ou constitutifs de droits réels sur les immeubles; l'acte n'a pas toute sa force, même quand il a date certaine, s'il n'a pas été transcrit (loi du 23 mars 1855), et il résulte de cette innovation législative que l'intérêt de l'article 1328 se concentre sur les conventions relatives aux meubles ou sur les rares discussions entre personnes ayant acquis des droits sur des immeubles, et ne les ayant ni l'une ni l'autre conservés conformément aux lois.

291 *bis*. IV. Parmi les ayant cause à titre particulier se trouvent certainement les cessionnaires de créances; mais à leur égard la validité des actes de disposition de la créance ne dépend pas simplement de la date de ces actes, elle est subordonnée à l'accomplissement des formalités de l'article 1690. Cependant on peut trouver à appliquer la théorie de l'article 1328 par rapport aux quittances que le Code opposerait au cessionnaire. Un créancier a cédé sa créance, et quand le cessionnaire veut exiger le paiement du cédé, celui-ci prétend qu'il a payé avant la notification de la cession, et il produit des quittances sous seing privé. Ces quittances peuvent être antidatées, aussi bien que des actes constatant la constitution d'un droit réel sur un bien vendu. La

fraude, par conséquent, est très-facile entre le cédant dépossédé de sa créance par la cession et le cédé. Donc, dans la théorie pure de l'article 1328, ces quittances ne devraient pas être opposables au cessionnaire, qui n'est qu'ayant cause à titre particulier, c'est-à-dire ayant cause ou tiers suivant la date des actes qu'on lui oppose. Cependant la pratique résiste à cette doctrine rigoureuse, parce qu'elle est contraire à l'usage constant de se contenter de quittances non enregistrées, et parce qu'elle créerait la nécessité de soumettre à l'enregistrement les quittances données même pour des dettes courantes et d'un chiffre minime. On a peine, toutefois, à appuyer ces résistances sur des raisons de droit, mais on fait valoir cette considération que celui qui acquiert un droit réel doit prendre ses précautions pour le faire valoir contre les tiers, puisque de sa nature ce droit est opposable aux tiers, tandis que celui qui paie sa dette ne doit pas supposer que cet acte le mettra jamais en relation avec les tiers. La cession postérieure de la créance éteinte par le paiement est un acte frauduleux que le débiteur n'a pas dû prévoir, et contre lequel il est excusable de n'avoir pas pris de précautions. Cette considération n'est cependant pas convaincante, car on peut dire également que la vente successive du même objet à deux acheteurs est un fait frauduleux improbable, et cependant l'acte d'acquisition sous seing privé ne fait pas foi de sa date à l'égard d'un acquéreur postérieur. En outre, les quittances ne sont pas opposées seulement à un cessionnaire, mais quelquefois aussi à des créanciers saisissants, et dans ce cas on ne peut pas présenter les droits des tiers comme résultant d'un acte frauduleux que le débiteur libéré par le paiement n'avait pas pu prévoir. Les raisons pratiques peuvent donc seules être invoquées, et l'usage constant qui résulte de ces nécessités pratiques peut faire croire que le législateur n'a pas compris les quittances dans les actes régis par l'article 1328, qu'il les a tacitement exceptées de sa règle.

291 *bis*. V. Le danger des antidates n'existe pas seulement dans les rapports avec les tiers; entre les parties elles-mêmes la validité d'un acte dépend souvent de sa date, et il peut être intéressant de savoir si la date fait foi. Lorsqu'une personne aujourd'hui incapable a été autrefois capable de contracter, s'il est produit un acte privé constatant que cette personne a contracté une obli-

gation à une époque où elle en avait la capacité, il est possible que cet acte ait été antidaté, et que les parties aient cherché par ce moyen frauduleux à éluder les règles sur l'incapacité. Cependant appliquer dans cette hypothèse l'article 1328, c'est exagérer sa portée en sortant de ses termes, car il faut appliquer à la *partie* ce que l'article dit seulement des *tiers:* c'est, de plus, admettre une présomption de fraude, contrairement à cette règle d'interprétation que la fraude ne se présume pas; enfin c'est se préoccuper outre mesure d'un danger qui n'est pas inévitable, car l'antidate pourrait être prouvée par tous les moyens possibles, et notamment par la preuve testimoniale et par les présomptions abandonnées à la sagesse du juge.

291 *bis.* VI. L'acte sous seing privé acquiert date certaine à l'égard des tiers dans trois cas :

1° S'il a été enregistré : l'enregistrement est une formalité qui consiste dans la mention de l'acte sur un registre par des agents de l'État qui perçoivent un impôt. La tenue de ces registres est assujettie à des règles qui rendent presque impossibles les intercalations, et qui sont une garantie contre les dates fausses.

L'acte, au surplus, ne fait foi de sa date qu'à partir de l'enregistrement; car les formalités de l'enregistrement garantissent bien que l'acte existait quand il a été enregistré, mais non pas qu'il a été fait dix ou quinze jours auparavant, s'il porte une date de dix ou quinze jours antérieure à l'enregistrement.

291 *bis.* VII. 2° Lorsque leur substance a été constatée dans des actes authentiques. Un officier public déclare que l'acte lui a été présenté et qu'il en a extrait la substance, sa déclaration fait foi, donc l'acte existait. Ce fait se présente souvent dans les cas prévus par l'article : procès-verbaux de scellé ou inventaires, mais il peut se présenter dans toute espèce d'acte. Ainsi, dans un acte de vente on peut avoir relaté et résumé une pièce ancienne qui aura ainsi acquis date certaine.

La date acquise dans cette hypothèse, comme dans la précédente, n'est pas la date que porte l'acte privé, mais celle du jour où il a été relaté dans un acte authentique.

291 *bis.* VIII. 3° Lorsque l'un des signataires est mort, il est physiquement impossible que l'acte ait été écrit depuis cet événement, et il doit avoir date certaine au jour de cette mort.

On a voulu assimiler à la mort les événements qui rendent l'une des parties incapable d'écrire. Ils démontrent, dit-on, que l'acte n'a pas pu être fait postérieurement, et doivent produire le même effet que la mort. Ainsi on a parlé du cas où l'un des signataires aurait perdu l'usage de ses mains. Cette solution conduit à l'arbitraire et doit être repoussée dans une matière où la loi a voulu assurer d'une manière certaine les droits des parties. Où serait la limite, où est la certitude? La partie a perdu une main, elle peut signer de l'autre; elle a perdu les deux bras, elle peut s'être exercée à tenir une plume dans ses dents... La partie a perdu par paralysie l'usage de ses membres, où est la certitude qu'à un certain jour, par un de ces hasards comme on en rencontre dans les maladies les plus graves, la main n'a pas repris accidentellement une certaine force et une certaine habileté? Qu'on ne dise pas que dans ces diverses hypothèses le caractère de l'écriture changerait, et qu'on pourrait reconnaître si l'écrit a été fait à telle ou telle époque. Il faudrait alors admettre que tout changement appréciable survenu dans l'écriture d'une personne deviendrait un événement donnant date certaine aux actes. Il est rare en effet que l'écriture du vieillard ressemble à celle du jeune homme, et faudra-t-il tenir compte de la première et de la seconde manière de celui qui a écrit pour déterminer la date des écritures, comme on fixe la date des tableaux de certains grands artistes? L'article 1328 a voulu donner une règle fixe, et toute tentative faite pour sortir de ses termes ouvre à l'arbitraire un vaste champ qu'il devient impossible de limiter.

292. Quoique les écrits privés tirent principalement leur force des signatures dont ils sont revêtus, et bien qu'un titre soit, en général, sans vertu, s'il n'est remis au pouvoir du créancier (v. à ce sujet art. 1282, 1283), la loi, néanmoins, en considération de diverses circonstances, s'est éloignée de cette rigueur. Elle accorde, en conséquence, à certains écrits manquant d'un ou plusieurs des caractères constitutifs d'un acte, une force différente, suivant la nature de l'écrit, la qualité des personnes, et le fait qu'il s'agit d'établir.

293. L'obligation imposée aux marchands, de tenir registre

exact de leurs opérations, donne aux énonciations contenues dans leurs livres une certaine gravité. Cette gravité est telle, que les registres des marchands peuvent suffire pour faire preuve complète, contre d'autres marchands (v. C. comm., art. 12 et 109). Ils n'ont pas la même force contre les autres personnes. Toutefois, il paraît que le registre énonçant une fourniture faite à un particulier, non marchand, pourrait autoriser le juge à déférer le serment. V. art. 1329 et 1367.

293 *bis*. I. Les registres ou livres auxquels les articles 1329 et 1330 attribuent une certaine force sont ceux que les commerçants sont obligés de tenir aux termes des articles 8 et 9 du Code de commerce. Ces livres méritent une certaine confiance à raison des formalités auxquelles leur tenue est soumise et qui constitue des garanties sérieuses contre les allégations mensongères. Ils doivent être tenus sans blancs, lacunes, transports en marge (art. 10 C. com.), être cotés, paraphés et visés par un juge du tribunal de commerce ou par le maire, et par conséquent il est difficile de supposer qu'il ait pu être fait une intercalation pour le besoin de la cause. Enfin, la simulation, l'altération de la vérité dans les énonciations du livre constitueraient un faux en écriture de commerce, assimilé, au point de vue de la pénalité, au faux en écriture publique. (Art. 147 P.)

293 *bis*. II. Le Code civil n'a pas traité de la force probante des registres dans les contestations entre marchands. Il s'en est référé à la législation commerciale, et nous trouvons au Code de commerce (art. 12) que les livres régulièrement tenus peuvent être admis comme preuves entre commerçants pour faits de commerce. Les livres de l'une des parties sont contre-balancés par les livres de l'autre, et les chances d'erreur sont diminuées par la comparaison des registres des deux adversaires. S'ils sont produits tous deux et s'ils sont conformes, la preuve est complète; s'ils se contredisent, il faut recourir à un autre mode de preuve, car la force de l'un est détruite par la force de l'autre; enfin si l'une des parties ne présente pas son registre, c'est qu'elle n'en a pas tenu, ce qui la constitue en faute : ou c'est que son registre corroborerait la prétention de l'adversaire, deux suppositions qui légitiment la décision que le juge rendrait en conformité du livre produit.

Malgré tout, l'article 12 n'est qu'une disposition facultative, et les juges pourraient, en raison des circonstances, ne pas tenir compte de la preuve résultant d'un registre même régulier.

293 *bis*. III. Dans les rapports entre marchands et particuliers non marchands, la force probante des livres n'est pas absolue; elle existe contre le marchand qui a tenu le livre, mais elle n'existe pas en sa faveur parce qu'il ne peut pas avoir créé à son profit une preuve que l'adversaire ne pourrait pas contre-balancer. Ce particulier, en effet, n'est pas astreint à tenir des livres, et en eût-il tenu, ces livres ne présenteraient pas les garanties que présentent les livres de commerce. Voilà pourquoi le Code déclare que le registre ne fait pas foi contre les particuliers non marchands des fournitures qui y sont portées. C'est en effet à propos de prétendues fournitures faites par un marchand à un particulier que s'élèverait entre eux une contestation dans laquelle la production du livre pourrait paraître utile.

293 *bis*. IV. L'article a cependant fait une réserve : *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment ;* or il n'est rien dit sur ce point dans les articles qui traitent du serment, et dès lors il reste une certaine obscurité sur la valeur de cette réserve. S'agit-il du serment décisoire, que l'une des parties peut déférer à l'autre en tout état de cause, même en l'absence de preuve ? La réserve serait alors bien inutile, puisqu'elle ne serait que la consécration d'une règle générale (art. 1360), et rien ne la rattacherait à la question traitée par l'article; car l'existence ou l'inexistence des livres serait complétement indifférente, tandis que l'article 1339 semble attribuer à l'existence du registre la force d'autoriser la délation du serment.

Il s'agit donc non pas du serment décisoire, mais du serment supplétoire (art. 1366) qui, d'après l'article 1367, ne peut être déféré par le juge que quand la prétention n'est pas totalement dénuée de preuve. La portée de l'article 1339 est alors d'autoriser le juge à considérer le livre du marchand comme un commencement de preuve permettant la délation du serment supplétoire à l'une ou à l'autre des parties. Ainsi entendue, cette réserve a un sens et elle se rattache d'une façon très-directe à la disposition

de l'article, puisqu'elle attribue une certaine force probante aux livres de commerce (1).

294. Les livres des marchands font preuve contre eux en faveur de toute personne; seulement, la bonne foi ne permet pas à celui qui n'établit sa prétention que par ces livres, de s'emparer de ce qui lui est favorable, en rejetant ce qui lui est contraire. Il ne peut donc les diviser. V. art. 1330, et à ce sujet, art. 1356.

294 *bis*. I. Contre le marchand, le registre fait foi en faveur des particuliers non marchands. Ainsi le livre constate un paiement reçu par le marchand, un contrat fait par lui, ou il est muet sur une fourniture que ce marchand prétend avoir faite. L'adversaire du commerçant peut victorieusement invoquer la preuve tirée du livre, et celui qui a tenu le registre, parce que la loi l'y astreignait, ne peut pas se plaindre de l'importance qu'on attache à ses propres écritures.

294 *bis*. II. Ce registre contient des aveux émanés de son auteur, et la loi applique à ces aveux une théorie qu'elle établira plus tard d'une façon plus générale (art. 1356), la théorie de l'indivisibilité de l'aveu. L'adversaire doit accepter la déclaration du marchand telle qu'elle est; puisqu'il l'invoque en sa faveur, il doit avoir foi en ce que cette déclaration a de contraire à sa prétention. Ainsi un propriétaire de vignes prouvera par le livre d'un marchand de vin que celui-ci lui a acheté dix pièces de vin; il ne pourra pas refuser de tenir compte de la mention qui indiquerait le prix de chaque pièce ou qui constaterait qu'un délai a été accordé pour le paiement. L'aveu contenu dans le livre est un; il faut l'accepter ou le repousser pour le tout, et dans ce dernier cas faire la preuve de sa prétention sans s'appuyer sur les livres de l'adversaire.

295. Les registres que les particuliers non marchands tiennent, s'ils le jugent convenable, pour se rendre compte, et généralement les papiers domestiques, n'offrent pas la même présomption d'exactitude que les livres des marchands. Aussi ne font-ils jamais titre en faveur de celui qui les a écrits, et

(1) Pothier, nº 719.

ne font-ils pas même toujours foi contre lui; il faut distinguer, à cet égard, si c'est un paiement reçu ou une obligation qu'ils énoncent. L'énonciation du paiement suppose nécessairement qu'il a été fait; elle suffit donc, pourvu qu'elle soit formelle, pour établir l'extinction de la créance. Au contraire, l'énonciation d'une obligation suppose bien que cette obligation a été contractée; mais, comme elle pourrait avoir été éteinte sans que la note eût été supprimée, l'existence de cette note ne fait preuve qu'autant qu'elle était destinée à tenir lieu de titre, et qu'il a été fait mention expresse de cette circonstance. Dans ce cas, en effet, le débiteur n'aurait pu, sans négligence, laisser subsister la note, s'il avait payé depuis qu'il l'a écrite. V. art. 1331.

295 *bis*. I. Les mentions dont il s'agit dans l'article 1331 ne font foi qu'autant qu'elles sont écrites de la main de celui à qui on les oppose. Cela résulte du texte de l'article, et il serait dangereux qu'on décidât autrement, parce que des mentions pareilles pourraient être intercalées par des mains étrangères sans que le propriétaire du registre s'en aperçût, puisqu'il n'est pas astreint à tenir de livres, ni par conséquent à les examiner régulièrement. En outre, il ne s'agit pas seulement de livres; les papiers domestiques, c'est-à-dire peut-être des feuilles volantes, font foi comme les livres, et il serait grave d'attribuer la force probante à une feuille isolée non écrite par la partie et qui serait trouvée parmi ses papiers.

Nous signalons ainsi une différence entre les registres des marchands et les registres des particuliers non marchands. Les premiers font foi même quand ils ne sont pas écrits par celui au nom de qui ils sont tenus : ils ont un caractère quasi officiel qui leur donne plus de force; il n'est pas permis de supposer que le commerçant ne les a pas surveillés et qu'on a pu y glisser à son insu des énonciations mensongères. Le Code de commerce, qui traite en détail de leur tenue, n'a jamais imposé au marchand l'obligation d'écrire lui-même, et enfin les articles 1329 et 1330 n'ont rien qui fasse supposer que le registre doit être écrit de la main du commerçant, tandis que l'article 1331, à propos des registres des par-

ticuliers, parle de la foi qu'ils font pour ou contre celui qui les a écrits.

295 *bis*. II. Si la disposition de l'article 1331 se justifie pleinement en théorie, en revanche, il n'est pas facile de trouver son application pratique. En effet, comment le débiteur prétendant avoir payé, ou le prétendu créancier pourrait-il avoir à sa disposition, pour prouver le paiement ou la naissance de l'obligation, les livres et papiers de l'adversaire, c'est-à-dire de l'ancien créancier ou du prétendu débiteur? S'il s'agissait d'un registre faisant foi en faveur de celui qui l'a écrit, et par conséquent qui le détient, celui-ci produirait certes le registre; mais on ne peut guère supposer que celui qui détient un registre le produise quand il ne peut faire foi que contre lui. On ne saurait ici procéder comme en matière de commerce et imposer aux parties l'obligation de représenter leurs livres. (Art. 15 et 17 C. com.) Cette obligation a sa source dans l'obligation même de tenir des livres; elle ne peut donc être imposée à celui qui n'était pas astreint à cette obligation. La règle, toutefois, quoique pouvant être souvent éludée par la partie qui refusera la production de ses livres, aura dans certaines circonstances une application fort utile. Ainsi, lorsque des contestations s'élèveront entre des héritiers sur les créances ou les obligations de l'un d'entre eux envers le défunt, les registres et papiers de celui-ci constatés dans l'inventaire fourniront des preuves, et il est à remarquer que cette application de l'article 1331 sera fréquente; car c'est bien souvent entre personnes de la même famille que les emprunts et les paiements sont faits sans qu'ils soient constatés par des billets ou des quittances.

296. Si l'énonciation d'un paiement sur les registres du créancier suffit pour établir la libération du débiteur, à plus forte raison doit-on accorder le même effet à la mention que le créancier aura faite sur le titre même de la créance, quoiqu'il n'ait ni daté ni signé cette mention. Mais pour qu'on doive supposer que l'écriture mise sur le titre émane du créancier, il faut que ce titre soit toujours resté en sa possession. Voy. art. 1332, al. 1.

297. Nous voyons que dans les cas ci-dessus le défaut de signature n'empêche pas l'écrit demeuré en la possession de

son auteur de faire foi contre lui. Il y a un motif de plus pour que l'écriture mise par le créancier sur une pièce formant titre pour le débiteur (par exemple, sur le double d'un bail ou sur une quittance précédente) établisse suffisamment la libération.

Toutefois, la loi exige pour cela que cette pièce se trouve entre les mains du débiteur. Car, autrement, on pourrait supposer que le débiteur a remis au créancier son double ou sa quittance précédente, en vue d'un paiement annoncé, pour faire préparer la quittance; et que celui-ci n'a retenu la pièce que parce que le paiement n'a pas été effectué. V. art. 1332, al. dern., et remarquez qu'ici l'écriture déniée ou méconnue devrait nécessairement être vérifiée en justice.

297 *bis*. I. Il s'agit dans l'article 1332 des mentions ajoutées à un acte (à la suite, en marge, au dos). Les solutions sur la force probante de ces mentions varient suivant que cet acte appartient soit au créancier, comme un billet, soit au débiteur, comme une quittance constatant un paiement partiel, ou le double, remis au débiteur, d'un acte sous seing privé constatant une convention synallagmatique.

Si le titre sur lequel des mentions ont été ajoutées appartient au créancier, il est clair que ces mentions ne peuvent avoir aucune force, quand elles émanent du créancier seul, et qu'elles tendent à constater une aggravation de l'obligation. Mais elles prennent une autre importance quand elles tendent à établir la libération du débiteur, à prouver, par exemple, un paiement total ou partiel. Elles contiennent alors un aveu du créancier et font preuve contre lui. Seulement, pour que cet aveu soit considéré comme prouvé, il faut que la mention soit écrite de la main du créancier, sinon on risquerait d'attribuer la force d'un aveu à une écriture portée frauduleusement sur le titre à l'insu du créancier. Pothier n'exigeait pas que la mention fût écrite par le créancier dans le cas prévu par notre article où le titre était toujours resté dans sa possession, et il donnait pour raison que probablement ce créancier n'aurait pas laissé écrire des reçus sur le billet si les paiements n'avaient pas été faits (1). Mais les rédacteurs du Code

(1) Pothier, n° 543.

ont été sciemment plus sévères que Pothier, parce qu'ils ont bien compris que l'existence d'un reçu sur le titre ne prouve pas toujours que le créancier a consenti à la rédaction de ce reçu, même quand le titre est resté entre ses mains; car il n'est pas toujours difficile d'avoir un instant à sa disposition, sans déplacement, sans changement dans la possession, les papiers domestiques d'une personne et de profiter de cet instant pour y insérer une mention mensongère. La décision de l'article 1331-1° est alors en parfaite harmonie avec celle de l'article précédent sur les registres et papiers domestiques, qui n'ont force qu'autant qu'ils ont été écrits par celui à qui on les oppose.

297 *bis*. II. La mention de libération, même écrite de la main du créancier, ne fait foi qu'autant que le titre n'est jamais sorti de la possession de ce créancier. Cette seconde condition, maintenue par le Code civil, ne peut plus s'expliquer par le motif que donnait Pothier et que nous venons de rappeler; elle se justifie par cette considération, que la mention a pu être mise sur le titre pour que le tiers à qui le billet était remis pût le présenter au débiteur et lui demander le paiement en lui offrant une quittance.

Il ne faut pas oublier que les mentions écrites par le créancier, mais insuffisantes pour prouver la libération, parce que le titre aurait passé dans des mains étrangères, serviraient de commencement de preuve par écrit, ce qui corrigerait ce que la disposition de l'article 1332-1° sur la possession pourrait avoir d'un peu rigoureux.

§ III.

Des tailles.

298. Certaines personnes sont dans l'usage de constater par *tailles* des fournitures en détail. La corrélation de la taille du fournisseur avec l'échantillon, qui reste entre les mains du consommateur, doit naturellement faire la même foi que la reconnaissance de celui-ci. V. art. 1333.

298 *bis*. I. On entend par tailles des morceaux de bois pareils destinés à rester l'un (la taille) entre les mains du fournisseur, l'autre

(l'échantillon) entre les mains du consommateur, sur lesquels il est fait des échancrures, raies ou *coches*, qui servent à compter les fournitures faites. Lorsqu'une fourniture est faite, la taille et l'échantillon sont juxtaposés et l'échancrure est faite sur les deux morceaux de bois par un seul et même coup de couteau ou de scie. Le fournisseur ne peut donc pas ajouter après coup au nombre des coches sur la taille qu'il conserve, puisque ces coches n'auraient pas leurs correspondantes sur l'échantillon.

298 *bis*. II. Il y a là une sorte de preuve littérale résultant d'une écriture primitive et rudimentaire, mais qui suppose préalablement prouvé : d'abord que les parties avaient l'habitude de constater ainsi les fournitures : secondement, quelle est la quantité de marchandises représentée par chaque coche. Ces deux faits préalables n'étant pas contestés, on comprend que la loi ait attaché la force probante à la taille conforme à l'échantillon, ce qui comprend le cas où le nombre de coches est le même sur les deux morceaux de bois, et même celui où les deux nombres sont inégaux, mais à la condition de n'attribuer force à la taille que jusqu'à concurrence du plus petit nombre de coches, car jusque-là au moins la taille et l'échantillon sont conformes.

298 *bis*. III. L'article suppose que la taille et l'échantillon sont représentés, puisqu'il raisonne sur des tailles corrélatives aux échantillons. Le contraire arrivera bien souvent. Le marchand produira une taille et le consommateur niera avoir en sa possession l'échantillon. Quelle sera alors la position des parties? Cela dépendra des circonstances. S'il est prouvé que le demandeur faisait habituellement des fournitures au défendeur et que ces fournitures étaient constatées par des tailles, le fournisseur peut invoquer la taille qu'il détient, car il ne doit pas être privé de son moyen de preuve par la mauvaise foi ou la négligence du débiteur qui aurait détruit ou laissé perdre l'échantillon. Si, au contraire, il n'est pas prouvé que le marchand ait jamais fait de fournitures au défendeur, ou que, s'il en a fait, ces fournitures aient jamais été constatées au moyen de tailles, la taille du marchand ne peut être invoquée par lui, car il ne peut s'être fait un titre à lui-même, et comme la loi n'a rien dit, comme ce mode de preuve est très-imparfait et manque complétement de précision, on ne saurait y voir un commencement de preuve autorisant

soit la délation du serment supplétoire, soit l'admission de la preuve par témoins.

298 *bis*. IV. Une dernière observation est nécessaire : les faits qui doivent être préalablement démontrés pour que la preuve par la taille soit admise, c'est-à-dire l'habitude des parties d'user de tailles, et la signification de chaque coche peuvent être prouvés par témoins, même au-dessus de 150 francs. Les parties doivent être considérées comme n'ayant pas pu ou plutôt n'ayant pas dû se procurer une preuve écrite de ces faits (art. 1348), car la loi autorisant la preuve par tailles a dû permettre tout ce qui la rendrait pratique, et cette preuve ne remplacerait pas dans l'usage la preuve écrite si elle devait être précédée de la rédaction d'un écrit consacrant l'usage des tailles et la relation des coches avec les fournitures faites.

§ IV.

Des copies des titres.

299. Une copie tirant toute sa force de son original, il est tout simple que les copies de titres ne fassent pas, en général, foi par elles-mêmes, et que pour s'assurer de leur exactitude on puisse toujours, tant que le titre subsiste, en exiger la représentation. V. art. 1334.

300. Mais lorsque ce titre n'existe plus, on doit accorder aux copies une foi plus ou moins pleine, suivant que les circonstances dans lesquelles elles sont tirées sont plus ou moins propres à en garantir la fidélité. A cet égard, il convient d'abord de poser quelques principes, dont la combinaison servira à expliquer les différents degrés de force que la loi accorde aux copies.

Et d'abord, il est facile de concevoir que la copie tirée sur la minute par l'officier public que la loi en rendait dépositaire, doit généralement faire plus de foi que celle qui serait tirée, également sur la minute, par toute autre personne, fût-ce même un officier public; plus de foi surtout que celle

qui, par quelque personne que ce fût, serait tirée sur une copie.

Cela posé, il ne faut pas perdre de vue que le témoignage de l'officier public ne doit être irréfragable que pour tout ce que cet officier était légalement requis d'attester, et qu'il a attesté *ex propriis sensibus,* au moment où il en était requis.

Mais, d'un autre côté, il faut aussi reconnaître que tout ce qui est inséré dans un acte, du consentement des parties intéressées, fait nécessairement foi à leur égard, et qu'elles doivent tenir pour vrai ce qui a été écrit, même sur la foi d'autrui, lorsque, ayant été à même de le vérifier, elles ne l'ont pas contredit.

Enfin, il faut remarquer que l'officier public qui délivre une copie atteste bien *ex propriis sensibus* la conformité de la copie à l'original, mais non la vérité de cet original.

301. D'après cela, on conçoit que la loi accorde aux grosses, et en général aux premières expéditions, la même foi qu'à l'original. Car la délivrance qui en est faite à chaque partie, pour lui servir de titre, a toujours lieu en vertu d'une convention expresse ou tacite, et n'est d'ailleurs qu'une suite directe du ministère de l'officier qui a reçu l'acte. On s'explique aussi pourquoi la loi met sur la même ligne et les copies tirées de l'autorité du magistrat, *parties présentes ou appelées,* et celles qui, sans ordre même du magistrat, auraient été tirées *en présence et du consentement des parties.* (V. art. 1335-1°; v. aussi C. pr., art. 844-852; L. 25 vent. an XI, art. 26.) Remarquons ici que les copies qui réunissent ces caractères font toujours la même foi, lors même qu'elles ne seraient pas délivrées par le dépositaire ordinaire, dans les cas où la loi l'autorise. (V. à ce sujet C. pr., art. 245 et 849.)

302. Quant aux autres copies tirées sur la minute par l'officier qui en était dépositaire, comme elles peuvent, d'après nos principes, laisser subsister des doutes, non sur leur conformité à l'original (art. 1317), mais sur la vérité de cet original, elles font toujours bien un commencement de preuve;

mais pour qu'elles fassent preuve complète il faut que leur ancienneté écarte tout soupçon de fraude; et pour cela il faut qu'elles datent de trente ans au moins. (V. art. 1335-2°; v. pourtant art. 45.)

303. La loi accorde moins de force encore aux copies délivrées par tout autre que le dépositaire de la minute; car celui-ci a seul qualité pour faire cette délivrance, et conséquemment pour certifier la conformité à l'original. Elles ne peuvent donc jamais servir que de commencement de preuve. (V. article 1335-3°.) Mais n'appliquez pas cette disposition au cas prévu par le Code de procédure, art. 245.

303 *bis*. Quand la loi suppose une copie tirée par un officier qui n'est pas dépositaire de la minute, elle songe à un ancien usage qui consistait à laisser la minute d'un acte notarié aux parties, celles-ci faisaient ensuite faire des copies par un notaire de leur choix. Cette copie avait nécessairement moins de valeur, parce que le notaire étranger à la rédaction primitive de l'acte ne pouvait pas voir s'il avait été altéré. Aujourd'hui que les notaires ne peuvent pas se dessaisir de leurs minutes, l'hypothèse prévue se réalisera rarement, car il faudrait, pour qu'il n'eût pas été commis de violation à la loi, que la copie en question fût la copie d'un acte en brevet.

304. Enfin la copie de copie, offrant toujours une double incertitude, ne peut servir que de renseignement. (V. article 1335-4°; v. pourtant C. pr., art. 203.)

304 *bis*. Un simple renseignement n'est certainement pas un commencement de preuve par écrit, et, par conséquent, la présentation d'une copie de copie ne légitimerait pas la preuve testimoniale; d'un autre côté, si la loi a voulu dire que les tribunaux pourraient tenir compte de la copie de copie, quand ils peuvent juger par des présomptions abandonnées à leur sagesse, elle a dit une chose inutile. Peut-être pourrait-on donner un certain effet à l'article en autorisant le juge à déférer le serment supplétoire à l'une des parties, à raison du renseignement fourni par la copie de copie.

305. La transcription d'un acte sur les registres publics

(v. art. 939, 1069 et 2181) n'étant qu'une copie faite par un autre que le dépositaire des minutes, ne peut évidemment servir que de commencement de preuve. Bien plus, la nature particulière de cette espèce de copie et la facilité de commettre des fraudes en faisant transcrire un acte faux, que l'on supprimerait ensuite, ne permettent de lui accorder cette force que sous deux conditions propres à s'assurer qu'il a existé un acte notarié à la date indiquée par la transcription, et qu'il a été perdu. A ces conditions, la preuve testimoniale peut être admise (v. art. 1347), mais l'audition des témoins instrumentaires, s'ils existent, est nécessaire. (V. art. 1336.)

305 *bis*. I. La transcription au bureau des hypothèques, quand elle a pour objet un acte authentique, n'est qu'une copie de copie, car le conservateur n'est saisi que d'une expédition; mais, à raison du caractère du fonctionnaire qui fait cette copie de copie, la loi lui donne une force exceptionnelle, pourvu que les circonstances concourent à prouver que l'acte a réellement existé et qu'il a péri par accident.

305 *bis*. II. Les conditions mêmes exigées par la loi éloignent l'idée d'attacher aucune force à la transcription d'un acte sous seing privé, car rien ne garantirait contre l'erreur du conservateur des hypothèques qui n'avait pas mission de vérifier les signatures portées sur l'acte qu'on lui présentait.

305 *bis*. III. L'enregistrement n'est pas la transcription; c'est une mention par extrait sur des registres publics, tandis que la transcription est la copie littérale d'un acte; on comprend donc très-bien que la loi ait donné plus d'importance à la transcription qu'à l'enregistrement, et qu'elle n'ait pas dérogé par rapport à cette dernière formalité à la règle en vertu de laquelle le commencement de preuve par écrit doit émaner de celui contre qui on veut s'en servir.

§ V.

Des actes récognitifs et confirmatifs.

306. Les actes ou titres dont il s'agit ici ont cela de commun qu'ils ne tendent pas à constater actuellement la con-

vention ou le fait quelconque qui produit un droit; ils supposent, au contraire, le droit établi, et tendent seulement à prouver soit la reconnaissance qu'en font les parties intéressées (v. à ce sujet art. 695 et 2263), soit leur volonté de lui donner la force qui pouvait lui manquer en raison des vices qui avaient infecté son origine.

306 *bis*. La loi rapproche, dans ce paragraphe, deux sortes d'actes qui n'ont pas entre eux un grand rapport. L'acte récognitif est un acte destiné à constater l'existence d'un droit; l'acte (*instrumentum*) confirmatif est destiné à constater la confirmation ou ratification d'un acte (convention, fait juridique... *quod actum est*) annulable, c'est-à-dire qu'il constate l'abandon du droit de demander la nullité ou la rescision d'un acte annulable. L'acte récognitif est donc purement et simplement un acte probant; il appartient à la théorie des preuves, l'acte confirmatif est une preuve de la confirmation, et sous ce rapport il appartient à la même théorie; mais la confirmation elle-même est étrangère à cette théorie, car elle n'est pas destinée à constater un fait juridique qui n'est point à prouver, mais elle tend à rendre inattaquable un acte vicié et que ses vices exposent à des attaques. Ce n'est donc qu'incidemment et par occasion que la loi donne les conditions auxquelles est subordonnée la confirmation d'un acte annulable.

307. Dans la crainte, apparemment, qu'une simple reconnaissance, sans explication des causes qui ont produit la dette, ne fût surprise à l'ignorance, ou arrachée à la faiblesse, peut-être aussi parce que l'absence du titre primordial permet de supposer que la dette reconnue a été éteinte, sans qu'on ait songé à faire supprimer toutes les reconnaissances, la loi ne veut pas que l'acte récognitif dispense de rapporter le titre primordial. Il en est autrement quand l'acte récognitif, relatant spécialement la teneur du titre primordial, ne laisse aucun doute sur l'origine de la dette, et paraît, par là même, avoir été destiné à tenir lieu, au besoin, du titre primitif. V. art. 1337, al. 1,

Dans tous les cas, l'acte récognitif n'étant pas censé fait

dans l'intention d'innover, ne peut évidemment prévaloir sur le titre primordial, pour ce qu'il contiendrait de plus ou de différent. V. art. 1337, al. 2.

307 *bis*. I. L'acte récognitif ne constitue pas seulement un simple aveu, il se réfère à un acte préexistant; c'est la reconnaissance d'un droit déjà constaté par un acte antérieur. Cette circonstance le soustrait aux règles sur l'aveu (art. 1320), et lui enlève la force probante qu'il aurait s'il était la constatation d'un aveu proprement dit. Il ne dispense pas de représenter le titre primordial, et par conséquent il ne fait pas preuve du fait juridique dont il constate la reconnaissance. Voilà la règle qui résulte certainement de l'article 1337 premier alinéa. Mais si le sens de la règle n'est pas douteux, ses motifs sont loin d'être aussi clairs. Elle est directement empruntée à Pothier, qui se contente de l'énoncer et ne la justifie pas autrement qu'en la montrant écrite dans quelques phrases de Dumoulin (1). Dumoulin, au reste, ne lui donnait probablement pas toutefois l'application générale que Pothier et les rédacteurs du Code civil lui ont donnée. Pothier, cependant, en indiquant l'utilité que peut avoir le titre récognitif qui ne remplace pas le titre primordial, peut faire apercevoir la raison de sa doctrine. Ces reconnaissances, dit-il, servent à interrompre la prescription. Or, si telle est dans la pensée des parties leur unique destination, on peut croire qu'il serait dangereux de les admettre comme preuves de l'existence de l'obligation. Le débiteur a reconnu la dette pour interrompre la prescription et éviter des poursuites (art. 2248); quand il a plus tard acquitté son obligation, il n'a pas songé à retirer des mains du créancier la reconnaissance qu'il avait faite; peut-être ne peut-on lui reprocher de ce chef aucune négligence si la reconnaissance a été faite par son auteur et s'il en ignorait l'existence : il s'est contenté de détruire le titre primitif, le billet, et il serait exposé à payer une seconde fois si l'acte, qui n'avait été dans la pensée des parties destiné qu'à interrompre la prescription, pouvait être présenté comme preuve de l'obligation.

307 *bis*. II. Voilà la règle et sa raison d'être : la première exception qu'elle reçoit se rattache aux idées sur lesquelles cette règle

(1) Pothier, nº 743.

est fondée. Quand la teneur de l'acte primordial est spécialement relatée dans l'acte récognitif, cet acte peut remplacer le titre primordial. Le soin que les parties ont pris de relater la teneur de l'acte primitif prouve qu'il ne s'agissait pas seulement d'interrompre la prescription, car il eût été inutile de donner des détails sur l'obligation dont on voulait empêcher la prescription. L'acte a dû être destiné à servir de preuve, et devait remplacer la preuve première; voilà pourquoi on a fait un acte circonstancié, et alors la partie a dû, en acquittant l'obligation, retirer la reconnaissance probante, et on ne peut même supposer qu'un ayant cause ait négligé cette précaution par ignorance des faits, car le débiteur qui a donné une reconnaissance devant servir de preuve aura dû prendre soin de faire parvenir ce fait à la connaissance de ses ayant cause; il aura laissé dans ses papiers une note pour avertir ses héritiers ou ayant cause.

La disposition finale du premier alinéa de l'article 1337 s'explique donc à peu près comme celle de l'article 1331-2°. Il s'agit, dans l'un comme dans l'autre article, d'un écrit qui seul ne fait pas preuve, mais qui, d'après la manière dont il est rédigé, est présumé avoir été destiné à servir de preuve et prouve en effet l'obligation contre la partie qui n'a pas eu la prudence de le détruire.

307 *bis*. III. Relater la teneur de l'acte, ce n'est pas en reproduire textuellement les phrases, car l'acte récognitif ne serait plus alors qu'une copie; c'est reproduire dans leur sens les principales dispositions du titre primitif, de manière à faire apparaître l'intention de remplacer l'un de ces actes par l'autre. Les expressions de la loi sur ce point sont assez vagues pour laisser aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation.

307 *bis*. IV. C'est une conséquence du caractère attribué au titre récognitif qu'il ne puisse rien changer à la situation des parties, telle qu'elle était faite par l'acte primitif. Si l'intention de changer quelque chose à l'obligation ancienne était claire et formelle, il faudrait cependant laisser cette intention produire ses effets; mais l'acte ne serait plus un simple acte récognitif, il contiendrait une novation et serait valable dans les conditions de la novation.

307 *bis*. V. Quand l'article 1337 déclare sans effet ce que le titre récognitif contient de plus que le titre primordial ou ce qui s'y

trouve de différent, il embrasse dans son esprit, comme dans la généralité de ses expressions, le cas où ce titre énonce une obligation moindre que celle résultant de l'acte primordial. Puisque l'ancien acte est seul probant, que l'autre est destiné seulement à interrompre la prescription, l'obligation doit rester ce qu'elle est en vertu du seul acte qui prouve son existence; le second acte est sans influence sur la preuve de l'obligation et de son étendue. Il faudrait seulement tenir compte de l'effet de la prescription : interrompue seulement pour la partie reconnue, elle aurait pu s'accomplir pour la partie de la dette dont il n'aurait pas été question dans la reconnaissance, et alors la dette se trouverait diminuée, mais par la prescription et non par l'effet seul de la reconnaissance.

308. Quoiqu'une reconnaissance isolée, qui ne relate pas la teneur du titre primordial, ne dispense pas de le représenter, la loi accorde cet effet à plusieurs reconnaissances successives; mais pour cela il faut qu'elles soient conformes, qu'elles soient soutenues de la possession, enfin que l'une d'elles, au moins, soit ancienne, c'est-à-dire ait trente ans de date. V. art. 1337, al. dern.

309. L'acte confirmatif s'applique à une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision. La ratification, qui rend cette action non recevable, étant, comme on voit, l'abandon d'un droit, abandon qui ne doit pas facilement se présumer, la loi assujettit l'acte postérieur qui la consacre, à des conditions tendant : 1° à constater l'identité de l'obligation qu'on entend confirmer; 2° à s'assurer que la confirmation a eu lieu en connaissance de cause, c'est-à-dire que la partie connaissait le vice qui donnait naissance à son action, et qu'elle faisait l'acte dans l'intention de le réparer. V. art. 1338, al. 1.

309 *bis*. I. Nous avons parlé au n° 456 *bis* I des actes annulables et de leur confirmation; le Code s'explique dans l'article 1338 sur l'acte qui constate la confirmation (acte confirmatif), et par occasion sur les conditions de la confirmation elle-même.

L'article indique que la confirmation suppose un acte annu-

lable; pour les autres actes, ceux qui sont radicalement nuls, il n'y a pas à les confirmer, mais à les refaire; c'est ce que la loi exprime très-nettement à propos des donations dans l'article 1339. Or, ce n'est pas là une simple affaire de mots. Confirmer un acte ou le refaire sont deux choses absolument différentes. La confirmation est l'acte d'une volonté unique; elle émane d'une seule des parties qui renonce aux moyens d'attaque qu'elle pouvait avoir contre l'autre. L'autre opération, au contraire, celle qui consiste à refaire un acte, suppose la réunion des conditions nécessaires à l'acte dans son principe, notamment en matière de convention, le consentement, c'est-à-dire l'accord; elle est l'œuvre de deux volontés.

309 *bis*. II. La confirmation est expresse ou tacite : expresse quand elle résulte d'une manifestation formelle de la volonté; tacite quand elle résulte de l'exécution volontaire de l'acte annulable. (Art. 1338, 2e alinéa.)

Qu'elle soit expresse ou qu'elle soit tacite, elle n'est valable qu'à la condition d'être postérieure à la cessation du vice dont l'acte était entaché. C'est en effet la manifestation de l'intention de corriger le vice dont l'acte est entaché; il est dès lors de première nécessité que cette confirmation ne soit pas entachée du même vice que l'acte. Cela résulte, au reste, très-clairement du deuxième alinéa de l'article, où nous voyons qu'il y a une époque pour confirmer, et comme l'article n'a jusque-là rien dit qui fasse croire que la confirmation doive être faite dans un certain délai à partir de l'acte, c'est évidemment le moment où le vice a cessé qui est qualifié par la loi l'époque à laquelle l'obligation peut être valablement confirmée ou ratifiée.

309 *bis*. III. La confirmation expresse se prouve par tous les moyens ordinaires de preuve, et en particulier par l'acte confirmatif. Les conditions auxquelles est subordonnée la validité de cet acte sont énumérées dans l'article. L'acte doit exprimer : 1° l'intention de réparer le vice de l'acte confirmé; 2° l'indication précise du vice qui entachait cet acte; 3° la substance de l'obligation.

1° L'intention de réparer le vice de l'acte confirmé doit être exprimée dans la confirmation; sans cela, l'acte confirmatif n'aurait pas de sens. L'intention de réparer le vice de l'acte primitif,

autrement la renonciation à l'action en nullité, est le fond même de la confirmation, et on ne comprendrait pas un acte confirmatif qui ne constaterait pas la confirmation.

2° L'indication du vice, ou, pour parler comme l'article, la mention du motif de l'action en rescision, est destinée à montrer que la confirmation a lieu en connaissance de cause, par une partie qui se rend compte du droit qu'elle abandonne. Elle pourrait en effet, en faisant une confirmation en termes vagues, croire que l'acte n'était pas attaquable et qu'elle donne à l'adversaire une pure satisfaction de forme; ou bien, de deux vices qui entacheraient l'acte, elle ne connaîtrait que le moins grave et n'aurait l'intention que de couvrir celui-ci. *Exemple :* un acte est attaquable pour cause de minorité et pour cause de dol ; la partie n'a peut-être pas l'intention de se prévaloir de sa minorité si elle a la conscience qu'au temps de l'acte elle était assez âgée pour avoir une volonté sérieuse et raisonnable. Mais si elle connaissait le vice de dol, elle ne se priverait pas du droit de l'invoquer.

3° La substance de l'obligation doit être rapportée par un motif semblable. Si la partie confirme un acte sans qu'il soit bien dit à quoi cet acte l'engageait, il peut arriver qu'elle croie renoncer à attaquer un engagement de payer mille francs, tandis qu'elle confirmerait une obligation de payer cinquante ou cent mille francs.

309 *bis*. IV. Nous avons dit que la confirmation était soumise aux règles ordinaires sur la preuve, par conséquent elle pourrait être prouvée autrement que par écrit, dans les conditions des articles 1341 et suivants, et notamment elle pourrait être prouvée par témoins lorsqu'il existerait un commencement de preuve par écrit. On devrait sans hésiter trouver ce commencement de preuve dans l'acte confirmatif qui ne réunirait pas toutes les conditions de l'article 1338, car cet acte rendrait vraisemblable le fait allégué. (Art. 1347.)

310. Au reste, la ratification n'a pas toujours besoin d'être prouvée par un acte confirmatif; elle peut même avoir lieu tacitement (V. art. 1116), et l'on ne peut s'empêcher de voir une approbation tacite dans l'exécution volontaire. V. art. 1338, al. 2.

310 *bis*. L'exécution doit être volontaire pour valoir confirma-

tion; par conséquent elle doit avoir eu lieu non-seulement après la cessation du vice, ainsi que nous l'avons déjà dit, mais avec la parfaite connaissance de ce vice. La seconde condition exigée par le premier alinéa de l'article n'est pas spéciale à la confirmation par acte. Il est dans la nature des choses qu'elle soit exigée même en matière de confirmation tacite. Car la volonté de renoncer à se prévaloir d'un certain vice qui entachait un acte suppose nécessairement la connaissance de ce vice.

311. L'effet de la ratification, donnée valablement et en temps utile, est de rendre non recevable à proposer, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, la cause qui pouvait faire annuler l'obligation. Cette obligation n'acquiert point ainsi une existence qu'elle avait déjà, mais elle devient inattaquable de la part de celui qui l'a approuvée, *sans préjudice du droit des tiers*. Voy. art. 1338, al. dern.

311 *bis*. I. De quelque manière que la confirmation ait lieu et soit prouvée, elle est l'abandon du droit d'attaquer l'acte, qui, par conséquent, est réputé avoir toujours été valable. Seulement la confirmation n'a qu'un effet relatif, ainsi que le dit très-expressément l'article qui réserve les droits des tiers.

Des exemples feront comprendre comment des tiers pourraient être touchés par une ratification, et comment ils pourraient en éprouver un préjudice si le Code n'avait pas spécialement réservé leurs droits. Un vendeur qui pouvait attaquer pour cause de violence la vente par lui faite a vendu la même chose à un second acheteur : s'il ratifie la première vente et si cette confirmation a un effet rétroactif, le second acheteur est atteint dans ses droits; la confirmation du premier acte lui porte préjudice. Il faut dire que, malgré la confirmation, le second acheteur, investi de ses droits par un contrat régulier dans son principe, reste préférable au premier acheteur, dont le titre d'acquisition était originairement attaquable. Cette décision si raisonnable a son fondement théorique dans la considération suivante : en consentant la deuxième vente, le vendeur a renoncé au droit de ratifier la première au détriment du deuxième acheteur. On peut également supposer qu'un propriétaire d'immeuble a consenti une aliénation sous l'empire de la violence, qu'il a ensuite constitué une hypo-

thèque sur cet immeuble, et qu'il ratifie postérieurement l'aliénation annulable. Le sort de l'hypothèque dépend évidemment de l'effet attribué à la ratification. Cet effet est-il rétroactif, l'hypothèque a été constituée par celui qui n'était plus propriétaire de l'immeuble, et, par conséquent, elle est nulle; mais il ne peut en être ainsi, car le propriétaire a renoncé, par la constitution de l'hypothèque, à confirmer le premier acte au détriment du créancier hypothécaire.

311 *bis*. II. Dans ces hypothèses, l'application de l'article 1338, *in fine*, ne présente pas de difficultés; mais il en est autrement quand les deux actes, dont le plus ancien était attaquable et a été confirmé, sont des constitutions d'hypothèque. L'existence de l'un des droits n'est pas, comme dans les hypothèses précédentes, exclusive de l'existence de l'autre, et, par conséquent, le second créancier a pu se contenter du second rang. Cette observation nous conduit à réduire la difficulté à une question d'intention. Il s'agira de découvrir, d'après les faits, si le deuxième créancier a dû compter sur une renonciation du propriétaire au droit de confirmer la première constitution d'hypothèque, ou s'il a accepté la situation d'un créancier hypothécaire primé par un autre plus ancien. Cette interprétation de volonté ne sera pas ordinairement difficile, car si au moment de la constitution de la seconde hypothèque il était probable, d'après la valeur de l'immeuble, que les deux créanciers avaient chance d'être payés, on peut comprendre que le second n'ait pas exigé la renonciation au droit d'attaquer la première hypothèque.

311 *bis*. III. Il faut rapprocher de cette hypothèse celle dans laquelle la convention annulable est une constitution d'hypothèque ou d'un autre droit réel, et la seconde convention une aliénation. Là encore la ratification du premier acte n'est pas inconciliable avec l'existence du second, car il n'est pas rare d'aliéner un immeuble qu'on a précédemment grevé d'hypothèque, de servitude ou d'usufruit. L'acquéreur devient alors tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, nu propriétaire ou propriétaire d'un fonds grevé de servitude. Il s'agira donc de savoir si le second contractant a accepté ces diverses situations, ou s'il a entendu acquérir l'immeuble entièrement dégrevé; les faits seuls peuvent éclairer et trancher la difficulté. Il est bon de remarquer qu'en

repoussant dans ces dernières hypothèses une solution radicale, nous respectons le texte de l'article 1338; car il résulte de cet article que la confirmation ne peut préjudicier aux droits des tiers, et notre solution s'appuie précisément sur ce que l'acquéreur n'a pas dans tous les cas entendu acquérir la propriété dégrevée, et que, par conséquent, ses droits ne sont pas toujours atteints par l'existence de l'hypothèque, de l'usufruit ou de la servitude.

311 *bis*. IV. Les créanciers chirographaires ne sont pas des tiers. Ils ont un droit sur les biens de leur débiteur, mais uniquement tant que ces biens restent propriété de ce débiteur; ils ne peuvent l'empêcher de disposer de son patrimoine, et, par conséquent, ils sont ses représentants; les actes émanés de lui leur sont opposables, à moins qu'ils ne soient frauduleux. Dans ce cas extrême ils ont, en général, et auraient contre une confirmation l'action révocatoire fondée sur l'article 1167, et soumise aux conditions exigées par cet article.

312. L'obligation qui n'a aucune existence légale n'est pas susceptible d'être ratifiée; mais elle peut être contractée de nouveau avec les conditions requises. La loi applique ce principe à la donation nulle en la forme. V. art. 1339.

312 *bis*. La donation nulle en la forme ne peut pas plus être ratifiée tacitement qu'expressément, par conséquent l'exécution volontaire de la donation n'en couvrirait pas le vice, à moins que cette exécution ne constituât par elle-même une seconde donation valable. Si une donation de meubles corporels a été faite dans un acte nul en la forme, la livraison des meubles pourra valoir comme donation manuelle, ce sera alors une donation *refaite* qui satisfera à l'article 1339. Il faudrait cependant prendre garde : une donation ne peut être faite et, par conséquent, refaite qu'autant que le prétendu donateur a l'intention de faire une libéralité. Si donc, dans notre espèce, le donateur livre les meubles parce qu'il se croit lié par l'acte de donation, il fait une tradition comme débiteur, *solvendi, non donandi animo;* cette tradition n'est point une nouvelle donation. Il faut, pour que la libéralité soit valable, que la tradition ait été faite en parfaite connaissance de cause et avec l'intention de renouveler la donation.

313. Mais la rigueur des formes et, en général, des condi-

tions auxquelles est assujettie la validité d'une donation n'ayant son fondement que dans la faveur due aux héritiers légitimes, la nullité qu'entraîne leur omission n'est vraiment établie que dans l'intérêt de ceux-ci, et la donation nulle pouvant leur imposer une obligation naturelle, la loi la déclare susceptible d'être ratifiée par eux. V. art. 1340.

313 *bis*. I. La donation entachée d'un vice de forme, qui n'était pas susceptible de confirmation de la part du donateur, peut être confirmée par les héritiers et ayant cause de celui-ci. Ce qui doit nous porter à croire que la nullité a changé de nature, et que l'acte qui était radicalement nul par rapport au donateur est devenu simplement annulable par rapport aux héritiers. La conséquence de cette transformation de la nullité apparaît immédiatement : l'action sera désormais prescriptible dans les termes de l'article 1304, c'est-à-dire par dix ans, à partir du décès du donateur. On objecterait vainement que l'article 1340 est muet sur ce point, et que sa décision très-exceptionnelle ne doit pas être étendue. Il faut, en effet, ne pas oublier que l'expiration du délai de dix ans est considérée par la loi comme la preuve d'une confirmation tacite ; or l'article 1340 admet la confirmation des donations sans distinguer comment la volonté de confirmer pourrait être manifestée.

313 *bis*. II. Nous avons déjà établi, tome IV, n° 140 *bis*. I, que les articles 1339 et 1340 étaient applicables aux donations testamentaires comme aux donations entre-vifs.

SECTION II.

De la preuve testimoniale.

314. On aperçoit facilement à quels dangers on s'exposerait en faisant dépendre les plus grands intérêts du témoignage de personnes privées, dont la mémoire peut toujours être infidèle, et dont la bonne foi même pourrait souvent être suspecte. De là la préférence accordée par notre législateur à la preuve littérale sur la preuve testimoniale, qui, lorsqu'elle

est seule, n'est admise que subsidiairement à défaut d'écrit, et dans les cas où les parties étaient dans l'impossibilité ou n'étaient pas dans l'obligation de s'en procurer un.

315. D'après ces vues, la loi oblige d'abord les parties à constater par écrit les faits qui les intéressent, pourvu, toutefois, que leur intérêt excède cent cinquante francs; car, s'il est moindre, la subornation est moins à craindre; et il serait d'ailleurs trop rigoureux d'assujettir les parties, qui peuvent ne pas savoir écrire, aux frais d'un acte notarié.

Cette obligation (qui, au surplus, ne constitue pas une condition de validité, et dont la sanction consiste uniquement dans l'exclusion de la preuve testimoniale) s'applique à tout fait obligatoire ou libératoire; elle comprend même le dépôt, mais seulement le dépôt volontaire. (V. art. 1348-2°, 1950.)

En outre, quelle que soit la valeur, s'il existe un écrit, les parties ont dû y retracer fidèlement et exactement le fait qui les intéresse. La loi le suppose, et refuse en conséquence la preuve testimoniale contre et outre le contenu en cet écrit.

Au reste, la simplicité et la célérité essentielles aux opérations de commerce n'ont pas permis de leur appliquer la rigueur de ces règles. (V. à ce sujet C. comm., art. 109.) V. art. 1341.

315 *bis*. I. La preuve testimoniale est celle qui résulte de l'audition de témoins, c'est-à-dire des déclarations orales de personnes ayant vu ou entendu le fait contesté.

La déclaration ou déposition des témoins est reçue dans une procédure qu'on appelle *enquête*. (Code de procédure, art. 252 et suiv.)

315 *bis*. II. La preuve testimoniale a été presque la preuve unique dans le droit romain et dans l'ancien droit français, qui disait *témoins passent lettres*. Mais depuis une ordonnance de Charles IX (Moulins, 1566), elle a été reléguée au second rang, et le droit français a fait prédominer la preuve écrite sur la preuve orale. L'article 54 de l'ordonnance indique le motif du grave changement survenu sur ce point dans la législation. La pro-

cédure d'audition de témoins est longue et coûteuse, et il s'est agi, en la prohibant dans la majorité des procès, d'accélérer et de simplifier l'administration de la justice. L'ordonnance manifeste l'intention « d'obvier à multiplication de faits que l'on a vu ci-devant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès ». Il ne faut pas non plus refuser de croire que les rédacteurs de l'ordonnance ont redouté la subornation des témoins et les incertitudes involontaires des témoignages les plus consciencieux.

315 *bis*. III. Voici comment le Code civil a mis en œuvre ces idées déjà si anciennes. Il veut la constatation par écrit de tous les faits juridiques pouvant créer, éteindre ou modifier des droits. Il prive du droit de prouver par témoins tous ceux qui sont en faute de ne s'être pas procuré une preuve écrite, et il admet, au contraire, à la preuve testimoniale ceux qui, n'ayant point une preuve écrite, ne sont point cependant en faute. Enfin, il traite comme exempts de faute ceux qui n'ont pas pu se procurer une preuve écrite, ou ceux qu'il dispense de l'obligation de se procurer un écrit, à raison de la modicité de l'intérêt engagé qui ne serait pas en rapport avec les frais nécessités souvent par la rédaction d'un écrit.

315 *bis*. IV. Voilà le résumé de la théorie du Code. Il sera maintenant plus facile d'analyser les articles qui la contiennent.

L'obligation de rédiger un écrit est imposée aux parties par la première proposition de l'article 1341 dans des termes empruntés à l'ordonnance de 1667 (t. XX, art. 2), qui avait renouvelé la disposition de l'ordonnance de Moulins. Cette prescription implique une sanction : c'est que la preuve testimoniale ne peut être admise quand un écrit aurait dû être dressé. Cette conséquence de la règle, pour être sous-entendue, n'en est pas moins certaine; d'abord parce qu'elle était nettement exprimée dans l'article 54 de l'ordonnance de 1566, ensuite parce qu'il est difficile de comprendre comment une section intitulée *De la preuve testimoniale* commence par donner une règle sur la preuve écrite, si ce n'est pour délimiter le terrain de la preuve testimoniale et exclure cette preuve dans les cas où la rédaction de l'écrit est exigée. Enfin, les divers articles de la section montrent le légis-

lateur imbu de cette idée qu'il a, dans son premier article, privé la partie du droit de prouver par témoins. Ainsi les articles 1343 et 1344, voulant faire rentrer dans la règle certaines hypothèses douteuses, disent que dans les cas prévus la preuve testimoniale n'est pas admise. Ce qui suppose bien que le principe général doit être ainsi entendu : pas de preuve testimoniale possible quand l'article 1341 exige la rédaction d'un écrit.

315 *bis*. V. Il ne faut pas donner à la sanction de notre règle une portée exagérée; l'écriture n'est pas exigée comme condition de validité des actes juridiques, elle est seulement requise pour la preuve. Elle ne peut être remplacée par des témoignages; mais comme l'acte juridique n'est pas entaché de nullité, la preuve pourrait être faite par tout autre moyen; il resterait au moins à la partie la ressource de l'aveu et du serment. S'il en était autrement, il n'y aurait plus dans le droit français que des actes solennels, et il est précisément contraire au génie de notre législation de subordonner à l'accomplissement de certaines formalités la validité des actes. Comme aussi il faudrait signaler une grave inconséquence dans les dispositions de la loi, puisqu'elle admet la preuve testimoniale quand il existe un commencement de preuve par écrit; ce qui ne pourrait se justifier s'il s'agissait d'une question de validité des actes et non pas d'une simple question de preuve. L'existence du commencement de preuve ne pourrait pas empêcher que l'acte eût été destitué des conditions de solennité, si ces conditions étaient nécessaires à la validité.

315 *bis*. VI. L'obligation de rédiger un acte écrit est relative, d'après le texte de l'article 1341, *à toutes choses :* expression vague dont le sens demande à être précisé. Déjà employée par l'ordonnance de Moulins, elle avait paru expliquée par un autre passage de l'article 54, qui disait : « seront passez contrats », et les commentateurs, au dire de Pothier, n'appliquaient l'ordonnance qu'aux conventions; mais l'ordonnance de 1667 a voulu rendre plus générale l'application de la règle, et, empruntant d'abord à l'ancienne ordonnance le mot *choses,* elle a ensuite évité le mot *contrats,* pour qu'il ne fût plus possible de faire une distinction entre les conventions et les paiements. Pothier étendait la disposition de l'ordonnance de 1667 non-seulement aux conventions, mais généralement à toutes choses dont celui qui demande à faire

preuve a pu se procurer une preuve par écrit. Il ajoutait : bien que le paiement ne soit point une convention, celui qui paie pouvant en retirer un acte par écrit, c'est-à-dire une quittance, ne serait pas admis à la preuve testimoniale (1).

315 *bis*. VII. Pour donner une formule plus précise que celle de l'article 1341, on doit appliquer la règle aux faits juridiques dont l'effet est de créer, modifier, confirmer ou éteindre les droits. On exclut ainsi les événements naturels qui ne doivent produire que des effets matériels et physiques, et dont, par conséquent, à moins de règle spéciale, il ne doit point être préparé de preuve écrite. C'est ainsi que les relations physiques qui ont existé entre une personne et un fonds, la culture, le défrichement, la perception des fruits, la réparation d'un édifice, bien que pouvant engendrer des droits (droit aux fruits, droit à des indemnités, droit de prescrire), ne doivent pas être prouvées par écrit, parce que les faits dont il s'agit ont pour effet premier et nécessaire des résultats matériels, et qu'ils ne produisent qu'accidentellement des résultats juridiques. La partie n'a pas été imprudente quand elle ne s'est pas assuré les moyens de prouver par écrit un fait de cette nature, qu'elle ne supposait peut-être pas devoir produire des effets de droits; tandis qu'elle a dû prendre ses précautions par rapport à des événements qui, naturellement, avaient pour objet premier et principal de produire des effets de droit.

315 *bis*. VIII. La mention spéciale que contient l'article sur le dépôt volontaire est la reproduction d'une partie de l'article 2, titre XX, ordonnance de 1667, que Pothier justifie (2) en constatant les doutes qui s'étaient antérieurement élevés sur le dépôt. Les jurisconsultes voulaient le soustraire à la rigueur de l'ordonnance de 1566, parce que c'était, disaient-ils, un contrat de confiance et d'amitié, et qu'il était moralement impossible de témoigner de la défiance au dépositaire en exigeant de lui un reçu, alors qu'on lui demandait un service. Cette considération n'a pas touché les rédacteurs de l'ordonnance de 1667 ni ceux du Code civil : le déposant est libre de ne pas déposer, et s'il consent à placer une confiance absolue en son dépositaire, il ne peut que s'en

(1) Pothier, n° 751.
(2) Pothier, n° 752.

prendre à lui-même quand le dépositaire abuse de cette confiance.

315 *bis*. IX. Nous avons annoncé des exceptions à la règle de l'article 1341 : la première est indiquée par cet article même, et apparaît dans sa rédaction comme une restriction à la règle. A cause de la modicité de l'intérêt engagé, les parties ne sont point astreintes à l'obligation de rédiger un écrit, et, exemptes de faute à raison de cette dispense, elles peuvent se prévaloir de la preuve par témoins. Pour qu'il soit nécessaire de passer un acte, il faut qu'il s'agisse d'une chose excédant la somme ou valeur de 150 francs. Voilà les termes de l'article; par conséquent, pour compléter la règle générale que nous avons déjà formulée, il faut dire : Il doit être passé acte de tous les faits juridiques ayant pour effet de créer, de modifier ou d'éteindre des droits, à moins qu'il ne s'agisse pas d'une valeur excédant 150 francs.

Nous avons déjà indiqué la raison de cette exception. Quand le fait juridique qui donne naissance à un droit, qui le modifie ou l'éteint, présente un intérêt pécuniaire trop modique, la législation se mettrait en contradiction avec les nécessités les plus élémentaires de la pratique si elle imposait aux parties l'obligation de rédiger un écrit. Les frais de cet écrit ne seraient pas en proportion avec l'intérêt engagé; quelquefois ils seraient supérieurs à cet intérêt, quand, les parties ne sachant pas écrire, il faudrait s'adresser à un notaire pour rédiger un acte. Voilà la véritable raison de l'exception admise par la loi à sa règle; il ne faut pas y voir une sorte de statistique du cours des consciences humaines constatant que la corruption des témoins est plus probable quand l'intérêt est supérieur à 150 francs que lorsqu'il ne dépasse pas cette somme. En effet, il est d'abord facile de remarquer que la délicatesse des consciences ne dépend pas d'une question de chiffres, et qu'on trouve des témoins à tout prix, de même qu'à aucun prix on ne détermine un homme honnête à faire un faux témoignage. On doit, en outre, faire attention que notre Code admet dans de nombreuses circonstances la preuve testimoniale sans limitation de chiffre (art. 1347 et 1348), reconnaissant ainsi que la conscience humaine est placée dans des régions supérieures dont il serait injuste de la faire descendre pour la considérer comme incessamment souillée par de vils calculs.

315 *bis*. X. Il était important de se fixer sur la raison déterni-

nante de la disposition qui soustrait à la règle principale de l'article 1341 les choses excédant la somme ou valeur de 150 francs. Cette raison est décisive quant à la détermination de l'époque où doit être estimé l'intérêt engagé. Faut-il que la chose ait dépassé 150 francs lorsque s'est accompli le fait qu'il s'agit de prouver, ou est-ce au moment du procès que la valeur de cette chose doit être envisagée? Certes, si la considération qui a dicté l'article 1341 était la crainte de la subornation des témoins, il faudrait, sans tenir compte de la modicité de l'intérêt *in principio,* exiger la preuve écrite dès qu'au moment du procès il s'agirait d'une somme supérieure à 150 francs; mais si le législateur a eu en vue la raison pratique que nous avons donnée sur la disproportion possible entre la chose et les frais qu'entraînerait l'écrit, ce n'est pas au moment du procès qu'il faut voir la valeur de la chose, c'est au moment où l'écrit aurait dû être rédigé, au jour où s'est accompli, sur un objet ne dépassant pas 150 francs, le fait qu'il s'agit de prouver. Si, par exemple, deux personnes s'associent pour acheter un billet de loterie qui coûte un franc, ou un dixième d'obligation du Crédit foncier coûtant 100 francs environ, si une personne dépose chez un ami ce billet ou le titre de ce dixième d'obligation, que plus tard le billet de loterie gagne un lot de 1,000, peut-être de 100,000 francs, que le dixième d'obligation gagne 10,000 francs, pouvait-on raisonnablement exiger des parties qu'elles fissent les frais d'un acte, peut-être d'un acte notarié, à propos de l'acquisition faite en commun ou du dépôt d'une chose coûtant un franc ou même 100 francs? La rédaction de l'article 1341 est d'accord avec son esprit pour imposer une réponse négative à cette question, car il n'y est pas dit que la preuve testimoniale est prohibée au-dessus de 150 francs, ce qui permettrait de poser la question que nous examinons, mais bien qu'il doit être passé acte de toute chose excédant 150 francs. Or apparemment, puisque la loi donne une règle sur la rédaction de l'acte, elle ne peut se préoccuper des faits qu'à la date de cette rédaction, et ce serait faire une disposition prépostère (1) que de dire : Un acte sera rédigé aujourd'hui si la chose dont il s'agit dans cet acte vaut plus de 150 francs un an après la rédaction de cet acte. On placerait

(1) Instit. de Justinien, l. III, t. XIX, § 14.

les parties prudentes dans la nécessité de rédiger à tout événement un écrit même pour les choses du plus modique intérêt, en prévision du cas où cet intérêt viendrait plus tard à s'élever à une valeur supérieure à 150 francs.

315 *bis*. XI. Notre solution suppose qu'on a adopté une opinion tranchée et exclusive sur le motif de l'article 1341. Ceux qui veulent concilier les deux idées sur lesquelles on pourrait appuyer cet article admettent ce que nous venons de dire et acceptent qu'il faut tenir compte de la valeur de la chose à l'époque où s'est accompli le fait qu'il s'agit de prouver; mais ils ajoutent qu'on doit en outre considérer la valeur au jour du procès, et repoussent la preuve testimoniale quand à l'une de ces deux époques la valeur de la chose a dépassé 150 francs (1). Il ne faut pas, dit-on, perdre de vue le danger de la corruption des témoins, et le moyen de parer à ce danger, c'est de n'admettre pas la preuve testimoniale alors qu'au moment du procès l'intérêt engagé est supérieur à 150 francs. L'objection qui paraît rendre ce système inadmissible, c'est qu'il prend pour démontré ce qui est plus que douteux, à savoir que les règles de notre chapitre ont pour fondement la crainte des témoins corrompus; que les règles de notre section soient jusqu'à un certain point dictées par la crainte de la corruption des témoins, que cette crainte ait eu une influence sur la préférence accordée à la preuve littérale, on peut l'avouer sans que pour cela on soit obligé d'arriver à la solution que nous combattons. En effet, le législateur a pu redouter les incertitudes du témoignage sans adopter cependant un système radical qui aurait défendu toute preuve testimoniale sur une valeur supérieure à 150 francs; il a combattu le danger par la règle qu'il a posée sur la nécessité d'un écrit; il a par là beaucoup restreint le champ de la preuve testimoniale et diminué le péril; mais il n'a pas interdit d'une façon absolue la preuve par témoins, quelles que fussent les circonstances dans lesquelles serait né le droit contesté. Il permet de prouver par témoins sans limitation de somme dans les cas de l'article 1348, à raison de l'impossibilité où se sont trouvées les parties de rédiger un écrit, et il a dû assimiler à cette hypothèse le cas où la modicité de l'intérêt engagé *in principio* ren-

(1) V. M. Bonnier, *Traité des preuves*, t. I, n° 164, édit. 1862.

dait impossible, en la rendant relativement trop coûteuse, la rédaction d'un écrit. Ou jamais ou toujours : il fallait n'admettre jamais la preuve testimoniale quand le procès s'engageait sur une chose supérieure à 150 francs; ou, si on consentait, dans les cas de l'article 1348, à tenir compte des faits contemporains de la naissance du droit, il fallait en tenir compte toujours, c'est-à-dire même quand il s'agit de savoir quelle est la valeur de l'intérêt engagé. En somme, la loi a formulé sa règle d'une manière qui ne permet guère d'y voir une double exigence sur le moment où doit être considérée la valeur de la chose. Nous l'avons déjà fait remarquer, le Code n'a pas établi directement la prohibition de la preuve testimoniale ; mais quand il s'agit de plus de 150 francs, elle a imposé la rédaction d'un écrit, et sous-entendu la défense de prouver par témoins. Si donc elle a considéré cette seconde règle comme dérivant de la première et la sanctionnant, elle ne peut pas l'appliquer dans les cas où cette première règle ne peut être raisonnablement imposée. Or nous avons déjà montré que les prescriptions de l'article 1341 ne peuvent être imposées aux parties, si ce n'est à raison de l'état des choses au moment où s'accomplit le fait qu'il s'agit de constater.

315 *bis*. XII. Si la doctrine que nous combattons n'apparaît pas dans la formule principale de la loi (art. 1341), apparaîtrait-elle dans quelques dispositions ultérieures? On l'a trouvée dans les articles 1342, 1345 et 1346. Mais les arguments qu'on tire de ces articles sont loin d'avoir assez de force pour détruire les raisonnements que nous venons d'édifier sur les principes mêmes de la matière. L'article 1342 se concilie parfaitement avec notre théorie, nous le démontrerons en son lieu. Il en est de même de l'article 1345, dont la disposition dernière doit même être citée à côté de l'article 1348, pour démontrer que la loi n'a pas repoussé absolument la preuve testimoniale dans tout procès où l'intérêt engagé est supérieur à 150 francs. Quant à l'article 1346, il est étranger à la question, il a pour objet, de l'aveu même des partisans de l'opinion contraire à la nôtre, de prévenir la multiplication des petits procès (1); peut-être s'applique-t-il même au cas où il existe un commencement de preuve par écrit et à celui où toutes les demandes réu-

(1) V. M. Bonnier, *Traité des preuves*, t. Ier, nº 162.

nies ne dépassent pas 150 francs. Cet article doit donc être sans influence sur la solution de la difficulté que nous examinons, et qui nous paraît être tranchée dans le sens le plus pratique, quand on n'impose pas aux parties qui font une convention la nécessité de s'inquiéter des éventualités de l'avenir, et de se préparer une preuve écrite en vue de circonstances souvent improbables.

315 *bis*. XIII. Notre théorie sur l'article 1341 supprime toute difficulté sur l'interprétation de l'article 1834. 1° L'objet de la société doit être estimé au moment du contrat; 2° doit-il l'être d'après l'intérêt collectif des associés, ou d'après l'intérêt individuel de chacun, c'est-à-dire d'après l'ensemble des mises au moment du contrat ou d'après la valeur de chacune des mises? Puisqu'il s'agit pour nous de savoir si l'intérêt engagé est en rapport avec les frais d'un écrit, il n'y a pas à douter : les mises réunies dépassant 150 francs, les frais de l'écrit ne seront pas trop considérables, puisqu'ils grèveront un fonds social supérieur à 150 francs, et qu'en résultat définitif, si chaque associé, qui n'a pas un intérêt individuel au-dessus de 150 francs, supporte quelques frais, il ne supportera en tout cas qu'une part proportionnelle à sa mise.

315 *bis*. XIV. Nous avons toujours raisonné comme si, dans toutes les hypothèses, la valeur de la chose apparaissait nettement, ainsi qu'elle apparaît quand il s'agit d'une convention ayant pour objet de l'argent; mais le contraire est possible, et il peut être nécessaire d'évaluer, c'est-à-dire de convertir en argent l'intérêt engagé, à l'effet d'appliquer l'article 1341. Comme la loi n'a pas dit quels doivent être les éléments de cette évaluation, le juge doit avoir un pouvoir discrétionnaire d'après les documents de la cause, sauf à ordonner une expertise quand il y aura absolue nécessité, mais dans ce cas seulement; car la loi qui a pour but d'éviter les procédures d'enquête ne doit pas avoir fourni l'occasion de multiplier les procédures par expert, non moins longues et non moins coûteuses.

315 *bis*. XV. La deuxième proposition de l'article 1341, qui commence aux mots : *et il n'est reçu aucune preuve par témoins...* contient une règle absolument distincte de celle que nous avons étudiée jusqu'à présent. Il est interdit de faire la preuve par témoins *contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allé-*

qué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. Il faut bien se fixer sur les faits dont la preuve est interdite par cette partie de l'article 1341, pour se rendre un compte exact de la règle et de ses motifs.

315 *bis.* XVI. Prouver *contre l'acte,* ce serait établir, par exemple, que la somme indiquée dans l'écrit est inexacte, que l'emprunteur a reçu 100 francs, bien que l'acte constate qu'il en a reçu 120; ou que la somme a été remise à titre de prêt quand l'écrit constate un dépôt.

Prouver *outre l'acte,* ce serait établir des faits qui ajouteraient aux obligations constatées par l'écrit. *Exemple :* l'acte qui constate un prêt ne dit rien sur les intérêts, et il s'agirait de prouver que des intérêts ont été promis. *Autre exemple :* un fermier a promis dans le bail écrit un fermage en argent, et Pothier suppose que le propriétaire voudrait prouver qu'il lui a été promis en outre six chapons.

Ce serait également prouver contre l'acte ou outre l'acte que d'établir qu'il a été accordé par la convention un terme ou fixé un lieu de paiement, car la concession du terme diminuerait l'obligation, et la désignation du lieu peut être ou une aggravation ou une diminution d'obligation, suivant les circonstances. (V. art. 1247.)

315 *bis.* XVII. Le motif de la disposition ressort clairement des divers exemples que nous venons de donner. L'intérêt du fait à prouver est supérieur ou inférieur à 150 francs. Dans le premier cas, on éluderait la règle principale de l'article 1341; dans le second cas, les parties ayant constaté leurs conventions par écrit, il est probable qu'elles ont fait cet écrit exact et complet, qu'elles ont constaté toutes leurs conventions, et rien que leurs conventions. L'écrit, qui peut-être aurait pu être économisé, présente, puisqu'il existe, plus de certitude que le témoignage, et c'est probablement pour se soustraire aux éventualités d'une enquête que les parties ont rédigé ou fait rédiger un acte écrit.

315 *bis.* XVIII. La règle que nous étudions a sa formule principale dans les mots que nous venons d'analyser *contre et outre le contenu aux actes.* Les expressions qui viennent ensuite contiennent le développement de cette idée première: prohibition de

la preuve de ce qui serait allégué *avoir été dit avant, lors ou depuis les actes :* c'est-à-dire des pourparlers, des conversations, des explications qui auraient pu avoir lieu, soit dans la période de préparation de la convention, soit au moment de la rédaction de l'acte, soit même après la rédaction et à titre de commentaire accepté par les parties de l'écrit déjà signé. Ou la preuve de ces faits serait dénuée d'intérêt, s'il en résultait une interprétation qui aurait pu ressortir de l'acte même, ou elle conduirait à dénaturer le sens apparent de l'acte soit en dérogeant à ses dispositions, soit en y ajoutant quelque chose. On prouverait contre et outre le contenu à l'acte.

315 *bis.* XIX. Entendue comme nous venons de l'entendre, la règle que l'on ne peut prouver par témoins ce qui a été dit avant, lors ou depuis les actes, ne peut donner naissance à aucune difficulté sérieuse; elle est le développement de la disposition précédente et se confond avec elle. Mais il y a dans son expression un mot qui crée une certaine obscurité, et qui est destiné à susciter des discussions. Quand on parle des faits qui se sont produits *depuis* les actes, on peut donner à la règle une extension qu'elle ne paraît pas avoir d'abord, et que ne lui assignent pas nos explications précédentes.

Si on comprend l'article comme interdisant la preuve par témoins de tout fait postérieur à l'acte qui tendrait à éteindre les droits résultant de l'acte primitif ou à les modifier, on exagère beaucoup la portée de la disposition et on arrive à défendre de prouver par témoins le paiement quand la dette est constatée par écrit. Or l'allégation du paiement n'est en rien contradictoire avec l'acte qui constate l'obligation, ce paiement est un fait nouveau et distinct de celui qui a produit l'engagement; à bien dire, c'est un fait principal qui doit être régi par les principes généraux de la matière des preuves; à moins qu'on ne consente à dire que la partie, en donnant une preuve écrite de son obligation, a renoncé à prouver par témoins l'extinction de cette obligation, ce qui serait donner une interprétation bien forcée à la convention des parties (1).

315 *bis.* XX. Des auteurs, qui admettent la preuve testimoniale du

(1) Pothier, n° 763.

paiement, interdisent ce genre de preuve quand il s'agit de conventions modificatives des droits résultant de l'acte primitif. *Exemple:* une convention postérieure au contrat primitif qui changerait le terme ou soumettrait le droit à une condition. En cela ils nous paraissent inconséquents; car si la preuve d'une convention postérieure est une preuve contre l'acte, la preuve du paiement soulève la même objection. Si l'article défend la preuve d'une convention distincte de la première parce que c'est un fait postérieur à l'acte, on doit en dire autant du paiement qui, postérieurement à l'acte, en détruit les effets. Ou il faut admettre que les parties ont renoncé à détruire sans écrit les droits résultant d'un acte écrit, ou il faut distinguer avec soin les différents actes qui se sont accomplis séparément et les soumettre chacun aux règles de preuve qui peuvent lui convenir suivant sa nature. Dirait-on que les parties qui ont constaté leur convention par acte authentique ont renoncé au droit de constater par acte sous seing privé les conventions postérieures qui la modifieraient? Pourquoi donc en serait-il autrement quand il s'agirait de comparer la preuve testimoniale à la preuve écrite, que quand on compare l'écrit authentique à l'écrit privé? Ce n'est pas le texte de l'article 1341 qui conduit là. Car, en parlant de ce qui a été dit depuis l'acte, il peut n'avoir pas eu en vue les conventions distinctes, nouvelles, intervenues entre les parties; mais, comme nous l'avons déjà dit, les commentaires, les explications postérieures relatives à l'acte, qui dans la conversation se produiraient sous cette forme usuelle : il est bien entendu que dans la convention faite à telle époque, tel mot, telle phrase, telle clause, avait tel sens ou telle portée. Voici ce que la loi a redouté : la preuve de dires postérieurs transformant la convention sous prétexte de la traduire. De même que par les mots *avant les actes ou lors des actes*, elle ne peut songer qu'à des dires relatifs à l'acte lui-même, à son explication, et non pas à des conventions distinctes de l'acte prouvé par écrit, de même, quand elle parle de ce qui a été dit postérieurement à l'acte, elle ne songe qu'à des dires ayant trait à cet acte et au sens qu'il comporte, et ne constituant pas des conventions nouvelles. Il suffit de faire attention aux expressions mêmes de la loi pour être convaincu du sens restreint qu'elle doit avoir. Le mot *dire* et le mot *convenir* sont-ils donc synonymes? Et peut-on croire qu'en parlant de ce qui a été *dit* par

les parties, la loi ait entendu ce qui a été convenu? L'expression employée montre qu'il s'agit des commentaires, des développements donnés après coup à la convention, et non pas d'une convention nouvelle. Cette expression, que nous opposerions certainement à ceux qui appliquent l'article au paiement, nous l'opposons avec autant de raison, ce nous semble, à ceux qui l'appliquent à des conventions distinctes modificatives de la première. Le texte de l'ordonnance de 1667, qui est devenu celui du Code, comparé au texte de l'ordonnance de 1566, nous confirme dans notre manière de voir, car le mot *convenu*, qui, se trouvant dans l'ordonnance de 1566 après le mot *dit*, a disparu dans l'ordonnance de 1667 et dans le Code, probablement pour éviter la difficulté que nous examinons.

315 *bis*. XXI. En résumé, la règle n'est pas double; il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, le reste de la phrase est un développement qui n'ajoute pas une seconde règle à celle que contiennent ces mots. C'est ainsi que l'entendait Pothier, car il commence par donner la formule simple : interdiction de prouver contre et outre le contenu aux actes (n° 758), et quand, au n° 759, il cite les mots de l'ordonnance : *lors, avant* et *depuis*, il les explique par cette raison que la partie qui a dressé un acte doit s'imputer de n'avoir pas fait alors exprimer ce qu'elle allègue aujourd'hui. Raisonnement qui prouve d'une façon manifeste que Pothier ne considère pas la règle comme ayant trait à des conventions postérieures en date, car on ne pourrait pas reprocher à la partie de ne les avoir pas fait constater dans l'acte primitif.

315 *bis*. XXII. Les parties seules sont privées par l'article 1341 du droit de prouver contre et outre les actes. Il faut certainement réserver les droits des tiers qui peuvent, ainsi que nous l'avons établi, combattre des énonciations ou des déclarations auxquelles ils sont étrangers.

315 *bis*. XXIII. Les parties elles-mêmes pourraient attaquer la rédaction de l'acte quand les énonciations ou déclarations mensongères seraient le résultat de la violence ou du dol, parce qu'en pareil cas l'acte perd la force qu'il puisait uniquement dans ce fait qu'il était le résultat de la volonté des parties. On doit assimiler à cette hypothèse le cas où, sans dol ni violence, un écrit

rédigé pour faire fraude à la loi constate un fait mensonger. *Exemple :* un billet porte pour cause : *valeur reçue*, tandis que sa cause réelle est une dette de jeu. Il serait trop facile d'éluder la loi par des déclarations fausses; et de plus l'article 1348, qui permet de prouver par témoins quand il n'est pas possible de se procurer une preuve écrite, consacre le droit de prouver par témoins les faits de fraude, et notamment de fraude à la loi, car il serait puéril de supposer qu'en pareil cas la partie pourrait obtenir de l'autre la preuve écrite de la simulation.

315 *bis*. XXIV. Les deux règles de l'article 1341 sont inapplicables en matière de commerce; ainsi 1° la preuve par témoins est admissible même au-dessus de 150 francs, et 2° la preuve par témoins est admissible contre et outre le contenu aux actes.

La première de ces deux propositions est plus facilement acceptable que la seconde. Pothier constatait déjà que les juges-consuls, malgré l'ordonnance de 1566 et en conformité de celle de 1667, avaient conservé l'usage de la preuve testimoniale, quelle que fût l'importance de la contestation. Le Code a reproduit la réserve faite par l'ordonnance et renvoyé aux lois commerciales : il est vrai que le Code de commerce n'autorise expressément la preuve testimoniale qu'à l'article 109, au titre *Des achats et ventes*, et à l'article 49, par rapport aux sociétés en participation; mais on est d'accord sur ce point que le titre des achats et ventes porte une rubrique incorrecte et incomplète, et que, traitant seul dans tout le Code de commerce la question de preuve, il donne des règles générales sur la preuve de toutes les opérations commerciales dont les achats et ventes sont considérés comme le type. Il est vrai que ceci admis, il était inutile de donner la même règle dans le cas spécial prévu par l'article 49, mais c'est là une application surérogatoire du principe, qui se justifie par le besoin de constater l'opposition entre les règles sur la société en participation et celles sur les autres sociétés.

315 *bis*. XXV. La seconde de nos deux propositions présente plus de difficulté, parce que la règle à laquelle il s'agit de déroger n'est pas aussi arbitraire que celle qui interdit la preuve testimoniale au-dessus de 150 francs. Il est, dit-on, très-rationnel que les parties, commerçantes ou non, qui ont rédigé un écrit soient supposées l'avoir dressé exact et complet, et par conséquent on

doit n'admettre que difficilement une dérogation à la prohibition de prouver contre et outre le contenu aux actes. Cependant, si on songe aux habitudes du commerce, à l'extrême confiance que les commerçants ont les uns pour les autres, à leur amour quelquefois excessif de la simplicité et de la brièveté dans la rédaction des écrits, on peut trouver des raisons sérieuses de ne pas appliquer en matière commerciale la règle un peu rigoureuse du droit civil sur la preuve contre et outre les écrits.

Ceci posé, quand on examine les textes, on trouve l'article 1341 qui, après avoir donné deux règles, ajoute : LE TOUT sans préjudice des lois relatives au commerce ; expression absolument incorrecte si, dans la pensée de l'article, il n'y avait dérogation qu'à une seule des deux règles, et non pas aux deux, c'est-à-dire à TOUT ce qui a été établi précédemment. Le Code de commerce est absolu aussi, car il permet sans réserve la preuve par témoins, dans les cas où les tribunaux croiront devoir l'admettre, réservant ainsi aux juges un pouvoir d'appréciation des circonstances qui leur permettra d'appliquer la deuxième règle de l'article 1341 dans les cas où elle leur paraîtrait nécessaire.

Bien plus, dans un cas exceptionnel où la loi a voulu qu'il fût défendu de prouver contre et outre les actes, parce qu'il s'agit d'actes qui ne sont pas ordinairement signés sans avoir été mûris; elle l'a déclaré catégoriquement, ce qui eût été absolument inutile si la prohibition avait été la règle générale en matière commerciale comme en matière civile (art. 44, C. com.).

316. La modicité de la somme due pouvant seule dispenser de l'obligation de faire dresser un acte, cette obligation commence au moment où la somme, d'abord inférieure à cent cinquante francs, vient à excéder cette valeur; ce qui arrive notamment par l'accroissement des intérêts. V. art. 1342.

316 *bis*. I. Nous revenons à la règle principale de l'article 1341, à la prohibition de la preuve testimoniale au-dessus de 150 francs, et nous trouvons dans le Code des applications de cette règle première. L'article 1342 suppose une créance qui, d'abord n'excédant pas 150 francs, s'est accrue des intérêts et a dépassé ce chiffre, il lui applique la règle de l'article 1341. Il n'est pas nécessaire, pour expliquer cette décision, nous l'avons dit plus haut, de poser en

règle que la preuve testimoniale n'est admise qu'autant que l'intérêt engagé ne dépasse pas 150 francs au moment du procès. Il suffit de remarquer d'abord que le créancier qui a stipulé un capital et des intérêts stipulait réellement quelque chose d'une valeur supérieure à celle du capital seul, puisque son droit aux intérêts n'était pas éventuel, mais certain, et il faut dire en outre que le créancier est en faute, au point de vue de l'article 1341, quand il a laissé sa créance s'accroître jusqu'à dépasser 150 francs, car il devait, avant que le chiffre de 150 francs fût atteint par l'accumulation des intérêts, forcer son débiteur à payer les intérêts échus, ou à lui donner un titre écrit. A cette époque-là, il a eu véritablement le débiteur à sa discrétion; s'il n'a pas alors usé de ses droits, il est en faute, et voilà pourquoi il ne peut prouver par témoins. Il est donc privé de la preuve testimoniale en vertu de la règle qui considère le moment où est né le droit, et non pas d'après une prétendue règle qui s'attacherait à la valeur de la chose au moment du procès.

316 *bis*. II. Le refus de la preuve testimoniale dans l'hypothèse qui nous occupe s'applique non-seulement aux intérêts, mais au capital lui-même, qui, bien que ne dépassant pas 150 francs, ne peut être l'objet d'une preuve par témoins. Le texte est positif sur ce point et sa décision est la conséquence des idées que nous venons de donner. La faute du créancier n'a pas été commise exclusivement par rapport aux intérêts; au moment de la convention primitive, on devait prévoir l'accroissement de la dette, puisque cet accroissement était la conséquence de la convention même, et la violation de l'article 1341 résulte aussi bien de la première négligence commise à cette époque que de celle qui a consisté à ne pas exiger les intérêts lorsque le chiffre de la somme totale due a approché du chiffre de 150 francs.

316 *bis*. III. Il n'est guère nécessaire de dire que les intérêts échus pendant le procès n'entreraient pas en ligne de compte pour accroître la dette et placer le créancier dans l'hypothèse prévue par l'article 1341. Il est de principe que la position des parties devant la justice ne doit pas être empirée par les lenteurs de la procédure.

317. Mais il ne faut pas conclure à l'inverse, de l'art. 1342,

que la diminution de la somme, qui, par remise ou paiement, deviendrait inférieure à 150 francs, permettrait d'admettre la preuve testimoniale. Il suffit qu'il y ait eu originairement contravention à l'obligation de passer acte pour qu'aucune partie de l'obligation ne soit susceptible de cette preuve.

Cette règle s'applique au cas de restriction à 150 francs d'une demande primitivement formée pour une somme supérieure. V. art. 1343.

Elle s'applique encore si la somme est déclarée faire partie d'une créance plus forte ou en être le restant. V. art. 1344.

317 *bis*. I. Les articles 1343 et 1344 contiennent, comme l'article précédent, des applications de la règle générale, mais ce sont des applications en sens inverse. Ils régissent des cas où le chiffre de la demande n'excédant pas 150 francs, la preuve testimoniale est néanmoins inadmissible parce qu'il est prouvé qu'originairement l'obligation était d'une chose supérieure à 150 francs, et que, par conséquent, le créancier était en faute.

317 *bis*. II. La déclaration dont parle l'article 1344 n'est pas seulement un aveu de la partie reconnaissant que la somme est le restant ou fait partie d'une créance plus forte, ce peut être une déclaration de témoins. Si on avait par erreur ordonné une enquête et qu'il résultât des témoignages que la somme due était originairement supérieure à 150 francs, on aurait acquis la preuve que l'enquête a été illégalement ordonnée, et il ne faudrait pas condamner le défendeur.

Lors au contraire que la prohibition est fondée sur l'aveu de la partie qui avait d'abord demandé plus de 150 francs ou qui déclare que sa créance originaire était supérieure à 150 francs, il faut réserver à cette partie le droit de rétracter cet aveu pour erreur de fait et d'échapper, en démontrant cette erreur, aux conséquences des articles 1343 et 1344. (Art. 1356.)

318. L'obligation de passer un acte commençant à l'instant où la dette d'une personne envers une autre se trouve dépasser la somme de 150 francs, il n'importe que l'augmentation provienne de nouveaux engagements successivement formés

pour diverses causes : il suffit qu'en masse ces engagements excèdent la limite, pour qu'on n'admette point la preuve testimoniale. La loi, toutefois, exempte avec raison le cas où les dettes ou créances procèdent de personnes différentes ; car alors il n'y a eu, à aucune époque, contravention à l'obligation de passer acte. V. art. 1345.

318 *bis*. I. L'article 1345 revient à une hypothèse analogue à celle traitée par l'article 1342. Il est allégué que le débiteur doit au créancier plusieurs sommes dont aucune ne dépasse 150 francs, mais qui, additionnées, forment un total supérieur à ce chiffre. La pluralité des diverses obligations dont se compose l'obligation totale n'est pas une raison pour que le créancier échappe à la règle de l'article 1341. En effet, à un certain moment, ce créancier a été en faute de ne s'être point préparé une preuve écrite, c'est quand est intervenue la convention qui l'a rendu créancier d'une somme supérieure à 150 francs. *Exemple :* il avait prêté d'abord 50 francs, une seconde fois 60, par un troisième contrat il a prêté 50 francs. Ce n'est pas lors du premier contrat ni lors du second qu'il a commis une faute, ces deux contrats ne le constituaient créancier que de 110 francs; mais quand, étant déjà créancier de 110, il a consenti à prêter 50 francs au même débiteur, il devait exiger un écrit, et, s'il ne l'a pas fait, il a transgressé la disposition de l'article 1341.

318 *bis*. II. Quand on explique ainsi la décision de l'article 1345, on comprend parfaitement l'exception contenue dans la fin de cet article et l'étendue que doit avoir cette exception. Les créances, dont le montant cumulé excède 150 francs, procèdent de personnes différentes et ont été réunies sur la même tête par succession, donation ou autrement. *Exemple :* Pierre devait à Paul une somme de 100 francs et une pareille somme à Jean. Si Paul devient héritier de Jean, s'il acquiert sa créance par une donation ou par une cession à titre onéreux, on ne peut lui imputer à faute de n'avoir pas une preuve écrite de sa créance, car aucun des prêteurs primitifs n'a été en faute, et ce n'est pas lors de la réunion des deux créances que le créancier aurait pu obtenir du débiteur une reconnaissance écrite.

318 *bis*. III. Il ne faut, au reste, pas exagérer l'exception con-

sacrée par la fin de l'article 1345. Les motifs sur lesquels elle est fondée circonscrivent très-nettement sa sphère d'application. Il peut arriver, en effet, que les deux créances paraissent provenir de deux personnes différentes, mais que ce ne soit qu'une apparence, qu'en réalité le créancier soit en faute et par conséquent qu'il doive être atteint par la disposition principale de l'article. Si un emprunteur débiteur de 100 francs, postérieurement au décès de son créancier, emprunte de l'héritier une autre somme de 100 francs, on ne se trouve plus dans le cas excepté, car la seconde créance est née au profit de celui qui était déjà créancier de la première, et alors il n'est plus exact de dire qu'elles procèdent de personnes différentes. De plus, le créancier est en faute, car il prêtait 100 francs à celui qui était déjà son débiteur de pareille somme, et il lui était facile de se procurer un titre écrit.

318 *bis*. IV. Si nous revenons maintenant à la règle même de l'article 1345, il est nécessaire de bien observer en quels termes elle est écrite. Après avoir supposé que plusieurs demandes jointes ensemble excèdent la somme de 150 francs, le texte ajoute: la preuve par témoins N'EN peut être admise, construction de phrase qui montre la pensée du législateur se portant sur l'ensemble des demandes, sur les demandes jointes, auxquelles se rapporte grammaticalement l'expression EN. Dès lors tout ce que la loi prohibe, c'est la preuve testimoniale des demandes réunies. Mais il y a lieu de rentrer dans la règle générale pour les créances à l'égard desquelles le créancier n'a point été en faute, c'est-à-dire pour les plus anciennes, pour celles qui n'avaient pas encore dépassé le chiffre de 150 francs. Il est en effet difficile de justifier pourquoi la partie qui avait le droit de prouver par témoins certaines conventions, perdrait ce droit parce qu'elle aurait été en faute à l'égard de conventions postérieurement faites. Cette décision n'est pas en contradiction avec celle que nous avons donnée sur l'article 1342, parce qu'il s'agissait alors non de deux droits distincts, mais d'un droit accessoire dérivant nécessairement du droit primitivement stipulé, contenu en germe dans ce droit, et qui, par conséquent, augmentait dès le principe l'intérêt dont la partie devait tenir compte pour l'observation de l'article 1341.

319. La règle qui refuse la preuve par témoins au-dessus

de 150 francs serait facilement éludée, s'il était loisible au créancier d'introduire pour chaque créance une instance séparée. De là l'obligation de réunir dans une seule demande toutes celles qui ne seraient pas *entièrement justifiées par écrit*, sous peine d'être déclaré non recevable. V. art. 1346.

319 *bis*. I. L'article 1346 a un double but : il sanctionne la disposition de l'article précédent en proscrivant des procédés qui permettraient d'éluder cette disposition, et en outre il prévient, dans un intérêt d'économie, la multiplicité des petits procès. Il faut tenir compte du second but que l'article s'est proposé pour expliquer la généralité de ses termes. En effet, il n'exige pas seulement la réunion en un même exploit de toutes les demandes auxquelles s'applique la règle de l'article 1345, mais il comprend même les demandes qui, aux termes des derniers mots de cet article, pourraient être prouvées par témoins, parce qu'elles procéderaient de personnes différentes. Quant à ces demandes, l'article 1346 n'a pas pour but d'éviter qu'on élude la prohibition de la preuve par témoins, mais uniquement d'économiser les frais de procédure. L'article comprend aussi le cas où toutes les créances réunies ne dépasseraient pas 150 francs, et enfin celui où les prétentions de la partie s'appuieraient sur un commencement de preuve par écrit qui justifierait l'admission de la preuve testimoniale (art. 1347). Elles ne seraient pas alors *entièrement justifiées par écrit,* et il serait important pour diminuer les dépenses d'enquête de juger toutes les prétentions du demandeur en même temps.

319 *bis*. II. Sur ce dernier point cependant des contestations sont possibles, parce que l'article 1347 commence par faire exception aux règles ci-dessus quand il existe un commencement de preuve par écrit, et que l'article 1346 semble alors compris dans ceux auxquels déroge l'article 1347. Mais il est à remarquer que l'article 1346 n'existait pas dans le projet primitif, et que, par conséquent, l'article 1347, par ses premiers mots, ne prétendait déroger qu'aux dispositions des articles 1341-1345. L'intercalation de l'article 1346 ne peut avoir changé le sens de l'article 1347, puisqu'en parlant des demandes qui ne sont pas *entièrement* justi-

fiées par écrit, le législateur n'a pu songer qu'aux demandes appuyées sur un commencement de preuve par écrit.

319 *bis*. III. Il ne faut pas cependant oublier que l'article a pour but de prévenir des procédés tendant à éluder l'article 1345, et par conséquent il faut appliquer l'article 1346 même au cas où parmi les créances il s'en trouverait quelqu'une qui ne serait pas exigible. L'article 1345 ne distingue pas, et avec raison, si les créances réunies sur la même tête et qui dépassent 150 francs sont exigibles ou inexigibles. Cette circonstance est indifférente quant à l'application de l'article 1341; le créancier doit se procurer une preuve écrite même des créances dont l'échéance est reculée. Il est donc en faute quand, étant créancier à terme ou sans terme d'une somme inférieure à 150 francs, il devient créancier à terme ou sans terme d'une somme qui, jointe à la première, dépasse 150 francs, et qu'il néglige de se procurer un écrit. Si telle est la portée de l'article 1345, l'application de l'article suivant aux créances non échues ne doit pas souffrir de difficulté. Cette application doit du reste être faite d'une façon intelligente; on ne peut pas contraindre le créancier à demander ce qui n'est pas échu, mais on peut l'obliger à mentionner dans sa demande de ce qui est échu les sommes non échues, pour qu'il soit possible de vérifier s'il a été contrevenu à l'article 1345 et de lui appliquer au besoin la quasi-pénalité résultant de cet article.

319 *bis*. IV. Il reste à dire quelle est la sanction de l'article 1346. Il semble que ce soit une déchéance, une non-recevabilité des demandes, telle que les créances ne pourraient être prouvées ni par l'aveu ni par le serment. Ce serait là une interprétation bien stricte et bien rigoureuse d'une disposition législative qui peut avoir sa raison d'être, mais qui ne touche pas à des intérêts sociaux assez importants qu'elle puisse raisonnablement être sanctionnée par la nullité d'une convention. S'il s'agit d'empêcher la violation de l'article 1345, qui s'appuie lui-même sur l'article 1341, pourquoi serait-on plus sévère que ces deux articles, qui se contentent de repousser la preuve testimoniale sans anéantir les droits de la partie? S'il s'agit de diminuer les frais des procès, cette considération est-elle assez puissante pour déclarer déchu de ses droits celui qui n'a pas observé l'article 1346? Et l'économie des frais n'est-elle pas obtenue par la prohibition de l'enquête, c'est-à-dire

de la partie la plus coûteuse de la procédure? Il est vrai que l'article dit : les demandes ne seront pas reçues, mais on peut conjecturer qu'il a voulu reproduire en d'autres termes la prohibition de prouver par témoins, car dans un chapitre sur la preuve testimoniale on peut n'avoir songé qu'à ce mode de preuve et négligé de réserver l'aveu et le serment.

319 *bis*. V. Qu'il s'agisse d'une déchéance ou simplement de la privation du droit de prouver par témoins, l'article en tout cas n'a en vue que les créances dont on a négligé de parler dans l'exploit, et par conséquent les créances primitivement réclamées ne sont pas atteintes, elles peuvent être exercées et la preuve en peut être faite par témoins. Ceci est la conséquence et la consécration de ce que nous avons dit sur l'article 1345. Seulement il faut entendre cette décision avec certaines distinctions que la loi n'a pas pris la peine d'indiquer.

319 *bis*. VI. Quand les différentes créances sont soumises à l'article 1346, mais échappent à l'article 1345, parce que réunies elles ne dépassent pas 150 francs, ou parce que le créancier s'appuie sur un commencement de preuve par écrit, l'article 1346 doit s'appliquer sans distinction et le créancier doit être privé du droit de prouver par témoins toutes les créances non mentionnées par son exploit.

319 *bis*. VII. Mais quand il s'agit de l'application de l'article 1345, il faut tenir compte des droits du défendeur et empêcher le prétendu créancier de choisir la plus importante des créances pour exiger celle-ci et sacrifier les autres. Les droits du défendeur résultent de ce que nous avons dit sur l'article 1345. Il peut s'opposer à la preuve testimoniale de toute créance prétendue qui, jointe à des créances antérieures, produirait un total dépassant 150 francs. Il ne peut dépendre du créancier, qui est en faute par rapport à cette créance, de la demander en sacrifiant les plus anciennes à l'égard desquelles il n'était pas en faute. *Exemple :* Pierre, créancier de 50 francs, prétend avoir fait à Jean, son débiteur, un second prêt de 150 francs. Pourrait-il demander seulement le paiement de cette seconde somme et prouver par témoins, sauf à être privé du droit de prouver par témoins le premier contrat? Évidemment, en choisissant ainsi celle des deux créances qu'il veut exercer, il méconnaîtrait les droits de

son adversaire, qui, d'après l'article 1345, peut alléguer la faut commise par son créancier prétendu, et à raison de cela éviter la preuve testimoniale du contrat à l'égard duquel la faute a été commise. Or cette faute s'est produite lors du second contrat. Si l'article 1346 n'a pas indiqué des distinctions, il ne peut pas en tout cas être considéré comme ayant dérogé à l'article 1345, qu'il avait pour but de sanctionner, et sa disposition doit être entendue sous le respect des droits consacrés par l'article précédent.

On s'explique d'ailleurs parfaitement l'absence de cette distinction : le défendeur n'a peut-être pas songé à invoquer l'article 1345 quand il a été poursuivi et condamné; c'est après une première condamnation qu'est formée une nouvelle demande, et il est alors tout naturel que, les faits étant consommés quant à l'ancienne demande, l'interdiction de la preuve testimoniale s'applique à la nouvelle, quelle qu'ait été la date de la créance qui en est l'objet.

320. On conçoit que la loi puisse permettre de corroborer par la preuve testimoniale ce qu'elle ne permet pas d'établir de cette manière. Ainsi les règles ci-dessus, n'ayant leur principe que dans les dangers et l'incertitude de ce genre de preuve, reçoivent exception quand il existe un commencement de preuve par écrit. V. art. 1347, al. 1.

Au reste, pour qu'un écrit fasse commencement de preuve, la loi exige, en général, deux conditions : 1° que cet écrit, signé ou non, émane du défendeur ou des personnes qu'il représente (voy. pourtant art. 1335-2° et 3°; v. aussi art. 324); 2° qu'il rende vraisemblable le fait allégué. V. art. 1347, al. 2.

320 *bis*. I. Nous avons annoncé sur l'article 1341 un certain nombre d'exceptions aux deux règles qu'il contient : la première était indiquée par cet article même (dernier alinéa), la seconde apparaît à l'article 1347. Quand la partie peut appuyer sa prétention sur un commencement de preuve par écrit, elle est admise à la preuve testimoniale en dehors des conditions de l'article 1341.

On appelle commencement de preuve par écrit tout écrit émané de la partie à qui on l'oppose ou de celui qu'elle représente et qui rend vraisemblable le fait allégué.

320 *bis*. II. Nous disons *écrit* et non pas *acte écrit*, parce que cette expression employée par l'article pourrait faire croire qu'il s'agit d'écrits rédigés exprès et destinés à servir de preuve, tandis que le commencement de preuve se puise le plus souvent dans des écrits qui n'avaient pas cette destination. Nous substituons aussi les mots : *la partie à qui on l'oppose*, à ceux-ci : *celui contre lequel la demande est formée*. Car la règle de l'article s'applique aussi bien à la preuve de l'extinction qu'à la preuve de l'existence d'une obligation, et, dans le premier cas, c'est le défendeur qui, prétendant se servir d'un commencement de preuve par écrit, doit produire un écrit émané du demandeur.

320 *bis*. III. Il n'est pas nécessaire que l'écrit soit signé, et réciproquement un écrit peut servir de commencement de preuve, bien que le corps d'écriture n'émane pas de la partie, pourvu qu'il soit signé d'elle; car la signature est une écriture, et, apposée à la suite d'une écriture étrangère, elle lui donne force et permet d'attribuer au signataire les énonciations et déclarations contenues au corps d'écriture.

Peu importe au reste la forme ou le but de l'écrit; des registres et papiers domestiques, des lettres missives rempliront très-bien les conditions de l'article 1347.

320 *bis*. IV. L'écrit doit émaner de la partie à qui on l'oppose ou de celui qu'elle représente, car la force de ce commencement de preuve réside dans l'aveu obscur et imparfait qu'il contient, et l'aveu n'a de force que contre celui qui l'a fait. Un écrit émané d'un tiers ne serait, comme Pothier le faisait déjà remarquer, qu'une espèce de témoignage et ne pourrait pas servir de base à l'admission de la preuve testimoniale. La pratique ancienne paraît cependant avoir été contraire, mais le texte du Code a pleinement confirmé l'opinion de Pothier (1).

320 *bis*. V. L'écrit présenté comme commencement de preuve doit rendre vraisemblable le fait allégué, c'est-à-dire qu'il doit contenir « la preuve, non du fait total qu'on a avancé, mais de quelque chose qui y conduit ou qui en fait partie (2) ».

(1) Pothier, n° 773.

(2) Pothier, n° 767.

Des exemples montreront comment un écrit, sans être une preuve complète d'un fait, peut toutefois rendre ce fait vraisemblable. Pothier suppose que le possesseur d'un fonds actionné en revendication produit une promesse unilatérale de vente émané du propriétaire revendiquant, promesse qui n'est pas la preuve que la vente a eu lieu, mais qui rend vraisemblable la perfection de cette vente. Il parle en outre d'une personne qui a promis par écrit de payer 200 livres pour prix de telles marchandises qui lui seront livrées. Cet écrit, dit-il, ne prouve pas la créance, puisqu'il ne prouve pas la livraison des marchandises, mais c'est un commencement de preuve.

Enfin il présente comme exemple une lettre par laquelle un père prie un de ses amis de remettre une somme à son fils, lettre qui, produite par l'ami, ne prouve certainement pas le prêt, mais le rend vraisemblable.

320 *bis*. VI. Outre ces écrits et les autres de même nature qui ne font pas preuve complète parce qu'ils ne constatent pas d'une façon précise le fait allégué, il en est d'autres qui le constateraient positivement et complétement, s'il ne leur manquait quelqu'une des conditions exigées pour qu'ils aient la force probante entière. Ainsi les actes prétendus authentiques, mais qui n'ont pas la force authentique, à raison soit d'un vice de forme, soit de l'incompétence ou de l'incapacité de l'officier, s'ils ne sont pas signés par toutes les parties, peuvent servir de commencement de preuve contre celles qui ont signé. Il faut en dire autant des actes sous seing privé qui ne sont pas rédigés conformément aux articles 1325 et 1326.

Enfin, certains écrits qui ne rentrent pas dans la définition de l'article 1347 ont reçu expressément de la loi la force d'un commencement de preuve par écrit (V. art. 1320, 1335 2° et 3°, et 1336.)

320 *bis*. VII. Il est également important de remarquer qu'en matière de filiation l'article 324 a admis sur le commencement de preuve par écrit une théorie qui diffère sensiblement de celle contenue dans l'article 1347 ; on n'exige pas, en effet, que l'écrit émane de la partie même contre laquelle la contestation est engagée.

321. En outre, l'exclusion de la preuve testimoniale reposant, comme nous l'avons vu, sur la possibilité, et même sur l'obligation, dans laquelle étaient les parties de s'en procurer une plus certaine, cette exclusion doit cesser, lorsqu'il a été impossible de se procurer une preuve littérale; ajoutons, ou, ce qui revient au même, lorsque, sans aucun fait imputable à la partie intéressée, il ne lui est plus possible de faire valoir celle qu'elle s'était procurée. V. art. 1348, al. 1. V., à ce sujet, art. 46.

321 *bis*. I. Troisième exception aux règles de l'article 1341. — Cas dans lesquels il est impossible de produire une preuve écrite. Ici l'exception n'est qu'apparente, car, à bien dire, l'article 1348 contient surtout une consécration du principe tel que nous l'avons posé. L'interdiction de la preuve testimoniale est la conséquence de l'obligation de rédiger un écrit, obligation que la partie n'a certainement pas méconnue dans les cas d'impossibilité dont parle l'article 1348.

321 *bis*. II. Après avoir réservé les droits des parties au cas d'impossibilité de se procurer une preuve écrite, l'article donne une énumération des cas où cette exception s'applique. Cette énumération n'est pas limitative; la règle est dans la première partie de l'article; le reste n'est qu'une explication qui ne peut pas restreindre la disposition principale. Comme aussi dans les hypothèses particulièrement énumérées, il faut toujours faire dominer la règle et n'admettre l'exception qu'autant qu'il y aurait eu réellement impossibilité de se procurer la preuve littérale. L'article a donc énuméré les cas dans lesquels il y a ordinairement impossibilité de rédiger un écrit sans qu'on puisse dire qu'il a compris toutes les hypothèses, et que celles indiquées soient toujours dans les conditions de la règle.

322. Le motif d'impossibilité originaire s'applique aux engagements formés sans convention, par quasi-contrat, délit ou quasi-délit. V. art. 1348-1°.

322 *bis*. I. L'importance de l'observation que nous avons faite au numéro précédent apparaît surtout à propos des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. Il n'est pas possible, en effet, d'admettre que tout quasi-contrat, tout délit ou quasi-délit, puisse être

prouvé par témoins. Car, dans certain nombre de cas, le créancier aura pu et par conséquent aura dû, d'après l'article 1341, se procurer une preuve écrite; il ne sera donc pas couvert par l'exception dont la formule se trouve dans le commencement de l'article 1348. Ainsi, en matière de gestion d'affaires, le maître peut bien prouver par témoins le fait de la gestion, car il n'a pu en avoir la preuve écrite, mais le gérant devra souvent se procurer des écrits constatant les dépenses par lui faites. Au cas de paiement de l'indû, celui qui veut répéter une somme supérieure à 150 francs doit produire une preuve écrite du paiement, puisque c'est un fait dont il est toujours possible d'obtenir la preuve écrite.

322 *bis*. II. Quant aux délits et quasi-délits, il est vrai que la plupart du temps ils sont prouvés par témoins et ne peuvent l'être par écrit; car il n'est guère probable que l'auteur d'un délit ou même d'un quasi-délit consente, aussitôt le fait commis, à en donner une reconnaissance écrite; il est cependant certains faits qui, par leur nature, n'échappent pas à la règle de l'article 1341. Ce sont les délits qui présupposent l'existence d'un fait juridique, d'un contrat, par exemple, dont la partie qui se prétend victime du délit aurait dû avoir une preuve écrite. *Exemple :* la violation d'un dépôt, l'abus de confiance commis par un mandataire : ces délits présupposent un contrat de dépôt ou de mandat dont la preuve doit être fournie même devant les tribunaux de répression, conformément aux règles du Code civil sur la preuve des contrats.

323. Le même motif d'impossibilité comprend le cas de *dépôt nécessaire* proprement dit (v. art. 1949); il s'applique également au *dépôt d'hôtellerie*, qui est aussi une sorte de dépôt nécessaire. (V. art. 1952.) Seulement, la loi avertit spécialement les juges d'avoir égard ici à la qualité des personnes et aux circonstances du fait. V. art. 1348-2°, 1950.

323 *bis*. I. Dans les cas prévus par l'article 1949, les circonstances sont trop exigeantes et le temps trop précieux pour que le déposant puisse exiger du dépositaire une reconnaissance écrite du dépôt. Voilà la raison de l'exception faite en faveur du *dépôt nécessaire*. Quant au dépôt d'*hôtellerie*, il est traité par la loi comme un dépôt nécessaire, bien que les circonstances ne soient

pas identiquement les mêmes, parce que, les voyageurs changeant incessamment d'auberge, arrivant et passant fort nombreux aux mêmes heures, surtout depuis la substitution des chemins de fer aux autres modes de locomotion, il serait presque impossible de faire pour chacun d'eux une description même sommaire des effets qu'il apporte.

323 *bis*. II. L'exception relative au dépôt d'hôtellerie ne saurait être étendue au dépôt d'objets destinés à être transportés, bien que l'article 1782 assujettisse les voituriers par terre et par eau aux mêmes obligations que les aubergistes. En effet, le dépôt étant prouvé, le voiturier est tenu pour la garde et la conservation des objets comme l'aubergiste, mais quant à la preuve du contrat, l'assimilation n'est pas faite par l'article 1782, et c'est uniquement de la preuve que nous nous occupons sur l'article 1348. On comprend du reste qu'il est plus facile d'obtenir une preuve écrite d'un voiturier dont l'unique préoccupation doit être le transport des objets à lui confiés, que d'un aubergiste pour qui les effets des voyageurs sont quelque chose de secondaire et d'accessoire, et qui se doit presque tout entier au soin, à la nourriture et au logement de la personne. L'article 1782 et par conséquent l'article 1348 étant écartés, il reste à voir si, en vertu des principes spéciaux du droit commercial, l'acte dont nous parlons peut être prouvé par témoins.

Le contrat de transport est un contrat commercial, et par conséquent en vertu de l'article 109 du Code de commerce, il n'est pas absolument nécessaire qu'il soit prouvé par écrit. Seulement nous trouvons dans le Code de commerce et même dans le Code civil des dispositions qui peuvent être considérées comme dérogeant à l'article 109. L'article 1785 C. N. et l'article 96, C. com. imposent aux entrepreneurs de transport l'obligation de tenir registre des effets qui leur sont confiés, obligation que rien n'impose aux aubergistes. De ces deux articles doit résulter une distinction entre l'entrepreneur de transport et celui qui ne se charge pas habituellement de ces opérations. A l'égard de l'entrepreneur, le déposant ayant pu exiger l'inscription sur le registre, sera privé du droit que lui conférerait l'article 109, mais il reprendra ce droit contre une personne qui aurait contracté l'obligation, mais qui ne se livrera pas à l'entreprise de transport.

323 *bis*. III. Dans les cas prévus par l'article 1348, c'est-à-dire lorsque la preuve testimoniale est admise contre l'aubergiste ou le dépositaire nécessaire, le texte fait une réserve et impose aux tribunaux l'obligation de tenir compte de la qualité des personnes et des circonstances du fait. C'est, au surplus, une règle générale que les juges ne sont pas liés par les dépositions des témoins, qu'ils doivent les peser au lieu de les compter, et l'article 1353 les autorise, quand la preuve testimoniale est admise, à se décider par des présomptions abandonnées à leur sagesse ; il est clair que dans ce cas comme dans tous les autres, il faut apprécier les faits attestés par les témoins et tenir compte de leur vraisemblance ou de leur invraisemblance, relativement à la situation pécuniaire de la partie ou aux événements qui expliqueraient qu'elle se trouvât, dans la circonstance indiquée, détenteur de valeurs plus ou moins considérables.

324. Toujours par suite du même principe, toute obligation contractée au cas d'accidents imprévus, qui n'ont point permis de faire un écrit, jouit de la même faveur que le dépôt nécessaire. V. art. 1348-3°.

325. Enfin, le motif d'impossibilité survenue s'applique au cas de perte du titre, pourvu que cette perte provienne d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure ; pourvu, par conséquent, qu'elle ne puisse être aucunement imputée à la faute de la partie. V. art. 1348-4°.

325 *bis*. I. Si la partie a satisfait aux exigences de la loi sur la preuve écrite, et si elle a perdu par cas fortuit l'écrit qu'elle avait fait rédiger, elle n'est plus en faute, et l'interdiction de la preuve testimoniale n'a plus sa raison d'être. *Exemple :* une personne dans l'incendie ou le pillage de sa maison a perdu ses papiers, parmi lesquels se trouvaient les billets de ses débiteurs et les quittances de ses créanciers ; elle pourra prouver par témoins ; mais les témoignages devront porter sur deux points : 1° et préalablement sur l'accident même auquel est attribuée la destruction des papiers ; 2° sur l'existence, antérieurement à l'accident, du billet ou de la quittance, ou au moins sur le fait même du contrat, du prêt par exemple ou du paiement (1).

(1) Pothier, n° 781.

325 *bis*. II. Outre les trois exceptions que nous avons énumérées avec les articles 1341, 1347 et 1348, aux règles de l'article 1341, nous devons en signaler une quatrième : il peut être dérogé à l'article 1341 par le consentement de la partie, et la preuve testimoniale est alors admissible en dehors des conditions de cet article. Mais ceci est contesté : la question se pose alors sur le caractère de la disposition contenue dans l'article 1341. Est-elle une règle d'ordre public ou simplement une règle d'intérêt privé? On pensait généralement autrefois qu'il s'agissait là d'un principe d'ordre public, que la disposition des ordonnances, reproduite par le Code, s'adressait au juge et lui imposait un devoir. « Il n'est reçu aucune preuve par témoins », parce que le but principal de la règle était de faire obstacle à la multiplicité des procès et que c'était là une considération d'intérêt social qui conservait toute sa force, même en présence d'une adhésion de la partie à une pratique contraire.

Cette doctrine rigoureuse ne paraît pas être celle du Code civil, car il n'a pas déclaré que sa disposition ne pouvait être enfreinte par la volonté des parties, comme il aurait dû le faire en présence des difficultés qui s'étaient élevées autrefois, et son silence doit être plutôt favorable à la liberté qu'à la restriction. Son texte emprunté à l'ordonnance n'est pas catégorique; car, ainsi que nous l'avons fait remarquer, la règle principale de l'article 1341 n'est pas même expressément sanctionnée par la formule : « il ne sera reçu aucune preuve par témoins », ce qui ne permet pas d'accepter l'argument qu'on prétend tirer de ces expressions. Quant au fond de la disposition, si on ne peut pas nier qu'elle s'inspire de considérations d'intérêt général, comme au reste toutes les règles législatives, ce n'est pas en réalité une disposition d'ordre public, car le but d'intérêt général que la loi a voulu atteindre ne serait pas manqué parce que quelquefois une partie aurait accepté une enquête à laquelle elle aurait pu s'opposer. Le but du législateur est que les parties rédigent un écrit dans le principe; ce but est atteint par cela seul que la partie sait qu'en l'absence d'écrit elle dépendra de l'adversaire, qui sera maître de s'opposer à l'enquête. Il y a là une sanction suffisante de la règle, et il ne faut pas en outrer la sévérité. Il faut enfin remarquer que la partie à qui on refuserait le droit de consentir directement à l'enquête

arriverait indirectement à ce résultat en donnant un écrit assez vague pour ne pas prouver contre elle, mais qui pourrait être accepté comme commencement de preuve par écrit, ou en constituant un tribunal d'arbitres, amiables compositeurs, dispensés en cette qualité de l'application des règles du droit.

SECTION III.

Des présomptions.

326. La présomption est une conséquence tirée d'un fait connu à un fait inconnu. Sous ce rapport, toutes les preuves judiciaires ne sont, à le bien prendre, que des présomptions; car c'est toujours par les conséquences tirées d'un fait qui est sous leurs yeux, que les juges arrivent à reconnaître celui qui s'est passé en leur absence. Mais la présomption, dans le langage du droit, diffère de la preuve, en ce qu'elle est la conséquence tirée d'un fait qui n'avait pas spécialement pour objet d'établir la vérité de l'autre fait qu'elle sert à reconnaître.

La présomption est légale, ou abandonnée à la prudence du juge. V. art. 1349.

326 *bis*. La définition que le Code civil donne des présomptions est avant tout une définition pratique; elle permet de faire comprendre assez vite à quelle opération se livre l'esprit lorsqu'il arrive à la vérité par une présomption. Un enfant est né d'une femme mariée, de ce fait la loi conclut que le mari est père de cet enfant; ce dernier point n'est certes pas démontré d'une façon directe et positive, mais la loi, en tenant compte de ce qui arrive le plus souvent, conclut du fait de la maternité de la femme au fait de la paternité du mari. Le vice de cette définition, envisagée théoriquement, c'est qu'elle pourrait s'adapter aux preuves en général. Car toutes les fois qu'il s'agit de démontrer la vérité d'un fait, ce résultat ne peut être obtenu qu'en procédant du connu à l'inconnu, en tirant des conséquences d'un fait connu à un fait inconnu. Dans le cas de ce que nous avons appelé la preuve littérale ou la preuve testimoniale, on conclut de l'existence d'un

écrit à l'existence d'un fait, d'une convention par exemple, ou de la déclaration d'un témoin à la réalité du fait attesté; l'aveu même ne peut être que la base d'un raisonnement qui conclura du fait de l'aveu à la réalité du fait avoué. Il est certain, en effet, que nonobstant l'acte écrit, le témoignage ou l'aveu, le fait allégué peut être faux. Il n'y a donc dans toutes ces hypothèses qu'une conclusion d'un fait connu à un fait inconnu. Où donc est la ligne de démarcation entre les preuves et les présomptions? Voici certes quelle est la pensée de la loi : le travail de raisonnement n'apparaît pas, tant il est simple et facile, au cas de preuve proprement dite, tandis qu'il est infiniment plus sensible au cas de présomption; c'était bien là l'idée de Pothier, qui, après avoir dit : La « présomption est un jugement que la loi ou l'homme porte sur la vérité d'une chose par une conséquence tirée d'une autre chose », ajoutait: « La présomption diffère de la preuve proprement dite : celle-ci fait foi directement et par elle-même d'une chose, la présomption en fait foi par une conséquence tirée d'une autre chose (1) ». Il ne faisait donc pas voir le travail du raisonnement au cas de preuve, puisqu'il disait que la preuve faisait foi par elle-même, et il n'apercevait l'induction que dans la présomption qu'il appelait un jugement, c'est-à-dire une décision sur un point douteux. Nous ne pouvons toutefois nous contenter de cet aperçu, car il est trop vague et ne nous fournit pas la limite précise qui sépare la preuve de la présomption.

M. Demante émet une idée qui pourra servir bien souvent à distinguer les preuves et les présomptions, mais qui n'est pas à l'abri de toute critique. Dans le cas de preuve, le fait connu avait spécialement pour objet d'établir la vérité du fait inconnu, tandis que la présomption a pour base un fait qui n'était pas destiné à produire ce résultat. Ainsi l'écrit, le témoignage sont des faits destinés à établir la vérité d'un fait qui peut être plus tard ou qui est déjà contesté, tandis que les faits sur lesquels s'appuie une présomption, le mariage par exemple dans le cas de l'article 312, n'avaient pas cette destination. Voilà certainement une observation fine qui presque toujours sera exacte; mais cependant on n'a pas encore tracé une délimitation rigoureuse, car il arrive

(1) Pothier, nº 806.

souvent que l'aveu n'est pas volontaire, qu'il n'a pas été par conséquent destiné à établir la vérité du fait, et cependant l'aveu n'est pas une présomption, c'est une preuve.

Il faut arriver à une autre idée. Nous pensons qu'on peut s'attacher à la distinction suivante, qui établit très-nettement la séparation des preuves et des présomptions. La preuve a toujours pour base une déclaration écrite ou orale de l'homme (acte écrit, témoignage, aveu); la présomption a pour base un fait autre que la déclaration de l'homme (1).

§ Ier.

Des présomptions établies par la loi.

327. Il n'y a de présomptions légales que celles qui sont établies par une loi spéciale. Celles qui sont citées ici par forme d'exemple sont relatives :

A la nullité de certains actes, comme faits en fraude des dispositions de la loi. V. art. 1350-1°; et, à ce sujet, art. 911, 1100; C. comm., art. 443-446.

A l'établissement de la propriété ou de la libération. V. art. 1350-2°, et, à ce sujet, art. 653, 654, 1282, 1283; v. aussi art. 2271-2273.

A l'autorité de la chose jugée. V. art. 1350-3°.

A l'aveu de la partie et au serment. V. art. 1350-4°.

327 *bis*. I. La présomption légale doit résulter d'une loi spéciale, c'est-à-dire d'une disposition spéciale de la loi, c'est pourquoi il est de principe que les présomptions légales ne doivent pas être

(1) L'un de nos savants maîtres, M. Oudot, enlevé trop tôt à la science et à la Faculté, définissait les présomptions « des conséquences que la loi ou le juge tire d'un fait connu autre que la déclaration de l'homme, à un fait inconnu. » Notre collègue, M. Bonnier, émet cette idée au commencement du paragraphe (n° 29) qu'il consacre à la difficulté théorique dont nous nous occupons, mais dans l'ensemble de ce paragraphe il insiste également sur la distinction puisée dans la destination du fait qui sert de base à l'induction.

étendues d'un cas à un autre et qu'il faut dans leur application ne pas sortir des termes stricts de la loi.

327 *bis*. II. La loi comprend dans son énumération l'aveu et le serment; cependant, dans l'article 1316, elle les distinguait des présomptions, et dans la division de son chapitre elle leur consacre des sections distinctes. Il n'y a donc pas lieu de se prévaloir du texte du Code pour ranger l'aveu et le serment parmi les présomptions, et la théorie a toute sa liberté pour leur assigner une place dans ses classifications. Or nous avons dit que l'aveu est une preuve; quant au serment, il doit être traité à part. S'il s'agit du serment décisoire, il puise sa force dans une transaction; qu'il ait été prêté ou refusé, le gain ou la perte du procès est le résultat d'une transaction conditionnelle, c'est-à-dire de la volonté des parties. Le serment supplétoire, s'il est prêté par la partie, est une preuve. Il n'y a vraiment présomption que dans le cas de refus du serment supplétoire, parce qu'on ne peut pas dire alors qu'il y ait eu transaction ; d'un autre côté, le juge ne s'appuiera pas sur une déclaration de l'homme, mais sur un fait négatif, le refus, c'est-à-dire qu'il tirera une de ces conséquences dont parle l'article 1349.

328. La présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée, introduite par la nécessité de mettre un terme aux procès, doit naturellement se renfermer dans son objet.

Ainsi, le jugement ne peut régler que la contestation sur laquelle il est intervenu. Il faut donc, pour qu'on puisse invoquer l'autorité de la chose jugée :

1° Que la chose demandée soit la même;

2° Que la demande soit fondée sur la même cause;

Il faut de plus, 3° que la demande soit formée entre les mêmes parties, les seules qui soient censées s'en être remises à la décision du juge, et qui aient été à même de faire valoir leurs moyens;

4° Il ne suffit pas que les parties soient les mêmes, si elles ne procèdent dans les mêmes qualités. V. art. 1351.

Enfin, une cinquième condition que la loi n'a pas besoin de rappeler, c'est que le jugement soit valablement rendu,

qu'il ne soit point attaquable, ou au moins qu'il ne soit pas attaqué par les voies légales.

328 *bis*. I. Le Code a rangé parmi les présomptions l'autorité que la loi attribue à la chose jugée, et dans l'article 1351 il détermine les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu d'invoquer l'autorité de la chose jugée. Il faut d'abord se fixer sur le sens des mots. On entend par chose jugée la décision contenue dans un jugement. Cette décision reconnaît ou méconnaît le droit du demandeur; son autorité consiste en ce que le demandeur dont le droit a été méconnu ne peut plus recommencer le procès, ou que le défendeur condamné ne peut pas essayer de se soustraire à la condamnation en contestant et faisant examiner de nouveau le droit du demandeur. Le procès ne peut plus être recommencé, la situation des parties est définitivement réglée, et la partie qui a le jugement en sa faveur s'appuie sur le jugement lui-même pour repousser toute tentative de l'adversaire tendant à prouver contre ce qui a été jugé. C'est ce qu'on exprime en disant : *res judicata pro veritate accipitur* (1).

Telle est la force ou l'autorité de la chose jugée. Cette autorité est le résultat d'une présomption; car, bien que le jugement soit une déclaration de l'homme, sa conformité au droit et à la vérité n'est pas attestée par une déclaration de l'homme.

328 *bis*. II. Cette présomption a sa raison d'être dans des motifs d'utilité générale. Il faut que les procès aient une fin. On ne peut pas sans inconvénient, au point de vue de la richesse sociale, laisser subsister indéfiniment ou trop longtemps une incertitude sur la propriété ou sur les créances et les dettes des particuliers. Ces inconvénients deviennent plus graves s'il s'agit d'une incertitude semblable sur l'état des personnes. Voilà la principale raison de la force attribuée à la chose jugée; il en est qui sont secondaires : les frais de justice prendraient des proportions exagérées si les instances pouvaient être plusieurs fois renouvelées, et les parties contracteraient, dans des luttes incessamment renaissantes, des haines dangereuses pour la paix publique. Il faut bien le dire en outre, un nouvel examen de l'affaire déjà jugée donnera-t-il la certitude d'arriver à la vérité vraie? Pourquoi ajouter

(1) V. *D. fr.* 207, *De regulis juris.*

plus de foi à ce nouvel examen qu'au premier, et alors pourquoi pas trois, quatre, cinq instances? Pourquoi s'arrêter?

328 *bis*. III. Donc, après toutes les précautions prises pour que l'affaire soit bien jugée, le procès doit être terminé par le jugement. Tout nouveau procès qui tendrait à le faire revivre doit être empêché. Seulement il faut que ce nouveau procès se confonde réellement avec l'ancien : telle est l'idée développée par l'article 1351, qui peut être ainsi paraphrasé d'après ce que nous venons de dire : Pour que celui qui soulève une difficulté judiciaire, comme demandeur ou comme défendeur, puisse être repoussé dans sa demande ou dans sa défense, à raison de la présomption de vérité attachée à la chose jugée, il faut que les deux prétentions (l'ancienne et la nouvelle, celle qui a été autrefois jugée et celle qui est actuellement soulevée) réunissent les caractères suivants : 1° identité de chose demandée ; 2° identité de cause; 3° identité de personnes; 4e identité de qualités des personnes. A bien dire, les deux derniers caractères se confondent en un seul; car, comme le troisième consiste dans l'identité des personnes juridiques, cette identité suppose celle des qualités.

328 *bis*. IV. *Identité d'objet*. Il n'est pas nécessaire d'expliquer longuement pourquoi une décision judiciaire rendue sur une maison ne fait pas obstacle à une nouvelle contestation judiciaire sur une autre maison, sur un tableau ou sur un cheval. En effet, on comprend facilement qu'il y a là deux prétentions parfaitement indépendantes l'une de l'autre, qu'une partie qui a été reconnue propriétaire ou créancière de la maison peut, sans qu'il soit porté atteinte à la présomption de vérité attachée au jugement, être déclarée n'être pas propriétaire ou créancière de l'autre maison, du cheval et du tableau. En somme, un jugement ne peut être invoqué dans une nouvelle instance comme ayant l'autorité de la chose jugée qu'autant que la nouvelle prétention porte sur la même chose, sur une quantité de même espèce ou sur le même droit. *Quum quæritur hæc exceptio noceat necne, inspiciendum est an idem corpus sit quantitas eadem, idem jus* (1).

328 *bis*. V. L'identité d'objet ne suppose pas toujours une identité physique et matérielle; quand la chose est une collection

(1) *D. fr.* 12, *De except. rei judicat.*

d'êtres qui peuvent changer individuellement sans altérer l'objet collectif, il faut s'attacher à l'identité de l'objet collectif et non pas à celle des unités qui le composent. *Exemple :* le premier procès avait pour objet un troupeau, la seconde demande porte sur le même troupeau, il y a identité d'objet, bien que dans l'intervalle des deux procès le troupeau ait été complétement renouvelé, quant aux bêtes qui le composaient, par la substitution nécessaire de têtes jeunes aux vieilles têtes.

328 *bis.* VI. Nous trouvons une autre espèce, qui présente avec celle-ci une certaine analogie, dans le cas de pétition d'hérédité. Une personne a revendiqué une maison comme faisant partie d'une hérédité qu'elle prétend lui appartenir; elle a perdu le procès, elle voudrait plus tard revendiquer une ferme faisant partie de la même hérédité; bien que les objets matériels des deux demandes ne soient pas les mêmes, il y a néanmoins identité d'objet; parce que le véritable objet de chacune des deux demandes c'est l'hérédité, *jus,* et non pas les choses matérielles qui font partie de cette hérédité.

328 *bis.* VII. A l'inverse, on peut plaider relativement au même objet corporel et réclamer des droits distincts, quand il s'agit dans les deux procès de deux servitudes différentes sur le même immeuble, ou quand l'un des procès avait pour objet une servitude sur un fonds et l'autre la propriété du même fonds.

328 *bis.* VIII. Au contraire, les objets sont identiques lorsqu'il n'existe pas d'autres différences que des différences de quotité ou de quantité. Ainsi, quand nous avons dit qu'il y avait identité d'objet lorsque les deux prétentions portaient sur deux quantités de même espèce, nous n'avons pas exigé que les deux quantités fussent égales, car le fond des prétentions est toujours le même, quoique les chiffres soient différents. Si on admettait que la demande jugée pour partie d'une somme peut être renouvelée pour le surplus, on permettrait de multiplier à l'infini les procès sur le même droit, la même obligation par exemple, en divisant l'action. Nous en dirons autant des jugements relatifs à la propriété : demander la partie, c'est mettre en question le droit tout entier, et réciproquement demander le tout, c'est mettre en question chaque partie, en sorte qu'il y a identité d'objet entre des prétentions

relatives l'une à la totalité du bien et l'autre à une partie de ce bien.

328 *bis*. IX. *Identité de cause*. — L'identité d'objet ne suffit pas pour engendrer l'identité de prétention, si la nouvelle prétention est fondée sur une autre cause que l'ancienne. Peu importe qu'il s'agisse de la même somme d'argent, si la partie qui se prétendait créancière à titre de prêt allègue maintenant qu'elle est créancière à la suite d'une vente. Les deux prétentions sont évidemment distinctes, et le jugement sur la seconde ne contrariera pas, quel qu'il soit, le jugement rendu sur la première.

On voit par cet exemple que nous n'entendons pas par cause de la demande le droit sur lequel cette demande s'appuie; car, dans les deux procès que nous venons de supposer, les demandes s'appuient sur le même droit, le droit de créance, et cependant nous admettons qu'elles ont des causes diverses. *Ex pluribus causis deberi nobis idem potest* (1). La cause de la demande c'est plutôt la cause du droit sur lequel est fondée la demande, c'est-à-dire le fait juridique qui est le fondement de ce droit. Dans l'hypothèse précédente il y a deux causes : la première prétention est fondée sur un contrat de prêt et la seconde sur un contrat de vente.

328 *bis*. X. Le fait juridique qui sert de fondement au droit est parfaitement distinct des preuves et des arguments produits par la partie pour prouver que ce fait a eu lieu. Partant il existe une distinction nécessaire entre ce que le Code appelle la cause de la demande et les moyens sur lesquels s'appuie cette demande. La diversité des moyens n'est pas exclusive de l'identité de cause, et par conséquent ne soustrait pas la partie à l'autorité de la chose jugée. *Exemple :* la partie qui réclamait l'exécution d'un contrat de prêt a essayé de prouver le contrat par témoins; elle a perdu son procès, elle prétend maintenant avoir trouvé la preuve écrite du contrat et voudrait être admise à produire cette preuve. Au fond c'est toujours la même prétention judiciaire, il y a autorité de chose jugée. Il en serait de même s'il s'agissait d'appuyer la prétention sur un nouvel argument de droit. Si la nouveauté du mode de preuve ou de la démonstration de l'existence du droit suffisait pour que la demande fondée sur la même cause juridique

(1) *D. fr.* 159, *De regulis juris.*

ne fût pas repoussée, les jugements pourraient toujours être remis en question, moyennant que la partie inventerait quelque argumentation nouvelle à l'appui de sa prétention.

328 *bis*. XI. Nous avons supposé, pour raisonner sur l'identité de cause, des demandes fondées sur des droits de créance. La distinction que nous avons faite entre la cause du droit et le droit lui-même doit être également admise en matière d'action réelle. La cause de la demande n'est pas, par exemple, le droit de propriété sur lequel s'appuie la demande, c'est le fait juridique qui a engendré ce droit de propriété, et si la seconde prétention s'appuie sur un fait juridique autre que celui sur lequel s'appuyait la première, les deux demandes sont distinctes, la question n'est pas jugée, et le jugement rendu sur la première demande ne fait point obstacle à la seconde. Cette conformité des principes, soit qu'il s'agisse des actions réelles, soit qu'il s'agisse des actions personnelles, résulte de l'article 1351, qui exige l'identité de cause sans distinguer les différentes natures d'actions, et qui ne peut pas cependant avoir entendu par la cause, dans les actions personnelles le fait générateur du droit, et dans les actions réelles le droit lui-même. Elle est parfaitement raisonnable; car, de même qu'il serait injuste de considérer un demandeur comme privé du droit de demander 1,000 francs *ex causa mutui,* parce qu'il aurait perdu un procès précédemment intenté pour 1,000 francs *ex causa venditionis,* de même il ne serait pas juste d'empêcher un prétendu propriétaire de revendiquer un immeuble en s'appuyant sur une donation, parce qu'il aurait perdu un précédent procès en revendication du même immeuble qu'il appuyait sur un achat. Nulle disposition législative n'oblige celui qui intente une action réelle à énumérer et à faire valoir tous les titres qui pourraient lui avoir conféré son droit, et dès lors, s'il n'est pas en faute de ne les avoir pas tous indiqués, n'est-il pas clair que la question jugée sur une donation ne préjuge en rien la décision sur une vente, que par conséquent les deux instances sont complétement différentes? C'était la doctrine ancienne admise par Pothier (1), malgré les objections que soulevaient sur ces points certains textes du droit romain; il y a moins de raison encore qu'autrefois de la contester.

(1) *Oblig.*, p. IV, ch. III, sect. 3, art. 4, nos 46 et 47.

328 *bis*. XII. Il faut toutefois faire une réserve déjà faite par Pothier. Si l'action réelle avait été intentée d'une manière générale et sans restriction, c'est-à-dire sans indication du titre sur lequel elle s'appuyait, on ne pourrait pas la renouveler en indiquant un titre spécial, parce que le demandeur aurait alors posé la question de propriété d'une façon générale, qu'il aurait invoqué tacitement tous les titres, toutes les causes possibles de propriété, et que toute cause spécialement indiquée plus tard se trouverait avoir été déduite dans la première instance et réputée examinée par les juges de cette instance.

328 *bis*. XIII. *Identité de personnes et de qualités*. Nous avons déjà dit qu'il fallait confondre la troisième et la quatrième condition énumérées par l'article 1351 : l'identité de personnes et l'identité de qualités constituent une seule et même identité, celle des *personnes juridiques*. Or il est clair qu'il ne s'agit pas de savoir si les deux instances sont intentées entre les deux mêmes personnes physiques. Aussi n'est-il pas douteux que le jugement rendu pour ou contre un tuteur, agissant dans l'intérêt de son mineur, n'est pas rendu pour ou contre ce tuteur personnellement; car ce tuteur n'était pas partie, c'était le mineur qui plaidait par le ministère de son tuteur. De même, si le tuteur d'un mineur a été remplacé par un autre tuteur, le jugement rendu pour ou contre le premier tuteur, représentant le mineur, est opposable au second ou peut être invoqué par lui.

328 *bis*. XIV. La règle sur l'identité des personnes juridiques, d'où il résulte que la chose jugée n'a qu'une autorité relative, est fondée sur ce que le jugement puise sa force dans une sorte de convention de se soumettre à la décision judiciaire; car une instance judiciaire règle la relation juridique de deux personnes comme la réglerait une convention, avec cette différence toutefois que la convention est l'œuvre de deux volontés libres, tandis que la décision judiciaire est provoquée par la volonté d'une des parties et subie par l'autre. Cette idée est exprimée par cette ancienne formule : *In judiciis quasi contrahimus,* et plus développée dans cette autre phrase citée par Pothier : *Eadem debet esse ratio judiciorum, in quibus videmur quasi contrahere, ac conventionum* (1).

(1) Pothier, *Oblig.*, p. IV, ch. III, sect. 3, art. 5, n° 55.

Les conventions ne produisent pas d'effet à l'égard des tiers; les jugements, par conséquent, ne doivent avoir de conséquences que par rapport aux parties.

Voilà la raison théorique de la règle; sa raison pratique est plus évidente encore. Si la chose jugée était tenue pour une vérité absolue, *erga omnes,* Pierre serait dépossédé de sa propriété parce que Paul aurait été reconnu propriétaire dans un procès dirigé contre Jean. Le vrai propriétaire, à son insu, sans avoir fait valoir ses droits, subirait les conséquences de la mauvaise défense qu'un tiers aurait opposée au revendiquant.

328 *bis*. XV. Donc, théoriquement et pratiquement, il est nécessaire que les jugements n'aient qu'une autorité relative. Il ne faut cependant pas abuser de cette formule. Il y a certaines personnes qui peuvent souffrir ou profiter des jugements auxquels elles ont été étrangères, comme il y a certaines personnes qui peuvent souffrir ou profiter des conventions qu'elles n'ont pas faites personnellement.

D'abord il ne peut y avoir aucune difficulté quant aux héritiers et ayants cause universels ou à titre universel : les uns, représentant la personne du défunt, ont été véritablement en cause dans le procès auquel l'auteur a été partie; les autres, succédant à l'ensemble du patrimoine ou à une fraction de cet ensemble, ont recueilli ce patrimoine tel qu'il était dans les mains de leur auteur, augmenté ou diminué par le résultat des jugements favorables ou défavorables.

328 *bis*. XVI. Nous placerons sur la même ligne les créanciers chirographaires. Ils ont un droit de gage imparfait sur l'ensemble des biens de leur débiteur; tout ce qui augmente ou diminue ces biens augmente ou diminue leur gage. Ils peuvent exercer les droits de leur débiteur, par conséquent invoquer les jugements prononcés en sa faveur. Pour les jugements prononcés contre lui, ils doivent en subir les conséquences comme ils subissent celles des dettes qu'il contracte, le débiteur n'ayant pas perdu le droit de contracter de nouvelles dettes. Il faut cependant réserver le cas de fraude, c'est-à-dire de collusion entre le débiteur qui se laisserait condamner, et le tiers au profit de qui serait prononcée la condamnation; dans ce cas, comme au cas de contrat frauduleux, les créanciers auraient l'action paulienne, qui s'exerce-

rait ici sous forme de tierce opposition au jugement. (Art. 1167.)

328 *bis*. XVII. Les ayants cause à titre particulier (acheteurs, donataires, etc.) doivent être également considérés comme ayant été représentés par leur auteur ; mais ici une distinction devient nécessaire. Si le titre d'acquisition de l'ayant cause est postérieur à l'époque à laquelle peut remonter l'effet du jugement, cet ayant cause est censé avoir été représenté dans le jugement par l'auteur. Car celui-ci n'a pu transférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même, et a transféré tous les droits qu'il avait; par conséquent, il a transmis sa chose diminuée ou augmentée par la décision judiciaire. Si au contraire le titre d'acquisition de l'ayant cause est antérieur à l'époque où se produit l'effet du jugement, la chose jugée ne peut avoir d'effet par rapport à l'ayant cause qui a reçu les droits tels que son auteur les avait, et qui ne peut voir ces droits accrus ou diminués par un événement postérieur auquel il est étranger.

328 *bis*. XVIII. Il est nécessaire d'observer, au reste, que quand nous parlons de la date du titre d'acquisition, nous réservons les règles sur la publicité des actes translatifs de droits. Que, par conséquent, à propos des actes entre-vifs translatifs de propriété immobilière ou de droits réels immobiliers, nous considérons non pas l'antériorité de la convention, mais l'antériorité de la transcription, et que pour les cessions de créances nous envisageons la date de la notification ou de l'acceptation du transport, et non celle de la cession même. (Art. 1[er] et 3 loi du 23 mars 1855 ; art. 1690 C. N.)

328 *bis*. XIX. Parmi les ayants cause à titre particulier, il faut placer les créanciers hypothécaires. Ils ne peuvent pas, quant à l'hypothèque, subir comme les créanciers chirographaires toutes les conséquences des jugements rendus pour ou contre celui du chef de qui sont nés les droits d'hypothèque. Ils ne peuvent en souffrir ou en profiter qu'autant que le jugement a produit ses effets antérieurement à l'époque où les hypothèques elles-mêmes ont été opposables à des tiers. Ainsi une hypothèque conventionnelle inscrite avant le commencement d'une instance ne doit aucunement ressentir les conséquences du jugement, tandis que si elle n'est inscrite que postérieurement au commencement de l'instance, le jugement lui nuira ou lui profitera.

Cette décision est en parfaite harmonie avec celle que nous avons donnée sur les ayants cause à titre particulier. L'acquisition du droit réel d'hypothèque doit être en effet régie par les mêmes principes que l'acquisition du droit de propriété ou des droits réels d'usufruit et de servitude. Elle est présentée par Pothier comme ne faisant pas de difficulté (1), et cependant elle a été contestée par des raisons qu'il nous faut examiner sommairement. On a dit que l'hypothèque ne constitue pas un démembrement du droit de propriété; que, par conséquent, le propriétaire ayant gardé son droit intact, peut seul plaider sur cette propriété. Il est facile de répondre à cette observation : même en admettant que le propriétaire n'a pas vu diminuer son droit, il est constant que le créancier hypothécaire a acquis un droit propre indépendant de celui du propriétaire, et dès lors il est contraire aux principes sur la chose jugée de subordonner ce droit à celui du propriétaire et aux chances judiciaires du droit de celui-ci, comme il serait contraire aux principes sur les conventions de faire dépendre l'hypothèque des conventions que le propriétaire ferait sur la propriété.

A cette première raison, on en ajoute une autre qui sera plus facilement réfutée. L'hypothèque, dit-on, n'existe valablement que si elle est née du chef du véritable propriétaire de l'immeuble : en démontrant à une époque quelconque que le constituant n'était pas propriétaire, on fait tomber l'hypothèque. Il n'est pas difficile de comprendre que cette objection va trop loin, car elle tendrait à détruire la doctrine universellement admise quant aux ayants cause à titre particulier, et à faire décider que l'ayant cause est toujours représenté par son auteur. Pourquoi ne dirait-on pas d'un acheteur ce qu'on dit d'un créancier hypothécaire? Si le vendeur n'était pas propriétaire, l'acheteur n'a pas pu acquérir la propriété; donc, quand un jugement décide à une époque quelconque que le vendeur n'avait pas la propriété, il en résulte que l'acheteur n'a pas acquis ce droit. Or, puisque ce raisonnement n'a pas empêché d'admettre le caractère relatif de la chose jugée par rapport aux acquéreurs de propriété, ou de servitude et d'usufruit, il ne doit pas avoir plus de force par rapport aux acquéreurs de droits d'hypothèque.

(1) Pothier, *Oblig.*, p. IV, ch. III, sect. 3, art. 5, n° 56.

328 *bis*. XX. Indépendamment des ayants cause, il est des personnes qui se trouvent liées aux parties par une certaine communauté d'intérêt, et à l'égard desquelles il faut examiner comment doit être appliquée la règle de l'article 1351 sur l'identité des personnes.

Ainsi, entre les copropriétaires par indivis d'un bien, il existe une communauté d'intérêts qui peut faire penser que les jugements dans lesquels l'un d'entre eux a été partie peuvent avoir quelque effet à l'égard des autres. Nous ne pensons pas, toutefois, qu'il en soit ainsi : les copropriétaires ne sont ni ayants cause, ni mandataires les uns des autres; ils ont chacun un droit distinct sur la chose, et par conséquent le jugement rendu pour ou contre l'un d'entre eux est, par rapport aux autres, *res inter alios judicata*.

Cette solution nous paraît surtout certaine quand le procès porte sur la propriété même. La décision rendue pour ou contre un copropriétaire ne profite ni ne nuit aux autres, soit que le copropriétaire ait plaidé seulement pour sa part, soit qu'il ait agi ou défendu pour le tout. En effet, le droit de propriété est divisible intellectuellement, de sorte que les copropriétaires sont entre eux comme les propriétaires de deux maisons voisines : ce qui est jugé par rapport à l'un ne peut avoir aucun effet par rapport à l'autre.

328 *bis*. XXI. La question est plus difficile quand le procès est relatif à un droit de sa nature indivisible (une servitude), réclamé sur le fonds indivis ou en faveur de ce fonds indivis. D'après Pothier (1), l'indivisibilité du droit fait regarder les copropriétaires comme une seule et même partie. Il est dangereux de décider ainsi quand il s'agit d'un jugement au préjudice des copropriétaires; si les conventions faites par l'un d'entre eux ne peuvent nuire aux autres, même quand elles constituent une servitude indivisible, ce qui n'est pas douteux en présence de l'article 883, les jugements ne sauraient avoir plus d'effet. Et Pothier lui-même a tenu compte de cette considération, et donné un démenti à sa doctrine radicale, en écrivant au n° 60 que les copropriétaires pourraient attaquer le jugement par tierce opposition, sans avoir besoin de prouver la collusion, ce qui revient à dénier au jugement l'autorité de la chose jugée.

(1) *Oblig.*, p. IV, ch. III, sect. 3, art. 5, n° 59.

328 *bis.* XXII. Si l'indivisibilité du droit de servitude n'est pas un obstacle à l'application de la règle sur l'effet relatif de la chose jugée, quand le jugement est défavorable aux copropriétaires, on ne comprendrait guère comment cette indivisibilité pourrait avoir quelque influence sur l'effet des jugements prononcés en faveur d'un des copropriétaires. On reste alors en présence des considérations que nous avons fait valoir quand nous supposions que le procès portait sur la propriété elle-même. Chacun des copropriétaires ayant un droit distinct, et on peut presque dire un immeuble distinct, plaide soit en demandant, soit en défendant exclusivement pour lui seul. Dira-t-on qu'il a reçu tacitement de ses copropriétaires le mandat d'améliorer la chose commune, et qu'ayant gagné un procès relatif à cette chose il l'a améliorée? Cette idée nous paraît inexacte, parce qu'elle fait à celui qui plaide contre le copropriétaire une position inacceptable, en lui donnant un adversaire qui aura valablement représenté tous les propriétaires, s'il gagne le procès, et qui, s'il le perd, ne les aura pas représentés. Pour représenter une personne dans un procès, il faut avoir reçu d'elle le mandat non pas seulement de gagner le procès, mais de plaider, c'est-à-dire de courir toutes les chances bonnes ou mauvaises d'une lutte judiciaire. Tel n'est pas le pouvoir que les copropriétaires sont supposés s'être donné, et voilà pourquoi les jugements dans lesquels un d'entre eux a été partie doivent être étrangers aux autres.

328 *bis.* XXIII. Ces idées nous conduisent à des solutions semblables dans un certain nombre d'hypothèses où se présentent des difficultés de même nature.

Quand la propriété est fractionnée entre un propriétaire sous condition résolutoire et un propriétaire sous condition suspensive, des jugements peuvent être rendus *pendente conditione* pour ou contre le propriétaire sous condition résolutoire, et après l'arrivée de la condition il s'agit de savoir s'ils sont opposables au propriétaire dont le droit était en suspens, ou s'ils peuvent être invoqués par lui. Qu'ils ne lui soient pas opposables, cela ne nous paraît pas douteux en présence de l'article 1179 et des principes sur la résolution, qui ne permettent pas aux droits nés du chef de celui qui avait un droit résoluble de survivre à la résolution de ce droit. Ceci posé, les jugements favorables ne pourraient pas non

plus produire leur effet, car le propriétaire sous condition suspensive n'est pas l'ayant cause du propriétaire sous condition résolutoire; il est un tiers par rapport aux conventions que celui-ci a faites, et doit être traité comme tiers par rapport aux jugements. Il a bien donné un mandat d'administrer, de soigner la chose, de la conserver, mandat qui entraînerait la responsabilité du propriétaire sous condition résolutoire si celui-ci avait laissé périr ou diminuer la chose, mais ce mandat n'emporte pas pouvoir de plaider, car plaider c'est compromettre le droit, objet du procès; et à moins d'admettre ce que nous avons appelé le mandat de gagner le procès, il n'est pas possible de voir dans ce propriétaire intérimaire un mandataire du propriétaire définitif.

328 *bis*. XXIV. Nous trouvons des situations analogues dans la matière même des obligations. Il faut, par exemple, étudier, par rapport aux codébiteurs solidaires, l'effet de la chose jugée. Un des codébiteurs a plaidé sur l'existence de l'obligation solidaire, et il est important de savoir si le jugement rendu pour ou contre lui produit ses effets pour ou contre les autres codébiteurs solidaires.

Supposons d'abord que le jugement a été défavorable au codébiteur qui était en cause, les autres codébiteurs ne peuvent en souffrir, car ils ne souffriraient pas d'une convention faite par l'un d'entre eux. De plus, si on a pu dire, en expliquant certains articles du Code, qu'ils ont un mandat les uns des autres *ad perpetuandam obligationem*, ce mandat ne peut être supposé que lorsque l'existence de l'obligation solidaire n'est pas en question, et conclure de ce mandat que le jugement sur l'existence de la dette est opposable à ceux des prétendus codébiteurs qui n'ont pas été parties dans l'instance, c'est faire une pétition de principes, car on s'appuie sur l'obligation qui est en question pour dire qu'il y a mandat, et sur le mandat, qui ne peut être qu'une conséquence de l'obligation, pour établir que l'obligation existe. On oppose, il est vrai, à notre doctrine les articles 1206 et 2249, qui admettent que la prescription interrompue contre l'un des codébiteurs est interrompue contre les autres; mais c'est là une pure disposition de procédure tendant à économiser les frais, qui peut impliquer le mandat soit de recevoir des exploits et de les communiquer au mandant, soit de faire une reconnaissance équivalant à la réception d'un exploit, sans impliquer pour cela le mandat de plaider,

c'est à-dire de compromettre le droit. Cette disposition, d'ailleurs, n'est pas critiquable comme s'appuyant sur un cercle vicieux ; car la question d'interruption de prescription laisse intacte celle de l'existence de l'obligation ; celle-ci doit être jugée spécialement contre chaque codébiteur, et une fois l'obligation commune constatée, ce n'est plus faire une pétition de principes que de dire : l'un des codébiteurs a pu recevoir une assignation pour les autres. Il est vrai que d'ordinaire la question d'interruption de prescription est soulevée avant celle sur le fond du droit. Mais il n'y a là qu'un ordre apparent, car en réalité la question de prescription sous-entend celle de la préexistence de la dette, et ce n'est qu'après avoir reconnu cette préexistence qu'il sera intéressant de savoir si la prescription a été ou non interrompue. Nous ferons sur l'article 1207 les mêmes observations que sur l'article 1206 : il présuppose la solidarité existante ; c'est de plus une règle qui n'est pas en harmonie avec les principes de la solidarité, et qui ne s'explique que par le désir d'économiser des frais d'actes.

328 *bis*. XXV. Quand le jugement a été prononcé en faveur du codébiteur qui avait plaidé seul, on ne peut essayer d'en faire profiter les autres codébiteurs qu'en alléguant qu'ils ont été représentés par celui qui a gagné le procès, considéré comme leur mandataire *ad minuendam obligationem*. Mais ce raisonnement ne convient pas à toutes les hypothèses, car si la question était posée sur l'existence de la prétendue dette solidaire, si le défendeur niait qu'elle eût été jamais contractée, comment pourrait-il être présenté comme le mandataire de personnes qui, d'après ses prétentions, n'auraient jamais été ses codébiteurs? En outre, même dans les hypothèses où l'idée du mandat n'est pas inconciliable avec les faits et les prétentions des parties, on se heurte à l'objection que nous avons déjà faite contre toute doctrine qui suppose en une personne quelconque un mandat pour gagner un procès, sans mandat de le perdre, au lieu du mandat complexe de plaider. Il faut tenir compte de l'intérêt de la partie adverse, qui ne peut pas avoir accepté un adversaire ayant le droit de recommencer l'instance au cas d'insuccès, et dans le cas de succès pouvant se tenir au jugement rendu.

On a dit, il est vrai, que les codébiteurs solidaires pourraient invoquer les moyens de défense communs (art. 1208), et que l'extinc-

tion de la dette constatée par un jugement devait engendrer un moyen commun. Il y a là une confusion : les moyens communs peuvent être invoqués par tous les codébiteurs; chacun, par exemple, peut se prévaloir du paiement, cela n'est pas douteux; mais si le fait du paiement est contesté, s'il faut pour le prouver s'appuyer sur un jugement, ce n'est plus le paiement qu'on allègue, c'est la chose jugée, et le moyen tiré de la chose jugée est-il ou non un moyen commun? C'est précisément la question que nous agitons. On ne peut donc pas invoquer l'article 1208 pour trancher la difficulté qui nous occupe.

Nous voyons toutefois une objection grave dans l'article 1285, qui donne à la remise consentie au profit de l'un des codébiteurs solidaires un effet par rapport aux autres. Si on veut considérer le créancier qui intente une action contre son débiteur comme faisant à celui-ci une remise conditionnelle, abandonnant ses droits sous la condition que l'adversaire gagnera son procès, on peut être tenté de dire que tous les codébiteurs peuvent se prévaloir, aux termes de l'article 1285, du jugement prononcé en faveur de l'un d'entre eux, jugement qui n'est autre chose que la réalisation de la condition à laquelle était subordonnée une remise.

Quand on raisonne ainsi, on crée une similitude factice et arbitraire entre deux actes qui, dans la réalité des faits, sont bien différents, parce qu'ils s'inspirent d'intentions absolument différentes. L'idée de faire remise de la dette, c'est-à-dire de faire une libéralité, est absolument étrangère à celui qui poursuit son débiteur en justice; s'il s'expose à perdre son prétendu droit au cas de perte du procès, ce n'est pas qu'il veuille, même conditionnellement, gratifier son adversaire, mais c'est la conséquence de ce que la loi, par des considérations d'intérêt supérieur, ne permet pas de recommencer une instance terminée. Il est donc dangereux, et nous osons dire antijuridique, d'argumenter des décisions de la loi sur la remise de la dette quand il s'agit de la chose jugée. Nous ajoutons, mais ceci nous paraît moins important, que la décision de l'article 1285 est critiquée et critiquable, qu'elle n'est pas en harmonie avec d'autres dispositions de la loi, notamment celle sur la remise de la solidarité; que, par conséquent, si on en fait la base d'un système, on risque de prêter au législateur des intentions qu'il n'a pas eues.

328 *bis*. XXVI. Ce que nous avons décidé par rapport aux codébiteurs solidaires doit être *a fortiori* admis quant aux codébiteurs de chose indivisible, puisqu'il n'existe pas même entre eux cette sorte de mandat qui fait naître en cas de solidarité les difficultés que nous venons d'examiner; ils doivent le tout, mais ne le doivent pas *totaliter*, par conséquent ils sont absolument indépendants les uns des autres.

328 *bis*. XXVII. Si nous envisageons maintenant l'obligation du côté actif, si nous parlons de cocréanciers solidaires, nos solutions vont être modifiées, sans pour cela cesser d'être radicales. Nous continuerons à ne pas distinguer les jugements favorables ou défavorables à la partie qui a été en cause. Mais tandis que dans le cas de solidarité passive nous refusons de voir dans chaque codébiteur un représentant des autres, au cas de solidarité active, nous dirons que chaque cocréancier est mandataire de ses cocréanciers. Ceci est la conséquence des idées que nous avons émises sur la solidarité entre créanciers. Nous l'avons présentée [n° 128 *bis*] comme exigée par le débiteur dans son intérêt, dans le but d'éviter des poursuites multipliées de la part de ses créanciers; si, en vertu des principes sur la chose jugée, le procès perdu par un créancier pouvait être renouvelé par l'autre, ce but serait complétement manqué, et dès lors, en retournant le raisonnement que nous avons déjà fait plusieurs fois, si le cocréancier a un mandat pour perdre le procès, l'adversaire ne peut pas lui dénier le caractère de mandataire pour le gagner. D'où ce résultat que le jugement rendu pour ou contre un cocréancier solidaire profite ou nuit aux autres cocréanciers.

328 *bis*. XXVIII. Nous n'en dirons pas autant des cocréanciers de chose indivisible. L'indivisibilité n'est pas le résultat d'une convention faite pour protéger le débiteur contre la multiplicité des poursuites, et par conséquent les cocréanciers doivent être considérés, ainsi que les codébiteurs, comme indépendants les uns des autres, et par rapport à eux doit s'appliquer la règle sur l'effet relatif de la chose jugée.

328 *bis*. XXIX. Il reste à parler de la caution et du débiteur principal. Il est clair que la caution, débiteur accessoire, ne représente pas le débiteur principal; mais il s'agit de savoir si la proposition réciproque est vraie et si le débiteur principal représente

la caution. Pothier allègue que l'obligation de la caution dépendant de l'obligation principale, la caution est la même partie que le débiteur principal pour tout ce qui est jugé pour ou contre ce débiteur (1). Cependant son opinion n'est pas aussi radicale qu'elle paraît l'être, car il admet la caution à former tierce opposition contre les jugements qui ont condamné le débiteur, sans exiger pour cela que ce jugement soit le résultat d'une collusion frauduleuse.

La question ne doit donc pas être tranchée par l'autorité de Pothier, elle ne peut l'être non plus par l'argument tiré de la dépendance de la caution par rapport au débiteur principal. Le cautionnement, en effet, a une existence propre, quoique ce soit une obligation accessoire; il peut cesser d'exister bien que la dette principale subsiste, par conséquent il ne faut pas le considérer comme absolument dépendant de l'obligation principale. Quant à l'existence particulière du cautionnement, le débiteur principal et la caution ont des intérêts absolument distincts, et on n'aperçoit pas comment le débiteur pourrait être le représentant de la caution et subir des condamnations qui auraient effet contre elle. Cette séparation très-nette des deux rôles de la caution et du débiteur principal nous paraît incontestable quand il s'agit de plaider sur une difficulté particulière à la caution, par exemple sur l'inexistence du cautionnement ou sur une remise qui aurait été accordée spécialement à la caution. (Art. 1287.) Il nous paraît impossible de dire en pareil cas que le débiteur représente la caution et peut faire décider contre elle ces diverses questions. Ceci admis, nous devons accepter la même idée alors même que la caution allègue pour sa défense un moyen qui lui serait commun avec le débiteur, par exemple le paiement. Ce n'est pas en effet du chef du débiteur et comme exerçant ses droits que la caution fait valoir les causes d'extinction ou de nullité de l'obligation principale, c'est en vertu de son droit propre, car elle n'est pas obligée si l'obligation principale est nulle ou éteinte (art. 2012, 2036), et la circonstance que les moyens invoqués par elle pourraient également servir au débiteur principal ne doit pas subordonner sa défense à celle de ce débiteur, pas plus que la communauté de

(1) *Oblig.*, p. IV, ch. III, sect. 3, art. 5, n° 62.

moyens entre codébiteurs solidaires ne subordonne la défense de l'un à celle de l'autre.

328 *bis*. XXX. Donc les jugements rendus contre le débiteur principal ne nous paraissent pas opposables à la caution. Pour être fidèle au principe qui nous a toujours guidé jusqu'à présent, nous devrions dire que les jugements rendus en faveur du débiteur principal ne profiteront pas à la caution, qui, n'étant pas représentée pour perdre le procès, ne doit pas être représentée pour le gagner. Nous ne saurions même être touché par cette observation que la caution peut faire valoir tous les moyens qui appartiennent au débiteur principal, parce que, comme nous l'avons déjà dit sur une autre question, il s'agit précisément de savoir si le moyen tiré de la chose jugée est personnel ou ne l'est pas. Quant au moyen tiré de la cause d'extinction ou de nullité que le jugement a reconnue, il reste entier, mais à la condition qu'il sera reconnu par un nouveau jugement si la caution n'a pas le droit de se prévaloir du premier. Les principes de la chose jugée nous paraissent donc contraires à la prétention de la caution, ce qui, il faut le reconnaître, aurait des conséquences graves au détriment du débiteur principal ; car, malgré le jugement prononcé en sa faveur, il serait exposé à un recours de la caution et n'aurait contre le créancier qu'une *condictio indebiti*. Mais nous trouvons dans le titre du cautionnement une règle qui nous permet de maintenir les principes, sans pour cela arriver à ces conséquences fâcheuses. La caution ne peut, il est vrai, opposer la chose jugée au créancier qui la poursuit après avoir échoué dans une action contre le débiteur, mais cette caution peut invoquer une cause personnelle de libération en s'appuyant sur l'article 2037 ; car le créancier, en poursuivant le débiteur, a accompli un fait qui par son résultat rend impossible la subrogation de la caution dans des droits contre le débiteur, donc la caution est déchargée.

329. L'effet commun à toutes les présomptions légales est de dispenser du fardeau de la preuve la partie en faveur de laquelle elles existent. V. art. 1352, al. 1.

Du reste, il est de la nature des présomptions qu'elles cèdent à la preuve contraire. Mais cette preuve n'est pas

admise, à moins d'une réserve expresse, *lorsque sur le fondement de la présomption, la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice.* (V., à ce sujet, art. 911, 1100, 1351, 450 *in fin.*, 451, al. dernier.)

Toutefois, il paraît résulter des termes mêmes de la loi que cette règle n'exclut pas absolument la faculté de tirer la preuve contraire du serment et de l'aveu judiciaires. (V. art. 1356, 1358.) Quoi qu'il en soit, cette dernière proposition ne peut être admise qu'avec précaution. V. art. 1352, al. dernier.

329 *bis.* L'article 1352, en réservant ce qui sera dit à l'égard du serment et de l'aveu, entend que ces preuves peuvent être opposées aux présomptions, qui, en principe, n'admettent pas la preuve contraire. Ce n'est pas en effet énerver la présomption et permettre de discuter ce que la loi a voulu soustraire à la discussion, que d'accepter pour vraie la déclaration de la partie elle-même ou de s'en remettre à la décision de sa conscience et de sa bonne foi.

Toutefois, dans certaines hypothèses, l'aveu et surtout le serment ne pourraient être invoqués contre la présomption. D'abord il y a des matières dans lesquelles ce genre de preuve n'est point admissible : secondement, si la présomption est établie dans un intérêt d'ordre public, comme la présomption tirée de la chose jugée, il n'y a pas lieu à tenir compte de l'aveu ou à déférer le serment, car les considérations d'ordre public qui servent de fondement à la présomption ne perdraient rien de leur force à raison de ce que les preuves alléguées seraient empruntées à des déclarations de la partie ou à des manifestations de sa conscience.

§ II.

Des présomptions qui ne sont pas établies par la loi.

330. En abandonnant aux lumières et à la prudence du magistrat toutes les présomptions qu'elle n'a pas établies, la loi ne l'autorise à les prendre pour règle de sa décision

qu'autant qu'elles sont graves, précises et concordantes. Encore ne permet-elle pas d'ajouter foi à ces témoins muets dans le cas où la preuve testimoniale n'est pas admise. Mais elle ne peut les repousser lorsqu'il s'agit d'établir le dol ou la fraude, qui, le plus souvent, ne sont pas susceptibles d'être autrement prouvés. V. art. 1353.

SECTION IV.

De l'aveu de la partie.

331. On n'entend point, en général, par aveu, la reconnaissance consignée dans un acte dressé exprès; c'est alors une preuve littérale. L'aveu dont il s'agit ici est la reconnaissance qui a pu échapper à l'une des parties, verbalement ou par écrit, en jugement ou hors jugement. (V. art. 1354.)

331 *bis*. L'aveu est une déclaration de la partie, la reconnaissance d'un fait de nature à produire des conséquences juridiques contre celui de qui elle émane. Cette reconnaissance peut être faite dans une instance ou en dehors d'une instance (*aveu judiciaire, aveu extrajudiciaire*). La loi s'est plus particulièrement occupée de l'aveu judiciaire, qui a plus d'importance parce qu'il ne peut pas être suspecté d'avoir été fait légèrement et à raison de ce qu'il sera toujours régulièrement constaté.

332. L'aveu extrajudiciaire purement verbal ayant lui-même besoin d'être prouvé, on conçoit qu'il est inutile si la matière ne permet pas d'admettre la preuve testimoniale. (V. art. 1355.)

332 *bis*. I. Sur l'aveu extrajudiciaire, le Code n'a traité qu'une question de preuve. Il a pris ses précautions pour qu'on n'éludât pas les règles sur la preuve testimoniale sous le prétexte de prouver l'aveu et non pas le fait avoué qui n'aurait pas été de nature à être établi par la preuve testimoniale.

332 *bis*. II. L'aveu extrajudiciaire est une déclaration faite soit

dans une conversation, soit dans une lettre missive, soit incidemment dans un acte qui n'a pas été dressé exprès pour constater cette déclaration (1). Nous considérons aussi comme aveu extrajudiciaire la déclaration faite devant le juge de paix en conciliation et constatée dans le procès-verbal dressé par ce magistrat assisté de son greffier. Le juge de paix ne siégeant pas alors comme juge, il est impossible de dire que l'instance soit engagée, et par conséquent l'aveu ne doit pas avoir le caractère judiciaire.

332 *bis*. III. La loi est muette sur la force de l'aveu extrajudiciaire; il est sûr cependant que cet aveu doit avoir une certaine force, puisque l'article 1355 règle le moyen de le prouver, ce qui serait inutile s'il était sans force. Théoriquement, la déclaration de la partie doit avoir la même valeur en quelque circonstance qu'elle se produise, pourvu qu'elle ait été faite sérieusement. Mais c'est précisément le caractère sérieux et réfléchi qui manque souvent à l'aveu extrajudiciaire, et à raison de cela la loi n'a pas voulu lier le juge en mesurant et fixant elle-même le degré de force de cet aveu. Les principales circonstances qui donneront ordinairement du poids à l'aveu sont : qu'il ait été fait en présence du créancier ou au bureau de paix, ou qu'il se trouve dans un écrit.

Quand l'aveu extrajudiciaire n'est pas assez précis pour constituer une preuve complète, il peut au moins être admis par le juge comme un commencement de preuve autorisant la délation du serment supplétoire.

333. Quant à l'aveu fait en justice, il ne peut être facilement attribué à la légèreté ou à la surprise; pourvu donc qu'il émane de la partie (ajoutons *capable*), ou de son fondé de pouvoir spécial, il fait pleine foi contre elle. (V. art. 1356, al. 1 et 2.)

333 *bis*. I. L'aveu judicaire est fait dans une instance. C'est une déclaration signifiée dans un acte de procédure, ou faite oralement par la partie, soit à l'audience, soit dans un interrogatoire sur faits et articles.

333 *bis*. II. Puisque la déclaration de la partie emprunte une

(1) Pothier, nº 801.

certaine force à son caractère judiciaire, elle doit, à raison de ce caractère, n'avoir qu'un effet relatif comme les jugements eux-mêmes, c'est-à-dire qu'en dehors de l'instance dans laquelle l'aveu est intervenu, il perd son caractère et sa force d'aveu judiciaire. Il ne perd pas pour cela toute sa force; il joue dans une autre instance le rôle d'aveu extrajudiciaire. Et comme, d'après ce que nous avons dit, le juge est maître d'attacher une importance décisive à l'aveu extrajudiciaire, la partie qui invoque l'aveu en sa faveur pourra ne pas perdre grand'chose à ce changement de nature de l'aveu.

333 *bis.* III. L'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait. Il est cependant des circonstances dans lesquelles la loi n'admet pas l'aveu, et par conséquent ne lui attribue pas cette force probante. Ainsi, en matière de séparation de biens, l'aveu du mari est inefficace (art. 870 P. C.); il ne doit pas avoir plus de valeur en cas de séparation de corps. Il ne faut pas non plus tenir compte de l'aveu quand il porte sur un fait dont la loi prohibe la reconnaissance, par exemple sur une filiation incestueuse ou adultérine.

334. Au reste, il a paru juste que la partie qui n'acquiert la preuve d'un fait que par la déclaration de son adversaire, prît cette déclaration telle qu'elle est, et ne pût la diviser. (V. art. 1356, al. 3, et, à ce sujet, art. 1330.)

334 *bis.* I. L'indivisibilité de l'aveu est la conséquence de ce que la partie adverse, prétendant trouver sa preuve dans la déclaration de celui qui a fait l'aveu, dénaturerait cette déclaration si elle acceptait ce qui lui est favorable pour rejeter ce qui lui est contraire. La déclaration est une; il faut la tenir pour vraie ou pour fausse, s'en rapporter à la parole de celui qui l'a faite, ou ne pas tenir compte de cette parole; mais il ne faut pas la scinder, car on l'altérerait, et on se servirait de la déclaration de la partie contre le sens même que cette partie a voulu lui donner.

334 *bis.* II. L'indivisibilité de l'aveu ne présente aucune difficulté quand de cet aveu ressort, avec la reconnaissance d'un fait, la déclaration de certaines circonstances qui modifient ce fait au point de vue des conséquences qu'il peut produire. *Exemple :* un débiteur avoue qu'il a emprunté, mais il ajoute que le prêt a été

fait sans intérêts. La seconde partie de sa déclaration modifie la première en restreignant la portée de celle-ci; elle montre qu'en réalité l'aveu n'est pas aussi complet qu'il l'était en apparence, exactement comme si l'aveu d'un débiteur actionné pour une somme de 1,000 francs consistait dans la déclaration qu'il a emprunté 500 francs.

334 *bis*. III. Il est plus délicat d'étendre la règle de l'indivisibilité à une autre hypothèse. Celle où la restriction contenue dans la déclaration consiste dans l'allégation d'un fait postérieur, indépendant du premier fait avoué, et dont les conséquences auraient eu une influence sur les effets de ce premier fait. *Exemple :* le débiteur avoue qu'il a emprunté, mais il déclare avoir payé. Il s'agit là non pas seulement d'un amoindrissement de la déclaration première, conséquence d'une seconde déclaration qui se confond avec elle, mais de l'allégation d'un fait nouveau, indépendant, avantageux au déclarant, et par conséquent on pourrait distinguer cette hypothèse de la précédente. Cependant on doit encore accepter la déclaration dans son unité; car le débiteur, dont l'obligation n'était pas constatée par écrit, a eu une juste cause de ne point exiger de quittance. Il est à remarquer, au surplus, que cette hypothèse du paiement est celle que Pothier choisit pour donner un exemple de l'indivisibilité de l'aveu (1), et que de plus, l'article 1924 fait une application de cette doctrine en matière de dépôt.

334 *bis*. IV. Le paiement, la remise, la novation, sont des faits qui se rattachent nécessairement au fait principal que nous supposons avoué, la naissance d'une obligation, ils le présupposent. Voilà pourquoi nous disons que la déclaration qui les concerne ne fait qu'un avec celle qui concerne la naissance de l'obligation. Mais il y a d'autres faits modificatifs d'un fait principal avoué, qui se distinguent de ce fait parce qu'ils n'en présupposent pas absolument l'existence; quant à ceux-là, il n'y a pas lieu d'appliquer la règle de l'indivisibilité de l'aveu, parce qu'en réalité l'aveu est double. *Exemple :* le débiteur avoue que la dette a existé, mais il allègue une compensation. Le second fait ne se rattache pas au premier; le débiteur n'amoindrit pas par cette allégation sa pre-

(1) Pothier, n° 799.

mière déclaration; il énonce un fait nouveau et distinct, constituant en sa faveur un droit, et dont par conséquent il a dû se procurer une preuve. Sinon le créancier, en consentant à suivre la foi de son débiteur pour ce qui concerne une certaine dette, aurait consenti à suivre également sa foi pour toute autre espèce d'affaires.

335. L'aveu de la partie faisant pleine foi, son effet ne peut évidemment être détruit par la simple rétractation. Mais il ne fait foi que jusqu'à la preuve contraire, qui, alors, tendra nécessairement à établir que l'aveu est le résultat d'une erreur, mais d'une erreur de fait; car, comme il ne s'agit que de la vérité du fait avoué, on ne peut avoir égard à l'erreur de droit qui aurait empêché l'auteur de l'aveu d'en apercevoir les conséquences. (V. art. 1356, al. dernier.)

335 *bis*. I. L'aveu qui ne peut être révoqué aux termes de l'article 1356, c'est l'aveu parfait; reste à savoir à quel moment il arrive à ce degré de perfection qui le rend irrévocable. Suffit-il que la déclaration ait été faite? Faut-il que l'adversaire ait déclaré l'accepter? S'il s'agissait ici d'une manifestation de volonté tendant à créer des droits, on devrait dire que rien n'est consommé tant que deux volontés n'ont pas concouru, et appliquer ce principe qu'une offre, une pollicitation ne lie pas celui qui l'a faite. Mais la déclaration de la partie n'est que la constatation d'un fait préexistant, et par conséquent ce peut être l'œuvre d'une volonté unique; l'acceptation ou la non-acceptation de la déclaration ne fait pas que le fait avoué soit plus ou moins vrai. On dit, il est vrai, que Pothier définissait l'aveu judiciaire une déclaration dont le juge donne acte, et que probablement le Code n'a pas voulu innover. Mais il reste à savoir si Pothier faisait autre chose que de constater un usage, et s'il entendait subordonner la perfection de l'aveu à cette condition; et il faut remarquer que dans le n° 797, où Pothier émet cette idée à propos des déclarations contenues dans un interrogatoire, il parle des aveux insérés dans les actes de procédure signifiés, et n'exige pas ou ne paraît pas exiger que ces aveux soient acceptés. Quant au Code, en ne reproduisant pas la doctrine attribuée à Pothier et en disant tout simplement : l'aveu ne peut être révoqué, il peut avoir entendu

qu'il ne soumettait pas la perfection de l'aveu à la condition que Pothier exigeait peut-être.

335 *bis*. II. L'aveu consommé peut être révoqué pour erreur de fait, pourvu que la partie démontre son erreur; mais le Code n'admet pas la révocation de l'aveu pour cause d'erreur de droit. L'erreur de droit que le Code a principalement en vue est celle qui porterait sur les conséquences juridiques de l'aveu; celle, par exemple, d'une partie qui, ayant avoué qu'elle était débitrice de dommages et intérêts à la suite d'un délit, découvrirait trop tard que sa condamnation peut entraîner la contrainte par corps.

Mais si l'erreur porte sur la validité de l'obligation que la partie a avouée, bien qu'elle pût en contester l'existence par un moyen de droit qu'elle ignorait, il faudra tenir compte des principes sur la confirmation des obligations annulables; car, si le prétendu aveu est une véritable confirmation, l'ignorance du droit fera obstacle à sa validité, puisque la confirmation doit être faite en parfaite connaissance de cause; la règle de l'article 1356 ne sera applicable que lorsqu'il s'agira d'une déclaration qui sera un pur aveu et qui n'aura pas les caractères d'une confirmation.

SECTION V.

Du serment.

336. Le serment d'une partie ne fait point par lui-même preuve du fait affirmé; néanmoins, il produit cet effet :

1° Lorsqu'il est déféré par la partie adverse qui consent à faire dépendre de sa prestation ou de son refus la décision de la cause;

2° Lorsque le juge, dans les cas autorisés par la loi, croit devoir soumettre l'une ou l'autre partie à cette épreuve. (Voy. art. 1357; et remarquez que ces deux espèces de serment sont appelées par la loi *judiciaires*, parce qu'elles ont lieu en jugement.

336 *bis*. I. Le serment est une affirmation solennelle par la-

quelle celui qui affirme prend Dieu à témoin de la vérité du fait affirmé.

Cette invocation de Dieu n'apparaît pas dans les expressions abrégées ordinairement employées comme formule de serment; mais elle est implicitement comprise dans le mot *jurer,* qui, si on ne l'entend pas ainsi, se confond absolument avec le mot *dire* ou *affirmer*. D'ailleurs la pensée de la loi se montre clairement dans des cas exceptionnels où, voulant indiquer elle-même la formule du serment, elle a été amenée à paraphraser le mot *je jure,* et à placer celui qui prête le serment en présence de Dieu. (Art. 312 I. C.; art. 48 Constitution de 1848.)

336 *bis*. II. Il n'est question dans le Code civil que du serment judiciaire. Le serment peut cependant être prêté en dehors d'une instance, mais alors il n'a de valeur qu'autant qu'il a été prêté en vertu d'une convention : il puise sa force dans cette convention, mais il ne peut être imposé à aucune des deux parties; car une convention doit résulter de la volonté libre des deux personnes qui y prennent part.

§ Ier.

Du serment décisoire.

337. Une demande, même dénuée de preuves, pouvant néanmoins être réellement bien fondée, et, d'un autre côté, celle qui est étayée des preuves les plus imposantes pouvant n'avoir aucun fondement véritable, on n'a pas dû refuser à la partie demanderesse, ou défenderesse, le droit de constituer son adversaire juge dans sa propre cause, en lui demandant un serment, qu'il prêtera facilement s'il est sûr de son droit, et qu'il ne saurait refuser sans avouer par là même l'injustice de sa prétention.

Ainsi, quelle que soit la nature de la contestation, pourvu toutefois qu'il s'agisse d'un fait personnel à la partie adverse, on peut, en tout état de cause, et sans aucun commencement de preuve, lui déférer le serment sur le fait qui sert de base

à la demande ou à l'exception proposée. (V. art. 1358, 1359, 1360.)

337 *bis*. I. Une des parties, le demandeur ou le défendeur, met l'autre en demeure de prêter serment ou d'être considérée comme n'ayant pu établir sa défense ou sa demande : c'est une transaction imposée par l'une des parties à l'autre, celle qui défère le serment consentant à considérer comme établie la prétention de l'adversaire, sous la condition que celui-ci prêtera le serment.

La décision du procès est donc subordonnée au parti que prendra celui à qui le serment est déféré; le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation sur les faits du procès, ni sur la valeur du serment ou la signification de refus du serment. Voilà pourquoi ce serment est appelé *décisoire*.

337 *bis*. II. Malgré la généralité des termes de l'article 1359, qui permet de déférer le serment sur quelque espèce de contestation que ce soit, il faut bien tenir compte de ce que la délation du serment a le caractère d'une transaction, et reconnaître qu'elle n'est pas possible lorsque la contestation n'est pas de nature à être terminée par une transaction. Ainsi le serment ne pourrait être déféré sur les faits allégués dans une demande en séparation de corps, ni dans un procès en matière de filiation; car si la loi ne s'est pas expliquée en pareille matière sur l'impossibilité de transiger, elle a montré sa pensée par l'interdiction du compromis. (Art. 1004 P. C.)

337 *bis*. III. La délation du serment met la partie en demeure de se prononcer en conscience sur la vérité du fait contesté : il faut donc que cette partie ait pu avoir une connaissance personnelle de ce fait, soit qu'elle y ait joué un rôle actif, soit qu'elle y ait au moins assisté. Sinon la délation du serment deviendrait un piége pour les personnes consciencieuses, puisqu'il s'agirait d'affirmer par serment un fait dont elles n'auraient pas une connaissance propre. Seulement, dans certains cas, la loi autorise la délation du serment sur le point de savoir si une personne a eu connaissance d'un fait prétendu accompli par une autre. (Art. 2275 C. N., 189 C. comm.) Il est du reste bon de remarquer que cette délation de serment n'est pas contraire à l'article 1359. Car la connaissance que la partie a d'un certain fait est bien un fait personnel à cette partie, et par conséquent nous pensons que ces

articles n'ont pas un caractère exceptionnel, et que le serment dont ils parlent pourrait être déféré à toute personne.

337 *bis.* IV. Le serment peut être déféré en tout état de cause, par conséquent même en appel, puisque l'appel remet en question toute l'affaire; mais il ne peut être déféré sur un point tranché par un jugement rendu en dernier ressort, car dès qu'il y a autorité de chose jugée, il n'y a plus de contestation possible, il n'y a plus possibilité d'une instance judiciaire, d'une cause, et on se trouve en dehors des termes des articles 1358 et 1360.

337 *bis.* V. Au contraire, dès qu'une instance judiciaire existe régulièrement, il n'y a pas à se préoccuper de l'importance des preuves existant en faveur de la partie mise en demeure de prêter serment. Le texte est formel : « Encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la défense ou de l'exception ». La délation du serment est l'extrême ressource de ceux qui sont absolument dénués de preuves, ce n'est pas un moyen supplétif. Aussi le juge ne peut pas refuser de mettre la partie en demeure de prêter serment lorsque ce serment est déféré.

337 *bis.* VI. Nous pensons même que l'article conduit à admettre la délation du serment à celui qui produit un acte authentique comme preuve légale du fait contesté. Il résulte en effet de cette production que l'adversaire n'a aucune preuve de sa prétention, ce qui est justement l'hypothèse de l'article 1360. Il est vrai que les actes authentiques ne peuvent être combattus, au moins en ce qui touche les faits attestés par l'officier public, qu'au moyen de l'inscription de faux; mais la délation du serment n'est pas, à vrai dire, une attaque dirigée contre l'acte, c'est une proposition de transaction qui peut être faite avant même qu'il y ait une instance engagée sur le point qui peut faire contestation. (Art. 2044.)

337 *bis.* VII. Il y a cependant un genre de preuve qui ne pourrait être combattu par la délation du serment : c'est celle qui résulte de la prescription, parce que la prescription manquerait son but comme institution sociale, si, sous le prétexte de déférer le serment, une partie pouvait rajeunir une prétention très-ancienne. La loi, du reste, en autorisant la délation du serment au cas de courte prescription (art. 2275), a implicitement reconnu que le serment ne pouvait être déféré quand il s'est accompli une autre prescription.

338. La partie à laquelle le serment a été valablement déféré, et qui le refuse, doit perdre sa cause; elle peut, cependant, se dispenser impunément de le prêter, en le référant à son adversaire, qui n'a nullement à se plaindre d'être placé lui-même dans la position dans laquelle il avait placé l'autre partie. (V. art. 1361.)

Mais bien entendu qu'il faut pour cela que le fait soit également personnel à celui auquel on réfère le serment. (V. art. 1362.)

339. La partie qui a déféré ou référé le serment ayant volontairement consenti à faire dépendre de cette épreuve la décision de la cause, il s'ensuit qu'elle ne peut, lorsqu'il a été fait, être recevable à en prouver la fausseté. (V. art. 1363; v. cependant C. pén., art. 366; C. inst. crim., art. 1.)

339 *bis*. I. Si la force du serment prêté vient de la volonté de celui qui a déféré ou référé le serment, il faut que cette volonté ne soit pas entachée de quelque vice, sinon l'article 1363 ne serait pas applicable, car il ne peut avoir en vue qu'un serment valablement déféré ou référé. Ainsi, en supposant que le serment était déféré ou référé par un incapable ou par une partie dont la volonté résultait du dol ou de la violence, il sera possible de faire tomber le serment en faisant tomber, par une sorte de restitution, la manifestation de volonté qui a donné son effet au serment. Il faudrait alors procéder ou par voie d'appel, si le jugement prononcé à la suite du serment comportait cette voie d'attaque, ou par voie de requête civile. (Art. 480 P. C.)

339 *bis*. II. C'est en admettant la validité de la délation du serment que l'article déclare celui qui l'a déféré ou référé non recevable à en prouver la fausseté, et dans cette hypothèse il est clair que la requête civile ne serait pas ouverte contre le jugement. Car s'il fallait ici appliquer le Code de procédure, l'article 1363 serait absolument dénué de force, parce qu'il serait toujours possible de dire que celui qui a prêté un faux serment a commis un dol et que le jugement qui est la suite de ce dol est attaquable. (Art. 480-1° P. C.) Le but de l'article 1363 est justement de prévenir toute nouvelle discussion sur le fait attesté par le serment.

Il déroge donc à la règle de procédure ancienne qui a été consacrée à nouveau par l'article 480 P. C. (1).

339 *bis*. III. Le faux serment ne reste pas toutefois impuni; l'article 366 du Code pénal prononce la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende contre celui à qui le serment a été déféré ou référé en matière civile et qui aura fait un faux serment (2). La fausseté du serment, qui ne peut être démontrée par l'adversaire aux termes de l'article 1363, peut être établie par le ministère public, qui n'est certainement pas lié par la convention intervenue. Mais cette intervention du ministère public ne peut pas augmenter les droits de la partie et l'autoriser à revenir sur les conséquences de la prestation du serment, en demandant des dommages et intérêts à raison du tort que lui a causé le délit de faux serment commis par l'adversaire. Il est certain d'abord que dans l'exposé des motifs du Code pénal il a été reconnu que l'article 1363 du Code civil réglait irrévocablement tout ce qui était relatif aux intérêts privés et à la partie civile. En outre, il faut remarquer que la partie qui s'appuierait sur la condamnation prononcée à la requête du ministère public pour obtenir des dommages et intérêts ne ferait pas autre chose que de prouver la fausseté du serment, ce qui lui est interdit, et qu'enfin on arriverait à ce résultat anormal que les droits de la partie dépendraient d'un hasard, qu'elle serait indemnisée si le ministère public consentait à poursuivre correctionnellement, et privée d'indemnité si le ministère public ne pensait pas qu'il y eût lieu d'agir.

340. Il n'est pas même nécessaire que le serment soit prêté, pour que le contrat soit formé, et que la partie soit liée par sa délation; il suffit que l'autre partie ait déclaré qu'elle était prête à faire ce serment. (V. art. 1364.)

340 *bis*. La déclaration que la partie est disposée à prêter le serment déféré ou référé, bien qu'elle ait pour effet de lier celui qui a fait la délation du serment, n'équivaut pas à la prestation même du serment, car cette prestation implique une certaine solennité, et on peut espérer jusqu'au dernier moment que celui qui avait le

(1) V. art. 34, t. XXXV, ordonn. de 1667.

(2) Art. 366 P. modifié par la loi du 13 mai 1863.

projet de prêter faussement le serment demandé reculera au moment de commettre un parjure solennel.

341. Le serment, tirant sa force probante de l'espèce de convention qui le précède, ne peut, en général, avoir d'effet qu'entre les parties contractantes et leurs représentants. (V. art. 1134, 1165.)

Ainsi le cocréancier solidaire ne peut pas plus nuire à son cocréancier, en déférant le serment, qu'il ne le pourrait en faisant remise de la dette. (V. art. 1198, al. dern.)

Mais, comme la remise faite au débiteur profite à ses cautions ou à ses codébiteurs solidaires, il en est de même du serment. Bien plus, le serment déféré à la caution sur l'existence de la dette profite au débiteur principal.

Du reste, il est évident que le serment qui n'est déféré à l'un des débiteurs ou à la caution que sur son engagement personnel, ne peut libérer le débiteur principal ou les codébiteurs. (V. art. 1365.)

341 *bis*. I. La formule de l'article 1365 ne s'exprime pas très-exactement, car la loi parle du serment prêté et elle dit qu'il fait preuve contre celui qui l'a déféré, ce qui est la vérité. Mais elle dit aussi que ce serment fait preuve pour la même partie. Or le serment ne peut jamais profiter à celui qui l'a déféré, c'est le refus de serment de l'adversaire qui lui profite : ou, en distinguant le serment déféré du serment référé, on comprend que le serment prêté sur un référé par celui qui l'avait primitivement déféré profite à celui-ci. Mais il n'est guère probable que la loi ait eu en vue cette hypothèse, qu'elle avait bien incomplétement indiquée et qu'elle n'aurait pas dû logiquement placer en première ligne. Il y a donc à constater une manifestation incomplète de la pensée du législateur qui est probablement celle-ci : le refus ou la prestation du serment ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui.

341 *bis*. II. La disposition de l'article qui concerne les créanciers solidaires, bien qu'elle commence par l'expression néanmoins, est la conséquence du principe posé dans le premier paragraphe. Les cocréanciers solidaires n'étant pas les ayant cause

les uns des autres, le serment déféré par l'un d'eux et prêté par le prétendu débiteur ne peut avoir d'effet par rapport aux autres créanciers. La convention produit les effets d'une convention de remise, puisque la délation du serment est comme une remise conditionnelle (1). Pothier avait ici abandonné le principe, et voilà pourquoi il commençait par le mot néanmoins le n° 824, où il examinait la question par rapport aux créanciers solidaires; il considérait le serment prêté comme l'équivalent d'un paiement qui libérait le débiteur à l'égard de tous les créanciers. L'idée du Code est plus vraie et plus pratique, car un créancier a pu donner à son cocréancier mandat de recevoir, sans l'autoriser à exposer la créance en se fiant imprudemment à la bonne foi du débiteur; dès lors il est bien dangereux de conclure du pouvoir de toucher à celui de déférer le serment.

341 *bis*. III. Les décisions de la loi sur le serment prêté par un débiteur principal, ou par un débiteur solidaire, sont en harmonie avec la précédente, et avec les solutions données précédemment sur l'effet de la remise de dette (art. 1285 et 1287-1°) : mais il n'en est pas de même de ce que dit l'article 1365 cinquième alinéa sur le serment prêté par la caution. Il profite au débiteur principal, tandis que la remise ne lui profiterait pas. (Art. 1287-2°.) Le Code a donc ici admis une certaine analogie entre le serment prêté et le paiement, analogie dont il n'a pas tenu compte à propos des créanciers solidaires. La situation est en effet différente : lorsqu'il s'agissait des créanciers solidaires, admettre l'assimilation du paiement et du serment prêté, c'était, au détriment des cocréanciers, donner à l'un d'eux le pouvoir de compromettre la créance, tandis que dans le cas de cautionnement la solution est tout avantageuse au débiteur principal, puisque la prestation du serment, comme le paiement, a pour effet de le faire considérer comme libéré (2).

341 *bis*. IV. Pour que le serment profite aux codébiteurs solidaires ou au débiteur principal, il faut qu'il ait été déféré et prêté sur la dette et non sur la solidarité ou le cautionnement. Ordinairement les termes du serment prêté ne laisseront pas de doute sur

(1) V. *suprà*, n° 130 *bis*. II.

(2) Pothier, n° 825.

ce point; en cas d'ambiguïté, on doit dire que la présomption ne sera pas la même dans les deux cas. Puisque dans le cas de solidarité la remise est présumée faite au profit de tous, la délation du serment sera présumée faite au profit de tous, c'est-à-dire sur la dette; et au contraire, comme au cas de cautionnement, la remise faite à la caution est réputée la remise du cautionnement seul, la délation du serment doit être réputée avoir pour objet exclusif le cautionnement.

341 *bis*. V. Dans les divers paragraphes de l'article, la loi a supposé le serment déféré au prétendu débiteur et prêté par lui; mais elle a négligé de statuer sur le cas de refus de serment par ce débiteur, ou de délation du serment au prétendu créancier. Il y a là différentes hypothèses qu'il faut examiner successivement.

S'il s'agit d'abord d'un débiteur qui a refusé le serment déféré par un des créanciers solidaires, ce refus ne doit profiter qu'au créancier qui avait déféré le serment; car, bien que les créanciers solidaires aient reçu les uns des autres le mandat de conserver la créance, cependant, comme les positions des parties doivent être égales et que le serment prêté ne profiterait au défendeur que pour partie, le serment refusé ne doit lui nuire que dans la même proportion. La conséquence de cette doctrine est que le jugement prononcé en vertu d'un refus de serment ne peut condamner le défendeur qu'à la part du créancier demandeur, c'est-à-dire que celui-ci, en déférant le serment, consent à diviser son action et à ne demander qu'une part de la chose due.

341 *bis*. VI. Si c'est un des prétendus débiteurs solidaires qui a refusé le serment, ce refus ne peut pas nuire aux autres codébiteurs; car si on peut dire quelquefois que ceux-ci lui ont donné mandat *ad perpetuandam obligationem,* ce ne peut être que quand l'existence de l'obligation, et partant celle de la solidarité, n'est pas en question. Il est vrai que nous arrivons alors à un résultat que nous avons condamné en matière de chose jugée: le serment prêté par un débiteur solidaire nuit au créancier pour la totalité de la dette, et le serment refusé ne lui profite que pour partie. Mais cela tient à ce que, quand le serment a été prêté, il y a lieu d'appliquer la théorie sur la remise de la dette, tandis que cette théorie de la remise est étrangère au cas de refus de serment, et

il se produit alors un résultat qui se rapproche beaucoup de celui des jugements.

341 *bis*. VII. Il faut traiter pour les mêmes raisons le refus du débiteur principal ou de la caution, comme nous traitons celui du codébiteur solidaire; car le débiteur principal ne représente pas sa caution, et encore bien moins la caution représente-t-elle le débiteur principal.

341 *bis*. VIII. Il reste à parler du serment déféré au prétendu créancier ou à l'un des prétendus créanciers, dans les hypothèses où l'article 1365 suppose que c'est le prétendu débiteur ou l'un des prétendus débiteurs qui a été mis en demeure de jurer.

Le serment a été déféré à l'un des créanciers solidaires; s'il a refusé, il n'a pu nuire qu'à lui-même, et par conséquent s'il a juré, son serment ne peut profiter qu'à lui seul : le débiteur, en déférant un serment dont le refus ne pouvait lui profiter que pour une part de la dette, ne peut pas avoir voulu que la prestation lui nuisît pour plus que cette part.

341 *bis*. IX. L'un de plusieurs débiteurs solidaires a déféré le serment au créancier. Nous ferons alors le même raisonnement. Comme la prestation du serment n'aurait pas pu donner des droits contre les codébiteurs, le refus de ce serment ne peut profiter qu'à celui qui l'a déféré.

341 *bis*. X. La caution ne peut souffrir du serment prêté par le prétendu créancier sur la délation du débiteur principal, car celui-ci n'est pas son représentant; à l'inverse, elle ne devrait pas profiter du refus de serment; mais, en vertu des règles particulières au cautionnement, il faudrait ici renoncer à établir une réciprocité entre la solution sur la prestation de serment et celle sur le refus; car le créancier, en refusant de jurer sur la délation de serment par le débiteur, s'est mis dans l'impossibilité de subroger la caution dans ses droits, et dès lors il ne peut plus poursuivre cette caution. (Art. 2037.)

Au contraire, si c'est la caution qui a déféré le serment au créancier prétendu, les conséquences du refus ou de la prestation doivent être exclusivement personnelles à la caution, et il ne faudrait pas résister à cette solution pour le cas de prestation de serment, en montrant que la caution pourrait être astreinte à payer sans avoir un recours utile contre le débiteur; car elle se-

rait dans la position d'une caution qui a payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur ; elle n'aurait pas de recours si le débiteur avait des moyens pour faire déclarer la dette éteinte. (Art. 2031.)

§ II.

Du serment déféré d'office.

342. Le juge, sans en être requis, peut déférer le serment à l'une des parties : soit sur la vérité du fait qui sert de base à la demande ou à l'exception, auquel cas il est dit *en faire dépendre la décision de la cause;* soit lorsque, le fait qui motive la condamnation étant établi, il ne s'agit que de déterminer le montant de cette condamnation. (V. art 1366.)

343. Mais c'est improprement qu'on dit que le juge fait dépendre du serment la décision de la cause. Il ne peut, lorsqu'il y a preuve complète en faveur d'une partie, exiger d'elle surabondamment qu'elle prête le serment, encore moins la forcer de s'en rapporter à celui de son adversaire. Il doit purement et simplement lui donner gain de cause; comme aussi il ne peut que rejeter la demande ou l'exception qui est totalement dénuée de preuve. C'est seulement en cas de preuve incomplète qu'il défère le serment, appelé, pour cette raison, *supplétoire.* (V. art. 1367; v. pourtant art. 1716.)

343 *bis*. On trouve des exemples qui montrent réunies les deux conditions exigées par l'article dans les articles 1329 C. N., 12 C. com., et dans le cas d'aveu extrajudiciaire. Mais il ne faudrait pas croire que le serment supplétoire peut être déféré en toute matière, en vertu de simples présomptions du juge. Si l'affaire admet la preuve testimoniale le juge, qui pourrait se décider d'après les présomptions, aura le droit d'en tenir compte pour recourir au serment supplétoire; mais quand l'affaire n'admet pas la preuve testimoniale, on se trouve hors du texte de l'article 1353, et de plus, le juge arriverait à éluder facilement les règles sur la preuve testimoniale en demandant le serment d'une des parties.

344. Le juge peut, en général, déférer le serment supplétoire à l'une ou à l'autre des parties à son choix ; on sent bien, au reste, que le motif qui autorise à référer le serment décisoire ne pouvant ici recevoir d'application, cette faculté n'existe pas. (V. art. 1368.)

345. Quant au serment sur le montant des condamnations, la loi ne le permet qu'à défaut absolu d'autres preuves ; il peut alors être déféré au demandeur, mais le Code exige que le juge fixe une limite au delà de laquelle il ne sera pas cru. (V. art. 1369.)

345 *bis*. Le Code n'a pas reproduit dans le paragraphe consacré au serment supplétoire la règle de l'article 1363. Son silence est intentionnel. Comme ce serment ne s'appuie pas sur une transaction, que l'adversaire de celui qui l'a prêté n'y a pas adhéré, ce serment joue le rôle d'un mode de preuve ordinaire, et il n'y a pas de raison pour qu'il ne soit pas combattu, soit en appel, soit par une action en dommages et intérêts portée ou au civil ou au correctionnel, et qui s'appuierait sur le délit de faux serment.

TITRE QUATRIÈME.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

---

346. Les conventions sont, comme nous l'avons dit, la principale, mais non l'unique source des obligations ou engagements. Il en est qui résultent immédiatement de la loi, sans aucun fait personnel à l'obligé ou à la partie envers laquelle il est obligé. La loi range dans cette classe les obligations qu'elle appelle ailleurs servitudes légales (art. 651), et les obligations réciproques qui naissent d'une administration forcée, comme la tutelle. Ailleurs elle établit encore d'autres engagements involontaires. (V. art. 203-211, 371.)

Il est aussi des engagements qui naissent également sans convention, mais d'un fait personnel, la loi dit *à celui qui se trouve obligé,* mais il est plus exact de dire à l'une des parties entre lesquelles ils s'établissent. (V. art. 1371.) Si le fait est licite, c'est un quasi-contrat; s'il est illicite, c'est un délit ou un quasi-délit. (V. art. 1370.)

CHAPITRE PREMIER.

DES QUASI-CONTRATS.

347. Le mot *quasi-contrat* imaginé par les interprètes du droit romain pour désigner la source de certaines obligations qui, formées sans convention, et ne provenant pas d'un fait illicite, étaient dites naître *quasi ex contractu* (1), n'était guère suscep-

(1) V. *Gaius*, l. 1 et 5, *D. de obl. et act.*, *Just.*, Inst., TIT. *de oblig. quæ quas. ex contr.*; voy. aussi Ducaurroy, *Inst. expl.*, nos 1086 et 1087.

tible d'une définition précise. Car cette classe comprenait également des obligations nées du fait personnel de l'une des parties, et d'autres qui, sans aucun fait personnel, tiraient nécessairement leur origine directe de la loi. Mais suivant la théorie du Code, qui sépare d'abord en deux classes les engagements formés sans convention, il n'y a aucune difficulté à désigner sous le nom de *quasi-contrat* le fait personnel licite, dont la loi fait naître des engagements. Ce fait, au reste, est nécessairement volontaire; car, s'il était commandé par la loi, les obligations qui pourraient s'ensuivre appartiendraient à une autre classe d'engagements. Quant aux engagements qu'il produit dans les cas déterminés par la loi, ils peuvent non-seulement lier l'auteur du fait envers un tiers, mais même lier réciproquement le tiers envers l'auteur du fait. (V. art. 1371.)

347 *bis*. I. La notion du quasi-contrat est imparfaitement donnée dans l'article 1371, qui demande à être complété. C'est un fait volontaire et licite qui n'est point une convention et qui oblige celui qui l'a accompli et quelquefois un autre. Nous ajoutons à l'article que le fait est licite, sinon la définition du quasi-contrat se confondrait avec celle du délit, et que ce n'est point une convention pour éviter la confusion avec les contrats, qui sont aussi des faits volontaires licites donnant naissance à des obligations. Le Code au reste corrige lui-même ce que l'article précédent avait de trop restreint quand il considérait l'obligation née du quasi-contrat comme produite par un fait personnel à l'obligé, tandis que d'après l'article 1371 une partie peut être obligée par quasi-contrat sans avoir coopéré d'une manière active à l'événement qui engendre son obligation.

347 *bis*. II. La loi est plus que sobre de détails sur la théorie générale des quasi-contrats, mais le nom même qu'elle a donné à ces faits montre son intention de les rapprocher des contrats, et par conséquent de leur appliquer en général les règles qui régissent les contrats.

Ainsi le consentement n'est pas exigé, puisque le quasi-contrat n'est point une convention; mais comme c'est un acte volontaire

il faut que la volonté de laquelle il émane réunisse les conditions requises pour que la loi lui attribue des effets. Il faut notamment qu'elle soit la volonté d'une personne capable. La capacité de s'obliger doit exister en la personne de qui émane le fait accompli si ce fait doit produire une obligation de cette personne. Quant à la partie qui joue un rôle passif dans le quasi-contrat, qui est obligée par le fait d'autrui, nous n'en parlons pas; sa capacité ne peut être exigée puisque l'engagement ne dérive pas de sa volonté, mais de la loi, qui l'oblige par des raisons d'équité.

347 *bis*. III. Pour l'auteur du fait, nous ne le tenons pas pour obligé s'il est incapable; car, si la loi restitue un incapable contre les conséquences d'une convention par lui faite, elle doit *à fortiori* le restituer contre les conséquences d'un acte accompli par sa volonté seule. Cette solution, au reste, trouve un tempérament nécessaire et suffisant dans cette double idée : d'abord, que l'incapable, tout en se faisant restituer, ne pourrait pas s'enrichir aux dépens d'autrui et pourrait être tenu *de in rem verso,* ensuite que les incapables eux-mêmes sont tenus de réparer le dommage résultant de leur faute, ce qui comprendrait les suites de leur négligence ou de leur imprudence.

347 *bis*. IV. Quand on applique aux quasi-contrats la règle sur la capacité, on trouve une autre règle qui se rattache à celle-ci dans l'article 1125, et on demande si dans les quasi-contrats, qui produisent obligation de part et d'autre, comme la gestion d'affaires (art. 1372 et 1375), il est possible de réserver à l'incapable le droit de faire valoir son incapacité, et si on peut priver l'autre partie du droit d'invoquer la nullité du quasi-contrat. Ici l'argument tiré de l'article 1125 serait dangereux, parce que dans le cas des conventions on peut toujours reprocher à la partie capable d'avoir traité avec l'incapable, tandis que dans le cas de quasi-contrat le fait qui a produit l'obligation est personnel à l'incapable, s'est accompli sans la coopération de l'autre partie. Il faut donc repousser l'application de l'article 1125 et réserver seulement le principe que l'une des parties ne peut pas s'enrichir aux dépens de l'autre.

348. Les principaux *quasi-contrats*, les seuls dont la loi s'occupe ici, sont la gestion d'affaires et le paiement de l'indû.

348 *bis.* On peut ajouter aux deux quasi-contrats dont il est question dans le titre IV : l'acceptation d'une tutelle que le tuteur pouvait refuser : le fait d'un propriétaire qui conserve pour lui les impenses faites par un possesseur de mauvaise foi, et qui s'oblige par là à payer la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre (art. 555) : enfin l'administration par un copropriétaire qui n'a pas reçu mandat d'une chose qui appartient à plusieurs personnes sans qu'il soit intervenu entre elles un contrat de société.

§ Ier.

De la gestion d'affaires.

349. Ce quasi-contrat se forme par la gestion volontaire qu'une personne fait de l'affaire d'autrui sans mandat. Les effets de cette gestion, au moins en ce qui concerne les obligations du gérant, sont les mêmes, soit qu'elle ait lieu au su ou à l'insu du propriétaire. (Art. 1372.)

349 *bis.* I. La gestion d'affaires est le fait d'une personne qui fait une ou plusieurs affaires pour autrui sans en avoir reçu mandat, c'est-à-dire sans en avoir été préalablement chargée par celui que l'affaire ou les affaires intéressent. *Exemples :* il s'agit de paiements à faire ou à recevoir, de réparations urgentes à un immeuble, de fruits à recueillir et à engranger. Ces différents faits engagent la responsabilité du gérant et l'obligent, comme aussi ils peuvent obliger celui qui était intéressé à l'affaire et qu'on appelle le maître, *dominus negotii.* Les Romains disaient que du fait de la gestion d'affaires naissaient deux actions : celle du *dominus* contre le gérant, *actio negotiorum gestorum directa;* celle du gérant contre le maître, *actio negotiorum gestorum contraria.* Et il est encore utile aujourd'hui de conserver ces expressions consacrées, car les deux actions sont encore produites par le quasi-contrat de gestion d'affaires. (Art. 1373-1375.)

349 *bis.* II. On le voit, le quasi-contrat de gestion d'affaires a une grande affinité avec le contrat de mandat. Les deux opérations mettent en rapport deux personnes dont l'une fait gratuitement l'affaire de l'autre, et dans les deux cas naissent des actions

qui ont entre elles la plus grande analogie. Cependant la différence d'origine engendre des différences de détail entre le mandat et la gestion d'affaires. La principale est celle-ci : le mandataire qui est resté dans les limites de son mandat a droit au remboursement de toutes les dépenses qu'il a faites, alors même qu'elles n'auraient pas été utilement faites, tandis que le gérant d'affaires ne doit être indemnisé que quand l'affaire a été bien administrée. (Art. 1999 et 1375.) Une autre différence ressort de la comparaison des articles 1373 et 1991. Si le mandant vient à mourir, le mandataire n'est tenu d'achever la chose commencée que quand il y a péril en la demeure, tandis que le gérant d'affaires doit continuer, alors même qu'il n'y a pas péril en la demeure, jusqu'à ce que l'héritier ait pu prendre la direction de l'affaire.

349 *bis*. III. La gestion d'affaires ne suppose pas nécessairement que le gérant a agi à défaut du maître et à son insu : c'est là, il est vrai, l'hypothèse ordinaire, mais la loi prévoit le cas d'une gestion accomplie au su du propriétaire et ne la traite pas comme étrangère au quasi-contrat de gestion d'affaires. On aurait pu dire cependant que si le maître connaît la gestion et n'y fait point opposition, son inaction est un consentement qui transforme l'opération en un mandat. C'était la doctrine ancienne, mais le Code l'a manifestement abandonnée. Ce n'est pas à dire pour cela qu'il n'y ait pas dans notre droit à distinguer la gestion d'affaires accomplie au su du maître et le mandat tacite. Il y a là une question d'intention et d'interprétation, il s'agit de savoir si le silence de la partie intéressée manifeste une adhésion plus ou moins active à l'acte du gérant, et bien certainement ce serait abuser de notre article que d'y voir la proscription du mandat tacite dans notre droit. Il est vrai que l'article 1985 ne parle que d'un mandat écrit ou verbal, mais cette dernière expression n'est employée que comme synonyme de non écrit, et il serait contraire à l'esprit dominant de notre Code d'exiger que des paroles fussent prononcées quand l'existence des volontés, c'est-à-dire de la convention, serait d'ailleurs clairement démontrée.

349 *bis*. IV. Le maître dont l'affaire est gérée par un étranger sans mandat peut non-seulement être inactif, passif, mais il peut être opposant, résister à l'administration de son affaire par autrui. Il ne se forme pas alors de quasi-contrat de gestion d'affaires, car

il serait dangereux de donner une action contre le maître, sous le prétexte que l'affaire aurait été bien administrée si, en résultat définitif, elle n'avait produit aucun bénéfice. Mais il faudrait au moins accorder au gérant une action dans les limites du profit retiré par le maître, *quatenus locupletior factus est*. Car il serait injuste qu'il s'enrichît aux dépens du gérant; s'étant opposé à l'acte de gestion, il ne peut pas raisonnablement prétendre conserver les résultats lucratifs de cet acte.

349 *bis*. V. Il ne faut pas seulement tenir compte des intentions du maître, mais aussi de celles du gérant. Le quasi-contrat de gestion d'affaires suppose une gestion entreprise dans l'intérêt d'autrui; l'article 1371 parle en effet d'une personne qui volontairement gère l'affaire d'autrui et qui contracte des engagements. Il faut conclure de là que celui qui a fait l'affaire d'autrui croyant faire la sienne propre, ou dans des vues d'intérêt personnel, ne peut être traité aussi avantageusement qu'un gérant d'affaires et qu'il ne peut agir contre le maître que jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve enrichi, *de in rem verso*.

349 *bis*. VI. Mais il en serait autrement s'il y avait eu uniquement erreur sur la personne du *dominus*. J'ai géré l'affaire de Paul, croyant gérer celle de Pierre. On est toujours dans les termes de l'article, on a volontairement géré l'affaire d'autrui, la loi n'exigeant pas qu'on ait songé à une personne déterminée, et il n'y a pas de raison pour refuser de régler cette hypothèse comme celle où le gérant a su exactement pour qui il agissait.

350. Le quasi-contrat de gestion d'affaires produit, entre le gérant et celui dont l'affaire est gérée, des obligations réciproques, assez semblables à celles qui naissent du contrat de mandat.

351. Les obligations du gérant sont relatives à la continuation ou à l'achèvement de l'affaire commencée (art. 1372, 1373), et aux soins qu'il doit y apporter. (Art. 1374.)

352. Il serait injuste que le gérant pût, à sa volonté, abandonner la gestion, après qu'il aurait peut-être, en s'en chargeant, empêché un autre de l'entreprendre, ou le maître d'y pourvoir. L'engagement qu'il contracte ainsi tacitement est naturellement borné, quant à sa durée, à tout le temps où le

maître se trouve hors d'état d'agir par lui-même. Il l'est, quant à son étendue, à l'affaire qui a été entreprise, mais il en comprend toutes les dépendances. Au surplus, cet engagement est le même que celui qui résulterait d'un mandat exprès, contracté dans ces limites. (V. art. 1372, et à ce sujet, art. 1991 ; v. pourtant art. 2007 ; v. au surplus, art. 1993-1996.)

Quoique la considération de la personne doive être ordinairement le motif déterminant de l'engagement pris par le gérant, la loi cependant l'oblige, *ex æquitate*, à continuer la gestion après la mort du maître, tant que l'héritier ne peut en prendre la direction. (V. art. 1373, et à ce sujet, art. 1991, al. dern.)

352 *bis*. I. Si la mort du maitre n'est pas prouvée, mais que son existence soit incertaine, le gérant n'est pas tenu de continuer l'administration jusqu'à la déclaration d'absence, car il se trouve certainement au nombre des personnes intéressées que l'article 112 autorise à provoquer des mesures de la part du tribunal au cas de présomption d'absence.

352 *bis*. II. L'obligation de continuer la gestion est personnelle au gérant et elle ne passerait pas plus à ses héritiers qu'à ceux d'un mandataire décédé. Il faudrait ici, à raison de l'analogie entre les deux situations, et en vertu du paragraphe final de l'article 1372, appliquer l'article 2110 et obliger uniquement les héritiers à prévenir le maître et à pourvoir aux nécessités urgentes.

352 *bis*. III. De même, quand la continuation de la gestion devrait causer au gérant un préjudice considérable, on pourrait admettre, en vertu de l'article 2007, sa renonciation à la gestion.

352 *bis*. IV. L'article 1372, en assimilant les obligations du gérant à celles d'un mandataire, impose surtout au gérant l'obligation : 1° de rendre compte, 2° de répondre de ceux qu'il se serait substitués dans la gestion, et 3° de payer l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage.

353. Quant aux soins que le gérant doit donner à l'affaire, ce sont, en général, ceux d'un bon père de famille ; mais son obligation, à cet égard, doit être appliquée avec plus ou moins

de rigueur, suivant les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire. (V. art. 1374.)

353 *bis*. V. *suprà* 54 bis. I et IV.

354. Les obligations du maître sont entièrement subordonnées à l'utilité de la gestion, ajoutons, ou à la ratification qui dispenserait d'entrer dans l'examen de cette utilité. Dans les deux cas, il doit tenir les engagements contractés en son nom, et indemniser le gérant. On sent, au reste, que l'obligation d'indemniser comprend la garantie des engagements personnels que le gérant aurait pris, et le remboursement des dépenses, mais seulement des dépenses utiles ou nécessaires. (V. art. 1375.)

354 *bis*. I. Le quasi-contrat de gestion d'affaires peut engendrer des obligations à la charge du maître. Mais comme ce maître a joué dans l'opération un rôle passif, il est nécessaire, pour qu'il soit obligé, que l'affaire ait été *bien administrée*. Cette expression de l'article 1375 indique clairement qu'on n'exige pas que le maître se soit enrichi, et par là, nous l'avons déjà dit, l'action de gestion d'affaires est absolument distincte de l'action *de in rem verso*. Il suffit que l'affaire ait été sagement entreprise et bien conduite; le résultat n'est pas à considérer et le maître est obligé, bien qu'il ne lui reste aucun profit provenant de la gestion au moment où le gérant demande une indemnité. Si la loi s'était préoccupée des résultats et n'avait donné action au gérant qu'autant que sa gestion aurait produit un enrichissement pour le maître, elle aurait écarté les personnes de bonne volonté, qui n'auraient jamais osé entreprendre la gestion de l'affaire d'autrui, parce qu'elles auraient toujours pu craindre, que malgré tous les efforts de leur prudence, la gestion ne produisît pas un résultat effectif enrichissant le maître de l'affaire.

354 *bis*. II. Le maître est obligé envers le gérant à l'indemniser des engagements personnels que celui-ci a pris, c'est-à-dire à lui procurer sa libération en payant pour lui s'il est encore obligé ou à lui rembourser ce qu'il aurait payé lui-même en conséquence de ses engagements.

Si le gérant n'a pas contracté d'engagements mais qu'il ait fait

des déboursés, ces déboursés doivent lui être restitués par le maître. Nous ajouterons qu'ils seront restitués sans intérêts. En effet, l'article 1375 est muet sur ce point. L'article 1153 pose en principe que l'intérêt légal ne peut courir, si ce n'est en vertu d'une disposition spéciale de la loi, et cette disposition ne se rencontre pas dans l'article 2001, qui parle du mandat. Si, en effet, dans l'article 1372, la loi a rapproché le gérant d'affaires du mandataire, elle n'a pas fait ce rapprochement entre le maître et le mandant, et dans l'hypothèse on aperçoit très-bien une raison de différence; il ne faut pas que le gérant ait pu compter, quand il entreprenait l'affaire, qu'il faisait un placement ; il faut avant tout qu'il soit guidé par une pensée dévouée et désintéressée.

354 *bis*. III. Le maître peut être obligé envers des personnes autres que le gérant. L'article 1375 parle des engagements que le gérant a contractés *en son nom*. Ces engagements, opposés aux engagements personnels du gérant, sont certainement ceux contractés *nomine domini*. On suppose, par exemple, que le gérant a traité avec un entrepreneur pour réparer la maison du maître et que l'entrepreneur, connaissant la solvabilité du maitre et l'utilité de l'opération, n'a pas exigé l'engagement du gérant et a consenti a devenir seulement créancier du maître. Le maître alors a été représenté par le gérant comme un mandant par son mandataire et le tiers est devenu directement créancier du maître (1).

345 *bis*. IV. Nous admettons, dans cette hypothèse, que la gestion a été utile; si elle ne l'avait pas été, le tiers n'aurait pas d'action contre le maître, et il ne pourrait non plus poursuivre le gérant, qui ne serait pas obligé personnellement, sauf à profiter ici de l'article 1997 et à considérer ce gérant comme tenu d'une garantie s'il n'avait pas assez clairement annoncé qu'il n'était qu'un simple gérant d'affaire, et s'il avait induit le tiers en erreur sur les circonstances d'où résultait que l'affaire était bien ou mal administrée, car dans ces deux cas il aurait égaré le tiers sur l'étendue de ses pouvoirs.

354 *bis*. V. Alors même que le gérant s'est obligé personnellement, il faut reconnaître au tiers une action directe contre le maître, parce que cette action évite un recours du gérant contre

(1) V. *suprà*, n° 30.

le maître, et parce que, si on refusait cette action directe, le tiers agirait contre le maître comme créancier du gérant, en vertu de l'article 1166, et se trouverait en concours avec les autres créanciers du gérant sur l'action du gérant contre le maître, c'est-à-dire sur une valeur qu'il aurait mise lui-même dans le patrimoine du débiteur commun. Il y a lieu du reste d'argumenter par analogie de ce qui se passe au cas de mandat. (Art. 1998.)

§ II.

Du paiement de l'indû.

355. Nul ne devant s'enrichir aux dépens d'autrui, il est naturel que celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû, soit obligé, par ce seul fait, à restitution. Du moins, son obligation, à cet égard, ne doit-elle pas dépendre pour son existence, comme elle dépendrait pour son étendue, de la circonstance qu'il a reçu ou non par erreur. (V. art. 1376.)

355 *bis*. Le paiement de l'indu est un fait qui consiste dans l'accomplissement, à titre de paiement, d'une prestation par une personne qui n'y était point obligée.

Ce fait procure à celui qui a reçu un enrichissement aux dépens d'autrui et *sine jure*. Cet enrichissement ne doit pas lui être conservé. Tel est le fondement de la répétition, c'est-à-dire du droit attribué à celui qui a fait la prestation de redemander le montant de la prestation par lui faite.

356. Notre principe s'applique au cas même où il existe une dette, si celui qui paie n'est pas débiteur. (V. *Pomp.*, L. 19, § 1, D. *de cond. ind.*; v. pourtant *Paul*, L. 44, *eod.*) Mais, comme on peut toujours valablement payer pour autrui, quand on a cette intention, il est clair ici que la répétition ne peut être accordée qu'à celui qui a payé par erreur; et dans ce cas même, il est juste de la refuser, si le créancier, sur la foi du paiement qu'il regardait comme irrévocable, se trouve, par la suppression de son titre, privé du moyen de poursuivre efficacement le véritable débiteur. Sauf bien entendu, le recours contre celui-ci. (V. art. 1377.)

357. Remarquons ici que l'erreur chez celui qui paie est exigée par les termes mêmes de la loi, comme condition de la répétition, lorsqu'il existait une dette, et qu'un tiers l'a acquittée. (Art. 1377.) Mais la loi ne s'explique pas sur la nécessité de cette condition, pour le cas où celui qui a reçu n'était pas créancier. (V. art. 1235, 1376.) Toutefois, il paraît difficile de voir dans le silence du législateur l'intention de déroger absolument aux anciens principes, qui n'admettaient jamais à répétition celui qui avait payé sciemment. (V. *Ulp.*, L. 1, § 1; *Pomp.*, L. 50, D.; *Diocl. et Max.*, L. 9, *de cond. ind.*; v. aussi *Paul,* L. 53, D. *de reg. jur.*)

357 *bis*. I. Le principe de la répétition de l'indû est posé dans les articles 1376, 1377, premier alinéa, et 1235. Ces trois articles semblent donner la même décision et cependant ils statuent sur des hypothèses diverses. Il y a trois cas à examiner : 1° il n'existe pas de dette correspondant à la prestation effectuée; 2° la dette existe mais celui qui a reçu n'est pas le vrai créancier; 3° la dette existe, le tiers qui a reçu était le vrai créancier, mais celui qui a payé n'était pas le vrai débiteur. Les deux premières hypothèses sont prévues par les articles 1235 et 1376, le troisième par l'article 1377 premier alinéa. L'intérêt de la distinction ressort de la comparaison des textes. Dans le troisième cas, il y avait une dette qui a été acquittée envers le créancier, et l'erreur de celui qui a payé est une condition *sine quâ non* de la répétition. Il ne faut pas, en effet, annuler trop facilement un paiement sur lequel le créancier a pu compter, et à raison duquel il a négligé de poursuivre le vrai débiteur en temps opportun; l'erreur seule de celui qui a payé peut justifier en sa faveur une sorte de restitution *in integrum* dont les conséquences sont ainsi peu favorables au créancier.

357 *bis*. II. Dans les deux autres hypothèses, qui ont ceci de commun, que celui qui a reçu n'était point créancier, il est au moins fort douteux que l'erreur de celui qui a payé soit une condition de la répétition. Les textes ne parlent pas de cette condition, car l'article 1235 est très-absolu, et si l'article 1376 prononce le mot erreur, c'est en songeant à l'erreur de celui qui a reçu; il y a donc là un point qui demande à être examiné.

Le droit romain subordonnait la répétition à la condition d'erreur

de la part de celui qui avait payé. (*Instit.* § 6 et 7, t. XVIII, l. III. D. *fr.* 53. *De regulis juris*). Dans ce dernier fragment, celui qui a payé sciemment ce qu'il ne devait pas est considéré comme ayant voulu faire une donation, et c'est encore avec cette idée qu'on arrive aujourd'hui à refuser dans certains cas la répétition, lorsque le paiement a été fait sciemment. On se contente seulement de faire des distinctions suivant la nature de l'objet livré à titre de paiement. On refuse la répétition quand il s'agit de meubles qui peuvent être l'objet d'une donation manuelle ; mais on admet qu'elle est possible à propos des immeubles, c'est-à-dire de biens qui ne peuvent être donnés qu'en accomplissant les formalités des donations; distinction qui ne doit même pas être faite si on admet que les donations déguisées sont valables, car alors la donation de l'immeuble serait déguisée sous l'apparence d'un paiement, et le paiement n'est pas assujetti à des formes particulières.

357 *bis*. III. Cette doctrine nous paraît inadmissible, bien que M. DEMANTE, au n° 357, l'ait acceptée, en s'appuyant, il est vrai, et uniquement sur les souvenirs de l'ancien droit. En effet, voir dans l'acte qui nous occupe une donation manuelle ou une donation déguisée, c'est méconnaître les principes fondamentaux de la matière des donations, car la donation n'est pas l'œuvre d'une seule volonté, et quand il serait prouvé, ce qui est douteux, que celui qui a fait la prestation à titre de paiement sachant qu'il n'était pas débiteur a voulu donner, il n'en résulterait pas que l'acte soit une donation, car il faudrait encore établir le consentement, l'acceptation de l'autre partie. Que la donation soit manuelle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un acte onéreux, elle n'existe pas si le donataire n'a pas consenti, et ce consentement manque bien certainement dans un des cas prévus par la loi, lorsque celui qui a reçu était lui-même dans l'erreur, c'est-à-dire lorsqu'il se croyait créancier. Il faudrait donc faire une distinction fondée sur la croyance de celui qui a reçu ; mais l'article 1376 exclut formellement cette distinction; quand il impose l'obligation de restituer à celui qui reçoit par erreur ou sciemment, il montre clairement par cette assimilation des deux hypothèses qu'il est impossible de fonder une présomption d'acceptation de donation, sur ce seul fait que la réception de l'indû aurait eu lieu sciemment.

357 *bis*. IV. En résumé, nous n'admettons dans les hypothèses

examinées ni présomption de la volonté de donner, ni présomption de la volonté de recevoir une donation. Il reste seulement, quand on considère les donations déguisées comme valables, à réserver le droit de prouver par les faits l'existence de cette double intention, et de démontrer ainsi que l'acte qualifié paiement a été dans l'intention des parties une véritable donation.

357 *bis*. V. En insistant sur l'absence de consentement du côté du prétendu donataire, et en montrant qu'il manquait ainsi un des éléments de la donation, nous avons rendu inutile l'examen de la question de savoir si on avait raison de considérer celui qui paie sciemment comme ayant voulu faire une donation; il est intéressant, malgré cela, de montrer que, même en examinant la question de ce côté exclusif, on n'était pas condamné à embrasser l'opinion que nous combattons. Est-il bien sûr que celui qui a payé dans ces conditions ne pouvait pas avoir une autre intention que celle de donner? Ne peut-on pas supposer qu'il avait la conscience de ne pas devoir, mais qu'ayant perdu la quittance, il ne voulait pas se donner les apparences d'un débiteur récalcitrant? Quand il retrouve la quittance peut-on raisonnablement le priver de la répétition sous prétexte qu'il a nécessairement voulu faire une donation? On peut encore penser que celui qui faisait la prestation à titre de paiement cherchait à faire un dépôt d'argent chez une personne sûre qui, pensait-il, ne voudrait pas se charger du rôle de dépositaire. L'hypothèse, dira-t-on, est chimérique; mais est-ce que nous raisonnons sur des faits ordinaires? est-ce que nous pouvons considérer comme commun le fait d'une personne qui paie sciemment ce qu'elle ne doit pas? et toute espèce comprise dans cette hypothèse générale ne doit-elle pas être quelque peu extraordinaire? Ceci posé, la base de la présomption de donation est renversée; car, s'il peut se trouver des circonstances où celui qui a payé sciemment ce qu'il ne doit pas a eu une intention qui n'était pas celle de donner, on n'a plus le droit de dire que le fait accompli par lui suppose nécessairement la volonté de faire une donation.

357 *bis*. VI. Cependant, dans le dernier cas que nous avons prévu et dans quelques autres semblables, quand celui qui paie a l'intention de répéter plus tard, on a dit : le droit de répéter doit être refusé, non pas qu'il y ait donation, mais en quelque sorte à

titre de peine, *malitiis non est indulgendum*. C'est là une exagération de rigueur dont il faut certainement se garder, une pénalité civile, non écrite dans la loi et qui aboutirait à une amende ou confiscation considérable au profit d'une partie privée. Les actes inspirés par de mauvais sentiments, *malitiæ*, ne peuvent engendrer que des actions en dommages et intérêts, c'est-à-dire que si un particulier en a souffert, il peut demander la réparation du préjudice, rien de plus; or la doctrine qui, dans notre hypothèse, attribuerait toute la somme payée à celui qui l'a reçue, ne tiendrait aucun compte de l'importance du préjudice éprouvé. Il ne faut pas par conséquent refuser la répétition; celui qui a reçu sera suffisamment protégé par l'application de l'article 1382.

357 *bis*. VII. Dans l'hypothèse de l'article 1377, nous avons dit que le droit de répétition était subordonné à l'erreur de celui qui a fait la prestation, et dans ce cas alors il faut se demander si on doit prendre en considération l'erreur de droit aussi bien que l'erreur de fait. Dans certaines matières, la loi a suivi les textes du droit romain et a fait la distinction entre les deux causes d'erreur (art. 1356. 2052); mais son silence dans l'article 1377 prouve qu'elle l'a réprouvée en cas de paiement indu, et puisque le droit de répéter est accordé à celui qui, par erreur, se croyait débiteur, il doit appartenir aussi bien à celui qui s'est trompé sur le droit qu'à celui qui a erré sur le fait, car l'une ou l'autre erreur peut engendrer la croyance qu'on est débiteur et par conséquent rentre dans les termes de l'article.

357 *bis*. VIII. Il reste à dire quelles preuves doit faire celui qui prétend exercer la répétition de l'indu. Il doit prouver d'abord le fait du paiement, ou pour mieux dire de la prestation faite à titre de paiement, et cette preuve devrait être administrée par les moyens ordinaires, elle ne pourrait être faite par témoins s'il s'agissait d'une valeur supérieure à 150 francs, à moins qu'on eût été dans l'impossibilité de se procurer une quittance écrite, ou que la quittance eût été détruite par quelque accident. (Art. 1341, 1347, 1348.) Après avoir prouvé le fait du paiement, il faut établir que la dette n'existait pas. C'est une conséquence de la formule écrite dans l'article 1235 : tout paiement suppose une dette. Celui qui a payé a par ce fait créé une présomption en faveur de l'existence de la dette, et il faut qu'il la détruise. Quant à l'inexistence de la

dette, nous ne pouvons pas donner sur le mode de preuve une règle aussi simple que quant au fait du paiement. Cela dépend de la nature des faits allégués pour établir que la dette n'existait pas. Quelquefois ils sont de nature à être prouvés par témoins; quelquefois ils devront être prouvés par écrit, parce que la partie aura dû se procurer une preuve écrite. Ainsi, quand l'action en répétition sera fondée sur ce que la dette était éteinte par un paiement, une novation, une compensation, la preuve de l'inexistence de la créance consistera dans la preuve du paiement, de la novation ou de l'existence d'une créance faisant compensation, et ces différents faits sont de nature à devoir être prouvés par écrit s'il s'agit de plus de 150 francs. Au contraire, si le demandeur en répétition allègue une erreur sur la personne du créancier, s'il a payé à Pierre ce qu'il devait à Paul, il est difficile d'exiger que ce fait soit constaté par écrit. De même si l'allégation du demandeur est que jamais il n'a existé de rapport d'obligation entre lui et celui qui a reçu le paiement, qu'il a payé en qualité d'emprunteur, et que jamais il n'avait fait avec son adversaire actuel un contrat de prêt, il ne pourrait pas rapporter une preuve écrite, car il est impossible de faire dresser d'avance un acte constatant qu'on n'a pas emprunté, qu'on n'emprunte pas et qu'on n'empruntera jamais de telle personne. Il faudra bien admettre alors la preuve testimoniale, en remarquant toutefois que cette preuve même sera bien difficile dans l'hypothèse, et que le demandeur risquera bien souvent de perdre son procès faute d'établir ses prétentions. Dans ces hypothèses, toutefois, où la preuve testimoniale serait admise, et par conséquent les présomptions du juge, on pourrait ranger au nombre de ces présomptions le fait que le défendeur aurait commencé à nier le paiement, ce qui, dans certaines circonstances, tendrait à faire croire qu'il connaissait l'inexistence de l'obligation (1).

358. L'obligation de celui qui a reçu indûment est, comme on l'a dit, plus ou moins étendue, suivant qu'il y a eu de sa part bonne ou mauvaise foi. Dans le premier cas, il doit suffire, en général, qu'il ne s'enrichisse pas aux dépens d'autrui;

(1) V. *D. fr.*, 25, *De probationibus.*

dans le second, il est traité comme un débiteur en demeure, et il doit indemniser celui qui a payé, de tout le tort que lui a fait éprouver le paiement indû.

358 *bis*. I. Dans un certain cas même, la bonne foi de celui qui a reçu fait obstacle à la répétition. Ce cas est prévu par l'article 1377 deuxième alinéa. Il est indiqué au n° 356; mais il est bon de le rappeler ici pour le rapprocher des autres décisions de la loi qui établissent des différences entre celui qui a reçu l'indù de bonne foi, et celui qui l'a reçu de mauvaise foi.

On pourrait appliquer par analogie la disposition de l'article 1377-2° au cas où le créancier, confiant dans le paiement par lui reçu, aurait laissé s'accomplir une prescription en faveur du véritable débiteur.

359. Cette différence s'applique aux intérêts ou fruits de la chose; celui qui a reçu de mauvaise foi, les doit du jour du paiement, ajoutons, soit qu'il ait effectivement perçu des fruits, soit qu'il ait manqué par sa faute de les percevoir; et quant aux intérêts, soit qu'il ait ou non placé le capital reçu. (V. art. 1378.)

359 *bis*. I. La bonne foi de celui qui a reçu lui assure les fruits et intérêts de ce qu'il a reçu; c'est bien là le sens de l'article 1378 qui n'impose l'obligation de restituer les fruits et intérêts qu'à celui qui a reçu de mauvaise foi. Le Code applique ici, à la différence du droit romain, les principes sur les possesseurs de bonne foi, parce que les raisons qui assurent les fruits aux possesseurs de bonne foi exposés à des actions en revendication existent aussi bien par rapport à celui qui a reçu l'indû, qui a pu compter sur un accroissement de patrimoine et qui est attaqué par une action personnelle en répétition.

359 *bis*. II. Quand la loi dit que les intérêts et fruits sont dus à partir du jour du paiement, elle suppose, ce qui est le plus ordinaire, que la mauvaise foi existait à cette époque : on peut songer cependant à l'hypothèse contraire. Celui qui recevait était peut-être de bonne foi dans le principe, et la mauvaise foi est survenue plus tard. Dans ce cas, il ne doit pas y avoir difficulté pour les fruits : puisqu'on s'inspire de la règle sur les possesseurs de bonne foi, il faut l'appliquer tout entière et par conséquent recourir à

l'article 550. Mais pour les intérêts on ne trouve pas un texte semblable; loin de là, l'article 1153 oblige à plus de réserve, et il est difficile à cause de cet article de faire courir des intérêts de plein droit.

360. La même différence s'applique à la chose elle-même, quand c'est un corps certain; non que la chose, si elle existe en nature, ou sa valeur, si elle est perdue ou détériorée par la faute du possesseur, ne doive, dans tous les cas, être restituée. Mais celui qui a reçu de mauvaise foi, répond même du cas fortuit. (V. art. 1379.)

360 *bis*. I. Il résulte de l'article une différence très-claire entre celui qui a reçu l'indû de bonne foi et celui qui l'a reçu de mauvaise foi. Le premier n'est pas responsable du cas fortuit qui a détruit ou détérioré le corps certain qui a été payé indûment, tandis que le second n'est pas libéré par ce cas fortuit. Celui-ci est traité comme étant en demeure, par cela seul qu'il a reçu sciemment ce qui ne lui était pas dû. Il n'est pas toutefois un voleur; l'acte qu'il a commis n'est pas ce que la loi appelle un vol; par conséquent il ne faudrait pas exagérer la portée de l'article, et, s'emparant de l'article 1302 paragraphe final, imposer à ce débiteur la responsabilité de la chose qui eût dû périr également chez le créancier; il suffit de le soumettre à la responsabilité qui pèse sur un débiteur en demeure.

360 *bis*. II. Celui qui a reçu de bonne foi n'est responsable que de sa faute. Mais peut-il être en faute? puisqu'il croit avoir reçu ce qui lui était dû, et partant n'avoir jamais à restituer la chose reçue, il est difficile de lui reprocher les actes quelconques par lui accomplis sur cette chose. S'il en est ainsi, la différence signalée par l'article 1379 n'est pas assez énergiquement accusée par le texte. Car il faudrait dire que celui qui a reçu de bonne foi n'est jamais responsable de la perte ou des détériorations. Ce qui serait en harmonie avec les idées précédemment émises par le législateur; car si on a voulu rapprocher celui qui a reçu l'indû de bonne foi du possesseur de bonne foi, il est logique qu'on ne lui demande pas compte des dégradations par lui commises, ni même de la destruction en tant qu'il n'en est pas devenu plus riche.

Il y a un côté vrai dans cette observation critique; mais elle

n'est exacte qu'autant que celui qui a reçu de bonne foi est toujours resté de bonne foi; c'est alors qu'on a raison de dire: il ne peut pas être en faute; mais, entre la situation de celui qui a toujours été de bonne foi et celle, prévue par le Code, de celui qui a reçu de mauvaise foi, il y a une situation mixte, celle d'une personne qui, ayant reçu de bonne foi, a plus tard acquis connaissance des faits, et a cessé d'être de bonne foi. Si, postérieurement à cette connaissance acquise, cette personne commet des actes de négligence, détruit ou dégrade la chose, elle est en faute, et se trouve soumise à la première partie de l'article 1379, sans être régie par la seconde partie, car elle n'a pas reçu de mauvaise foi; et il est raisonnable que cette situation mixte, entre la bonne foi qui a toujours duré et la mauvaise foi qui remonte aux origines de l'obligation, soit traitée avec moins d'indulgence que la première et moins de rigueur que la seconde.

Il faut l'observer, du reste, rien dans le texte ne s'oppose à cette traduction de l'article, car son premier membre de phrase ne dit pas que nécessairement celui qui a reçu de bonne foi sera tenu de toute perte survenue autrement que par cas fortuit, mais qu'il est tenu de sa faute, ce qui implique qu'il n'est pas responsable s'il n'est pas en faute.

361. La différence s'applique encore au cas d'aliénation; celui qui a reçu de bonne foi, eût-il vendu à un prix inférieur à la juste valeur, n'est tenu de rendre que ce prix. (V. art. 1380.)

361 *bis*. I. Celui qui a reçu de bonne foi un corps certain l'a vendu, et celui qui exerce la répétition prétend que la chose est d'une valeur supérieure à ce prix, il ne peut cependant se faire restituer que le prix de la vente. C'est évidemment la règle romaine que l'*accipiens* de bonne foi n'est tenu que *quatenus locupletior factus est*. Il ne s'est enrichi que du prix, et peu importe que la chose eût une valeur supérieure au prix lors de la vente, ou qu'elle ait augmenté de valeur depuis cette époque. Si, au contraire, celui qui a reçu était de mauvaise foi, ou même si, ayant été de bonne foi dans le principe, il était devenu de mauvaise foi avant la vente, il devrait indemniser celui qui l'avait payé en lui rendant la valeur véritable de la chose, abstraction faite du prix.

361 *bis*. II. Le principe qui a inspiré l'article nous impose une solution analogue au cas de donation : le donateur ne s'étant pas enrichi, celui qui aurait livré au donateur la chose donnée ne pourrait pas lui en demander la valeur par la répétition de l'indû, si ce donateur l'avait reçue et donnée de bonne foi.

361 *bis*. III. L'article 1380 régit les rapports de celui qui a payé et de celui qui a reçu, mais il laisse intacte la question qui peut naître de l'aliénation de la chose payée indûment, dans les rapports entre celui qui a payé et les tiers acquéreurs. Si celui qui a reçu a aliéné la chose, l'acquéreur ou les sous-acquéreurs peuvent-ils être inquiétés par celui qui a fait le paiement? On n'hésitait pas à répondre négativement à cette question en droit romain, puisque la propriété était transférée par la tradition faite *solutionis causâ,* et que le paiement de l'indû n'engendrait qu'une *condictio,* c'est-à-dire une action personnelle. Chez nous, la difficulté ne se présentera pas pour les meubles dans la majorité des hypothèses, parce que le possesseur pourra presque toujours invoquer l'article 2279. Mais quand le possesseur d'un meuble ne sera pas couvert par la maxime en fait de meubles possession vaut titre, ou lorsqu'il s'agira d'un immeuble, il faut abandonner l'idée romaine et reconnaître à celui qui a payé une action en revendication. En effet, l'aliénation opérée par celui qui payait l'indû a été faite sur fausse cause, puisqu'elle avait pour cause l'extinction d'une obligation qui n'existait pas, et la fausseté de la cause doit aussi bien vicier et annuler une aliénation qu'une création d'obligation; car l'existence de la cause est un des éléments nécessaires du consentement, et le consentement est aussi indispensable quand il s'agit d'aliéner que quand il s'agit de s'obliger. Le prétendu paiement n'a donc pas transféré la propriété à celui qui recevait : les conséquences de ce fait à l'égard des tiers n'ont pas besoin d'être indiquées.

361 *bis*. IV. Cette théorie, parfaitement assise sur les principes, a l'inconvénient d'annihiler en apparence l'article 1380. Car, dans le cas prévu par cet article, si l'acheteur est évincé par une revendication de celui qui avait payé, il aura un recours contre son vendeur, et l'effet de ce recours sera d'imposer à ce vendeur un sacrifice supérieur au prix de la vente, puisqu'il devra à son acheteur des dommages et intérêts. Cette conséquence de la doctrine

n'est pas une raison pour repousser la doctrine elle-même; il faut seulement respecter les deux idées, appliquer la théorie comme règle générale, sauf à lui faire subir une exception dans les cas où elle se trouverait en contradiction avec l'article 1380. Cet article suppose un vendeur de bonne foi; donc il ne fait pas obstacle à l'action en revendication quand celui qui a reçu la chose indue l'a aliénée de mauvaise foi. De plus, l'action en revendication ne contrarie l'article 1380 qu'à cause de l'action en garantie que le tiers évincé pourrait intenter contre le vendeur. On peut donc, même au cas de bonne foi de l'aliénateur, donner à celui qui a payé l'action en revendication, si l'aliénateur n'était pas tenu à la garantie, par exemple s'il avait fait une donation ou vendu sans garantie.

362. Au reste, le principe même sur lequel est fondée la répétition, oblige celui qui l'exerce à tenir compte au défendeur des dépenses utiles et nécessaires faites *pour la conservation de la chose*. (V. art. 1381.)

362 *bis*. Les dépenses de conservation ont profité au propriétaire qui reprend sa chose, et il s'enrichirait s'il n'indemnisait pas celui qui les a faites. Or il ne doit pas s'enrichir même aux dépens de celui qui avait reçu la chose de mauvaise foi.

L'idée principale de l'article est exprimée par ces mots : les dépenses qui ont été faites pour la conservation de la chose. Quant aux adjectifs qui caractérisent ces dépenses, ils ont été quelque peu détournés par l'article de leur sens naturel; car, s'il est ordinaire d'appeler nécessaires les dépenses de conservation, la qualification de dépenses utiles est habituellement réservée à des dépenses qui ne sont pas conservatoires, mais qui ont pour objet l'amélioration de la chose. Il est clair ici, les derniers mots de l'article en font foi, qu'il s'agit toujours des dépenses de conservation; seulement il est probable que la loi a entendu qualifier nécessaires celles qui étaient urgentes, et utiles, celles qui, tout en assurant la conservation de la chose, ne pourvoyaient pas à un danger imminent, mais avaient un but préventif, un but de conservation *in futurum*, c'est-à-dire qu'elles étaient des dépenses d'administration prévoyante.

L'article est donc muet sur les dépenses d'amélioration et d'a-

grément, et dès lors il est très-simple de trouver la règle de droit qui leur est applicable : c'est celle de l'article 555.

CHAPITRE II.

DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS.

363. L'article 1382 nous donne une juste idée du délit ou quasi-délit : c'est un fait illicite, puisqu'on ne peut le commettre sans *faute*, et un fait qui *cause à autrui un dommage*. Le dol ou l'intention de nuire est ce qui distingue le délit du quasi-délit (1). Ils ont cela de commun, qu'ils obligent à la réparation du tort causé. (V. art. 1382; et remarquez que le mot *délit* a un autre sens en droit criminel. (C. pén., art. 1.)

364. Il n'est pas nécessaire pour constituer, au moins, un quasi-délit, qu'il y ait un fait positif; il suffit qu'il y ait tort causé par imprudence ou négligence. (V. art. 1383.)

364 *bis*. I. Le chapitre II du titre sur les engagements qui se forment sans convention, traite de la responsabilité des faits dommageables. Le principe de la matière est dans l'article 1382, développé ensuite par l'article 1383. Il se résume ainsi : *chacun doit réparer le dommage causé par sa faute*. Dans la formule un peu longue de l'article 1382, le mot capital est le mot *faute*, bien que le mot *fait* commence la phrase, ce qui pourrait induire en erreur et faire accepter, trop légèrement sans doute, qu'un simple fait dénué de faute entraîne une responsabilité.

364 *bis*. II. Puisque la responsabilité découle de la faute, il faut

(1) L'expression *quasi-délit* est, comme celle de *quasi-contrat*, empruntée aux interprètes du droit romain. Ils ont désigné sous ce nom la source de certaines obligations, qui, ne naissant ni d'un contrat ni, à proprement parler, d'un délit, étaient dites naître *quasi ex delicto*. Du reste, il ne paraît nullement certain qu'à Rome le caractère du délit proprement dit résidât, comme on l'a longtemps enseigné, dans l'intention de nuire. V. Ducaurroy, *Inst. expl.*, n° 1166.

se fixer sur le sens de cette expression. On entend par là une action ou une omission d'action contraire au droit d'autrui. D'où cette conséquence que tout fait dommageable n'est pas une faute. Car un fait qui cause à autrui un dommage peut être l'exercice d'un droit. *Exemple :* le fait du propriétaire d'une source qui détourne les eaux au détriment du propriétaire du fonds inférieur (Art. 641).

364 *bis*. III. Il entre encore un autre élément dans l'idée de faute, il est nécessaire que l'acte puisse être reproché à celui qui l'a commis ; par conséquent, il faut que l'action ou l'omission émane d'une personne ayant la responsabilité morale de ses actes. Un enfant en bas âge ou un fou n'a pas la conscience de ses actions, et le tort causé par lui n'est pas le résultat de sa faute. Nous devons également dégager de toute responsabilité les personnes qui ont été contraintes à commettre un certain acte par une force à laquelle elles n'ont pu résister (Art. 64, P.).

364 *bis*. IV. Les faits ou les omissions qui, dans ces conditions, constituent des fautes et entraînent nécessité de réparation sont divisés par le Code civil en *délits* et *quasi-délits*.

Le délit est un fait nuisible et illicite commis avec intention de nuire.

Le quasi-délit est un fait nuisible et illicite commis sans intention de nuire.

Le sens que le droit civil attache au mot *délit* n'est pas exactement le sens attribué à cette expression en droit criminel. En matière pénale, en effet, le mot délit désigne toute infraction à la loi pénale, quand il n'est pas pris dans un sens restreint et qu'il ne signifie pas simplement une infraction punie de peines correctionnelles. Il résulte de cette comparaison entre les deux significations, civile et criminelle, de l'expression délit qu'un fait peut être un délit criminel sans être un délit civil, comme l'homicide par imprudence, fait commis sans intention de nuire et cependant frappé de peine par le Code pénal, et comme la grande majorité des faits entraînant des peines de simple police. Réciproquement, le délit civil peut n'être pas un délit criminel, car tous les faits commis avec intention de nuire ne sont pas prévus par le Code pénal, et on peut concevoir des faits de dol qui ne constitueraient pas un délit criminel caractérisé comme l'escroquerie et la filouterie.

364 *bis*. V. La distinction entre les délits criminels et les délits civils n'est pas dénuée d'intérêt, même au point de vue des conséquences civiles des différents faits. D'abord, le caractère criminel du délit entraîne la compétence des tribunaux de répression, même pour le jugement de l'action civile, pourvu qu'elle soit poursuivie en même temps que l'action publique. Secondement, l'article 55 P. établit la solidarité légale, même pour les dommages-intérêts entre les personnes condamnées pour un même crime ou un même délit, et nous n'avons pas de disposition semblable dans la législation sur les délits civils (V. *suprà*, n° 135 *bis*, II, III.)

Enfin la prescription de l'action civile résultant d'un délit criminel est plus courte que la prescription de l'action en réparation d'un délit civil. Dans ce dernier cas, la prescription est régie par les règles ordinaires (art. 2262); dans l'autre, au contraire, elle se confond avec celle de l'action publique (Art. 637-639, 640 I. C.).

364 *bis*. VI. On a cependant essayé d'élever sur ce point quelques difficultés, parce qu'il paraissait étrange que la durée de l'action fût en raison inverse de la gravité du fait dommageable; mais les textes cités sont formels et absolus; on ne peut même pas les entendre avec une distinction entre le cas où l'action est intentée devant les tribunaux de répression et celui ou elle est portée devant les tribunaux civils; car indépendamment de ce qu'on ajouterait aux textes, on les accuserait d'émettre une proposition absolument inutile, puisqu'il est bien clair que l'action civile ne peut plus être intentée devant les tribunaux de répression quand ces tribunaux ne peuvent plus être saisis, l'action publique étant prescrite ; si les articles n'avaient dit que cela, ils seraient en ce point dénués de sens.

On comprend du reste que le législateur ait soumis la prescription de l'action civile naissant d'un délit prévu par le Code pénal aux mêmes conditions que la prescription de l'action publique, parce qu'il a voulu intéresser les parties lésées à provoquer des poursuites en temps utile, et parce qu'il a redouté l'effet déplorable que produirait la constatation judiciaire d'une infraction à la loi pénale que les tribunaux seraient contraints de laisser impunie.

364 *bis*. VII. L'action civile en réparation du délit ne se confond pas avec l'action en restitution ou répétition fondée sur un droit antérieur au délit. Ainsi l'action en restitution de l'objet déposé,

fondée sur le contrat de dépôt, est indépendante du délit qu'avait pu commettre le dépositaire infidèle (art. 408 P.); elle a pour base le contrat et non l'infraction à la loi pénale, elle dure 30 ans. Il en est de même de l'action par laquelle un mandant demanderait compte à son mandataire et répéterait les deniers perçus par celui-ci.

365. La simple négligence obligeant à réparation, la loi rend certaines personnes responsables du fait des personnes qu'elles doivent surveiller, ou des choses qu'elles ont sous leur garde.

Ce principe s'applique :

1° Aux pères et mères à l'égard de leurs enfants mineurs, pourvu qu'ils habitent avec eux;

2° Aux maîtres et commettants, mais seulement relativement au tort causé dans les fonctions auxquelles ils ont employé leurs domestiques et préposés;

3° Aux instituteurs et artisans, à l'égard de leurs élèves et apprentis, tant qu'ils sont confiés à leur surveillance.

Cependant il serait injuste d'assujettir les parents, instituteurs, ou artisans, à répondre d'un fait qu'ils n'auraient pu empêcher. (V. *Paul,* LL. 50 et 109, D. *de reg. jur.*) Mais c'est à eux à fournir la preuve de leur excuse. (V. art. 1384; v. aussi art. 1953, 1954.)

365 *bis*. I. La responsabilité du père et de la mère est fondée sur la présomption de négligence, c'est ce qui explique la restriction contenue dans l'article et qui dégage les parents quand l'enfant mineur n'habite pas avec eux. Il faut toutefois, pour comprendre cette réserve, remonter au principe de l'article. Certainement, si le père ou la mère a eu une raison légitime de placer l'enfant hors de la maison paternelle, si l'enfant n'est pas alors abandonné, s'il est sous la surveillance et l'autorité de quelque autre personne, les parents ne peuvent être taxés d'imprudence. Mais s'ils lui laissent une liberté excessive, s'ils le laissent vivre à l'abandon à un âge où l'enfant aurait besoin d'une direction, ce fait ne peut soustraire les parents à la responsabilité, car leur faute consiste précisément à avoir permis que l'enfant ne

résidât point avec eux et acquît une indépendance prématurée.

365 *bis*. II. L'article ne fait pas de distinction pour le cas où l'enfant est émancipé. En effet, ou l'enfant a pris une résidence séparée, et on peut reprocher aux parents d'avoir imprudemment conféré à l'enfant le bénéfice de l'émancipation, ou il est resté chez ses parents, et la responsabilité de ceux-ci a sa raison d'être parce qu'en pareil cas l'autorité et l'influence morales ont survécu à la puissance légale.

On doit cependant faire une exception à l'article pour le cas d'émancipation par le mariage, parce que si l'enfant est un fils, il est devenu chef de famille, et que s'il s'agit d'une fille, elle est placée désormais sous l'autorité de son mari et non plus sous celle de son père ou de sa mère. (V. d'ailleurs loi du 3 mai 1844 sur la chasse, art. 28, Code forestier, art. 206, loi sur la pêche fluviale, art. 74.

365 *bis*. III. Le Code a prévu l'hypothèse ordinaire quand il a déclaré la mère responsable après la mort du père. Mais, des motifs sur lesquels est fondée cette responsabilité, il résulte nécessairement qu'elle doit peser sur la mère toutes les fois que celle-ci a régulièrement la garde de ses enfants.

365 *bis*. IV. Après le père et la mère, il eût été logique de parler du tuteur ; mais dans le silence du Code, il nous paraît difficile de lui imposer une responsabilité de plein droit qui est fondée sur une présomption de faute. Les dispositions rigoureuses de la loi ne doivent pas être étendues, les présomptions doivent être restreintes dans les cas spéciaux en vue desquels elles sont établies; par conséquent le tuteur ne peut être placé sur la même ligne que le père et la mère. Il n'est pas difficile au reste de justifier cette différence entre les tuteurs et les parents. Bien qu'on ait fait remarquer que le tuteur a légalement une autorité à peu près semblable à celle des parents (art. 450 et 468), il faut reconnaître, dans la réalité des faits, que le tuteur a une autorité et une influence morales qui sont loin de ressembler à l'autorité et à l'influence des parents. Il pourrait donc être injuste de faire peser sur celui-là la même responsabilité que sur ceux-ci. On a dit, il est vrai, que, si on n'assimile pas le tuteur aux parents, il est impossible de ne pas le traiter comme les instituteurs dont parle le paragraphe 4 de l'article. Nous pensons au contraire que cette assimi-

lation est impossible, parce que l'instituteur est salarié, tandis que le tuteur ne l'est pas, que l'instituteur exerce une profession qui annonce de sa part une certaine prétention de savoir diriger et surveiller la jeunesse, tandis que le tuteur remplit une charge le plus souvent imposée, toujours fort onéreuse, et qu'il ne faut pas rendre plus onéreuse encore en donnant une interprétation extensive à des textes qui n'ont pas prononcé son nom.

Le tuteur, cependant, n'échappera pas toujours à la responsabilité; si on démontre qu'il est coupable de négligence, il subira les conséquences de sa faute (art. 1382); mais il ne sera pas présumé en faute, si ce n'est dans quelques cas exceptionnels prévus par des lois spéciales. (Art. 206 Code forestier, 74 loi sur la pêche fluviale, 24 loi de 1844 sur la chasse.)

365 *bis*. V. Le mari n'est pas déclaré par le Code civil responsable du dommage causé par sa femme, parce qu'on a pensé que la femme conservait dans l'état de mariage une indépendance individuelle assez grande pour que le mari ne pût être traité comme coupable d'un défaut de surveillance lorsque sa femme causait quelque tort à autrui. Des lois spéciales ont seulement admis la responsabilité du mari, mais probablement par cette considération que, dans les hypothèses qu'elles régissent, le ménage devait profiter du fait commis par la femme. (Délits ruraux, forestiers, ou de pêche. V. art. 206 Code forestier, 74 loi sur la pêche fluviale, 7 loi de 1791 sur la police rurale.)

365 *bis*. VI. La présomption de faute qui entraîne la responsabilité du père et de la mère peut être combattue par la preuve contraire (5e § de l'article); seulement il faut bien comprendre que les parents resteraient responsables quand ils auraient été dans l'impossibilité d'empêcher le fait matériel commis, mais que ce fait pourrait être considéré comme une conséquence de la mauvaise éducation donnée à l'enfant.

365 *bis*. VII. La responsabilité du maître ou commettant à l'égard du fait de ses serviteurs ou préposés n'a pas pour principe un défaut de surveillance, car cette surveillance est impossible, sinon le maître ne pourrait plus se faire remplacer par un préposé, il se ferait accompagner par lui; mais le maître est réputé en faute pour avoir mal choisi ses serviteurs ou employés, et c'est ce qui explique pourquoi le dernier paragraphe de l'article ne dé-

charge pas le maître de son obligation quand celui-ci prouve qu'il n'a pu empêcher le fait dommageable. Il ne s'agit pas de savoir s'il a bien ou mal surveillé son serviteur ou préposé, mais s'il a eu tort de lui confier des fonctions que celui-ci a remplies au détriment d'autrui, et ce tort n'est pas diminué par cette circonstance que le maître n'a pas pu empêcher le fait particulier qui a causé le dommage.

365 *bis*. VIII. Il faut ajouter aux personnes déclarées par le Code responsables du fait d'autrui : les aubergistes, au cas prévu par l'article 73 P., et les communes, dans les hypothèses régies par la loi du 10 vendémiaire an IV.

366. Notre principe s'applique encore à l'égard des animaux même égarés ou échappés. La responsabilité pèse, soit sur le propriétaire, soit sur tout autre qui en aurait l'usage actuel. (V. art. 1385.)

366 *bis*. I. Quand l'animal est à l'usage d'un autre que du propriétaire au moment où il cause le dommage, l'obligation de réparer ce dommage pèse sur celui qui avait l'usage de l'animal et qui aurait dû le veiller, et, en cas d'insolvabilité de celui-ci, elle ne retomberait à la charge du propriétaire que s'il avait commis une faute en confiant imprudemment l'animal à une personne qui ne pouvait pas l'empêcher de nuire à autrui. En effet, la responsabilité du propriétaire et de celui qui a l'usage n'est pas collective, elle est alternative dans les termes mêmes du Code, et le propriétaire, quand il n'a pas l'usage, ne peut être tenu que s'il a lui-même commis quelque imprudence.

366 *bis*. II. La loi n'a pas réservé à la personne responsable du tort causé par un animal le droit de prouver qu'elle n'a pu empêcher le fait dommageable. Elle a pensé que cette personne ne pourrait se soustraire à son obligation même en faisant cette preuve, parce qu'ordinairement on pourrait toujours lui imputer d'avoir possédé dans son intérêt un animal qui, en certaines circonstances, pouvait devenir dangereux. Cependant il ne faut pas abandonner les principes, la responsabilité découle de la faute (art. 1382); elle n'est pas la conséquence du droit de propriété, car alors il faudrait autoriser une sorte d'abandon noxal que la législation française ne consacre pas. Quand on pourra prouver que le

propriétaire de l'animal ou celui qui en a l'usage n'a aucune faute à se reprocher, qu'il n'a même pas commis une imprudence en détenant un animal d'une nature ordinairement inoffensive, il faudra s'appuyer sur ce que l'article établit une présomption sans refuser la preuve contraire, pour autoriser la preuve de ce fait que l'événement est absolument étranger à la faute de celui qui détenait l'animal.

367. Enfin le propriétaire d'un bâtiment, ayant à s'imputer, soit le défaut d'entretien, soit même le vice de la construction, qu'il aurait dû prévenir ou au moins connaître, répond du dommage causé par la ruine du bâtiment. (V. art. 1386; et à ce sujet, art. 1792 et 2270.)

367 *bis*. I. La disposition de l'article 1386 rend inutile ce que les Romains appelaient la *cautio damni infecti*. C'était une mesure préventive, une promesse imposée au propriétaire d'un édifice qui menaçait ruine; cette promesse était nécessaire, parce qu'après la chute de l'édifice les parties qui auraient éprouvé un dommage n'auraient point eu d'action. Elles se faisaient donner d'avance des garanties, mais le Code établit la responsabilité du propriétaire après l'événement, et dès lors il n'est pas besoin de demander des promesses avant que le tort ait été causé. Au reste, la sécurité publique est suffisamment protégée par la surveillance de l'autorité administrative, et c'est au point de vue des intérêts privés que nous nions l'existence de tout moyen préventif relativement à la chute possible d'un édifice.

367 *bis*. II. Quand un édifice périt par incendie, il résulte souvent de ce fait l'incendie des édifices voisins: les propriétaires de ces édifices pourraient avoir recours contre les propriétaires ou locataires de l'édifice où le feu a commencé, mais ce recours serait soumis aux règles générales. Il faudrait prouver la faute, nos articles n'ayant établi sur ce point aucune présomption. On ne saurait au reste trouver la présomption de faute dans l'article 1733, qui établit, au cas d'incendie, la responsabilité du locataire envers le propriétaire; car, s'il y a là une présomption de faute, elle n'est établie, en tout cas, que dans les rapports entre le propriétaire et le locataire.

FIN DU TOME CINQUIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE TROISIÈME.

Pages

Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. . . . 1

CHAP. I. Dispositions préliminaires. . . . . *ib.*

CHAP. II. Des conditions essentielles pour la validité des conventions. 13

SECT. I. Du consentement. 15

SECT. II. De la capacité des parties contractantes. 49

SECT. III. De l'objet et de la matière des contrats. 51

SECT. IV. De la cause. 57

CHAP. III. De l'effet des obligations, *ou, plus exactement,* de l'effet des conventions et des obligations qu'elles produisent. 66

SECT. I. Dispositions générales. . . . . *ib.*

SECT. II. De l'obligation de donner. 67

SECT. III. De l'obligation de faire ou de ne pas faire. 88

SECT. IV. Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation. 91

SECT. V. De l'interprétation des conventions. . . 112

SECT. VI. De l'effet des conventions à l'égard des tiers. 116

CHAP. IV. Des diverses espèces d'obligations. 143

SECT. I. Des obligations conditionnelles. . . . . *ib.*

§ 1. De la condition en général, et de ses diverses espèces. 144

§ 2. De la condition suspensive. 161

§ 3. De la condition résolutoire. 166

SECT. II. Des obligations à terme. 176

SECT. III. Des obligations alternatives. 185

SECT. IV. Des obligations solidaires. 202

§ 1. De la solidarité entre les créanciers. 203

§ 2. De la solidarité de la part des débiteurs. . 211

SECT. V. Des obligations divisibles et indivisibles. 254

§ 1. Des effets de l'obligation divisible. 260

§ 2. Des effets de l'obligation indivisible. 276

SECT. VI. Des obligations avec clause pénale. . . . 287

CHAP. V. De l'extinction des obligations. 301
SECT. I. Du paiement. . . . . *ib.*
§ 1. Du paiement en général. 302
§ 2. Du paiement avec subrogation. 353
§ 3. De l'imputation des paiements. 389
§ 4. Des offres de paiement, et de la consignation. 395
§ 5. De la cession de biens. 410
SECT. II. De la novation. 413
SECT. III. De la remise de la dette. 432
SECT. IV. De la compensation. 446
SECT. V. De la confusion. 476
SECT. VI. De la perte de la chose due. 484
SECT. VII. De l'action en nullité ou en rescision des conventions. 492
CHAP. VI. De la preuve des obligations, et de celle du paiement. 522
SECT. I. De la preuve littérale. 526
§ 1. Du titre authentique. 527
§ 2. De l'acte sous seing privé, *ou plus exactement* des écrits privés. 548
§ 3. Des tailles. 574
§ 4. Des copies des titres. 576
§ 5. Des actes récognitifs et confirmatifs. . . . 579
SECT. II. De la preuve testimoniale. 589
SECT. III. Des présomptions. 620
§ 1. Des présomptions établies par la loi. . . . 622
§ 2. Des présomptions qui ne sont pas établies par la loi. 641
SECT. IV. De l'aveu de la partie. 642
SECT. V. Du serment. 647
§ 1. Du serment décisoire. 648
§ 2. Du serment déféré d'office. 657

TITRE QUATRIÈME.

Des engagements qui se forment sans convention. 659
CHAP. I. Des quasi-contrats. . . . . *ib.*
§ 1. De la gestion d'affaires. 662
§ 2. Du paiement de l'indu. 668
CHAP. II. Des délits et des quasi-délits. 679

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

SOMMAIRES.

LIVRE III.

TITRE III. DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GENERAL.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS PRELIMINAIRES.

1. Définition des obligations (1).

1 *bis.* I. Développement.

1 *bis.* II. Comparaison des devoirs et des obligations.

1 *bis.* III. Obligations civiles. - Obligations naturelles.

1 *bis.* IV. La nécessité légale de respecter le droit d'autrui ne se confond pas avec l'obligation.

2. Les contrats sont une des sources des obligations. **Art. 1101.**

2 *bis.* Le mot obligation n'est pas synonyme du mot contrat.

3. Définition des contrats et des conventions.

3 *bis.* I. Développement.

3 *bis.* II. Les contrats peuvent produire des obligations réciproques.

3 *bis.* III. Sens du mot donner dans la définition de l'obligation.

4. Diverses classes de contrats.

5. Contrats synallagmatiques et unilatéraux. **Art. 1102, 1103.**

5 *bis.* I. Intérêt de la distinction.

5 *bis.* II. Contrats synallagmatiques imparfaits.

6. Contrats commutatifs et aléatoires. **Art. 1104.**

6 *bis.* Double définition des contrats aléatoires donnée par les articles 1104 et 1964.

7. Contrats à titre gratuit et à titre onéreux. **Art. 1105, 1106.**

7 *bis.* Les contrats à titre onéreux peuvent être unilatéraux.

8. Classification des diverses espèces de contrats déjà énumérées.

8 *bis.* Intérêt des distinctions précédentes.

9. Contrats solennels, réels et consensuels.

9 *bis.* I. Contrats solennels.

9 *bis.* II. Contrats réels.

10. Contrats innommés. **Art. 1107.**

11. Renvoi aux règles spéciales sur les divers contrats.

11 *bis.* Choses essentielles, naturelles, accidentelles aux divers contrats.

12. Règles applicables aux contrats innommés.

CHAPITRE II. DES CONDITIONS ESSENTIELLES A LA VALIDITE DES CONVENTIONS.

13. Quatre conditions essentielles. **Art. 1108.**

13 *bis.* I. Pourquoi la rubrique du chapitre parle des conventions et non des contrats.

13 *bis.* II. Les quatre conditions énumérées ne sont pas toutes également essentielles.

SECTION I. Du consentement.

14. Vices du consentement. **Art. 1109.**

14 *bis.* La loi ne traite pas de l'absence du consentement.

15. Différents cas d'erreur.

16. Erreur sur la substance de la chose. **Art. 1110,** 1er al.

16 *bis.* I. Erreur sur la nature du contrat. - Sur la cause. - Sur l'identité de la chose.

16 *bis.* II. Qu'est-ce que la substance de la chose?

16 *bis.* III. Il n'est pas nécessaire que l'erreur sur la substance soit commune aux deux parties.

16 *bis.* IV. Restriction pour le cas où l'une des parties est en faute de ne pas s'être expliquée.

16 *bis.* V. La théorie de l'erreur sur la substance doit être généralisée.

17. Erreur sur la personne. **Art. 1110,** 2e al.

17 *bis.* I. Contrats dans lesquels il faut tenir compte de l'erreur sur la personne.

17 *bis.* II. Transaction.

17 *bis.* III. Erreur sur certaines qualités du contractant.

18. Erreur sur le motif du contrat.

18 *bis.* Renvoi.

19. Erreur produite par le dol.

20. Vice de violence. **Art. 1111.**

20 *bis.* Volonté viciée par la crainte résultant d'actes qui n'avaient pas pour but de déterminer la partie à contracter.

21-22. Caractères que doit réunir la violence pour constituer un vice du consentement. **Art. 1112.**

22 *bis.* I. Développement.

22 *bis.* II. Suite.

22 *bis.* III. Le vice de violence peut quelquefois résulter de l'emploi de voies légales de contrainte.

23. Violence pratiquée sur les proches parents de la partie. **Art. 1113.**

23 *bis.* L'énumération de personnes contenue dans l'article n'est pas limitative.

24. Crainte révérentielle. **Art. 1114.**

25. Caractère de la nullité résultant de la violence. **Art. 1115.**

26. Vice de dol. **Art. 1116.**

26 *bis.* Théorie du dol.

27. Les vices d'erreur, violence ou dol rendent la convention annulable. **Art. 1117.**

27 *bis.* I. Différences entre les obligations nulles et les obligations annulables.

27 *bis.* II. L'absence complète de consentement produit la nullité radicale.

27 *bis.* III. Conséquence de la nullité de la convention par rapport aux tiers.

28. Vice de lésion. **Art. 1118.**

28 *bis.* Développement.

29. On ne peut s'engager ni stipuler pour autrui. **Art. 1119.**

29 *bis.* Sens des deux propositions contenues dans l'article.

30. Stipulations et promesses faites par des mandataires ou des gérants d'affaires.

31. On peut se porter fort pour autrui. **Art. 1120.**

31 *bis.* I. Sens de cette convention.

31 *bis.* II. Utilité de cette convention.

31 *bis.* III. Interprétation de conventions qui se rapprochent de celle-ci.

32. Engagement des commettants par les préposés.

32 *bis.* Développement.

33. Cas où la stipulation au profit d'un tiers est valable. Art. 1121.

33 *bis.* I. Dans les hypothèses indiquées, l'obligation est valable parce qu'elle n'est pas dénuée de sanction.

33 *bis.* II et III. Autres hypothèses.

33 *bis.* IV. Effets de la convention à l'égard du tiers.

33 *bis.* V. Ces conventions ne sont pas soumises aux formes des donations.

33 *bis.* VI. L'offre faite au tiers peut être révoquée. - Par qui?

33 *bis.* VII. Conséquences de la révocation.

33 *bis.* VIII. Effet de la mort du stipulant ou du tiers sur la stipulation au profit d'un tiers.

34. Effets des conventions à l'égard des héritiers et ayants-cause **Art. 1122.**

34 *bis.* I. L'article s'applique aux promesses comme aux stipulations.

34 *bis.* II. L'article s'applique aux héritiers et ayants-cause à titre universel.

34 *bis.* III. Distinction quant aux ayants-cause à titre particulier.

34 *bis.* IV. Peut-on restreindre l'effet d'une promesse à l'un des héritiers?

34 *bis.* V. Peut-on restreindre l'effet d'une stipulation?

34 *bis.* VI. Appréciation de l'intention.

34 **bis.** VII. Les droits et obligations peuvent être intransmissibles aux héritiers et ayant-cause.

SECTION II. De la capacité des parties contractantes.

35. La capacité est de droit commun. **Art. 1123.**

36. Enumération des incapables. **Art. 1124.**

36 *bis.* Renvoi.

37. Incapacités particulières à certains contrats.

38. Les contrats faits par les incapables sont annulables.

39. L'incapable seul peut invoquer la nullité. **Art. 1125.**

39 *bis.* Absence complète du consentement d'une des parties.

SECTION III. De l'objet et de la matière des contrats.

40. Objet des contrats et des obligations. **Art. 1126.**

41. **Art. 1127.**

42. **Art. 1128.**

42 *bis.* Enumération des choses qui ne sont pas dans le commerce.

43. L'objet dû doit être déterminé. **Art. 1129.**

43 *bis.* I. Motif de l'article.

43 *bis.* II. Corps certains. - Quantités.

43 *bis.* III. Détermination de la quotité ou de la quantité.

44. L'objet peut être une chose future. **Art. 1130,** al. 1er.

44 *bis.* Distinction entre une chose future et la chance d'une chose future.

45. Prohibition des conventions sur les successions futures. **Art. 1130,** al. dernier.

45 *bis.* Motifs de l'article.

SECTION IV. De la cause.

46. Notion de la cause.

46 *bis.* I. Distinction entre la cause de l'obligation et le motif du contrat.

46 *bis.* II. Différentes causes des obligations.

47. Obligation sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite. **Art. 1131,**

47 *bis.* I. L'obligation sans cause ne se confond pas avec l'obligation sur fausse cause.

5947 *bis.* II. Cas où la cause apparente est fausse, mais où il existe une cause.

48. Défaut d'expression de la cause dans l'acte qui prouve l'engagement. **Art. 1132.**

48 *bis.* Qui doit prouver l'existence ou l'inexistence de la cause.

49. Cause illicite. **Art. 1133.**

49 *bis.* I. Cause illicite dans les contrats synallagmatiques.
49 *bis.* II. La cause est-elle illicite quand la promesse a pour but d'obtenir l'exécution d'une obligation ou l'accomplissement d'un devoir?
49 *bis.* III. L'absence d'une cause licite produit la nullité radicale de l'obligation.
49 *bis.* IV. La partie qui a exécuté une obligation sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite peut répéter.
CHAPITRE III. DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.
SECTION I. Dispositions générales.
50. **Art. 1134 et 1135.**
50 *bis.* Objet du chapitre.
51. Division.
SECTION II. De l'obligation de donner.
52. Obligation de donner. **Art. 1136.**
52 *bis.* I. Divers sens du mot donner.
52 *bis.* II. Il faut distinguer les obligations de donner un corps certain et celles de donner une quantité.
53. L'obligation de donner emporte celle de livrer et de conserver la chose.
54. Etendue de l'obligation de veiller à la conservation de la chose. **Art. 1137.**
54 *bis.* I. Théorie du Code civil sur les fautes.
54 *bis.* II. Exception à la règle générale.
54 *bis.* III. Responsabilité dans les contrats innommés.
54 *bis.* IV. La théorie de l'article 1137 est générale.
55. **Art. 1138.**
55 *bis.* I. L'article suppose que l'obligation a pour objet un corps certain.
55 *bis* II. La convention transfère la propriété.
55 *bis.* III. Comment l'article 1138 a énoncé cette règle.
55 *bis.* IV. Sens des mots *dès l'instant où la chose a dû être livrée.*
56. Application aux immeubles de l'article 1138. **Art. 1140.**
56 *bis.* I. Ancien droit.
56 *bis.* II. La publicité des mutations de propriété n'est pas consacrée par le Code civil.
56 *bis.* III. Art. 834 du Code de procédure.
56 *bis.* IV. Loi du 23 mars 1855. - Transcription.
56 *bis.* V. Entre quelles personnes il reste vrai que la propriété des immeubles est transférée par la convention.
56 *bis.* VI. Quelles personnes peuvent opposer le défaut de transcription d'après la loi de 1855.
57. Translation de la propriété des meubles. **Art. 1141.**
57 *bis.* I. Hypothèse régie par l'article.
57 *bis.* II. Consacre-t-il le principe de la tradition?
57 *bis.* III. L'article 1141 est une application de l'article 2279.
57 *bis.* IV. Intérêt de l'explication précédente.
58. **Art. 1139.**
58 *bis.* I. Qui supporte les risques de la chose due.
58 *bis.* II. Suite.
58 *bis.* III. Motifs de la règle.
58 *bis.* IV. Elle ne se rattache pas à la décision sur l'acquisition de la propriété.
58 *bis.* V. Intérêt de cette observation.
58 *bis.* VI. La règle change si le débiteur est en demeure.
58 *bis.* VII. D'où peut résulter la demeure.
SECTION III. De l'obligation de faire ou de ne pas faire.
59. **Art. 1142.**
60. **Art. 1143, 1144.**
60 *bis.* I. L'obligation de faire ne se résout pas toujours en dommages et intérêts.
60 *bis.* II. Même observation quant aux obligations de ne pas faire.
60 *bis.* III. Suite.
60 *bis.* IV. L'obligation de faire peut être immobilière.
61. **Art. 1145.**
SECTION IV. Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.
62. L'inexécution entraîne obligation à des dommages et intérêts. **Art. 1146.**
62 *bis.* I. Notions générales sur les dommages et intérêts.
62 *bis.* II. Il faut que le débiteur soit en demeure.
62 *bis.* III. Cas de demeure ajouté à ceux précédemment indiqués.
62 *bis.* IV. Renvoi à l'article 1145.
63. **Art. 1147.**
64. **Art. 1148.**
64 *bis.* I. Ce qu'il faut entendre par l'inexécution provenant du cas fortuit.
64 *bis.* II. Deux espèces de dommages et intérêts.
65. **Art. 1149.**
65 *bis.* Les dommages et intérêts peuvent se décomposer en deux éléments.
66. Différence entre le débiteur qui manque à ses engagements par dol ou sans dol. **Art. 1150.**
66 *bis.* I. Développement.
66 *bis.* II. Dommages prévus et imprévus.
66 *bis.* III. Pour que le dommage soit prévu, il n'est pas nécessaire que son chiffre ait été prévu.
66 *bis.* IV. Opinion de Pothier rejetée.
67. Le débiteur ne doit pas la réparation du dommage produit indirectement par l'inexécution. **Art. 1151.**
67 *bis.* Développement.
68. Clause pénale. **Art. 1152.**
68 *bis.* Le Code, contrairement à l'opinion de Pothier, n'admet pas que les juges puissent modérer la clause pénale.
69-70. Dommages et intérêts en matière de somme d'argent. **Art. 1153.**
70 *bis.* I. Différents objets traités par l'article.
70 *bis.* II. Difficulté d'estimer le dommage causé par le retard dans le payement d'une somme d'argent.
70 *bis.* III. Exception à la règle sur la fixation uniforme des dommages et intérêts.
70 *bis.* IV. Une convention de clause pénale ne peut déroger à la règle.
70 *bis.* V. Les intérêts moratoires sont dus sans que le créancier justifie d'une perte.
70 *bis.* VI. Règle sur la mise en demeure.
70 *bis.* VII. Assignation nulle en la forme ou devant un tribunal incompétent.
70 *bis.* VIII. La demande d'intérêts doit-elle être formée dans l'assignation?
71. De l'anatocisme. **Art. 1154**.
71 *bis.* I. Notion de l'anatocisme. - Ancien droit.
71 *bis.* II. Dangers de l'anatocisme.
71 *bis.* III. Trois conditions pour que la loi permette l'anatocisme.
71 *bis.* IV. Convention d'anatocisme ayant pour objet des intérêts dus pour moins d'une année.
71 *bis.* V. On peut capitaliser des intérêts dus pour 15 ou 18 mois.
72. **Art. 1155.**
72 *bis.* I. Motif de l'article.
72 *bis.* II. Les revenus dont parle l'article peuvent être capitalisés par convention avant l'échéance.
SECTION V. De l'interprétation des conventions.
73. Quand il y a lieu à interpréter les conventions.
74. Il faut rechercher l'intention. **Art. 1156.**
75. **Art. 1157-1161.**
76. **Art. 1162.**
77. **Art. 1163.**
78. **Art. 1164.**
79. Les articles de cette section ne contiennent pas des règles impératives.
79 *bis.* Si la Cour de cassation peut casser un jugement ou un arrêt contenant une interprétation de volontés.
SECTION VI. De l'effet des conventions à l'égard des tiers.
80. **Art. 1165.**
80 *bis.* I. Comment entendre l'expression: parties contractantes.
80 *bis.* II. Exception à la règle de l'article 1165.
81. Les créanciers peuvent exercer les droits de leur débiteur. **Art. 1166.**
81 *bis.* I. L'article ne déroge pas à l'article 1165.
81 *bis.* II. Le droit des créanciers a pour base leur droit de gage sur les biens du débiteur. - Conséquences.
81 *bis.* III. Le créancier à terme peut-il se prévaloir de l'article 1166?
81 *bis.* IV. Le débiteur doit-il être mis en demeure d'exercer ses droits?
81 *bis.* V. Les créanciers ont-ils besoin pour exercer les droits du débiteur d'en obtenir l'autorisation judiciaire?
81 *bis.* VI. Conséquences de l'exercice des droits du débiteur par les créanciers.
81 *bis.* VII. Action directe accordée à certains créanciers.
81 *bis.* VIII. Droits exclusivement attachés à la personne.
81 *bis.* IX. Suite.
81 *bis.* X. Les actions en nullité de convention peuvent être intentées par les créanciers.
82. Les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. **Art. 1167.**
82 *bis.* I. L'action des créanciers s'appelle action révocatoire ou Paulienne.
82 *bis.* II. Les créanciers se plaignent d'une atteinte portée à leurs droits de gage. - Conséquences.
82 *bis.* III. Actes qui peuvent être attaqués.
82 *bis.* IV. Suite.
82 *bis.* V. Quels créanciers ont l'action révocatoire.
82 *bis.* VI. La fraude suppose un préjudice causé et l'intention de causer ce préjudice.
82 *bis.* VII. Préjudice causé aux créanciers.
82 *bis.* VIII. Intention.
82 *bis.* IX. Les actes à titre gratuit sont soumis à la règle générale, ils ne peuvent être révoqués pour simple préjudice.
82 *bis.* X. Les renonciations peuvent être révoquées pour simple préjudice.
82 *bis.* XI. Distinction entre les actes gratuits et les actes onéreux quant à la bonne ou la mauvaise foi de la partie qui profite de l'acte frauduleux.

82 *bis.* XII. Les créanciers peuvent agir contre l'ayant-cause de celui qui a profité au premier degré de l'acte frauduleux.
82 *bis.* XIII. Effets de la révocation. - L'acte est réputé non avenu, et le bien redevient le gage des créanciers.
82 *bis.* XIV. Les effets de la révocation ne sont pas relatifs. - Elle profite à tous les créanciers.
82 *bis.* XV. Même à certains créanciers qui n'auraient pas pu intenter l'action.
82 *bis.* XVI. L'acte révoqué conserve ses effets entre les parties qui l'avaient fait.
82 *bis.* XVII. L'action révocatoire dure trente ans.
82 *bis.* XVIII. Il n'y a pas lieu à la prescription par dix ou vingt ans.
82 *bis.* XIX. L'article 2279 est inapplicable dans l'espèce.
83. **Art. 1167,** al. dern.
CHAPITRE IV. DES DIVERSES ESPECES D'OBLIGATIONS.
SECTION I. Des obligations conditionnelles.
84. **Art. 1168.**
84 *bis.* Condition suspensive. - Condition résolutoire.
§ I^er^. De la condition en général et de ses diverses espèces.
85. Division.
86. Sens du mot condition.
86 *bis.* Développement. - L'événement déjà arrivé, mais inconnu, n'est point une condition.
87. Evénement futur et certain.
88. Renvoi.
89. Conditions positives et négatives.
89 *bis.* Développement.
90. Conditions casuelles, potestatives et mixtes. **Art. 1169, 1170, 1171.**
90 *bis.* I. Condition mixte.
90 *bis.* II. Intérêt de la distinction des trois espèces de conditions.
91. Liberté des conventions en matière de conditions.
92. Condition impossible ou illicite. **Art. 1172.**
92 *bis.* Distinction quant à la condition illicite.
93. Condition négative impossible. **Art. 1173.**
93 *bis.* I. Condition négative illicite. - Distinction.
93 *bis.* II. Condition résolutoire impossible ou illicite.
94. Obligation sous une condition potestative. **Art. 1174.**
94 *bis.* I. L'article 1174 traite de la condition purement potestative.
94 *bis.* II. Interprétation de la condition: quand je voudrai.
94 *bis.* III. L'article s'applique à la condition résolutoire.
94 *bis.* IV. Dans un contrat synallagmatique, une des parties peut promettre sous une condition purement potestative.
95. Accomplissement des conditions. **Art. 1175.**
95 *bis.* Exemple.
96. **Art. 1176, 1177.**
96 *bis.* I. Interprétation de volonté.
96 *bis.* II. Les articles 1176 et 1177 ne peuvent pas être appliqués sans examen aux conditions potestatives.
97. **Art. 1178.**
97 *bis.* I. Motif de l'article.
97 *bis.* II. L'article est inapplicable quand la condition est potestative de la part du débiteur.
98. Effet rétroactif des conditions. **Art. 1179.**
98 *bis.* I. Intérêt de la rétroactivité.
98 *bis.* II. L'effet rétroactif des conditions ne s'applique pas aux jouissances ni aux fruits.
99. Le créancier conditionnel peut faire des actes conservatoires. **Art. 1180.**
99 *bis.* I. Actes conservatoires.
99 *bis.* II. Les saisies et même la saisie-arrêt ne sont pas des actes conservatoires.
§ 2. De la condition suspensive.
100. **Art. 1181.**
100 *bis.* I. Renvoi.
100 *bis.* II. Le créancier sous condition suspensive a un droit.
100 *bis.* III. Les conventions sous condition transfèrent la propriété.
101. Question des risques. **Art. 1182.**
101 *bis.* I. Perte de la chose due quand le contrat est unilatéral.
101 *bis.* II. Contrat synallagmatique, perte totale.
101 *bis.* III. Détérioration.
101 *bis.* IV. Perte par la faute du débiteur.
101 *bis.* V. Détérioration par la faute du débiteur.
§ 3. De la condition résolutoire.
102. **Art. 1183.**
102 *bis.* I. Double effet de la condition résolutoire.
102 *bis.* II. Droits des parties avant et après l'arrivée de la condition résolutoire.
102 *bis.* III. Actes d'administration faits par le débiteur.
102 *bis.* IV. Question des risques.
103. Dérogation conventionnelle aux règles sur la condition résolutoire.
104. Condition résolutoire tacite. **Art. 1184.**
104 *bis.* I. Comparaison avec la condition résolutoire expresse.
104 *bis.* II. Jusqu'à quel moment la partie peut opter entre l'exécution et la résolution.
105. Conventions relatives à la résolution pour inexécution.
105 *bis.* I. Stipulation de résolution.
105 *bis.* II. Stipulation que la résolution aura lieu de plein droit.
105 *bis.* III. Stipulation que la résolution aura lieu sans sommation.
105 *bis.* IV. Prescription de l'action en résolution pour inexécution.
105 *bis.* V. Action en revendication après l'arrivée de la condition résolutoire expresse.
105 *bis.* VI. Résolution contre les tiers.
SECTION II. Des obligations à terme.
106. Notion du terme.
107. Terme suspensif. - Terme résolutoire. **Art. 1185.**
107 *bis.* Terme de droit. - Terme de grâce.
108. **Art. 1186.**
108 *bis.* I. Jusqu'à quel moment le débiteur jouit du bénéfice du terme.
108 *bis.* II. Impossibilité de répéter ce qui a été payé avant le terme. - Même par erreur.
109. Le créancier peut faire des actes conservatoires.
109 *bis.* Il ne peut demander une condamnation dont l'effet serait retardé jusqu'après l'échéance.
110. Terme en faveur du créancier. - Ou en faveur des deux parties. **Art. 1187.**
110 *bis.* Exemples.
111. Déchéance du terme. **Art. 1188.**
111 *bis.* I. Faillite et déconfiture.
111 *bis.* II. Diminution des sûretés.
111 *bis.* III. Les sûretés peuvent être détruites par des actes de disposition.
111 *bis.* IV. Aliénation d'un immeuble hypothéqué.
112. Déchéance du terme de grâce.
112 *bis.* L'art. 124 du Code de procédure ne s'applique pas au terme de droit.
113. Terme résolutoire.
113 *bis.* Exemples.
SECTION III. Des obligations alternatives.
114. Notion de l'obligation alternative.
114 *bis.* Exemples.
115. Distinction entre les obligations alternatives et certaines autres obligations.
115 *bis.* I. Conséquences du caractère spécial des obligations alternatives.
115 *bis.* II. Obligations facultatives.
115 *bis.* III. Exemples d'obligation alternative.
115 *bis.* IV. Différence entre l'obligation alternative et l'obligation conditionnelle.
115 *bis.* V. Renvoi.
115 *bis.* VI. Propriété sous l'alternative.
116. **Art. 1189.**
117. **Art. 1190.**
117 *bis.* Livraison par erreur des deux choses promises.
118. **Art. 1191.**
118 *bis.* I. Cas où il est intéressant d'établir que l'option est indivisible.
118 *bis.* II. Désaccord des débiteurs ou des créanciers quant à l'exercice du droit d'option.
119. **Art. 1192.**
119 *bis.* Convention sous l'alternative déguisant une clause pénale contraire à l'article 1227.
120. Question des risques. **Art. 1193.**
120 *bis.* Perte de l'une des choses ou de toutes les choses en supposant le choix au débiteur.
121. Cas où le choix appartenait au créancier. **Art. 1194.**
121 *bis.* I. Développement et motif.
121 *bis.* II. Perte par le fait du débiteur.
121 *bis.* III. Aliénation d'une des choses promises.
122. Perte de toutes les choses par le fait du débiteur.
123. Perte de toutes les choses sans le fait du débiteur. **Art. 1195.**
124. Comment s'exerce le droit d'option.
124 *bis.* I. Développement.
124 *bis.* II. Irrévocabilité de l'option consommée.
124 *bis.* III. Délivrance de l'une des choses par suite d'erreur.

124 *bis.* IV. Règle sur les payements périodiques.
125. **Art. 1196.**
126. Obligations de genre limité.
SECTION IV. Des obligations solidaires.
127. Solidarité.
127 *bis.* I. Définition de la solidarité.
127 *bis.* II. Renvoi.
§ 1er. De la solidarité entre les créanciers.
128. **Art. 1197.**
128 *bis.* I. Utilité de la solidarité entre créanciers.
128 *bis.* II. Le bénéfice de l'obligation est partageable entre les créanciers.
128 *bis.* III. La solidarité active doit résulter du titre.
129. **Art. 1198,** 1er alin.
129 *bis.* Le débiteur peut payer à l'un des créanciers.
130. **Art. 1198,** 2e alin.
130 *bis.* I. Remise déguisée.
130 *bis.* II. Délation du serment.
130 *bis.* III. Novation. - Transaction. - Compromis.
130 *bis.* IV. Compensation. - Confusion.
130 *bis.* V. Confusion.
131. **Art. 1199.**
131 *bis.* I. La demande formée par un des créanciers fait courir les intérêts en faveur de tous.
131 *bis.* II. Suspensions de prescription.
§ 2. De la solidarité de la part des débiteurs.
132. Solidarité entre débiteurs. **Art. 1200.**
132 *bis.* La solidarité ne se confond pas avec l'indivisibilité.
133. Les codébiteurs solidaires ne sont pas des cautions mutuelles.
133 *bis.* Développement.
134. **Art. 1201.**
134 *bis.* I. Débiteurs solidaires obligés dans des conditions différentes.
134 *bis.* II. La solidarité peut résulter d'engagements contractés dans des actes différents.
135. La solidarité ne se présume pas. **Art. 1202.**
135 *bis.* I. La solidarité peut résulter d'un testament.
135 *bis.* II. Solidarité légale. - Solidarité imparfaite.
135 *bis.* III. Suite. - Cas de solidarité imparfaite.
136. Le créancier peut poursuivre le débiteur qu'il veut choisir. - **Art. 1203.**
136 *bis.* I. Pourquoi le codébiteur actionné ne peut pas opposer le bénéfice de division.
136 *bis.* II. Le codébiteur peut cependant opposer l'exception de l'art. 175 du Code de procédure.
136 *bis.* III. Division de la dette solidaire entre les héritiers d'un codébiteur décédé.
137. **Art. 1204.**
137 *bis.* Pourquoi l'art. 1204 a été rédigé.
138. Les codébiteurs se représentent jusqu'à un certain point les uns les autres.
139. **Art. 1205.**
139 *bis.* I. Conséquences et motifs de l'article.
139 *bis.* II. L'article 1205 ne peut être appliqué quand il a été promis une clause pénale.
140. **Art. 1206.**
140 *bis.* Interruption de la prescription par des actes contre un des héritiers de l'un des débiteurs.
141. **Art. 1207.**
141 *bis.* I. Motif de l'article.
141 *bis.* II. Application de l'article 1207 quand un des débiteurs est engagé purement et l'autre à terme ou sous condition.
142. Moyens de défense qui peuvent être opposés par les codébiteurs solidaires. **Art. 1208.**
142 *bis.* I. Division des moyens de défense.
142 *bis.* II. Payement. - Novation. - Remise. - Compensation.
142 *bis.* III. La compensation ne peut être même pour partie opposée par un codébiteur du chef d'un autre.
142 *bis.* IV. Perte. - Rescision. - Condition résolutoire.
142 *bis.* V. Prescription.
143. Confusion. **Art. 1209.**
143 *bis.* I. Notion de la confusion et hypothèse prévue par l'article.
143 *bis.* II. Explication du texte de l'article.
143 *bis.* III. Cas où le créancier décédé ou le débiteur décédé laisse plusieurs héritiers et où la confusion s'opère en la personne de l'un d'eux.
144. Remise de la solidarité. **Art. 1210.**
144 *bis.* I. Diverses espèces de remises où de renonciations du créancier à ses droits. - Remise de la dette, remise de la part.
144 *bis.* II. Remise de la solidarité.
144 *bis.* III. Il ne faut pas distinguer quant aux effets de la remise de solidarité si elle a ou non lieu à l'occasion d'un payement.
144 *bis.* IV. L'article 1210 est applicable nonobstant une convention contraire.
145. Remise tacite de solidarité. **Art. 1211.**
145 *bis.* I. Remise résultant de la réception d'une part de la dette.
145 *bis.* II. Remise résultant d'une demande judiciaire.
145 *bis.* III. Application de l'article 1210 à la remise tacite.
146. Remise tacite de solidarité résultant de la réception divisée des intérêts pendant 10 ans. **Art. 1212.**
146 *bis.* Développement.
147. Entre les codébiteurs la dette se divise.
147 *bis.* I. Comment la dette se divise entre les codébiteurs.
147 *bis.* II. Recours des codébiteurs les uns contre les autres.
147 *bis.* III. Le recours existe même quand la solidarité résulte de l'art. 55 du Code pénal.
147 *bis.* IV. Mais en ce cas le recours n'est pas régi par les règles du mandat.
148. Le recours n'a pas lieu pour le tout. **Art. 1214,** al. 1er.
148 *bis.* I. Cette décision se rattache aux règles sur la garantie.
148 *bis.* II. Elle s'appliquerait même au cas de subrogation légale.
149. Insolvabilité de l'un des codébiteurs. **Art. 1214,** alin. dern.
149 *bis.* I. Répartition égale de la perte résultant d'une insolvabilité.
149 *bis.* II. Répartition quand les débiteurs étaient inégalement intéressés dans l'obligation.
150. Application de l'article précédent quand l'un des codébiteurs a été déchargé de la solidarité. **Art. 1215.**
150 *bis.* I. La perte résultant d'une insolvabilité est supportée par les codébiteurs déchargés de la solidarité, pour leur part.
150 *bis.* II. Malgré cette décision, la remise de solidarité présente quelque intérêt pour le débiteur.
150 *bis.* III. Le créancier qui a fait la remise de solidarité peut agir contre le débiteur déchargé si tous les autres sont insolvables.
150 *bis.* IV. Convention dérogeant à l'art. 1215.
151. **Art. 1216.**
151 *bis.* I. Quand un seul des codébiteurs est intéressé à la dette, les autres sont entre eux comme des cofidéjusseurs.
151 *bis.* II. A l'égard des créanciers, les codébiteurs sont réputés également intéressés.
SECTION V. Des obligations divisibles et indivisibles.
152. Obligations divisibles et indivisibles. **Art. 1217** et **1218.**
153. Trois espèces d'indivisibilité reconnues par les anciens auteurs.
154. Confusion possible entre deux des espèces d'indivisibilité.
154 *bis.* I. Notion de l'indivisibilité.
154 *bis.* II. Indication sommaire de l'intérêt de la distinction entre les obligations divisibles et indivisibles.
154 *bis.* III. Indivisibilité tenant à la nature de l'objet. - Division matérielle.
154 *bis.* IV. Division intellectuelle.
154 *bis.* V. Choses indivisibles à la fois matériellement et intellectuellement.
154 *bis.* VI. Indivisibilité résultant de la volonté des parties.
154 *bis.* VII. Indivisibilité solutione.
155. **Art. 1219.**
155 *bis.* Différences entre la solidarité et l'indivisibilité.
§ 1er. Des effets de l'obligation divisible.
156. Division des dettes et des créances après la mort du débiteur ou du créancier. **Art. 1220.**
156 *bis.* I. La dette divisible ne se divise pas entre un créancier et un débiteur uniques.
156 *bis.* II. Division de la dette ou de la créance divisible quand il y a eu dès le principe plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs.
156 *bis.* III. Motifs de la division au cas de décès du créancier ou du débiteur.
156 *bis.* IV. Division entre les successeurs autres que les héritiers.
156 *bis.* V. Les effets de la division cessent-ils quand les droits ou les obligations divisées se trouvent réunies en la même personne?
157. Exceptions à la règle de la divisibilité. **Art. 1221.**
157 *bis.* I. **Art. 1221,** 1°.
157 *bis.* II. **Art. 1221,** 2°.
157 *bis.* III. Suite.
157 *bis.* IV. **Art. 1221,** 3°.
157 *bis.* V. Indivisibilité du choix dans les obligations alternatives.
157 *bis.* VI. **Art. 1221,** 4°.
157 *bis.* VII. La convention peut imposer la charge de faire l'avance à celui des débiteurs que le créancier choisira.
127 *bis.* VIII. **Art. 1221,** 5°.
157 *bis.* IX. L'article 1221-5° ne fait pas double emploi avec l'article 1218.
157 *bis.* X. Suite et exemples.
157 *bis.* XI. Les obligations dont parle l'article 1221 peuvent donner lieu à une demande du tout.
§ 2. Des effets de l'obligation indivisible.
158. **Art. 1222, 1223, 1224,** 1er alin.
158 *bis.* Chaque débiteur peut être poursuivi pour le tout - et chaque créancier peut demander le tout.
159. **Art. 1224,** 2e alin.
159 *bis.* I. Un des créanciers ne peut pas faire remise, ni contester une dation en paiement, ni transformer aucunement la créance.

159 *bis.* II. Ces actes auront cependant un certain effet.
159 *bis.* III. Exception.
159 *bis.* IV. Transformation nécessaire de la dette en une dette de dommages-intérêts.
160. **Art. 1225.**
160 *bis.* I. Le droit conféré par l'article ne se confond pas avec celui qui résulte de l'article 174 du Code de procédure.
160 *bis.* II. Quel intérêt a le débiteur assigné à faire prononcer une condamnation commune.
160 *bis.* III. Cas où le débiteur assigné pourrait seul exercer l'obligation.
160 *bis.* IV. Cas où l'obligation ne pourrait être exécutée que par tous les codébiteurs réunis.
161. Interruption ou suspension de prescription.
161 *bis.* I. L'acte d'un créancier profite aux autres. - L'acte qui interrompt la prescription contre un débiteur nuit aux autres.
161 *bis.* II. Perte de la chose par le fait de l'un des débiteurs.
161 *bis.* III. Les obligations dont parle l'article 1221-2°, 4° et 5° sont-elles soumises à toutes les règles de l'indivisibilité?
SECTION VI. Des obligations avec clause pénale.
162. Notion de la clause pénale. **Art. 1226.**
162 *bis.* I. L'obligation sous clause pénale n'est pas une obligation alternative. - Ni une obligation facultative. - Ni une obligation sous une condition dépendant de la volonté du débiteur.
162 *bis.* II-III. Distinction de l'obligation sous clause pénale et de quelques autres obligations.
163. Nullité de la clause pénale. **Art. 1227.**
163 *bis.* I. Restriction.
163 *bis.* II. Promesse pour autrui sous une clause pénale.
163 *bis.* III. Vente de la chose d'autrui.
164. **Art. 1228.**
164 *bis.* Développement.
165. **Art. 1229,** 1er alin.
165 bis. La peine représente les dommages-intérêts.
166. On ne peut cumuler le principal et la peine. **Art. 1229.** Dern. alin.
166 *bis.* I. Motif.
166 *bis.* II. Clause pénale moratoire.
166 *bis.* III. Convention autorisant le cumul.
167. **Art. 1230.**
167 *bis.* I. Application des principes généraux.
167 *bis.* II. Obligation de prendre livraison.
168. Exécution partielle. **Art. 1231.**
168 *bis.* I. Appréciation des juges.
168 *bis.* II. Suite.
168 *bis.* III. Violation de la loi sur l'intérêt de l'argent.
169. **Art. 1232.**
169 *bis.* I. Obligation indivisible.
169 *bis.* II. Clause pénale indivisible.
169 *bis.* III. Hypothèque garantissant la clause pénale.
169 *bis.* IV. Contravention de plusieurs des héritiers.
170, 171. **Art. 1233.**
171 *bis.* Obligation divisible du débiteur unique envers un des créanciers.
CHAPITRE V. DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.
172. Enumération des modes d'extinction des obligations. **Art. 1234.**
172 *bis.* I. Effet de la condition résolutoire.
172 *bis.* II. Mort du créancier ou du débiteur.
SECTION Ire. Du paiement.
173. Division.
§ 1er. Du paiement en général.
174. Notion du paiement. **Art. 1235.**
174 *bis.* I. Conséquences des idées générales sur le paiement.
174 *bis.* II. Obligations naturelles.
174 *bis.* III. Effets de l'obligation naturelle.
174 *bis.* IV. Exemples d'obligations naturelles.
174 *bis.* V. Autres exemples. - Dettes annulables.
174 *bis.* VI. Donation nulle en la forme.
174 *bis.* VII. Dettes remises par concordat.
174 *bis.* VIII. Dettes de jeu.
174 *bis.* IX. Dettes résultant de conventions prohibées.
174 *bis.* X. Obligations morales.
174 *bis.* XI. Le paiement de l'obligation naturelle doit être fait en connaissance de cause.
174 *bis.* XII. Différence entre le paiement d'une dette naturelle et le paiement de l'indû.
175. Qui peut payer. **Art. 1236.**
175 *bis.* I. Division.
175 *bis.* II. Le débiteur peut payer.
175 *bis.* III. Personnes intéressées qui peuvent payer.
175 *bis.* IV. Tiers qui agissent au nom et en l'acquit du débiteur.
175 *bis.* V. Tiers qui agit en son propre nom.
175 *bis.* VI. Le tiers qui paie ne peut pas exiger la subrogation.
175 *bis.* VII. Suite.
175 *bis.* VIII. Motif de cette règle.
175 *bis.* IX. Réfutation d'une doctrine contraire sur les derniers mots de l'article 1236.
175 *bis.* X. Le paiement peut-il avoir lieu malgré le débiteur?
175 *bis.* XI. Quand ce paiement a eu lieu du consentement du créancier, le tiers a-t-il un recours?
176. **Art. 1237.**
176 *bis.* I. Obligations de faire qui peuvent ou ne peuvent pas être accomplies par des tiers.
176 *bis.* II. Application de l'article 1237 aux coobligés et aux cautions.
177. **Art. 1238.**
177 *bis.* I. La règle de l'article 1238 n'est pas toujours vraie.
177 *bis.* II. Elle ne s'applique pas aux cas où la propriété est transférée par la convention.
177 *bis.* III. Cette règle n'était pas absolument vraie dans l'ancien droit.
177 *bis.* IV. Conséquences de la règle.
177 *bis.* V. Le créancier peut refuser de recevoir quand le paiement n'est pas fait dans les conditions de l'article 1238.
177 *bis.* VI. Paiement de la chose d'autrui. - Le créancier peut le refuser. - Celui qui a payé a intérêt à répéter.
177 *bis.* VII. Il peut répéter.
177 *bis.* VIII. Motifs de cette décision.
177 *bis.* IX. Le créancier qui subit cette répétition doit recevoir une chose égale à celle qui lui avait été payée.
177 *bis.* X. Consommation par celui qui a reçu de la chose d'autrui livrée.
177 *bis.* XI. Droits du propriétaire de la chose livrée a non domino.
177 *bis.* XII. Le créancier qui a reçu de bonne foi un meuble appartenant à autrui peut demander un second paiement.
177 *bis.* XIII. Même solution à propos des immeubles.
177 *bis.* XIV. Perte de la chose d'autrui payée.
177 *bis.* XV. Paiement par un incapable.
177 *bis.* XVI. Perte de la chose payée par un incapable.
177 *bis.* XVII. Consommation de la chose payée par un incapable.
178. **Art. 1239.**
178 *bis.* I. Différents mandataires à l'effet de recevoir.
178 *bis.* II. Procuration fausse.
178 *bis.* III. Mandat expiré.
178 *bis.* IV. Paiement irrégulier validé ex post facto.
179. Paiement fait de bonne foi au possesseur de la créance. **Art. 1240.**
179 *bis.* I. Qu'est-ce que la possession de la créance?
179 *bis.* II. Possession d'une créance faisant partie d'une universalité.
179 *bis.* III. Possession d'une créance en vertu d'une cession annulée ou résolue.
179 *bis.* IV. Titres au porteur.
180. Paiement au créancier incapable. **Art. 1241.**
180 *bis.* I. Motif de la règle.
180 *bis.* II. Validité du paiement fait à l'incapable quand la chose livrée lui a profité.
180 *bis.* III. A quel moment faut-il que la chose ait profité au créancier? - Opinion de Pothier.
180 *bis.* IV. Réfutation.
180 *bis.* V. Suite.
180 *bis.* VI. Le débiteur peut répéter la chose payée à l'incapable.
180 *bis.* VII. Application de cette idée au cas de contrat synallagmatique.
181. Paiement fait au préjudice d'une saisie-arrêt. **Art. 1242.**
181 *bis.* I. Notion de la saisie-arrêt.
181 *bis.* II. Conséquences du paiement fait nonobstant la saisie-arrêt.
181 *bis.* III. Recours du tiers saisi contre le saisi.
181 *bis.* IV. Quels sont les paiements faits au préjudice du saisissant.
181 *bis.* V. Les saisissants postérieurs aux paiements ne peuvent se plaindre de ces paiements.
181 *bis.* VI. Le tiers saisi peut déposer les fonds à la caisse des consignations.
181 *bis.* VII. La consignation peut lui être imposée.
181 *bis.* VIII. Obstacle aux saisies pratiquées par des créanciers fictifs.
181 *bis.* IX. Objections au système qui vicie les paiements de ce qui excède les causes de la saisie.
181 *bis.* X. Pratique imaginée en vue de cette objection.
181 *bis.* XI. Examen de cette pratique.
181 *bis.* XII. A quel moment la somme saisie-arrêtée cesse-t-elle d'être le gage commun des créanciers du saisi.

181 *bis.* XIII. Saisie ayant un objet autre que de l'argent.
182. Le paiement doit avoir pour objet la chose due. **Art. 1243.**
182 *bis.* I. Motif de la règle.
182 *bis.* II. Dation en paiement.
183. Interdiction des paiements partiels. - Exception. - Délais de grâce. **Art. 1244.**
183 *bis.* I. Motif de l'article.
183 *bis.* II. Paiement séparé d'intérêts ou de loyers.
183 *bis.* III. Exception à la règle.
183 *bis.* IV. Les juges peuvent autoriser le fractionnement du paiement.
183 *bis.* V. Les choses restent en état lorsque le juge accorde des délais.
183 *bis.* VI. Les juges peuvent-ils accorder des délais quand le titre est exécutoire? - Grosses de jugement.
183 *bis.* VII. Actes notariés.
183 *bis.*. VIII. Suite.
183 *bis.* IX. On peut renoncer par convention au bénéfice de l'article 1244.
184. **Art. 1245.**
185. Paiement de la dette de genre. **Art. 1246.**
185 *bis.* A quel principe se rattache l'article.
186. Lieu du paiement. **Art. 1247.**
186 *bis.* Développement.
187. Frais du paiement. **Art. 1248.**
187 *bis.* Développement.
§ 2. Du paiement avec subrogation.
188, 189. Notion de la subrogation. **Art. 1249.**
189 *bis.* I. Hypothèses dans lesquelles se produit la subrogation. - Utilité.
189 *bis.* II. Deux systèmes sur la subrogation. - Premier système. - La créance primitive est éteinte.
189 *bis.* III. Conséquences pratiques de ce système.
189 bis.*bis.* IV. Deuxième système. - La créance primitive est cédée.
189 *bis.* V. Suite.
189 bis.*bis.* VI. La subrogation n'est pas la cession proprement dite.
189 *bis.* VII-XI. Différences.
189 *bis.* XII. Distinguer en fait la cession de la subrogation d'après l'intention des parties.
190. Subrogation par la volonté du créancier. **Art. 1250,** 1°.
190 *bis.* I. Développement.
190 *bis.* II. La subrogation doit être expresse.
191. Subrogation par la volonté du débiteur. **Art. 1250,** 2°.
191 *bis.* I. Hypothèse.
191 *bis.* II. L'ancien créancier ni les tiers ne souffrent de cette subrogation.
191 *bis.* III. Historique.
191 *bis.* IV. Intérêt actuel de cette subrogation.
191 *bis.* V. Conditions de forme.
191 *bis.* VI. Authenticité de l'acte d'emprunt.
191 *bis.* VII. Suite.
191 *bis.* VIII. Authenticité de la quittance.
191 *bis.* IX. Il n'est pas nécessaire que les actes soient dressés au moment même de l'emprunt ou du paiement.
191 *bis.* X. L'emprunt et le paiement peuvent être séparés par un intervalle de temps.
191 *bis.* XI. Il n'est pas nécessaire que les deniers payés soient identiquement les deniers empruntés.
191 *bis.* XII. Danger que court le prêteur quand le paiement et l'emprunt ne sont pas simultanés.
191 *bis.* XIII. Le débiteur qui veut user de l'article 1250-2° peut faire des offres réelles.
192. Subrogation légale. **Art. 1251.**
193. 1er cas de subrogation légale.
193 *bis.* I. Intérêt du créancier qui paie un créancier préférable.
193 *bis.* II. Origine de la disposition. - Critique.
193 *bis.* III. Un créancier chirographaire pourrait être subrogé dans les termes de l'article.
194. 2e cas de subrogation légale.
194 *bis.* I. Intérêt de l'acheteur qui paie les créanciers hypothécaires.
194 *bis.* II. Danger que court l'acheteur.
194 *bis.* III. L'article néanmoins donne à l'acheteur une protection effective.
194 *bis.* IV. Il n'est pas nécessaire que l'acheteur ait payé la totalité du prix.
194 *bis.* V. L'acheteur est subrogé même quand il a payé au delà du prix.
195. 3e cas de subrogation légale.
195 *bis.* I. Personnes tenues avec d'autres ou par d'autres.
195 *bis.* II. Le tiers détenteur qui paie la dette est subrogé.
195 *bis.* III. Conséquence.
196. 4e cas de subrogation légale.
196 *bis.* Développement.
197. **Art. 1252.**
197 *bis.* I. Contre quelles personnes la subrogation confère-t-elle des droits?
197 *bis.* II. Des jurisconsultes ont refusé l'action contre le tiers détenteurs.
197 *bis.* III. Discussion.
197 *bis.* IV. Personnes qui ont droit réciproquement à la subrogation les unes contre les autres.
197 *bis.* V. Rapports des tiers détenteurs de biens hypothéqués à la même dette.
197 *bis.* VI-VII. Suite.
197 *bis.* VIII. Répartition de la dette entre les tiers détenteurs.
197 *bis.* IX. Exemple.
197 *bis.* X. Rapports de la caution et du tiers détenteur.
197 *bis.* XI. Caution réelle.
197 *bis.* XII. Le subrogeant est préférable au subrogé qui lui a fait un paiement partiel.
197 *bis.* XIII. Dérogation conventionnelle à la règle.
197 *bis.* XIV. Critique.
197 *bis.* XV. La préférence accordée au subrogeant passerait à un second subrogé.
197 *bis.* XVI. Nouvelle différence entre la subrogation et la cession.
197 *bis.* XVII. Dans une contribution, le subrogeant et le subrogé peuvent concourir.
§ 3. De l'imputation des paiements.
198. **Art. 1253.**
198 *bis.* I. L'imputation s'appuie toujours sur la volonté expresse ou tacite du débiteur.
198 *bis.* II. Le débiteur doit respecter les droits du créancier.
198 *bis.* III. Il faut que les dettes aient des objets de même nature.
199. **Art. 1254.**
199 *bis.* I. Développement.
199 *bis.* II. Interprétation de convention.
200. **Art. 1255.**
200 *bis.* Réclamation contre l'imputation résultant du dol.
201. **Art. 1256.**
201 *bis.* I. Extinction de la dette échue.
201 *bis.* II. De la dette la plus onéreuse.
201 *bis.* III. Extinction de la plus ancienne.
201 *bis.* IV. L'ancienneté ne dépend pas de la date de l'échéance.
201 *bis.* V. Combinaison des règles sur l'imputation avec l'article 1848.
§ 4. Des offres de paiement et de la consignation.
202. Offres réelles et consignation. **Art. 1257.**
202 *bis.* I. Notion des offres. - Utilité.
202 *bis.* II. Raison de la consignation.
202 *bis.* III. L'effet libératoire n'est produit qu'après la consignation.
202 *bis.* IV. Dans quel sens l'article 816 P. C. a dit que les intérêts cesseraient du jour de la réalisation.
202 *bis.* V. Les offres suivies de consignation ne donnent pas au créancier la propriété de la chose offerte.
203. **Art. 1258.**
203 *bis.* I. Offres excessives.
203 *bis.* II. Pourquoi les offres sont faites au domicile du créancier.
203 *bis.* III. Offres faites au lieu convenu pour le paiement.
203 *bis.* IV. Constatation authentique des offres par un officier public.
203 *bis.* V. Conditions de validité du procès-verbal d'offres.
204. **Art. 1259.**
204 *bis.* I. Sommation au créancier.
204 *bis.* II. Procès-verbal de dépôt.
205. **Art. 1260.**
205 *bis.* I. Les frais de quittance restent à la charge du débiteur.
205 *bis.* II. Acceptation des offres au moment de la consignation. - Frais.
205 *bis.* III. Acceptation des offres au moment où elles sont faites. - Frais.
206. Le débiteur n'est pas lié par ses offres. **Art. 1261.**
206 *bis.* I. La créance contre la caisse des consignations appartient au débiteur qui a fait les offres.
206 *bis.* II. Conséquence.
207. Quand le débiteur est lié. **Art. 1262-1263.**
207 *bis.* I. Développement.
207 *bis.* II. Le créancier consentant au retrait ne pourrait nuire aux tiers intéressés à l'extinction de la dette.
207 *bis.* III. Accession des tiers intéressés à la convention qui autorise le retrait.
207 *bis.* IV. Sens des mots jugement passé en force de chose jugée.
207 *bis.* V. Le retrait peut-il avoir lieu pendant les délais d'opposition ou d'appel?

208. **Art. 1264.**
208 *bis.* I. Motif de l'article.
208 *bis.* II. Cas où la livraison devrait être faite au domicile du créancier.
208 *bis.* III. Dette de quantité.
§ 5. De la cession de biens.
209. Notion de la cession de biens. **Art. 1265.**
210. Sens spécial du mot cession.
211. Des cessions de biens. **Art. 1266.**
212. Cession volontaire. **Art. 1267.**
213. Cession judiciaire. **Art. 1268.**
213 *bis.* Utilité de la cession de biens même depuis la loi de 1867.
214. Effet de la cession de biens. **Art. 1269.**
214 *bis.* Développement.
215. Cas où la cession ne peut être admise. **Art. 1270.**
216. **Art. 1270,** alin. 2 et 3.
SECTION II. De la novation.
217. Notion de la novation.
217 *bis.* Développement.
218. La novation était admise en droit romain.
218 *bis.* Différence entre le droit romain et le droit français.
219. Trois manières d'opérer la novation. **Art. 1271.**
219 *bis.* I. Explication et développement.
219 *bis.* II. Comparaison de la novation par changement de créancier avec la cession et la subrogation.
219 *bis.* III. Nullité de la première et de la deuxième obligation.
219 *bis.* IV. La première obligation est annulable. Cas où la novation est faite par le même débiteur.
219 *bis.* V. Cas où le débiteur a changé.
219 *bis.* VI. La deuxième obligation est annulable.
219 *bis.* VII. Novation d'une obligation naturelle ou par une obligation naturelle.
219 *bis.* VIII. L'une des deux dettes est conditionnelle.
220. Capacité des parties. **Art. 1272.**
220 *bis.* I. Capacité du créancier qui renonce à sa créance et du débiteur qui s'oblige.
220 *bis.* II. Application de l'article 1125.
221. La novation ne se présume pas. **Art. 1273.**
222. Le consentement du débiteur libéré n'est pas requis. **Art. 1274.**
222 *bis.* I. Consentements exigés pour la novation.
222 *bis.* II. Dérogation à l'article 1121.
222 *bis.* III. Consentements exigés quand la novation a lieu par changement de créancier.
223. Délégation. **Art. 1275.**
223 *bis.* I. Notion de la délégation.
223 *bis.* II. Délégant. - Délégué. - Délégataire.
223 *bis.* III. Délégation parfaite et imparfaite.
223 *bis.* IV. La règle sur la délégation est en harmonie avec l'article 1273.
223 *bis.* V. La délégation parfaite produit quelquefois plusieurs novations.
224. **Art. 1276.**
224 *bis.* I. Dans deux cas le délégataire a un recours contre le délégant.
224 *bis.* II. Nature de ce recours.
224 *bis.* III. Suite.
225. **Art. 1277.**
226. La novation éteint les droits accessoires de la créance, à moins de conventions contraires. **Art. 1278.**
226 *bis.* I. Développement.
226 *bis.* II. La réserve des accessoires peut avoir lieu dans tous les cas de novation.
226 *bis.* III. Cas où le débiteur a changé.
226 *bis.* IV. Suite.
226 *bis.* V. On peut réserver les priviléges.
226 *bis.* VI. La réserve des droits accessoires ne peut pas nuire aux tiers.
227. Les priviléges et hypothèques ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur. **Art. 1279.**
227 *bis.* I. Hypothèse prévue par l'article.
227 *bis.* II. Constitution d'une nouvelle hypothèque.
228. Les hypothèques ne peuvent être réservées sur les biens d'un codébiteur solidaire. **Art. 1280.**
228 *bis.* I. Novation faite par un nouveau débiteur étranger à la dette. - Réserve des hypothèques.
228 *bis.* II. La décision de l'article n'est pas en harmonie avec l'article 1278.
228 *bis.* III. Inconvénient de l'article.
229. Les codébiteurs ou les cautions ne sont obligés que s'ils ont accédé à la nouvelle obligation. **Art. 1281.**
229 *bis.* I. Développement.
229 *bis.* II. Novation faite par la caution.
SECTION III. De la remise de la dette.
230. Le consentement peut éteindre les obligations.
230 *bis.* I. Notion de la remise de dette.
230 *bis.* II. Effet de la remise de dette quand l'objet dû est un corps certain.
230 *bis.* III. La remise à titre gratuit est au fond une donation.
230 *bis.* IV. La remise suppose le consentement du débiteur.
231 Restitution du titre original sous seing privé. **Art. 1282.**
231 *bis.* I. Motif de l'article.
231 *bis.* II. L'article établit une présomption.
231 *bis.* III. La restitution du titre doit être volontaire, en quel sens?
231 *bis.* IV. La restitution du titre sous seing privé fait présumer le paiement.
232. Restitution d'une grosse. **Art. 1283.**
232 *bis.* I. Motif de l'article.
232 *bis.* II. La présomption peut être combattue par la preuve contraire.
232 *bis.* III. On peut prouver qu'il y a eu donation.
232 *bis.* IV. Renvoi à l'article 1286.
233. La restitution du titre ou de la grosse profite à tous les codébiteurs. **Art. 1284.**
233 *bis.* I. Effets de la remise de dette. - Distinction.
233 *bis.* II. La restitution du titre privé ou de la grosse libère les codébiteurs.
233 *bis.* III. Elle libère les cautions.
233 *bis.* IV. La restitution faite à la caution libère le débiteur et les cofidéjusseurs.
233 *bis.* V. Codébiteurs conjoints.
233 *bis.* VI. Le coobligé qui a reçu le titre ne peut recourir contre les autres obligés sans prouver le paiement.
234-235. Effet de la remise conventionnelle. **Art. 1285.**
235 *bis.* Développement.
236. **Art. 1286.**
237. Remise conventionnelle faite soit au débiteur principal, soit à la caution. **Art. 1287.**
237 *bis.* I. Exception au cas de concordat.
237 *bis.* II. La remise faite à l'une des cautions profite aux autres au moins pour partie.
238. Remise accordée à titre onéreux à la caution. **Art. 1288.**
238 *bis.* Restriction à la liberté des conventions.
SECTION IV. De la compensation.
239. Notion de la compensation. **Art. 1289.**
239 bis.*bis.* Développement.
240. Diverses espèces de compensation.
240 *bis.* Développement.
241. Comment opère la compensation légale. **Art. 1290.**
241 *bis.* I. Elle a lieu de plein droit et seulement jusqu'à concurrence de la plus faible dette.
241 *bis.* II. Dérogation à l'article 1244.
241 *bis.* III. Convention interdisant la compensation.
242. Conditions de la compensation légale. **Art. 1291 et 1292.**
242 *bis.* I. Enumération.
242 *bis.* II. Fongibilité des choses dues.
242 *bis.* III. Le caractère de fongibilité dépend de la volonté des parties.
242 *bis.* IV. Pourquoi la fongibilité est exigée.
242 *bis.* V. Liquidité.
242 *bis.* VI. Cette condition se rattache à celle d'exigibilité.
242 *bis.* VII. Critique.
242 *bis.* VIII. Exigibilité.
242 *bis.* IX. Dettes sous condition suspensive.
242 *bis.* X. Dettes naturelles.
242 *bis.* XI. Terme de grâce.
242 *bis.* XII. Compensation entre une dette d'argent et une dette de grains ou denrées.
242 *bis.* XIV. La compensation n'est pas possible entre la dette du vendeur de grains ou denrées et celle de l'acheteur.
242 *bis.* XV. Pas de compensation entre deux dettes de grains ou denrées.
243-244. La cause des deux dettes est indifférente. - Exceptions. **Art. 1293.**
244 bis.*bis.* I. 1re exception. - Cas de spoliation.
244 *bis.* II. Suite.
244 *bis.* III. 2e exception. - Dépôt. - Prêt à usage.
244 *bis.* IV. Les règles générales font obstacle à la compensation dans ces hypothèses.
244 bis.*bis.* V. Critique.
244 *bis.* VI. L'article 1293-2° contient d'abord une disposition vraie mais inutile.

244 *bis.* VII. Il a de plus songé au dépôt irrégulier.
244 *bis.* VIII. Pas de commodat irrégulier.
244 *bis.* IX. 3e exception. - Aliments insaisissables.
244 *bis.* X. Motif.
245. Le créancier seul peut opposer une dette en compensation.
246. Cependant la caution peut opposer la compensation du chef du débiteur principal. **Art. 1294.**
246 *bis.* I. Les deux dettes doivent être principales.
246 *bis.* II. Le débiteur ne peut opposer la compensation du chef de la caution.
246 *bis.* III. Codébiteurs solidaires. - Renvoi.
246 *bis.* IV. Cautions solidaires.
247. Créances cédées. **Art. 1295.**
247 *bis.* I. Le cédé ne peut opposer au cessionnaire la compensation du chef du cédant.
247 *bis.* II. Cette décision suppose une cession rendue parfaite par la signification.
247 *bis.* III. Cession acceptée par le cédé.
247 *bis.* IV. Droits des tiers dans cette hypothèse.
247 *bis.* V. Renvoi.
248. Dettes payables en des lieux différents. **Art. 1296.**
248 *bis.* Exception à la règle de la liquidité.
249. **Art. 1297.**
250. Saisie-arrêt. **Art. 1298.**
250 *bis.* I. Hypothèse.
250 *bis.* II. La compensation est impossible même pour ce qui excède les causes de la saisie.
250 *bis.* III. Le tiers saisi peut pratiquer une saisie-arrêt sur lui-même.
250 *bis.* IV. Cas analogue à celui de saisie-arrêt.
251. **Art. 1299.**
251 *bis.* I. Le débiteur qui a payé malgré la compensation n'a qu'une action en répétition de l'indu.
251 *bis.* II. L'ancienne action et ses accessoires sont conservés au cas d'erreur légitime.
251 *bis.* III. Cautionnements.
251 *bis.* IV. Quand il n'y a pas eu juste cause d'erreur, il ne faut pas distinguer s'il y a eu ou non erreur.
251 *bis.* V. Compensation facultative.
251 *bis.* VI. Moment où elle produit ses effets.
251 *bis.* VII. Compensation judiciaire par suite d'une demande reconventionnelle.
251 *bis.* VIII. Différence entre cette compensation et les deux autres.
251 *bis.* IX. Saisie-arrêt sur soi-même.
251 *bis.* X. Suite.
SECTION V. De la confusion.
252. Notion de la confusion. **Art. 1300.**
252 *bis.* I. Hypothèse.
252 *bis.* II. Comment les deux qualités de créancier et de débiteur peuvent être réunies.
252 *bis.* III. Confusion résultant d'une acquisition de la créance à titre particulier.
252 *bis.* IV. La confusion n'a pas un effet aussi complet que le paiement.
253. **Art. 1301.**
253 *bis.* I. La caution profite de la confusion opérée en la personne du débiteur.
253 *bis.* II. Réunion des qualités de caution et de créancier.
253 *bis.* III. Cas où le créancier devient l'un des débiteurs solidaires.
254. Confusion partielle.
254 *bis.* I. Renvoi.
254 *bis.* II. Réunion des qualités de caution et de débiteur principal.
254 *bis.* III. Confusion opérée en la personne de deux codébiteurs solidaires.
255. La confusion cesse en cas d'acceptation bénéficiaire ou de bénéfice d'inventaire.
255 *bis.* I. Effet de la séparation des patrimoines.
255 *bis.* II. Suite.
255 *bis.* III. Confusion sous condition résolutoire.
SECTION VI. De la perte de la chose due.
256. **Art. 1302,** alinéa 1er.
256 *bis.* I. Généralisation.
256 *bis.* II. Genera non pereunt. - Exceptions.
256 *bis.* III. Le débiteur est responsable de son simple fait.
256 *bis.* IV. Conciliation avec l'article 1382.
257. **Art. 1302,** alinéa 2e.
257 *bis.* I. Demeure du débiteur.
257 *bis.* II. Responsabilité des cas fortuits acceptée par convention.
258. **Art. 1302,** alinéa 3e.
258 *bis.* Application de l'article 1315.
259. **Art. 1302,** alinéa dernier.
259 *bis.* Le voleur est responsable même au cas où la chose eût dû périr chez le créancier.
260. **Art. 1303.**
260 *bis.* I. Le débiteur doit livrer les accessoires de la chose périe. - Restriction.
260 *bis.* II. Inutilité de la cession d'action dont parle l'article.
260 *bis.* III. L'action contre une compagnie d'assurance ne devrait pas être cédée.
260 *bis.* IV. De l'obligation corrélative à l'obligation éteinte par la perte dans les contrats synallagmatiques.
SECTION VII. De l'action en nullité ou en rescision des conventions.
261. Notion de la nullité ou rescision.
262. Distinction entre les conventions nulles et celles qui sont exposées à l'action en nullité ou en rescision.
262 *bis.* I. Nullité. - Annulabilité.
262 *bis.* II. Conséquences de la distinction.
263. Actes entachés de nullité absolue ou simplement annulables.
263 *bis.* Pourquoi l'incapacité ne produit pas une nullité radicale.
264. L'action en nullité ou en rescision est une seule action.
264 *bis.* I. Distinction ancienne entre l'action en nullité et l'action en rescision.
264 *bis.* II. L'action fondée sur la lésion est habituellement appelée action en rescision.
265. L'action en nullité ou rescision dure dix ans. **Art. 1304.**
265 *bis.* I. L'expiration du délai équivaut à une ratification.
265 *bis.* II. Suite.
265 *bis.* III. La règle est une règle de prescription. - Intérêt de cette observation.
265 *bis.* IV. Objection et réfutation.
265 *bis.* V. Suite.
265 *bis.* VI. La nullité ne peut pas être opposée plus longtemps par voie d'exception que par voie d'action.
265 *bis.* VII. Suite.
265 *bis.* VIII. Argument tiré de l'article 39 de la loi sur les aliénés.
265 *bis.* IX. Généralisation de l'article 1304.
265 *bis.* X. L'article ne s'applique pas aux résolutions.
266. Principales causes de nullité ou rescision.
267-268-269-270. Nullité des actes faits par les mineurs. **Art. 1305.**
270 *bis.* I. Examen de la théorie de M. Demante.
270 *bis.* II. Distinction des actes du mineur en actes nuls en la forme et actes sujets à restitution.
270 *bis.* III. Sont nuls en la forme les actes qui ne sont pas passés dans la forme légale.
270 *bis.* IV. Division.
270 *bis.* V. Actes du mineur non émancipé accomplis par lui seul.
270 *bis.* VI-VIII. Suite.
270 *bis.* IX-X. Actes du mineur émancipé non assisté quand il devait l'être.
270 *bis.* XI. Actes faits par le tuteur dans les limites de ses pouvoirs.
270 *bis.* XII. Hypothèse.
270 *bis.* XIII-XVII. Discussion de l'opinion de M. Demante.
270 *bis.* XVIII. Actes du mineur émancipé assisté.
270 *bis.* XIX. Opinion de M. Demante amendée par lui-même.
270 *bis.* XX. Résumé de la théorie proposée contre celle de M. Demante.
270 *bis.* XXI. Intérêt de la distinction entre la nullité pour vice de forme et la nullité pour lésion.
270 *bis.* XXII. Avantage du système qui refuse au mineur une protection exagérée.
270 *bis.* XXIII. Actes faits par un mineur avec un autre mineur.
271. **Art. 1306.**
271 *bis.* I. Exemple.
271 *bis.* II. Le préjudice ne résulte pas d'un événement casuel quand il provient de l'imprudence du mineur.
272. Déclaration de majorité. **Art. 1307.**
272 *bis.* Motif de l'article.
273. **Art. 1309-1310-1314.**
273 *bis.* Développement.
274. **Art. 1311.**
275. **Art. 1312.**
275 *bis.* Motif de l'article.
CHAPITRE VI. DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAIEMENT.
276. **Art. 1315.**
276 *bis.* I. Généralité de la théorie des preuves.
276 *bis.* II. Double sens du mot preuve.
276 *bis.* III. Qui doit prouver? Intérêt de la question.
276 *bis.* IV. Règle de l'article 1315.
276 *bis.* V. Généralisation de la règle.

276 *bis.* VI. Formule pratique de la règle.
276 *bis.* VII. Preuve des faits négatifs.
276 *bis.* VIII. Conséquences du défaut de preuves.
277. **Art. 1316.**
SECTION 1re. De la preuve littérale.
278. Deux classes d'écrits.
278 *bis.* Double sens des mots titre et acte.
§ 1er. Du titre authentique.
279. Acte authentique. **Art. 1317.**
279 *bis.* I. Définition. - Etymologie.
279 *bis.* II. Officiers publics.
279 *bis.* III. Les procès-verbaux de conciliation sont authentiques.
279 *bis.* IV. Notaires.
279 *bis.* V. Compétence de l'officier.
279 *bis.* VI. Compétence réelle.
279 *bis.* VII. Formalités.
280. Acte authentique imparfait. **Art. 1218.**
280 *bis.* I. Motif de l'article.
280 *bis.* II. Incompétence. - Incapacité. - Vice de forme.
280 *bis.* III. Les articles 1325 et 1326 sont inapplicables aux actes notariés imparfaits.
280 *bis.* IV. Actes émanés d'une personne qui n'a pas le caractère d'officier public.
281. Foi et force de l'acte en forme authentique. **Art. 1319.**
282. **Art. 1320.**
282 *bis.* I. Division de la matière.
282 *bis.* II. L'acte en forme authentique est réputé authentique.
282 *bis.* III. Motif de la règle.
282 *bis.* IV. L'acte authentique fait foi des faits attestés par l'officier.
282 *bis.* V. Quels sont ces faits?
282 *bis.* VI. Motif de la règle.
282 *bis.* VII. Ces attestations font foi *ergà omnes.*
282 *bis.* VIII. Pourquoi l'article 1319 semble ne leur donner qu'une force relative.
282 *bis.* IX. Développements.
282 *bis.* X. Toutes les déclarations des parties n'ont pas la même force.
282 *bis.* XI. Dispositions.
282 *bis.* XII. Enonciations.
282 *bis.* XIII. Enonciations qui n'ont pas un rapport direct avec la disposition.
282 *bis.* XIV. Abandon de la règle *in antiquis enuntiativa probant.*
282 *bis.* XV. Force exécutoire.
282 *bis.* XVI. Suspension de l'exécution à l'occasion d'une procédure de faux.
282 *bis.* XVII. Procédure criminelle.
282 *bis.* XVIII. Procédure civile.
283. Contre-lettre. **Art. 1321.**
283 *bis.* I. Notion de la contre-lettre.
283 *bis.* II. But de la contre-lettre.
283 *bis.* III. La contre-lettre est valable entre les parties.
283 *bis.* IV. Conséquences de sa nullité à l'égard des tiers.
283 *bis.* V. Suite.
283 *bis.* VI. Quels sont les tiers?
283 *bis.* VII. Les créanciers chirographaires sont des tiers.
283 *bis.* VIII. Conséquence de la doctrine.
283 *bis.* IX. L'article 40 de la loi du 22 frimaire au VII est abrogé.
§ 2. De l'acte sous seing privé, ou plus exactement des écrits privés.
284. Divers écrits privés.
284 *bis.* Actes sous seing privé.
285. **Art. 1322.**
285 *bis.* I. Différence entre l'acte privé et l'acte authentique.
285 *bis.* II. Assimilation des deux natures d'actes quant à leur contenu.
285 *bis.* III. Effet de l'acte privé par rapport aux ayant-cause, et en particuliers des signataires.
285 *bis.* IV. Suite.
286. **Art. 1323**.
287. **Art. 1324.**
287 *bis.* I. Procédure en reconnaissance d'écriture.
287 *bis.* II. Cette procédure est possible avant l'échéance.
287 *bis.* III. Différence entre celui qui dénie sa propre signature et celui qui méconnaît la signature de son auteur.
287 *bis.* IV. Le porteur de l'acte peut conclure directement à l'exécution.
288. Rédaction en double original des actes synallagmatiques.**Art. 1325.**
288 *bis.* I. Sanction de la règle.
288 *bis.* II. Motif de la règle.
288 *bis.* III. Chaque partie doit recevoir un original.
288 *bis.* IV. Parties ayant le même intérêt.
288 *bis.* V. Il n'est pas nécessaire qu'un original porte toutes les signatures.
288 *bis.* VI. Mention de la rédaction en double.
288 *bis.* VII. Mention mensongère.
88 *bis.* VIII. Contrats synallagmatiques imparfaits.
88 *bis.* IX. Exécution de l'acte.
88 *bis.* X. L'acte qui n'est pas fait double peut servir de commencement de preuve par écrit.
89. Bon ou approuvé. **Art. 1326.**
89 *bis.* I. Crainte des abus des blancs seings.
89 *bis.* II. Pourquoi la règle ne s'applique pas aux actes synallagmatiques.
89 *bis.* III. Actes unilatéraux obligeant plusieurs débiteurs.
89 *bis.* IV-V. Exception à la règle.
89 *bis.* VI. L'acte irrégulier peut servir de commencement de preuve par écrit.
90. **Art. 1327.**
90 *bis.* Discordance entre le bon et le corps de l'acte.
91. Date des actes sous seing privé. **Art. 1328.**
91 *bis.* I. Motif de l'article.
91 *bis* II. Quels sont les tiers.
91 *bis.* III. Conventions relatives aux immeubles.
91 *bis.* IV. Cessionnaires de créances. - Quittances.
91 *bis.* V. Signataire devenu incapable.
91 *bis.* VI-VII. Cas où l'acte acquiert date certaine.
91 *bis.* VIII. L'infirmité survenue n'équivaut pas à la mort.
92. Ecrits non signés.
93. Livres des marchands. **Art. 1329.**
93 *bis.* I. Garanties que présentent les livres.
93 *bis.* II. Force entre marchands.
93 *bis.* III. Force entre marchands et particuliers.
93 *bis.* IV. Réserve du serment.
94. **Art. 1330.**
94 *bis.* I. Le livre fait foi contre le marchand.
94 *bis.* II. Indivisibilité de la mention.
95. **Art. 1331.**
95 *bis.* I. Registres et papiers domestiques.
95 *bis.* II. Application pratique de la règle.
96. **Art. 1332,** 1er alin.
97. **Art. 1332,** dern. alin.
97 *bis.* I. Mentions sur un titre appartenant au créancier.
97 *bis.* II. Cas où le titre est sorti de la possession du créancier.
§ 3. Des tailles.
98. **Art. 1333.**
98 *bis.* I. Sens des mots: taille, - échantillon, - coche.
98 *bis.* II. Force probante des tailles.
98 *bis.* III. Cas où l'échantillon n'est pas représenté.
298 *bis.* IV. L'admissibilité de la preuve par tailles peut toujours être prouvée par témoins.
§ 4. Des copies des titres.
299. **Art. 1334.**
300-303. **Art. 1335,** 1°, 2°, 3°.
303 *bis.* Copie tirée par un officier qui n'est pas dépositaire de la minute.
304. **Art. 1335,** 4°.
305. **Art. 1336.**
305 *bis.* I. La transcription d'un acte authentique n'est qu'une copie de copie.
305 *bis.* II. L'article n'est pas applicable aux actes sous seing privé.
305 *bis.* III. L'enregistrement n'a pas la même force que la transcription.
§ 5. Des actes récognitifs et confirmatifs.
306. Rapprochement entre ces deux actes.
306 *bis.* Différences.
307. **Art. 1337,** alin. 1 et 2.

307 *bis.* I. Pourquoi l'acte récognitif ne peut pas remplacer le titre primordial.
307 *bis.* II. Exception à la règle.
307 *bis.* III. Qu'est-ce que relater la teneur du titre primordial?
307 *bis.* IV. Le titre récognitif change de nature s'il contient quelque innovation.
307 *bis.* V. Cas où le titre récognitif énonce une obligation moindre que le titre primordial.
308. **Art. 1337,** dern. alin.
309. Acte confirmatif. **Art. 1338,** 1er alin.
309 *bis.* I. Caractères de la confirmation.
309 *bis.* II. La confirmation doit être postérieure à la cessation du vice.
309 *bis.* III. Conditions auxquelles est subordonné l'acte confirmatif.
309 *bis.* IV. Preuve de la confirmation.
310. **Art. 1338,** 2e alin.
310 *bis.* Condition de la confirmation tacite.
311. **Art. 1338,** dern. alin.
311 *bis.* I. L'effet de la confirmation est relatif.
311 *bis.* II. Cas où l'acte confirmé est une constitution d'hypothèque quand une autre hypothèque est née depuis le premier acte et avant sa ratification.
311 *bis.* III. Constitution d'hypothèque annulable. - Aliénation. Ratification du premier acte.
311 *bis.* IV. La confirmation peut nuire aux créanciers chirographaires.
312. **Art. 1339.**
312 *bis.* Exécution volontaire de la donation nulle.
313. **Art. 1340.**
313 *bis.* I. Caractère mixte de la donation nulle en la forme.
313 *bis.* II. Application de l'article aux legs.
SECTION II. De la preuve testimoniale.
314. Dangers de la preuve testimoniale.
315. **Art. 1341.**
315 *bis.* I. Preuve testimoniale. - Enquête.
315 *bis.* II. Historique.
315 *bis.* III. Résumé de la théorie du code.
315 *bis.* IV. Obligation de rédiger un écrit.
315 *bis.* V. L'écrit n'est pas exigé comme condition de la validité des actes.
315 *bis.* VI. L'article s'applique même aux paiements.
315 *bis.* VII. Etendue de la règle.
315 *bis.* VIII. Dépôt.
315 *bis.* IX. Il n'est pas nécessaire de rédiger un écrit quand il ne s'agit pas de plus de cent cinquante francs.
315 *bis.* X. A quelle époque faut-il estimer l'objet de l'acte?
315 *bis.* XI. Il ne faut pas tenir compte à la fois du moment de l'acte et du moment du procès.
315 *bis.* XII. Objections réfutées.
315 *bis.* XIII. Interprétation de l'article 1834.
315 *bis.* XIV. Obligations qui n'ont pas pour objet de l'argent.
315 *bis.* XV. Interdiction de prouver contre et outre les actes.
315 *bis.* XVI. Exemples.
315 *bis.* XVII. Motif de la règle.
315 *bis.* XVIII. La deuxième partie de la règle n'est que le développement de la première.
315 *bis.* XIX. Le paiement d'une obligation constatée par écrit peut être prouvé par témoins.
315 *bis.* XX. Il en est de même des conventions modificatives des droits résultant de l'acte primitif.
315 *bis.* XXI. Résumé.
315 *bis.* XXII. Droit des tiers.
315 *bis.* XXIII. Droit des parties au cas de fraude à la loi.
315 *bis.* XXIV. La preuve testimoniale est admise sans distinction par le droit commercial.
315 *bis.* XXV. Même contre et outre les actes.
316. **Art. 1342.**
316 *bis.* I. Motif de l'article.
316 *bis.* II. Interdiction de prouver même pour le capital.
316 *bis.* III. Intérêts échus pendant le procès.
317. **Art. 1343** et **1344.**
317 *bis.* I. Ces articles contiennent des applications de la règle générale.
317 *bis.* II. Sens du mot déclaration dans l'article 1344.
318. **Art. 1345.**
318 *bis.* I. Motif de l'article.
318 *bis.* II. Créances procédant de personnes différentes.
318 *bis.* III. Suite.
318 *bis.* IV. Sanction de la règle.
319. **Art. 1346.**
319 *bis.* I. Double but de l'article.
319 *bis.* II. L'article s'applique même au cas où il s'agit de demandes appuyées sur des commencements de preuve par écrit.
319 *bis.* III. Il s'applique même quand toutes les créances ne sont pas exigibles.
319 *bis.* IV. Sanction de l'article.
319 *bis.* V. Les créances réclamées dans l'exploit peuvent être exercées.
319 *bis.* VI. Hypothèse.
319 *bis.* VII. Le créancier ne peut pas toujours exiger la plus forte des créances et sacrifier les autres.
320. Commencement de preuve par écrit. **Art. 1347.**
320 *bis.* I, II. Notion du commencement de preuve par écrit.
320 *bis.* III. Il n'est pas nécessaire que l'écrit soit signé ou que l'écrit signé soit de la main de la partie.
320 *bis.* IV. L'écrit doit émaner de la partie à qui on l'oppose.
320 *bis.* V. L'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué.
320 *bis.* VI. Commencement de preuves par écrit qui ne rentrent pas strictement dans la définition.
320 *bis.* VII. Commencement de preuve par écrit en matière de filiation.
321. **Art. 1348,** 1er alin.
321 *bis.* I. Impossibilité de se procurer un écrit.
321 *bis.* II. L'énumération des cas où existe cette impossibilité n'est pas limitative.
322. Quasi-contrats. - Délits. - Quasi-délits. **Art. 1348,** 1°.
322 *bis.* I. Distinction quant aux quasi-contrats.
322 *bis.* II. Distinction quant aux délits et quasi-délits.
323. Dépôt nécessaire. **Art. 1318,** 2°.
323 *bis.* I. Motif.
323 *bis.* II. Dépôt d'objets destinés à être transportés.
323 *bis.* III. Les juges doivent apprécier les circonstances du fait.
324. **Art. 1348,** 3°.
325. **Art. 1348,** 4°.
325 *bis.* I. Motif et explication.
325 *bis.* II. La preuve testimoniale est admissible en dehors des conditions de l'article 1341, en vertu d'une convention.
SECTION III. Des présomptions.
326. Notion de la présomption. **Art. 1349.**
326 *bis.* Examen critique de la définition légale des présomptions.
§ 1er. Des présomptions établies par la loi.
327. Présomptions légales. **Art. 1350.**
327 *bis.* I. La présomption légale doit résulter d'une loi spéciale.
327 *bis.* II. L'aveu et le serment sont-ils des présomptions?
328. Autorité de la chose jugée. **Art. 1351.**
328 *bis.* I. Qu'est-ce que la chose jugée? qu'entend on par l'autorité de la chose jugée?
328 *bis.* II. Motifs de la règle.
328 *bis.* III. Conditions auxquelles est subordonnée l'autorité de la chose jugée.
328 *bis.* IV. Idenitté d'objet.
328 *bis.* V. L'identité d'objet ne suppose pas toujours une identité matérielle.
328 *bis.* VI. Autre espèce.
328 *bis.* VII. L'identité matérielle ne constitue pas toujours l'identité d'objets.
328 *bis.* VIII. L'identité existe malgré les différences de quotité ou de quantité.
328 *bis.* IX. Identité de cause.
328 *bis.* X. L'identité de cause ne se confond pas avec l'identité de preuve ou de moyens.
328 *bis.* XI. La distinction entre la cause du droit et la nature du droit existe même en matière d'action réelle.
328 *bis.* XII. Cas où le demandeur en revendication n'a pas indiqué la cause de son droit.
328 *bis.* XIII. Identité de personnes et de qualités.
328 *bis.* XIV. Motif de la règle.
328 *bis.* XV. Influence des jugements sur certaines personnes étrangères à la procédure.
328 *bis.* XVI. Créanciers chirographaires.
328 *bis.* XVII. Ayant cause à titre particulier.
328 *bis.* XVIII. Application des lois sur la publicité des actes d'acquisition.
328 *bis.* XIX. Créanciers hypothécaires.
328 *bis.* XX. Copropriétaires par indivis.
328 *bis.* XXI. Suite.
328 *bis.* XXII. Jugements prononcés en faveur d'un des copropriétaires.
328 *bis.* XXIII. Propriétaires sous condition.
328 *bis.* XXIV. Codébiteurs solidaires.
328 *bis.* XXV. Jugements prononcés en faveur d'un des codébiteurs solidaires.
328 *bis.* XXVI. Codébiteurs de chose indivisible.
328 *bis.* XXVII. Cocréanciers solidaires.

328 *bis.* XXVIII. Cocréanciers de chose indivisible.
328 *bis.* XXIX. Caution et débiteur principal.
328 *bis.* XXX. Jugements rendus en faveur du débiteur principal.
329. **Art. 1352.**
329 *bis.* Réserve de l'aveu et du serment.
§ 2. Des présomptions qui ne sont pas établies par la loi.
330. **Art. 1353.**
SECTION IV. De l'aveu de la partie.
331. Notion de l'aveu. **Art. 1354.**
331 *bis.* Aveu judiciaire. - Aveu extrajudiciaire.
332. Aveu extrajudiciaire. **Art. 1355.**
332 *bis.* I. Preuve de l'aveu extrajudiciaire.
332 *bis.* II. Exemples.
332 *bis.* III. Force de l'aveu extrajudiciaire.
333. **Art. 1356,** alin. 1 et 2.
333 *bis.* I. Aveu judiciaire.
333 *bis.* II. Effet relatif de l'aveu judiciaire.
333 *bis.* III. Cas dans lesquels l'aveu n'est pas admis.
334. **Art. 1356,** alin. 3.
334 *bis.* I. Indivisibilité de l'aveu.
334 *bis.* II. Espèce.
334 *bis.* III. Autre espèce.
334 *bis.* IV. Division de l'aveu quand il porte sur des faits distincts.
335. **Art. 1356,** alin. dern.
335 bis. I. Perfection de l'aveu.
336 *bis.* II. Révocation de l'aveu pour erreur.
SECTION V. Du serment.
336. Deux espèces de serment. **Art. 1350.**
336 *bis.* I. Notion du serment.
336 *bis.* II. Serment extrajudiciaire.
§ Ier. Du serment décisoire.
337. **Art. 1358-1359-1360.**
337 *bis.* I. Le serment décisoire est fondé sur une sorte de transaction.
337 *bis.* II. Le serment ne peut pas être déféré en toute matière.
337 *bis.* III. Il faut qu'il s'agisse d'un fait personnel à celui à qui le serment est déféré.
337 *bis.* IV. Le serment peut être déféré en tout état de cause.
337 *bis.* V. Quelles que soient les preuves fournies.
337 *bis.* VI. Même lorsqu'il est présenté un titre authentique.
337 bis.*bis.* VII. Cas où l'action est prescrite.
338. **Art. 1361-1362.**
339. **Art. 1363.**
339 *bis.* I. La force du serment suppose que la délation n'est pas entachée d'un vice.
339 *bis.* II. Le jugement fondé sur le serment ne peut être attaqué par requête civile.
339 *bis.* III. La partie ne peut demander de dommages et intérêts à propos du faux serment.
340. **Art. 1364.**
340 *bis.* La déclaration que la partie est disposée à prêter serment n'équivaut pas à la prestation du serment.
341. **Art. 1365.**
341 *bis.* I. Inexactitude de l'article.
341 *bis.* II. Cocréanciers solidaires.
341 *bis.* III. Codébiteur solidaire. - Débiteur principal. - Caution.
341 *bis.* IV. Sur quel point doit avoir été déféré le serment pour que la prestation profite aux codébiteurs solidaires et au débiteur principal.
341 *bis.* V. Refus du serment déféré par un des créanciers solidaires.
341 *bis.* VI. Refus du serment par un des prétendus débiteurs solidaires.
341 *bis.* VII. Refus par le débiteur principal ou la caution.
341 *bis.* VIII. Refus du serment par un des créanciers solidaires.
341 *bis.* IX. Refus par un créancier unique, le serment étant déféré par un seul des codébiteurs solidaires.
341 *bis.* X. La caution peut profiter du refus du créancier sur la délation du débiteur principal.
§ 2. Du serment déféré d'office.
342-343. Serment supplétoire. **Art. 1366, 1367.**
343 *bis.* Cas dans lesquels il est possible de déférer le serment supplétoire.
344. **Art. 1368.**
345. **Art. 1369.**
345 *bis.* L'article 1363 n'est pas applicable au serment supplétoire.
TITRE IV. DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.
346. Enumération. **Art. 1370.**
CHAPITRE Ier. DES QUASI-CONTRATS.
347. Quasi-contrats. **Art. 1371.**
347 *bis.* I. Notion du quasi-contrat.
347 *bis.* II. Rapprochement avec les contrats.
347 *bis.* III. L'auteur d'un fait obligatoire doit être capable.
347 *bis.* IV. L'article 1125 n'est pas applicable.
348. Deux principaux quasi-contrats.
348 *bis.* Autres quasi-contrats.
§ 1er. De la gestion d'affaires.
349. Gestion d'affaires. **Art. 1372.**
349 *bis.* I. Notion de la gestion d'affaires. - Exemples.
349 *bis.* II. Comparaison avec le mandat.
349 *bis.* III. Mandat tacite.
349 bis. IV. Opposition du maître.
349 *bis.* V. Il n'y a pas gestion d'affaires quand le gérant croit agir dans son propre intérêt.
349 *bis.* VI. Il n'en est pas de même s'il y a seulement erreur sur la personne du dominus.
350-351-352. Obligations du gérant. **Art. 1372, 1373.**
352 *bis.* I. Cas où l'existence du maître est incertaine.
352 *bis.* II. L'obligation du gérant ne passe pas à ses héritiers.
352 *bis.* III. Application de l'article 2007.
352 *bis.* IV. Principales obligations du gérant.
353. **Art. 1374.**
353 *bis.* I. Renvoi.
354. Obligations du maître. **Art. 1375.**
354 bis. I. Condition de ces obligations.
354 *bis.* II. A quoi le maître est-il obligé?
354 *bis.* III. Engagements contractés au nom du maître.
354 *bis.* IV. Droits des tiers quand la gestion n'a pas été utile.
354 *bis.* V. Action directe du tiers contre le maître quand le gérant s'est obligé personnellement.
§ 2. Du paiement de l'indu.
355. **Art. 1376.**
355 *bis.* I. Notion du paiement de l'indu.
356-357. **Art. 1377.**
357 *bis.* I. Trois hypothèses à examiner à propos du paiement de l'indu.
357 *bis.* II. L'erreur de celui qui a payé est-elle une condition de la répétition?
357 *bis.* III. Payer sciemment l'indu ce n'est pas faire une donation.
357 *bis.* IV. On pourrait prouver que le prétendu paiement cache une donation.
357 *bis.* V. Intention possible de celui qui paie sciemment l'indu.
357 *bis.* VI. Dommages et intérêts dus par celui qui aurait payé dans l'intention de répéter.
357 *bis.* VII. Dans le cas prévu par l'article 1377 l'erreur est une condition de la répétition. - Erreur de droit. - Erreur de fait.
357 *bis.* VIII. Preuves à faire au cas de répétition de l'indu.
358. Bonne foi ou mauvaise foi de celui qui a reçu.
358 *bis.* Cas où la bonne foi fait obstacle à la répétition.
359. **Art. 1378.**
359 *bis.* I. Celui qui a reçu de bonne foi garde les fruits.
359 *bis.* II. Mauvaise foi postérieure à la réception de l'indu.
360. **Art. 1379.**
360 *bis.* I. Celui qui a reçu de mauvaise foi est traité au cas de perte comme un débiteur en demeure.
360 *bis.* II. Celui qui a reçu de bonne foi peut-il être en faute?
361. La chose payée a été aliénée. **Art. 1380.**
361 *bis.* I. Bonne ou mauvaise foi de celui qui a reçu.
361 *bis.* II. Cas où la chose livrée a été donnée.
361 *bis.* III. Rapports de celui qui a payé avec le tiers acquéreur.
361 *bis.* IV. Suite.
362. Dépenses faites sur la chose. **Art. 1381.**
362 *bis.* Dépenses utiles et nécessaires.
CHAPITRE II. DES DELITS ET QUASI-DELITS.
363, 364. Délits, - quasi-délits. **Art. 1382, 1383.**
364 *bis.* I. Principe de la matière.
364 *bis.* II. Sens du mot faute.
364 *bis.* III. La faute suppose la responsabilité morale.
364 *bis.* IV. Délits criminels comparés aux délits civils et aux quasi-délits.

364 *bis.* V. Intérêt de la distinction entre les délits civils et les délits criminels.
364 *bis.* VI. Prescription.
364 *bis.* VII. Action en restitution.
365. Responsabilité du fait d'autrui. **Art. 1384.**
365 *bis.* I. Père et mère.
365 *bis.* II. Emancipation de l'enfant.
365 *bis.* III. Cas où la mère a la garde des enfants sans que le père soit mort.
365 *bis.* IV. Tuteur.
365 *bis.* V. Mari.
365 *bis.* VI. Le père et la mère peuvent prouver qu'ils ne sont pas en faute.
365 *bis.* VII. Maîtres et commettants.
365 *bis.* VIII. Aubergistes. - Communes.
366. **Art. 1385.**
366 *bis.* I. Cas où l'animal est en la possession d'un autre que du propriétaire.
366 *bis.* II. Preuve qu'il n'y a pas faute du propriétaire ou du possesseur de l'animal.
367. Chute d'un édifice. **Art. 1386.**
367 *bis.* I. Inutilité de la cautio damni infecti.
367 *bis.* II. Incendie d'un édifice.
FIN DES SOMMAIRES.
TABLE DES MATIERES CONTENUES DANS CE VOLUME.
LIVRE TROISIEME.
TITRE TROISIEME.
Des contrats ou des obligations conventionnelles en général
CHAP. I. Dispositions préliminaires
CHAP. II. Des conditions essentielles pour la validité des conventions
SECT. I. Du consentement
SECT. II. De la capacité des parties contractantes
SECT. III. De l'objet et de la matière des contrats
SECT. IV. De la cause
CHAP. III. De l'effet des obligations, *ou, plus exactement,* de l'effet des conventions et des obligations qu'elles produisent
SECT. I. Dispositions générales
SECT. II. De l'obligation de donner
SECT. III. De l'obligation de faire ou de ne pas faire
SECT. IV. Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation
SECT. V. De l'interprétation des conventions
SECT. VI. De l'effet des conventions à l'égard des tiers
CHAP. IV. Des diverses espèces d'obligations
SECT. I. Des obligations conditionnelles
§ 1. De la condition en général, et de ses diverses espèces
§ 2. De la condition suspensive
§ 3. De la condition résolutoire
SECT. II. Des obligations à terme
SECT. III. Des obligations alternatives
SECT. IV. Des obligations solidaires
§ 1. De la solidarité entre les créanciers
§ 2. De la solidarité de la part des débiteurs
SECT. V. Des obligations divisibles et indivisibles
§ 1. Des effets de l'obligation divisible
§ 2. Des effets de l'obligation indivisible
SECT. VI. Des obligations avec clause pénale
CHAP. V. De l'extinction des obligations
SECT. I. Du paiement
§ 1. Du paiement en général
§ 2. Du paiement avec subrogation
§ 3. De l'imputation des paiements
§ 4. Des offres de paiement, et de la consignation
§ 5. De la cession de biens
SECT. II. De la novation
SECT. III. De la remise de la dette
SECT. IV. De la compensation
SECT. V. De la confusion
SECT. VI. De la perte de la chose due
SECT. VII. De l'action en nullité ou en rescision des conventions
CHAP. VI. De la preuve des obligations, et de celle du paiement
SECT. I. De la preuve littérale
§ 1. Du titre authentique
§ 2. De l'acte sous seing privé, *ou plus exactetement* des écrits privés
§ 3. Des tailles
§ 4. Des copies des titres
§ 5. Des actes récognitifs et confirmatifs
SECT. II. De la preuve testimoniale
SECT. III. Des présomptions
§ 1. Des présomptions établies par la loi
§ 2. Des présomptions qui ne sont pas établies par la loi
SECT. IV. De l'aveu de la partie
SECT. V. Du serment
§ 1. Du serment décisoire
§ 2. Du serment déféré d'office
TITRE QUATRIEME.
Des engagements qui se forment sans convention
CHAP. I. Des quasi-contrats
§ 1. De la gestion d'affaires
§ 2. Du paiement de l'indu
CHAP. II. Des délits et des quasi-délits
FIN DE LA TABLE DES MATIERES.