Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Toullier, Charles-Bonaventure-Marie. Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique. [- Supplément à la 1re édition des huit premiers volumes du Droit civil français suivant l'ord.... 1816.

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

DICTIONNAIRE
FRANÇAIS

F 45376

LE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS.

On ne reconnaîtra pour non contrefaits que les exemplaires qui porteront la signature de l'auteur.

Tourlieu

LE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE,

Ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique,

Par M.r C. B. M. Toullier, doyen de la Faculté de droit de Rennes, docteur aggrégé aux anciennes Facultés de la même ville, et bâtonnier de l'ordre des avocats.

TOME SEPTIÈME.

A RENNES,

CHEZ COUSIN-DANELLE, IMPRIMEUR-LIBRAIRE.

1816.

DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE,

Résumé théorique,

PAR M. C. B. M. TOULLIER, doyen de la Faculté de droit de Rennes, docteur ès-lettres, aux anciennes facultés de la même ville, et professeur de législation des avocats.

TOME SEPTIÈME.

A RENNES,

CHEZ COUSIN-DAULLÉE, IMPRIMEUR-LIBRAIRE.

1816.

PRÉFACE.

J'ACQUITTE ma parole, en publiant le second et dernier volume du traité des obligations. L'abondance des matières ne m'a pas permis d'y réunir celui de la preuve, qui, par la nature de ses principes, autant que par son étendue, forme un traité entièrement distinct et séparé de celui des obligations; traité extrêmement important (1), que

(1) Entre autres traités sur cette matière, il en existe deux célèbres, l'un en quatre, l'autre en deux vol. in fol., composés par Mascardus et Menochius, dont les noms sont aujourd'hui presque oubliés au barreau. Cependant, Leibnitz, le grand Leibnitz, ce génie si profond et si vaste, estimait ces deux traités à un tel point, qu'il se proposait d'en faire un abrégé, qu'il mettait au nombre des ouvrages qui manquent à la jurisprudence. *DESIDERATA ad perficiendam jurisprudentiam.* Voy. son traité intitulé *Nova Methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ.*

j'espère donner dans le volume suivant.

Celui-ci ne contient donc que les règles sur l'extinction des obligations, et les questions qui naissent à cette occasion. Je désire que le public l'accueille avec la même indulgence que le précédent.

J'ai redoublé d'efforts pour mériter son approbation, et pour vaincre les difficultés que j'ai rencontrées. Je me suis vu forcé quelquefois de combattre des autorités bien imposantes, et même des arrêts de la Cour de cassation, qui m'ont paru s'écarter des vrais principes. J'ai pensé que les devoirs de ma place m'en imposaient rigoureusement l'obligation. Chargés d'enseigner les pures maximes du droit,

les Professeurs sont les sentinelles que la loi a posées pour signaler les erreurs qui menaceraient de s'introduire dans la jurisprudence. Les plus dangereuses sont celles qui peuvent échapper aux ministres de la loi : elles sont d'une nature contagieuse, et toujours malaisées à déraciner, quand elles ne sont pas combattues à leur naissance; car, lorsqu'une Cour souveraine a une fois adopté une opinion, même erronée, elle l'abandonne bien difficilement; les cours subordonnées et les tribunaux inférieurs ont la faiblesse de la suivre pour règle de leurs jugemens, dans la crainte de la censure, et les avocats même, ces intrépides défenseurs de la justice et de la vé-

rité, n'osent plus combattre une erreur trop accréditée, dans la crainte louable de compromettre la fortune de leurs cliens.

Ainsi s'introduisent peu à peu des usages auxquels le tems donne une force telle qu'ils finissent par subvertir la loi (1), et par subjuguer le législateur lui-même. Combien de points vicieux dans notre législation n'ont pas d'autre origine! C'est donc à sa naissance qu'il faut signaler et combattre l'erreur. La victoire est alors plus facile; et nous avons vu plusieurs fois la Cour de cassation, avertie des inexactitudes qui s'étaient glissées dans ses arrêts, s'honorer elle-

(1) Voyez les lois 32, § 1, 35 et 38, ff *de legibus*, 1, 3; Dunod, Traité des prescriptions, part. 1, ch. 13; d'Agues-seau, lettre du 29 octobre 1736.

même, en donnant le glorieux exemple de réformer sa première jurisprudence.

J'ai donc cru devoir, non pas opposer mes opinions aux arrêts que je combats, mais exposer mes raisons modestement, avec défiance de moi-même, et néanmoins avec le courage qu'inspire le sentiment du devoir. Mes motifs et mes intentions me feront trouver grâce auprès de ceux qui pourraient être tentés de me taxer de témérité.

Je n'ai pu achever encore les changemens que j'ai annoncés aux préliminaires du premier volume de cet ouvrage. J'ai dicté les plus essentiels à mes élèves, au commencement de cette année académique, en leur expliquant le principe

sacré de la légitimité, et les dispositions de la Charte constitutionnelle. Mais je ne puis terminer ce travail ni le publier, avant que le Roi ait définitivement proposé, et que les Chambres aient adopté les lois organiques de la Charte, et les révisions annoncées.

TABLE

DES TITRES ET DES CHAPITRES.

SUITE DU LIVRE III.

Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

TITRE III.

Des contrats et obligations conventionnelles.

CHAPITRE V.

De l'extinction des obligations. pag. 1.

SECTION I.re

Du paiement.

§ 1. Du paiement en général. 5.

§ 2. Du paiement avec subrogation, ou de la transmission

des droits et des actions de l'ancien créancier à un nouveau. pag. 125.

§ 3. De l'imputation des paiemens. 271.

§ 4. Des offres de paiement et de la consignation. 282.

§ 5. De la cession de biens. 334.

SECTION II.

De la novation. 360.

SECTION III.

De la remise de la dette. 426.

SECTION IV.

De la compensation et de la reconvention. 455.

SECTION V.

De la confusion. 551.

SECTION VI.

De la perte de la chose due, et des cas où le débiteur est dans l'impossibilité d'accomplir son obligation. 572.

SECTION VII.

De l'action en nullité ou en rescision des conventions. 616.

FIN DE LA TABLE.

ADDITION

AU PRÉSENT VOLUME.

Page 367, à la fin du n.° 272, ligne 7, ajoutez : « Un arrêt de la Cour de Paris, du 7 décembre 1814, en offre un troisième exemple dans l'espèce suivante :

Par acte notarié du 14 février 1810, le Blond s'était reconnu débiteur de Bizet d'une somme de 8,000 fr., pour sûreté de laquelle il lui conféra une hypothèque, que Bizet fit inscrire au bureau de la conservation. Depuis l'inscription, celui-ci accepta pour sa créance dix billets de 700 fr. chaque, payables à différentes époques, et s'obligea de rendre son premier titre à le Blond, dont l'épouse souscrivit les billets, et s'obligea solidairement. A l'échéance du quatrième billet, le Blond refusa de payer jusqu'à la radiation de l'inscription.

Bizet contesta qu'il y eût novation, et prétendit qu'il ne devait être tenu à la radiation

et à la restitution du premier titre, qu'après le paiement entier de tous les billets. Mais la Cour de Paris rejetta sa prétention, « attendu que » Bizet, en acceptant, sans aucune réserve, à » la place de l'obligation notariée, du 14 fé- » vrier 1810, des billets souscrits solidairement » par le Blond et sa femme, a opéré une véri- » table novation, qui a totalement éteint l'obli- » gation notariée du 14 février 1810, et l'ins- » cription prise en vertu d'icelle ». L'arrêt est rapporté par Sirey, an 1816, 2.e part., p. 91.

CORRECTION.

Dans le 6.e vol., p. 15, à la note, en parlant de la disposition qui veut, sous peine de nullité, qu'on réfère dans l'acte synallagmatique sous seings privés qu'il a *été fait double*, etc., j'ai dit qu'on ne pourrait pas déférer le serment sur la réalité d'une vente sous seings privés, si l'acte ne contenait pas la relation qu'il a été fait double. Et p. 466, j'ai dit au contraire qu'un pareil acte de vente produit une obligation naturelle, sur laquelle on pourrait déférer le serment.

Un estimable et savant confrère, qui ne veut pas qu'on le nomme, a eu la bonté de m'avertir amicalement de cette contradiction. Je le prie d'en recevoir le témoignagne public de ma reconnaissance, et je profite de cette occasion pour inviter mes confrères à vouloir bien m'avertir des erreurs qui me sont échappées. C'est le moyen de perfectionner mon ouvrage, et de le rendre digne de l'accueil qu'ils ont bien voulu lui faire.

Au reste, c'est la dernière opinion que j'avoue seule. Je ne doute nullement qu'on puisse déférer le serment sur la réalité d'une vente convenue, quoique l'acte qui en a été passé sous seings privés ne réfère point qu'il a été fait double. Dans la note, p. 15, je n'étais occupé que de la fausse et nouvelle doctrine du double écrit, sur laquelle j'aurai occasion de revenir, et de m'étendre dans le volume suivant, en expliquant l'art. 1325.

LE DROIT CIVIL FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE.

SUITE DU LIVRE III.

Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

TITRE III.

Des Contrats et Obligations conventionnelles.

CHAPITRE V.

De l'extinction des Obligations.

SOMMAIRE.

1. *Transition.*
2. *Les manières d'éteindre les obligations peuvent se réduire à onze.*

3. *Renvoi de plusieurs de ces manières à des titres particuliers.*

4. *Ordre que l'auteur suivra en expliquant les manières d'éteindre les obligations.*

---

1. APRÈS avoir expliqué comment se forment les obligations conventionnelles, ce qui est nécessaire pour qu'elles soient valides, quelles choses peuvent en être l'objet, quels sont leurs effets, leurs différentes espèces et leurs modifications, il est naturel de passer à la manière dont elles s'éteignent ou s'anéantissent. On pouvait peut-être renvoyer cette matière après le titre des engagemens, qui se forment sans convention, auxquels sont communes plusieurs manières d'éteindre les obligations; mais d'autres étant particulières à l'extinction des obligations conventionnelles, il a paru plus convenable d'en traiter dans ce chapitre, et même avant celui qui traite de la preuve, parce que les moyens de prouver l'existence des obligations et leur extinction sont les mêmes.

2. Les manières d'éteindre ou d'anéantir les engagemens, en tout ou partie, sont en assez grand nombre. On peut les réduire aux suivantes:

1.° Le consentement mutuel des parties, sous lequel on peut comprendre la remise de la dette, les transactions, et même les novations

et les délégations, qui ne peuvent s'opérer que par le consentement mutuel;

2.° Quelquefois la volonté d'une seule des parties; lorsque, par exemple, la convention porte qu'il sera libre à l'une d'elles ou à toutes les deux de rompre le contrat à volonté, ou lorsque cela résulte de la nature du contrat, comme la société, le mandat, et tous les contrats qui participent de sa nature; la cession volontaire ou l'abandonnement, et, en certains cas, le cautionnement;

3.° L'accomplissement ou l'exécution de l'obligation qu'on appelle *paiement*, sous lequel on peut comprendre la cession de biens, l'abandon par hypothèque, le déguerpissement et la compensation;

4.° La substitution d'un second engagement au premier; en sorte que le second seul subsiste, et que le premier soit anéanti, comme dans le cas de la novation, de la délégation, qui, quoiqu'elles s'opèrent par le consentement mutuel, ont des règles qui leur sont particulières;

5.° La confusion, qui se fait par la réunion, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur;

6.° La perte de la chose due, ou sa détérioration, sans la faute du débiteur;

7.° Le jugement ou la décision arbitrale qui

déclare l'engagement nul, ou qui le rescinde en tout ou en partie. Le Code en traite dans la sect. 7, *de l'action en nullité ou en rescision des conventions* (1);

8.° La prestation du serment déféré au débiteur;

9.° Le tems fixé par la convention ou par la loi (2032, n.° 5), et l'évènement de la condition résolutoire;

10.° La mort du créancier ou du débiteur;

11.° Enfin la loi, qui peut en certains cas anéantir les obligations même conventionnelles, les modifier ou en suspendre l'exécution.

3. Le Code civil ne traite point, en ce chapitre, toutes les manières d'éteindre ou d'anéantir les obligations. Il y en a qu'il renvoie à des titres particuliers, telles que les transactions et la prescription, qui ont le double effet de faire acquérir ou perdre la propriété, de confirmer, ou d'éteindre et d'anéantir les engagemens; d'autres qu'il ne fait qu'indiquer ailleurs, comme le consentement mutuel, dans l'art. 1134; d'autres enfin qu'il passe sous silence.

(1) L'art. 1234 porte que les obligations s'éteignent..... *par la nullité* ou la rescision..... C'est une faute de rédaction. La nullité d'un contrat fait qu'il n'existe point d'obligation; il n'y en a que l'apparence, et cette apparence s'éteint par le jugement qui déclare le contrat nul. Le projet du Code présenté par la commission portait *par la demande* en nullité. Ce n'est point *la demande*, c'est le jugement qui anéantit l'apparence de l'obligation, en prononçant a nullité ou la rescision.

4. Nous suivrons, en expliquant les manières d'éteindre ou d'anéantir les obligations, l'ordre des sections du Code, en ajoutant à chacune d'elles les autres manières analogues, ou qui dérivent du même principe que celui qu'elles ont pour objet. Par exemple, dans la sect. 7, qui traite de la remise de la dette, nous parlerons du consentement mutuel, considéré comme manière d'éteindre les obligations; et nous expliquerons, dans des sections additionnelles, les manières qui n'ont point d'analogie avec celles dont parle le Code, ou qui dérivent d'autres principes.

SECTION I.re

Du Paiement.

SOMMAIRE.

5. *Définition, nature et effet du paiement.*
6. *Si le paiement est une aliénation; examen de la doctrine de Pothier sur ce point.*
7. *Validité du paiement fait par le mineur ou par la femme non autorisée, d'une dette légitime.*
8. *Ce qui a été payé par erreur est sujet à répétition.*
9. *Le paiement peut être fait même par un tiers non intéressé, agissant dans le nom du débiteur.*
10. *Même à l'insu et contre le gré du débiteur.*

11. *Le créancier ne peut, sans motifs, refuser le paiement offert par un tiers, pourvu qu'il en résulte un avantage pour le débiteur.*
12. *Quand le tiers qui paie à l'insu du débiteur peut répéter ce qu'il a payé.*
13. *Quand l'obligation de faire peut être acquittée par un tiers.*
14. *A qui le paiement doit être fait.*
15. *Du paiement fait à un homme mort civilement.*
16. *Du paiement fait à un accusé avant le jugement.*
17. *Du paiement fait à l'un des héritiers du créancier.*
18. *Du paiement fait au mandataire du créancier, et quand cesse le pouvoir du mandataire.*
19. *Du paiement fait sur un faux mandat.*
20. *Il n'est pas nécessaire que le mandat soit spécial; il peut même être tacite; par exemple, l'huissier chargé de saisir.*
21. *Le procureur* ad lites *n'a pas droit de recevoir.*
22. *Ni la personne chez qui le créancier a élu domicile.*
23. *Le pouvoir de vendre renferme-t-il celui de recevoir le prix?*
24. *De la personne indiquée* solutionis causâ. *Plusieurs questions.*
25. *Différence entre celui qui est* adjectus solutionis causâ, *et celui qui est chargé de payer.*
26. *Du paiement fait à celui qui est en possession de la créance.*
27. *Et au possesseur de la succession ou héritier apparent.*
28. *Validité des jugemens rendus contre ou pour le propriétaire putatif ou apparent.*
29. *Et des transactions passées avec lui.*
30. *Et de tous actes d'administration.*
31. *Il en est autrement des actes d'aliénation, de constitution d'hypothèque, etc. Examen et réfutation des*

principes adoptés par un arrêt de la Cour de cassation, du 3 août 1815.

32. *Le débiteur ne peut payer au préjudice des droits d'un tiers légalement connus par une saisie-arrêt ou par une opposition de la part des créanciers de son créancier.*

33. *Ni au préjudice d'une saisie faite par ses propres créanciers.*

34. *Quand même il s'agirait d'un corps certain vendu avant la saisie ; et pourquoi.*

35. *Différence importante entre la vente d'un meuble et d'un immeuble ; explication de l'art. 1141.*

36. *La tradition est nécessaire, à l'égard des tiers, pour transférer la propriété des meubles, parce qu'en fait de meubles, la possession vaut titre ; explication de l'art. 1583.*

37. Secùs *des immeubles, à l'égard desquels titre vaut tradition.*

38. *Exceptions au principe que le déplacement des meubles vendus est nécessaire à l'égard du tiers. 1.° Remise des clefs ;*

39. 2.° *Remise des titres de droits incorporels ;*

40. 3.° *Si le transport des meubles est impossible au moment de la vente ; exemples dans la vente des récoltes.*

41. *Des meubles achetés, puis loués ou prêtés au vendeur.*

42. *De la vente des navires. Le déplacement ou la tradition ne préjudicie pas aux créanciers du propriétaire ; plusieurs questions à ce sujet.*

43. *Comment l'héritier bénéficiaire peut payer.*

44. *Des paiemens faits par un failli.*

45. *Ou par un homme en déconfiture. Ce qu'on entend par ce mot.*

46. *On peut donner en paiement une chose au lieu d'une autre, d'un consentement mutuel.*

47. *Hors ce cas, on ne peut être contraint de donner ou de recevoir que la chose due.*

48. *Ce principe s'applique même aux obligations de faire.*
49. *Le débiteur ne peut donner une chose pour une autre, en alléguant qu'il n'a pas la chose due.*
50. *Ni en alléguant qu'elle a été estimée dans le contrat, à moins que l'estimation n'ait pour objet de laisser une option au débiteur, et quand cela arrive.*
51. *Quand le fermier, qui ne recueille pas les denrées promises, est obligé d'en acheter.*
52. *Le débiteur d'une quantité de certaine espèce n'est pas tenu de donner de la meilleure, mais il ne peut offrir de la plus mauvaise.*
53. *Comment doit payer le débiteur d'une somme d'argent.*
54. *Combien il peut donner en billon et petites pièces.*
55. *Ce qu'il peut retenir quand il fournit les sacs.*
56. *Le débiteur, réduit par son fait à l'impuissance de donner la chose due, doit en payer la valeur; à quel tems faut-il s'arrêter pour fixer cette valeur?*
57. *Dans ce cas, le créancier a deux actions, l'une principale, pour réclamer la valeur de la chose, l'autre secondaire, pour obtenir des dommages et intérêts.*
58. *La valeur varie suivant les lieux et les tems; les dommages et intérêts suivent les pertes éprouvées et les profits dont a été privé le créancier.*
59. *Si l'obligation est pure et simple, c'est à l'époque de la demande qu'il faut s'arrêter pour fixer la valeur de la chose due.*
60. *Si elle est à terme, c'est à l'époque de l'échéance.*
61. *Quand même la valeur aurait augmenté depuis la demande, ou depuis l'échéance du terme, on ne doit point ajouter la plus value, ou le* quanti plurimi, *quand même le débiteur serait de mauvaise foi.*
62. *Dispositions des lois françaises sur ce point, relativement à la restitution des fruits suivant le prix commun des mercuriales. La dernière année est seule payable en nature.*

63. *Elle est payable suivant le prix commun des mercuriales, si le débiteur est dans l'impossibilité de la payer en nature; mais s'il était possible de se procurer des fruits moyennant un prix, le créancier doit être autorisé à en acheter pour le compte du débiteur.*

64. *Comme il doit être autorisé à faire exécuter le fait promis aux dépens du débiteur, suivant l'art. 1144, applicable aux obligations de donner des choses fongibles ou déterminées seulement, quant à leur espèce.*

65. *Comment on fixe le prix commun de l'année.*

66. *Le débiteur qui n'a ni argent ni meubles, à vendre, ne peut, comme autrefois, contraindre le créancier à recevoir des immeubles, ou à trouver un acquéreur.*

67. *Le débiteur ne peut forcer le créancier de recevoir en parties le paiement d'une dette même divisible.*

68. *Il doit même payer les intérêts avec le capital.*

69. *Quand il y a plusieurs dettes exigibles, le débiteur peut les payer séparément. Par exemple, plusieurs années de loyers, de rentes, etc.*

70. *Mais le créancier n'est pas tenu de recevoir les dernières années avant les précédentes.*

71. *Les juges peuvent quelquefois ordonner que les paiemens seront divisés.*

72. *La loi permet au cofidéjusseur poursuivi par le créancier, de demander la division de la dette, pour ne payer que sa portion.*

73. *Mais lorsqu'il n'est pas poursuivi, il ne peut contraindre le créancier à recevoir sa portion* divisément.

74. *Le legs d'une partie des biens doit être payé en nature; l'héritier ne peut en donner l'estimation.*

75. *Le débiteur ne répond point des détériorations qui ne proviennent point de son fait.*

76. *Quand, où, et aux dépens de qui doit être fait le paiement.*

77. *Quand doit être acquittée l'obligation conditionnelle; du paiement fait avant l'évènement de la condition.*

78. *Le paiement des obligations pures et simples peut être exigé de suite.*

79. *Dans les obligations à terme, lorsque le dernier jour du terme est écoulé.*

80. *Le débiteur peut payer d'avance, à moins que le terme ne soit stipulé en faveur du créancier; du paiement à faire aux hospices, fabriques, etc., à la note.*

81. *Quand les paiemens anticipés sont nuls à l'égard des créanciers du créancier; des paiemens anticipés faits par le sous-locataire, au préjudice des priviléges du propriétaire; explication de l'art. 1753.*

82. *Ce qu'on entend par paiemens anticipés.*

83. Quid, *si la totalité de la maison était sous-affermée?*

84. *Les paiemens faits par le sous-locataire se prouvent-ils par serment et par des quittances sous seing privé?*

85. *Le paiement doit être fait dans le lieu désigné par la convention.*

86. Quid, *si le créancier n'a point de domicile dans le lieu convenu?*

87. *La simple indication d'un lieu convenu pour les paiemens, n'emporte pas élection de domicile, ni prorogation de jurisdiction.*

88. Quid, *en matière de commerce?*

89. Quid, *si la convention portait que le paiement sera fait en deux lieux différens?*

90. *S'il n'y a point de lieu désigné, le paiement d'un corps certain et déterminé doit être fait dans le lieu où il était au tems de l'obligation.*

91. Quid, *si le débiteur l'a fait depuis transporter ailleurs?*

92. *Le paiement du prix d'une vente doit être fait au lieu et dans le tems où doit se faire la délivrance, si ce prix est exigible et exigé dans ce moment; imperfection de la rédaction des art. 1247 et 1651; ils ne s'appliquent ni au prix des ventes à terme, ni au prix des immeubles.*

93. *S'il n'y a point de lieu convenu pour le paiement, il doit être fait au lieu du domicile du débiteur; mais il peut résulter de la nature de l'obligation et de ses accessoires, que le paiement doit être fait ailleurs.*

94. *Les frais de paiement, le timbre de la quittance, etc., sont aux frais du débiteur.*

95. Quid, *si le créancier ne peut, par ignorance, donner quittance sous seing privé?*

96. *Qui doit payer les droits dus pour les boissons vendues?*

---

5. LA manière la plus naturelle d'éteindre l'obligation que l'on a contractée, est sans contredit de remplir sa promesse en donnant la chose due, si l'obligation consiste à donner, en accomplissant le fait promis, si l'obligation consiste à faire. C'est ce que, dans le sens propre du mot, les jurisconsultes appellent *payer*, et ce que les latins appelaient plus énergiquement *solvere*, se *délier*, *délier* le nœud ou le lien de l'obligation. *Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit. L. 176, ff de v. o., 50, 16.*

Mais dans l'acception générale du mot, on comprend toutes les manières d'éteindre les obligations par lesquelles le créancier est satisfait ou doit l'être, et le débiteur libéré. En ce sens, le paiement est synonyme de libération. *Liberationis verbum eamdem vim habet*

quàm solutionis..... Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. LL. 47 et 176, ff de v. o.

Ainsi, l'on dit que la consignation, la compensation, la novation, la confusion, etc., sont des espèces de paiemens, ou en tiennent lieu.

L'effet propre du paiement est d'anéantir la dette. Il dégage non seulement la personne du débiteur des liens de son obligation; mais il dégage encore ses cautions ou fidéjusseurs, et les biens engagés ou hypothéqués pour sûreté de la dette : car, les obligations accessoires ne peuvent plus subsister, quand les principales sont éteintes ou acquittées. Mais si la dette n'est acquittée qu'en partie, l'obligation accessoire subsiste pour le surplus, et sur la totalité des biens engagés ou hypothéqués; car, l'hypothèque étant indivisible, le droit du créancier ne se divise point. Il subsiste tout entier sur tous les immeubles hypothéqués, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. *Hypotheca tota est in toto, et tota in quâlibet parte. V. t. 6, n.° 762, p. 877.*

6. Pothier, n.os 458 et suivans, considère comme le principal effet du paiement, dans l'obligation de donner, la translation de propriété de la chose due et livrée au créancier. Il en conclut que, pour la validité du paiement, il faut que la personne qui paie soit capable

d'aliéner, et de transférer la propriété de la chose payée; que le paiement n'est pas valable, s'il n'est pas fait par le *propriétaire* de la chose donnée en paiement, *ou de son consentement*, s'il est fait par un mineur, sans l'autorité de son tuteur, par une femme, sans l'autorisation de son mari. Suivant cette doctrine, empruntée du droit romain, le paiement était une aliénation que ne pouvaient faire ceux qui étaient sous la puissance d'autrui. Pothier excepte le cas où la dette consiste dans la restitution d'une chose dont le débiteur n'avait que la nue détention, comme une chose prêtée, louée, déposée. Il est en effet bien évident que le paiement, ou la restitution de cette chose, n'est point une aliénation.

Mais appliquée au cas même où le débiteur s'était obligé de donner une chose dont il avait la propriété, la doctrine que le paiement est une aliénation était une pure subtilité, une conséquence ou une application trop subtile du principe que la propriété n'est point transférée par les conventions, mais par la seule tradition de la chose promise. Les pupilles n'étant point capables d'aliéner, ne pouvaient payer, disait-on, parce qu'ils ne tranféraient pas la propriété de ce qu'ils payaient, *quia id quod solvunt non fit accipientis. § 3, Inst. quibus al. licet vel non, 2, 8.* La chose qu'ils

avaient livrée en paiement continuait de leur appartenir, et Doneau (1), *sur la loi 19, § 1, ff de reb. cred., 12, 1*, en tire l'absurde, mais naturelle conséquence que, si cette chose périssait par cas fortuit entre les mains du créancier, elle périssait pour le compte du pupille, qui n'était pas libéré, *res perit domino*. Il n'était libéré que dans le cas où le créancier avait consommé la chose payée.

L'absurdité d'une conséquence démontre l'absurdité de principe. N'est-il pas d'une absurdité frappante, par exemple, qu'un mineur qui, pour se libérer, m'aura livré un cheval que son père avait promis de me donner, en vertu d'un échange, soit néanmoins, si le cheval périt par cas fortuit, tenu d'en payer la valeur, uniquement par la raison que le paiement étant une *aliénation*, la propriété du cheval a continué de résider sur sa tête?

Le sage Domat n'avait point rappelé, dans ses lois civiles (2) cette doctrine du droit

(1) Voyez Vinnius, sur le § 3, Inst. quibus al. licet, l. 28, et la loi 38, § 3, ff de solut, 46, 3, qui favorise l'opinion de Doneau. Voyez Pothier, n.° 504; Delvincourt, t. 2, édit. in-4.°, p. 348.

(2) Liv. 4, tit. 1, sect. 3, *qui peut faire un paiement*. Cette doctrine n'a point aussi été rappelée dans le Code prussien. Au contraire, on trouve, à la section du paiement, n.° 40, que « l'inhabilité à recevoir valablement un paiement, n'entraîne pas celle d'effectuer soi-même des paiemens d'une manière valable ». N.° 41 : « Bien plus, tout paiement fait par une personne inhabile est valable à son avantage, en tant qu'elle s'est libérée par là d'une obligation ».

romain, sans doute parce qu'il ne jugeait pas qu'elle convînt à nos usages ni aux maximes plus simples du droit français. En effet, si le pupille a payé une chose légitimement due et exigible, quelle action le tuteur pourrait-il avoir pour répéter cette chose et la retirer des mains du créancier, puisque c'est au contraire ce créancier qui aurait une action pour se faire livrer cette chose, si elle ne lui avait pas encore été remise? Il nous semble évident (1) que cette doctrine du droit romain est absolument contraire aux principes du Code, qui porte, art. 711, que la propriété des biens s'acquiert et se *transmet par l'effet des obligations;* et, art. 1138, que l'obligation de livrer la chose est parfaite, par le seul consentement des parties contractantes; qu'elle rend le créancier *propriétaire* et met la chose à ses risques....., encore que la *tradition* n'en ait point été faite.

On ne peut donc plus dire, sous l'empire du Code, que le paiement est une aliénation, que c'est le paiement ou *la tradition* qui transfère au créancier la propriété de la chose due, puisqu'il en était *propriétaire* avant la tradition, et dès le moment où l'obligation conventionnelle a été parfaite; puisque, dès ce moment,

(1) *Il nous semble*, car aucun des commentateurs du Code n'ayant remarqué cette contradiction, pas même M. Malleville, qui a concouru à la rédaction, je dois me défier de moi-même.

le débiteur a été dépouillé de la propriété. C'est donc avec une extrême surprise qu'après avoir lu, dans l'art. 1138, que le créancier *est propriétaire avant la tradition*, et dès le moment où l'obligation est parfaite par le seul consentement des deux parties, on trouve, dans l'art. 1238, qu'il faut être *propriétaire* pour payer valablement. Nous pensons que c'est à la précipitation avec laquelle le projet de Code fut rédigé, qu'il faut attribuer cette disposition, qui nous paraît dans une contradiction frappante avec l'esprit du Code et avec ses autres dispositions. Dans l'impossibilité d'accorder la doctrine subtile du droit romain avec l'esprit des dispositions du Code, de concilier l'art. 1238 avec les art. 711, 1138, 938, 1583, suivant lesquels la propriété de la chose promise est transférée par le seul effet du consentement et avant la tradition, nous pensons qu'il faut dire, et tenir pour maxime dans les principes du Code, que le paiement n'est point une aliénation, qu'il n'est pas nécessaire à la validité du paiement que le débiteur soit propriétaire de la chose, sauf au créancier, en cas qu'il soit évincé par un précédent propriétaire, le recours qu'il peut exercer contre le débiteur, dont la libération s'est évanouie, ou même, s'il vient à découvrir que la chose qu'il a reçue en paiement n'appartenait pas au débiteur qui s'était

obligé de la donner, à offrir de la rendre en demandant un autre paiement. *L. 94, ff de solut., 46, 3; Pothier, n.° 462.*

7. Nous pensons encore que, nonobstant l'art. 1238, il résulte des autres dispositions citées et de l'esprit du Code, qu'il n'est pas nécessaire d'être capable d'aliéner pour payer valablement une dette légitime et exigible. Par exemple, si une femme non autorisée payait une somme légitimement due par son mari, ou livrait une chose par lui vendue, le paiement ou la tradition serait valide, pourvu qu'il ne fût pas fait avant le terme convenu. Le mari ne serait pas admis à répéter la somme ou la chose contre le créancier, quand même celui-ci ne l'aurait pas encore consommée : car si le mari demandait la répétition de la chose comme indûment payée, le créancier se défendrait par exception ou par reconvention, en demandant à la retenir comme légitimement due.

Il faut en dire autant d'une dette légitime et exigible payée par un mineur sans l'autorité de son tuteur.

S'il s'agissait d'une dette légitime de la succession de son père, nécessairement acceptée sous bénéfice d'inventaire (461), il faudrait distinguer. S'il n'y avait point de créanciers opposans, le paiement serait valide. *V. tom. 4, n.° 366, p. 369 et 370.*

S'il y avait des créanciers opposans, le paiement ne serait pas valide, dans le cas où il nuirait à quelques-uns des créanciers. C'est une règle commune à tous les débiteurs.

8. Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est donc sujet à répétition (1) (1235). C'est ce qu'on appelle, en droit romain, *condictio indebiti*. Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer (1376). Cette obligation forme ce qu'on appelle un quasi-contrat, dont nous parlerons au titre des engagemens qui se forment sans convention, chapitre des quasi-contrats ; c'est le siége de la matière.

9. Ce n'est pas seulement par le débiteur qu'une obligation peut être acquittée, elle peut l'être par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, *ou que s'il agit dans son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier* (2) (1236) ; car, en ce dernier cas, l'obligation ne serait point acquittée, elle resterait entière ; le droit serait seulement transporté à un nouveau

(1) Soit que le paiement ait eu lieu par erreur de fait ou par erreur de droit. *Voyez notre tom. 6, n.° 75.*

(2) Voyez Delvincourt, tom. 2, p. 359, note 3.

créancier substitué à l'ancien. Ce ne serait pas un paiement, mais un transport de l'obligation. Sur quoi voyez les art. 1689 et suivans.

10. Le paiement peut être fait même à l'insu et contre le gré du débiteur. Le jurisconsulte Caius en donne la raison dans la loi 53, ff *de solut.*, 46, 3. C'est qu'on peut à son insu, et même contre son gré, rendre meilleure la condition d'une personne. *Solvere pro invito et ignorante cuique licet, cùm sit jure civili constitutum licere, etiam ignorantis et inviti meliorem conditionem facere. V. Vinnius, in pr., Instit. quib. mod. tollitur obl., n.° 9.*

11. Le créancier ne peut même refuser, sans motifs légitimes, le paiement qui lui est offert par un tiers au nom du débiteur; car il ne lui importe pas par qui la chose due lui soit payée, pourvu qu'elle le soit effectivement. Ce tiers pourrait donc lui faire des offres avec sommation de recevoir, et sur son refus, procéder à la consignation. *V. Vinnius, ubi suprà.*

La loi 72, § 2, ff *de solut.*, 46, 3, décide que les offres faites par un tiers, à l'insu et dans le nom du débiteur, constituent le créancier en demeure; et l'Ordonnance de 1673, tit. 5, art. 3, dont la disposition est répétée dans le Code de commerce, au titre du paiement par intervention, art. 158 et suiv., veut qu'en cas de protêt,

les lettres de change puissent être acquittées par quelque personne que ce soit.

De ces textes, Pothier, n.° 464, tire cette règle, conforme à la raison, que les offres faites par quelque personne que ce soit, au nom du débiteur, sont valables et constituent le créancier en demeure, lorsqu'il en résulte un avantage pour le débiteur, comme lorsqu'il s'agit d'arrêter des poursuites ou le cours des intérêts, d'éteindre une hypothèque, de prévenir une commise, le rachat forcé d'une rente constituée, etc.

Mais si le paiement offert ne procurait aucun avantage au débiteur, s'il n'avait d'autre effet que de lui faire changer de créancier, les offres pourraient être refusées; car, de leur acceptation, il ne résulterait qu'un transport de créance, et le créancier ne peut être forcé à vendre la sienne. *Dumoulin, tract. de usuris, quest. 45.*

12. Si le tiers qui fait les offres déclarait que c'est pour avantager le débiteur, et sans répétition vers lui, le créancier ne pourrait refuser. Mais, sans cette déclaration, celui qui paie la dette à l'insu du débiteur a contre lui l'action *negotiorum gestorum*, pourvu que la dette soit légitime, exigible et non contestée (1375). *L. 43, ff de negot. gest., 3, 5.* Au contraire, le tiers qui aurait payé malgré le débiteur et contre sa

défense, n'aurait aucune action pour répéter ce qu'il aurait payé (1); parce que l'obligation qui résulte du quasi-contrat est fondée sur le consentement tacite ou présumé du débiteur. D'ailleurs, celui qui paie contre le gré et la défense du débiteur est censé vouloir le gratifier.

13. Ce n'est pas seulement l'obligation de donner qui peut être acquittée par un tiers; l'obligation de faire peut également l'être, et même contre le gré du créancier, lorsqu'il n'a pas intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même (1237). Tels sont les faits dans lesquels on considère l'habileté et le talent personnel de l'ouvrier qui a contracté l'obligation; par exemple, un peintre, un sculpteur, etc.

Dans les faits mêmes qui peuvent être indifféremment exécutés par un autre, et où, par cette raison, l'ouvrier peut se faire remplacer, par exemple, le fait de creuser une fosse, il ne peut se faire substituer, si la convention le lui défend spécialement. *Si hoc specialiter actum est ut sui operis id perficiat. L. 31, ff de solut., 46, 3.*

(1) L. 8, § 3, ff *negot. gest.*, 3, 5. L. 6, § 2, et l. 40, ff *mandati vel contrà*, 17, 1; l. 24 ou dernière, code *de negot. gest.*, 2, 19. Il faut voir cette dernière loi, qui nous apprend, ainsi que la loi 40, ff *mandati*, que les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur ce point. Justinien prononce et décide. Les docteurs en droit naturel ne sont pas eux-mêmes d'accord. Voyez Barbeirac sur Puffendorff, Droit de la nature et des gens, tom. 2, p. 521; Wolff, jus nat., part. 5, § 717.

14. « Le paiement doit être fait au créan-
» cier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui,
» ou qui soit autorisé par justice ou par la loi
» à recevoir pour lui » (1239). Par la loi, comme le tuteur, le mari, les administrateurs des établissemens publics; par la justice, comme le séquestre nommé par un tribunal, les syndics d'une faillite.

Le paiement fait à la personne du créancier ne serait pas valable, s'il était incapable de le recevoir, tel qu'un mineur, un interdit, une femme mariée non autorisée de son mari (1), à moins que le débiteur ne prouve que la chose a tourné au profit du créancier (1241); et ce, quand même la chose à laquelle le paiement a été employé viendrait à périr ensuite. Il suffit qu'il ait été utile au moment où il a été fait: par exemple, si la somme provenue du paiement a été employée à payer les frais d'une réparation nécessaire ou utile aux biens du créancier, et que le bien réparé périsse ensuite par accident ou force majeure. *Pothier, n.° 468, in fine.*

Il en serait autrement d'une impense purement voluptuaire.

15. La preuve que le paiement a tourné au profit personnel du créancier ne suffirait même pas, si celui-ci était frappé de mort civile, à

(1) Sur les paiemens faits au failli dans les dix jours qui précèdent la faillite, voyez tom. 6, p. 437.

moins que le débiteur ne prouvât qu'il a payé de bonne foi et dans l'ignorance du jugement de condamnation. *Arg. l. 32, ff de solut., 46, 3.* Le paiement fait au créancier frappé de mort civile serait valide, s'il avait tourné au profit de sa succession, comme à réparer ses biens, à éteindre une dette légitime.

16. Mais le paiement fait à un accusé, avant le jugement qui le condamne, est valide; autrement, dit Papinien, ce serait ôter à la plupart des innocens les moyens de faire les dépenses nécessaires pour établir leur justification. *Reo criminis postulato interìm nihil prohibet rectè pecuniam à debitore solvi, alioquin plerique innocentium necessario sumptu egebunt. L. 41, ff de solut., 46, 3.*

17. Nous avons vu, tom. 6, n.° 752, que le droit du créancier se divise de plein droit entre ses héritiers par portions égales. Ainsi, le débiteur ne peut valablement payer à chacun d'eux que sa portion virile (1), à moins qu'il n'ait été stipulé dans le contrat que le débiteur aurait la faculté de payer à un seul des héritiers. *Ibid., n.° 770.*

(1) La Coutume de Douai, tit. 2, art. 24, et celle de la ville de Douai, tit. 1, art. 16, permettaient de payer la dette entière à l'un des héritiers, comme aussi il pouvait être poursuivi solidairement pour le tout. Voyez la Conférence de Duparc-Poullain sur l'art. 592 de la Coutume de Bretagne, p. 654.

18. Le paiement fait au mandataire du créancier est aussi valable que s'il était fait à ce dernier en personne, quand même le mandataire serait lui-même incapable de s'obliger; tel qu'un mineur, un interdit, une femme mariée (1990). Le créancier doit s'imputer d'avoir choisi une telle personne. *L. 4, cod. de solut., 8, 43. Quod jussu alterius solvitur pro eo, est quasi ipsi solutum esset. L. 180, ff de R. J.*

Il en est de même du mandataire de la personne qui tenait de la loi ou de la justice le pouvoir de recevoir pour le créancier. Mais le paiement fait depuis la révocation du mandat n'est pas valable, si le débiteur avait connaissance de la révocation, de quelque manière que ce soit. *L. 12, § 2; l. 34, § 3; l. 51, ff de solut., 46, 3.* S'il ne la connaissait pas, le créancier doit s'imputer la faute de n'avoir pas fait connaître la révocation au débiteur.

Le pouvoir du mandataire expire par la mort naturelle ou civile du mandant, ou par son changement d'état. Par exemple, s'il est interdit, si la créancière entre, par le mariage, sous la puissance d'un époux, le paiement fait au mandataire depuis que le débiteur a connu la mort ou les changemens d'état du créancier mandant, n'est pas valable. *Pothier, n.° 475.*

Il en est de même si le pouvoir ou la qualité de celui qui avait donné le mandat vient à

cesser. Ainsi, le débiteur ne pourrait, depuis la majorité de son créancier, payer valablement au tuteur ni au mandataire du tuteur. *Ibid.*, *n.° 476.*

19. Le paiement fait sur un faux mandat ne serait pas valable et ne libérerait pas le débiteur *(l. 34, § 4, de solut., 46, 3)*, parce qu'on ne peut reprocher aucune faute au créancier.

20. Il n'est pas nécessaire que le mandat de recevoir soit spécial, le mandat général d'administrer ou de gérer les affaires du mandant suffit pour autoriser le mandataire à recevoir: car ce n'est qu'un acte d'administration. *L. 12, ff de solut., 46, 3.*

Il y a même des mandats tacites de recevoir. Par exemple, l'huissier porteur d'un titre exécutoire, qu'il est chargé de mettre à exécution par la voie d'une saisie, a nécessairement le pouvoir de recevoir le paiement et d'en donner quittance; autrement, il ne pourrait exécuter sa mission: car il ne peut saisir que sur le refus de payer fait par le débiteur, auquel il est obligé d'en faire la sommation ou le commandement.

Le Parlement de Rouen a même jugé, par un arrêt du 8 août 1749, qu'un huissier porteur d'un billet sous seing privé, même non enregistré, pouvait valablement en recevoir le montant, encore bien qu'il n'eût pas d'ordre

écrit. *V*. *Denisart, verbo* paiement, *n.*° 3*o*. Mais le débiteur qui paierait à un homme sans caractère public, qui lui présenterait un billet autre qu'un billet au porteur, ne serait pas sans reproche, et serait exposé à payer une seconde fois.

21. Mais la procuration donnée au procureur *ad lites*, pour former une demande en justice et faire assigner le débiteur, ne renferme pas le pouvoir de recevoir le paiement dû et d'en donner quittance : car il serait absurde que celui qui n'aurait pas le pouvoir de recevoir après le jugement rendu, pût recevoir avant le jugement. *L. 86, ff de solut., 46, 3.*

22. L'élection de domicile qu'un créancier saisissant est obligé par la loi de faire dans le lieu de la saisie, ne constitue pas mandataire du créancier celui chez qui cette élection est faite. Ainsi, le paiement ou versement de la somme formant la dette, fait à ce domicile élu, en d'autres mains que celles du créancier ou de son mandataire, n'opère pas la libération du débiteur, ainsi que l'a pensé la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 frimaire an 13, rapporté dans le nouveau Répertoire, verbo *domicile élu*, § 1, n.° 4.

23. Les auteurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir si le pouvoir de vendre renferme celui de recevoir le prix de la vente.

Bartole et ses sectateurs soutiennent l'affirmative. Wissembach, dont l'opinion est suivie par Pothier, n.° 477, pense, au contraire, que le pouvoir de vendre ne renferme pas celui de recevoir le prix, à moins que des circonstances ne donnent lieu de le présumer.

Nous pensons qu'il faut, à cet égard, faire une distinction. Si le pouvoir de vendre porte celui de donner un terme pour le paiement, il nous paraît évident qu'il ne renferme point celui de recevoir ; car alors, vendre et recevoir le prix de la vente sont deux actes séparés, qui doivent être faits dans des tems différens. Ainsi, le pouvoir de louer une maison, d'affermer une terre, ne contient point le pouvoir de recevoir les loyers ou les fermages. La loi 1, § 12, ff *de exercit. act.*, 14, 1, citée par Pothier, favorise cette distinction.

Mais si le pouvoir de vendre ne renferme point celui de faire crédit, ou de donner un terme, le mandataire est alors obligé de vendre *argent comptant*, et dans ce cas, le pouvoir de vendre renferme nécessairement celui de recevoir le prix et d'en donner quittance. Ainsi, les personnes chargées de vendre des meubles publiquement et à l'encan, ont nécessairement le pouvoir de recevoir le prix de la vente ; car ils doivent vendre argent comptant, et s'ils

font crédit à quelques acheteurs adjudicataires, ils répondent des insolvabilités. Ainsi encore, les vendeurs à la toilette, qui portent des effets à vendre dans les maisons particulières, ont tacitement le pouvoir d'en recevoir le prix.

24. On peut, par le contrat, indiquer une personne à laquelle le débiteur aura la faculté de payer, et qui pourra recevoir pour le créancier (1277). Les jurisconsultes appellent cette personne *adjectus solutionis gratiá*. C'est un mandat d'une nature particulière ; nous en avons touché quelque chose tom. 6, n.° 708, où nous avons indiqué les autorités qu'on peut consulter. Ce mandat se forme lorsque le contrat ou le billet porte que le débiteur paiera la somme au créancier ou à une tierce-personne désignée. Par exemple, je reconnais devoir à Titius une somme de 3,000 francs, que je m'oblige de payer le 1.er décembre, à lui ou à Caius. Dans ce cas, le débiteur et ses héritiers ont le droit de payer, soit à Titius, créancier, soit à Caius, désigné pour recevoir. Le paiement fait à ce dernier sera aussi valide que s'il était fait à Titius.

Ils conserveraient le droit de payer à Caius, dans le cas même où il aurait été donné un titre recognitif, muet sur ce point ; car on ne présume jamais que les parties aient voulu

changer le titre primordial par un acte de nouvelle reconnaissance, qui ne dispense point de le représenter (1337).

Mais ce n'est qu'à la personne désignée que le paiement peut être fait valablement, et non pas à ses héritiers (1). Ses pouvoirs cesseraient même, et le paiement ne pourrait plus lui être fait valablement, si elle avait changé d'état, et que le débiteur eût connaissance de ce changement. Par exemple, si la personne était interdite, si elle avait passé sous la puissance d'un mari, si elle avait fait faillite, si elle était frappée de mort civile *(l. 38, ff de solut., 46, 3)*, on présumerait alors que le créancier n'eût pas désigné une telle personne pour recevoir, s'il avait prévu ces évènemens, quoiqu'il pût, s'il le jugeait à propos, désigner ces personnes pour recevoir, après l'arrivée des mêmes évènemens. *Pothier, n.° 488; Vinnius, sur le § 4, instit. de inut. stip., n.° 8.*

La désignation insérée dans le contrat d'une personne à qui le débiteur peut payer, fait partie de la convention. Le créancier ne peut plus, sans motifs légitimes, révoquer le pouvoir donné à cette personne. La faculté de payer entre ses mains est un droit acquis, dont le créancier ne peut arbitrairement priver

(1) Il en serait autrement du créancier délégué. Voyez *infrà*.

le débiteur. *L. 12, § 3; l. 57, § 1; l. 106, ff de solut., 46, 3.*

Lors même que le débiteur aurait payé au créancier en personne une partie de la dette, il ne serait pas déchu du droit de payer le surplus à la personne désignée par le contrat. *L. 71, ff ibid.*

Il pourrait le faire, même après les poursuites en justice commencées contre lui par le créancier, et même après la contestation en cause. La loi romaine qui décide le contraire est fondée sur une subtilité que l'on ne doit pas suivre dans nos usages. *Pothier, n.° 490.* §26.

Le paiement fait à la personne indiquée est valable, non seulement lorsqu'il est fait par le débiteur, mais par quelque personne que ce soit. *L. 59, vers. etsi à filio, ff de solut.*

On peut donner au débiteur la faculté de payer à un tiers une chose autre que celle qu'il s'oblige de payer au créancier. Par exemple, vous me paierez 50 fr., ou vous donnerez un porc de tant de livres à mon vigneron. L'obligation devient alors alternative; le choix appartient au débiteur. L'obligation peut aussi devenir pénale.

25. La désignation faite dans le contrat d'une personne à qui le débiteur peut payer, ne donne point à cette personne le pouvoir d'exiger le paiement; encore moins de faire

remise de la dette. *L. 10, ff de solut.; l. 7, § 6, ff de constitut. pecun., 13, 5.* Elle n'a pas même le pouvoir d'accorder des délais; elle n'a d'autre pouvoir que celui de recevoir l'argent du débiteur et de lui en donner quittance. Il ne faut donc pas confondre avec les personnes désignées pour recevoir le paiement, celles que le créancier charge de payer, soit pour demeurer quitte de ce qu'il leur devait, comme dans le cas des délégations dont parlent les art. 1275 et 1276, soit pour exercer une libéralité envers elles, comme dans le cas de l'art. 1121. Cette charge et ces délégations, imposées pour l'intérêt du créancier et non du débiteur, peuvent être révoquées pendant que les personnes déléguées n'ont pas déclaré vouloir en profiter; et si elles le veulent, elles ont un action contre celui à qui la charge ou la délégation a été imposée.

26. Enfin, le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé (1240).

Cette disposition, conforme au droit romain et à l'ancienne jurisprudence française (1), est

(1) L. 55, ff *de condict. indeb.*, 12, 6; l. 44, ff *de acquir. hered.*, 29, 2; l. 6, § 1, ff *de reb. auct. jud. possid*, 42, 5; l. 2, ff *de separat. bon.*, 42, 6; d'Argentré, sur l'art. 410 de l'ancienne Coutume de Bretagne, gl. 3, n.° 1; Pothier, tom. 2, n.° 467; Duparc-Poullain, Journal du Parlement de Bretagne, tom. 4, p. 437.

fondée sur le juste respect que les lois impriment pour la possession. Le possesseur est réputé propriétaire de la chose, tant qu'elle n'est point revendiquée, et même après la revendication, jusqu'au jugement qui prononce en faveur du demandeur. Durant la litispendance, le possesseur continue de percevoir les fruits, et de jouir de tous les droits attachés à la propriété. *V. tom. 3, n.° 77.* Le débiteur n'a pas le droit de contester la propriété du possesseur.

Ainsi, l'usurpateur, qui a loué ou affermé les biens usurpés, en reçoit valablement les loyers ou les fermages, et le propriétaire ne peut les réclamer du fermier, mais seulement de l'usurpateur.

Il en serait autrement des fermages dus en vertu d'un bail consenti par l'ancien propriétaire. Le fermier ne pourrait les payer valablement à l'usurpateur, parce que son bail lui faisait connaître qu'il ne pouvait payer qu'au bailleur, à ses représentans ou à ses cessionnaires. *L. 55, ff de condict. indeb., 12, 6.* Ainsi, l'acquéreur ou autre successeur à titre singulier, qui demande les fermages échus avant son entrée en possession, doit prouver, par la représentation de son contrat, qu'ils lui ont été cédés. Quant aux fermages échus depuis son entrée en possession, le nouveau possesseur

ne peut les exiger qu'en prouvant que l'ancien, de qui le fermier tenait son titre, a été légalement dépossédé. Mais il n'est pas nécessaire qu'il représente un titre de propriété; il lui suffit de prouver une possession publique, paisible et plus qu'annale, puisque cette preuve suffirait même contre le propriétaire que le fermier peut mettre en cause.

27. Mais le possesseur de la succession pourrait exiger les fruits antérieurs et postérieurs à la mort du défunt, ainsi que toutes les autres créances qui composent l'hérédité, sans que les débiteurs fussent recevables à lui contester sa qualité d'héritier, ni à prouver qu'il existe d'autres héritiers ayant droit de partager avec lui, ou même de l'exclure. C'est toujours une conséquence du principe que le possesseur est présumé propriétaire, tandis que le véritable propriétaire ne s'est point fait réintégrer dans ses droits.

28. Il résulte du même principe que les jugemens rendus sans collusion contre le propriétaire apparent, relativement à la chose dont il était en possession, acquièrent la force de chose jugée contre le vrai propriétaire réintégré dans ses droits; comme aussi les jugemens rendus en faveur du possesseur, concernant la chose qu'il possédait, profitent au propriétaire rentré dans ses droits. On ne

peut pas dire que ce soit une chose jugée *inter alios* : c'est toujours la même personne morale qui passe d'un individu à l'autre, comme dans le cas de tous les successeurs à titre singulier. Le vrai propriétaire doit s'imputer d'avoir laissé ses droits reposer sur la tête d'un tiers, de l'avoir laissé couvert du masque de la propriété.

29. Par la même raison, les transactions passées avec le propriétaire putatif et avec l'héritier apparent, concernant la chose qu'il possède, doivent être valides et produire leur effet, soit contre le propriétaire rentré dans ses droits, soit en sa faveur. Un arrêt rendu par le Parlement de Bretagne, le 18 août 1752 (1), jugea que les traités passés avec le seul héritier qui se fût fait connaître, étaient valides contre les autres héritiers qui se présentèrent dans la suite : ils auraient la même validité contre ceux qui excluraient l'héritier apparent putatif.

Il en serait de même des transactions passées avec le possesseur réputé propriétaire, relativement à la chose qu'il possédait. Elles auraient toute leur force contre le vrai propriétaire rentré dans ses droits, en supposant

(1) Voyez le Journal du Parlement de Bretagne, par Duparc-Poullain, tom. 4, p. 437.

toujours qu'elles ont été faites de bonne foi et sans collusion. V. ce que nous avons dit tom. 6, n.° 54, p. 63 et suivantes.

30. Toutes ces décisions sont conformes à l'exacte justice. Si, ce qui n'est pas douteux, les tiers qui ont des affaires à démêler avec le possesseur, propriétaire apparent ou putatif, ne peuvent lui opposer son défaut de qualité pour agir; s'il peut les traduire en justice, sans qu'ils puissent se défendre, en alléguant qu'un autre est propriétaire, il faut nécessairement en conclure que les jugemens qu'ils obtiennent contre lui, que les transactions qu'ils passent avec lui sont valides, et lient le vrai propriétaire qui lui succède. Il doit en être de même de tous les actes d'administration, ou qui participent de leur nature, tels que le renouvellement des baux, sans quoi vous portez le trouble dans la société; vous faites une injustice, en annulant ce que des personnes de bonne foi ont été contraintes de faire avec le possesseur ou propriétaire apparent, que la loi reconnaissait, protégeait, qu'elle leur désignait pour contradicteur légal et nécessaire; en un mot, avec lequel ces personnes ne pouvaient se dispenser d'avoir des affaires à traiter.

31. Quant aux actes d'aliénation, de constitution d'hypothèque, de servitudes, etc., faits par le propriétaire apparent, ils ne nuisent point

au vrai propriétaire réintégré dans ses droits; ils sont résolus, ils s'évanouissent avec le droit de celui qui les a faits, et qui n'a pu transférer à autrui plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Ceux qui ont acquis ou reçu de lui s'en plaindraient injustement; ils n'étaient point dans la nécessité d'acquérir. Avant de le faire, ils pouvaient, ils devaient s'assurer que leur vendeur était propriétaire légitime et incommutable. S'ils ont négligé de s'en assurer, s'ils ont trop légèrement suivi la foi de leur auteur, ils ne peuvent imputer qu'à eux-mêmes la perte qu'ils éprouvent par la réintégration du vrai propriétaire dans tous ses droits.

Cette importante distinction entre les actes d'administration et les actes d'aliénation volontaire, faits par le possesseur ou propriétaire putatif et apparent, nous paraît conforme à la raison, à l'ancienne jurisprudence, au texte et à l'esprit du Code.

Cependant la Cour royale de Caen jugea, le 21 février 1814, que les ventes faites par l'héritier apparent ne peuvent être attaquées par l'héritier véritable ou par son cessionnaire, si les acquéreurs sont dans la bonne foi; et le 3 août 1815, la Cour de cassation rejeta le pourvoi contre cet arrêt (1). Le grand

(1) Il est rapporté par Sirey, an 1815, p. 286.

préjugé qu'élève une autorité aussi imposante et aussi respectable, nous impose le devoir de soumettre la question à un examen approfondi. Rappelons d'abord les principes de la matière.

Le parent que la loi appelle à la succession, spécialement et en premier degré, étant, même à son insu, saisi de l'hérédité (724), est héritier, jusqu'à ce qu'il ait manifesté son intention de ne vouloir pas l'être. Ainsi, toutes les actions actives et passives du défunt reposent sur sa tête. Sa renonciation ne se présume point (784), et après les trois mois quarante jours que la loi lui accorde pour délibérer, il peut être poursuivi par les créanciers, et condamné en qualité d'héritier. S'il renonce pendant le cours de l'instance, il n'en supporte pas moins tous les frais de poursuite (799). C'est par sa renonciation seulement que la succession est dévolue au degré subséquent (786).

Néanmoins, si le parent du premier degré est absent, s'il ne se présente pas, les parens du degré subséquent peuvent, en vertu de la vocation générale de la loi, qui appelle successivement tous les parens du sang, les uns à défaut des autres, jusqu'au douzième degré inclusivement (755), se mettre en possession de la succession ; l'art. 136 les y autorise.

Mais alors ils ne sont point irrévocablement

héritiers ; car la succession ne leur est dévolue que sous la condition légale, mais expresse, de la rendre, en cas de réclamation en tems utile, au parent plus proche, qui les exclut, ou de la partager avec leur cohéritier, s'ils en ont un; ou bien, comme dit l'art. 137, *sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et des autres droits de l'absent*, qui ne s'éteindront que par le laps de tems établi pour la prescription. Ces principes, fondés sur le texte du Code, ont été rappelés dans un arrêt de la Cour de cassation, du 11 frimaire an 9, *rapporté dans les Questions de droit, verbo* héritier, *§ 3*. Cet arrêt part du principe que le parent plus éloigné est appelé par la loi, sous la *condition* de rendre.

C'est donc une maxime incontestable que le parent du degré le plus éloigné, qui se met en possession de l'hérédité, en l'absence du parent plus proche, n'est héritier que sous *condition*. Il est dans le cas d'un acquéreur de bonne foi qui a acheté *à non domino*, et qui est aussi propriétaire sous la condition légale de rendre les biens acquis à l'ancien propriétaire, si celui-ci les réclame avant l'expiration du tems fixé pour la prescription.

Mais pendant que le véritable héritier ne se présente point, le parent plus éloigné, entré en possession de l'hérédité, est, aux yeux des tiers qui ont des droits à exercer sur les biens

qui la composent, le représentant putatif du défunt et son héritier apparent. Ils ne peuvent lui contester son droit, ni lui opposer qu'il existe un héritier plus proche qui l'exclut, puisque la loi l'autorise à en méconnaître l'existence (136) : ce serait d'ailleurs excepter du droit d'autrui. Ils le voient en possession ; cela suffit, puisque la loi le leur désigne pour légitime contradicteur de leurs prétentions. Ainsi, tous les jugemens rendus pour ou contre lui, toutes les transactions ou traités passés avec lui doivent avoir la même force, la même irrévocabilité que si le véritable héritier y avait été partie ; sans quoi, la disposition qui permet au parent plus éloigné de se mettre en possession, lorsque le plus proche garde le silence, ne serait qu'un piége tendu aux citoyens ; la foi publique serait violée.

D'un autre côté, il est nécessaire, pour l'intérêt même des véritables héritiers, que l'héritier apparent puisse exercer les droits actifs de l'hérédité, qui pourraient s'éteindre par la prescription, poursuivre les créanciers qui pourraient devenir insolvables ; enfin, administrer les biens, sauf à rendre compte aux parens plus proches, qui viendraient en tems utile former la pétition d'hérédité.

Tels sont les motifs d'ordre et d'intérêt, tant public que particulier, qui ont fait établir la

maxime que les paiemens faits à l'héritier apparent ou putatif sont valides; que les véritables héritiers sont liés par les jugemens rendus contre lui, par les transactions ou traités passés avec lui. Ils s'en plaindraient à tort : ils ont à s'imputer de ne s'être pas présentés plus tôt. S'ils ignoraient l'ouverture de la succession, c'est une ignorance qui peut le plus souvent leur être imputée, et dont, en tout cas, les suites ne doivent retomber que sur eux, et non sur des tiers de bonne foi.

Ces motifs ne peuvent s'appliquer aux aliénations volontaires d'immeubles faites par l'héritier apparent. Ceux auxquels il vend ne sont point forcés d'acheter; ils doivent s'assurer des droits et de la qualité de leur vendeur, qui ne peut leur transférer des droits plus étendus que ceux qu'il a lui-même. *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet. L. 54, ff de R. J.* Axiôme de raison éternelle, spécialement consacré par l'art. 2125 du Code, qui porte : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu *par une condition*, ou résoluble dans certains cas, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ».

Par l'art. 2182, qui porte : « Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue ».

Or, il est certain que la succession n'est déférée au parent plus éloigné, dans le silence ou dans l'absence du véritable héritier, que sous la condition légale, mais expresse, de la rendre, si celui-ci la réclame en tems utile; que, par conséquent, il n'a qu'un droit résoluble et conditionnel. Ainsi, ces dispositions sont manifestement applicables aux ventes faites par l'héritier apparent. Voici une décision encore plus précise :

L'art. 136 porte que s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. Mais l'art. 137 ajoute : « Que c'est sans préjudice des actions en pétition d'hérédité, *et d'autres droits*, lesquels compéteront à l'absent, et ne s'éteindront que par le laps de tems établi pour la prescription ».

On ne doit pas supposer de paroles inutiles dans la loi. Or, il est certain que l'action en pétition d'hérédité comprend généralement tous les droits réels et personnels que le véritable héritier peut exercer contre celui qui s'est mis en possession de l'hérédité. *V. Pothier, Traité de la propriété, n.os 398 et suivans.* Cependant, le Code réserve *d'autres droits* au véritable

héritier : ce sont donc les droits qu'il peut exercer contre des tiers, tels que la révocation des aliénations d'immeubles indûment faites, des hypothèques ou autres charges indûment créées pendant son absence ou son silence. Cette réserve est d'autant plus sage, d'autant plus nécessaire, qu'on a reproché au Code, et avec raison, d'avoir négligé les intérêts de l'absent, en permettant au parent plus éloigné de s'emparer de la succession sans inventaire, et sans donner aucune sûreté pour la restitution de l'hérédité *(v. tom. 1, n.os 426 et 427)*; en sorte qu'il peut dissiper tout le mobilier; perte irréparable pour les absens, s'il est insolvable. S'il avait, de plus, le pouvoir de vendre irrévocablement les immeubles, ce serait pour eux une nouvelle perte, que l'art. 137 a voulu prévenir, en réservant aux véritables héritiers, non seulement la pétition d'hérédité, qui comprend tous les droits à exercer contre l'héritier apparent, mais encore *les autres droits* qui leur appartiennent, c'est-à-dire, les droits contre les tiers, tels que la révocation des ventes, celle des hypothèques et autres charges indûment créées sur l'immeuble.

Ces raisons sont si fortes, les textes cités tellement précis, que l'on est étonné de voir que la Cour de cassation s'en soit écartée, en maintenant une vente faite sans nécessité par

l'héritier apparent, peu de tems après l'ouverture de la succession. Voici l'espèce :

Le 8 germinal an 8 mourut le sieur Defamesson. La veuve Barberie se présenta pour héritière dans la ligne paternelle, et le sieur d'Ormont dans la maternelle. Ils firent inventaire, puis partagèrent la succession. Le sieur d'Ormont vendit ensuite une pièce de terre qui était entrée dans son partage. Trente mois après l'ouverture de la succession, les sieurs Dugay et de Prepetil, parens plus proches, formèrent, contre le sieur d'Ormont, une pétition d'héréditè, qui fut accueillie par le tribunal d'Argentan. Ils cédèrent leurs droits au sieur Prepetil, notaire à Condé, qui revendiqua la pièce de terre vendue par d'Ormont. Sa revendication, admise par les premiers juges, fut rejetée le 21 février 1814, par la Cour de Caen, dont le motif principal et déterminant fut, *en droit*, qu'il est constant que, suivant l'ancienne jurisprudence, attestée par les auteurs normands, et puisée dans l'arrêt *Malaudin*, celui qui a acquis de l'héritier apparent doit être maintenu dans son acquisition, quand elle a été faite de bonne foi.

Prepetil se pourvut en cassation; mais son pourvoi fut rejeté le 3 août 1815, par le motif « que l'arrêt dénoncé est fondé sur une *ancienne jurisprudence*, conforme au *droit romain*, et soutenue par les motifs les plus puissans *d'ordre*

et d'intérêt public; qu'elle se concilie avec les articles prétendus violés, 549, 724 et 1599 du Code civil, *qui n'ont statué qu'en principe et règle générale* ». L'arrêt est rapporté par Sirey, an 1815, p. 286 et suivantes. Examinons les motifs de cet arrêt.

On a toujours entendu par le mot *jurisprudence*, dans le sens où il est ici employé, l'habitude de juger une question de la même manière, une suite de jugemens semblables qui forment un usage.

« Il est très-important, observe le président Bouhier (*Observations sur la Coutume de Bourgogne, ch. 13, n.os 49 et 50*), de faire attention que, pour donner aux choses jugées cette autorité qui approche de la législative, il ne suffit pas d'un ou de deux arrêts, rendus souvent sur des circonstances particulières ou dans des causes *mal plaidées et mal défendues*..... C'est le sens de notre proverbe coutumier, *une fois n'est pas coutume. Loisel, liv. 5, tit. 5, reg. 11.* Aussi *est-il certain* que, pour former *une jurisprudence* sur une matière, il faut une longue suite d'arrêts conformes. Les lois romaines semblaient même exiger quelque chose de plus; car elles demandaient pour cela une suite de choses perpétuellement jugées de la même manière. *Rerum perpetuò similiter judicatarum autoritatem. L. 38, ff de legibus, 1, 3.* Mais on

a cru que cela devait être interprété sainement, et qu'il suffisait que pendant long-tems la jurisprudence eût été uniforme..... Telle est la règle que nous devons suivre, et de laquelle il serait dangereux de s'écarter ».

Or, il n'existe qu'un seul arrêt sur la question que nous examinons. C'est celui que la Cour de Caen appelle l'arrêt Malaudin. Il est rapporté en ces termes dans la nouvelle édition de Basnage, sur l'art. 235 : « Un héritier présomptifa négligé de recueillir une succession dans le tems que la coutume lui accorde pour délibérer, et a laissé prendre la succession par un parent plus éloigné. Si cet héritier revient, dans les quarante ans, recueillir cette succession, il ne peut plus révoquer les aliénations faites par le parent plus éloigné qui était en possession du bien de cette succession. Cela a été jugé le 19 juin 1739, par un arrêt rendu en faveur du sieur Isaac Malaudin, contre les sieurs Jean Lecontre et Pierre Blondel ».

C'est cet arrêt solitaire, dont on ne voit ni l'espèce ni les motifs, qui fit dire à la Cour de Caen qu'*en droit* il était certain que, suivant *l'ancienne jurisprudence* attestée *par les auteurs normands*, et puisée dans *l'arrêt Malaudin*, que les ventes faites par l'héritier apparent doivent être maintenues au préjudice du véritable héritier.

Cependant la jurisprudence qu'on essaie d'établir sur cet arrêt n'était pas connue du savant Basnage, le plus célèbre des auteurs normands : elle n'est donc pas ancienne. Il n'est pas étonnant que son annotateur, avocat au Parlement de Rouen et subjugué par l'autorité de cette Cour, ait donné cette décision comme une règle de prudence à suivre en Normandie. Mais il est certain que, dans les autres Parlemens, les auteurs enseignaient une doctrine contraire, et leur doctrine était fondée sur le texte même des coutumes. Le seigneur était alors appelé à la succession, lorsqu'il ne se présentait point d'héritiers du sang ; il était héritier apparent, sous la seule condition de rendre les biens, s'il se présentait des parens en tems utile. Cependant, s'il vendait les biens, le véritable héritier, qui s'était fait connaître, pouvait les revendiquer, quoique l'acquéreur fût de bonne foi. L'art. 301 de la Coutume de Poitou était précis sur ce point. Il ne mettait l'acquéreur à l'abri de la revendication que par la prescription de dix ou vingt ans.

Voici une autorité directement applicable à la question que nous examinons. Le Brun, l'auteur français qui a le plus approfondi la matière des successions, après avoir dit (*liv. 3, ch. 4, n.° 57*) que l'héritier bénéficiaire peut être exclu par un héritier pur et simple, ce qui n'a

plus lieu aujourd'hui, enseigne que ce dernier peut rentrer dans les biens immeubles aliénés par le premier avant son exclusion, à moins que le prix n'en ait été employé à payer les créanciers. Entre les raisons qu'en donne cet auteur, il soutient qu'un héritier bénéficiaire était exclu par un héritier pur et simple, en quelque façon, comme un héritier plus éloigné, qui se serait mis en possession, et qui depuis serait exclu par le plus proche héritier. « Or, ajoute le Brun, *il est certain* que cet héritier plus éloigné n'aurait pu aliéner pendant sa jouissance, au préjudice du plus proche héritier ». Le Brun reconnaît d'ailleurs dans l'héritier apparent, le pouvoir d'administrer et de transiger; ce n'est que le pouvoir d'aliéner qu'il lui refuse. Remarquez même qu'il n'hésite point; il ne pensait pas que la question pût être douteuse; *il est certain.*

Concluons donc que cette longue suite d'arrêts, exigée, suivant Bouhier, pour former une jurisprudence, n'a point existé sur le point que nous examinons, et si elle avait existé, nous dirions encore, avec Bouhier, qu'il faut changer cette jurisprudence vicieuse, sur-tout depuis la promulgation du Code, qui a si formellement consacré le principe que le vendeur ne peut transférer à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il a lui-même sur la chose

vendue (2182); que ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble en certains cas, ne peuvent consentir que des droits également conditionnels ou résolubles (2125).

C'est en conséquence de ce principe sacré que l'art. 930 autorise l'héritier légitimaire, en formant l'action en réduction des donations excessives, à former l'action en revendication contre les détenteurs qui ont acquis de bonne foi les immeubles compris dans la donation, après avoir préalablement discuté les biens du donataire vendeur. C'est une modification apportée au principe pour ce cas particulier. Et l'on prétendrait qu'un fils absent lors de la mort de son père ne pourrait pas revendiquer les biens de la succession, lorsqu'un collatéral adroit s'est, pendant son absence, mis en possession, et a vendu tous les biens; qu'il ne pourrait pas exercer *les autres droits* que lui réserve l'art. 137, outre la pétition d'hérédité: c'est une prétention que réprouvent également le texte et l'esprit du Code.

Mais, dit-on, c'est le second motif qui a déterminé l'arrêt que nous examinons. La doctrine qu'il a suivie est *conforme au droit romain.*

Cette assertion n'est appuyée, par la citation, d'aucune loi, d'aucun auteur, et après les recherches les plus exactes, nous n'avons

trouvé, dans la législation romaine, que des dispositions contraires. D'abord, l'héritier est saisi de tous les biens de la succession, sous la condition de rendre ceux qui sont donnés à des légataires particuliers, s'il s'en présente. Cependant, s'il aliène les biens légués avant que les légataires se présentent pour en demander la délivrance, la vente est nulle, et les légataires peuvent former l'action de revendication contre les tiers acquéreurs. La loi 3, §§ 2 et 3, *cod. communia delegatis*, *46*, *3*, le décide formellement (1), et sa disposition était suivie en France, même dans les coutumes de nantissement. « Quoique les légataires étrangers, dit Maillart, sur l'art. 74 de la Coutume d'Artois, ne soient pas de plein droit saisis de leurs legs, et qu'ainsi il semble que le légataire d'un fonds particulier ne puisse pas agir en désistement contre le tiers détenteur réalisé, à qui l'héritier aura vendu le fonds legué, sauf

(1) En voici le texte : *Nemo heres, ea quæ per legatum relicta sunt, vel quæ restitui aliis, disposita sunt..... putet in posterum alienanda, vel pignoris, vel hypothecæ titulo adsignanda; sed sciat hoc quod alienum est, non ei licere..... Alieno juri applicare..... sin sub conditione fuerit relictum legatum..... Meliùs quidem faciet, si in his casibus caveat ab omni venditione..... Ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat. Sin autem....., propter spem conditionis minimè implendæ ad venditionem, vel hypothecam, prosiluerit, sciat quod, conditione impletâ, ab initio causa in irritum devocetur: et sic intelligenda est quasi non scripta nec penitùs fuerit celebrata, etc.*

son action personnelle contre l'héritier, néanmoins, parce que la propriété de la chose léguée passe de plein droit au légataire, qui ne doit en demander que la délivrance, c'est-à-dire, la possession à l'héritier, on estime que le légataire non réalisé peut agir en désistement contre le tiers détenteur du fonds légué, quoique réalisé, parce que l'héritier *n'a pu transférer* à ce tiers détenteur *des droits qu'il n'avait soi-même qu'à la charge d'en faire la délivrance* au légataire. Jugé par arrêt du 12 décembre 1701, rendu en l'audience de la grand'chambre, en confirmant deux sentences du conseil provincial d'Artois ».

Si la revendication des biens aliénés par le véritable héritier est accordée au légataire, à plus forte raison la revendication des biens vendus par l'héritier apparent doit être accordée au véritable héritier. Il serait absurde de dire que, sur deux ventes faites par l'héritier apparent, le légataire peut en faire annuler une, et que l'héritier véritable ne peut faire annuler l'autre.

On trouve, dans le digeste, au titre *de hereditate venditâ, 18, 4,* des textes qui décident que celui qui avait vendu l'hérédité qu'il croyait lui appartenir, était tenu de garantir l'acquéreur, en cas d'éviction. *Quin venditor juris hereditarii venditi evictionem præstare teneatur,*

extra controversiam est, si fortè illud in totum, vel pro parte evictum sit, dit fort bien Voët, sur ce titre, n.° 4.

Il est donc certain que, suivant le droit romain, celui à qui l'héritier apparent avait vendu l'hérédité, pouvait être évincé par le véritable héritier. C'est aussi ce qui s'observait en France, comme l'enseigne Duparc-Poullain dans ses Principes, tom. 8, p. 81 et 82, n.° 4, et son opinion est appuyée sur un arrêt du Parlement de Bretagne. Or, si l'acquéreur de l'hérédité, c'est-à-dire, de tous les biens qui la composent, peut être évincé par le véritable héritier, l'acquéreur d'une partie des biens peut également l'être; la conséquence est nécessaire.

Il nous paraît donc prouvé que la doctrine adoptée par l'arrêt du 3 août 1815, n'est pas conforme au droit romain (1).

(1) Voici cependant un texte qui pourrait arrêter un esprit superficiel; c'est la *loi 44, ff de acquir. hered., 29, 2.* En voici l'espèce : Un mineur ayant accepté la succession de son père, et vendu quelques biens pour payer les créanciers, *ad satisfaciendum creditoribus,* dit Brunneman sur cette loi, s'aperçoit que la succession est onéreuse et prend le parti de *s'abstenir,* quoiqu'il eût fait acte d'héritier. C'est un privilège que le droit romain accordait à sa minorité. La loi décide que tout ce qu'il a fait de bonne foi avant son abstension est valide, et qu'il faut venir au secours de l'acquéreur; c'est-à-dire, que la vente subsiste et ne peut être attaquée par les créanciers envoyés en possession, quoique le mineur ne soit pas solvable, et qu'il ne puisse leur rendre le prix de la vente.

L'espèce de cette loi se présentera difficilement sous l'empire du

Voyons si elle est soutenue par les motifs les plus puissans d'ordre et d'intérêt public. C'est le troisième considérant qui a déterminé l'arrêt que nous examinons.

Mais en quoi l'ordre public peut-il être troublé, lorsqu'un contrat d'acquêt, passé entre deux particuliers, est annulé ou rescindé? Comment le public peut-il être intéressé à ce que ce contrat soit maintenu plutôt qu'annulé? Certes, une pareille question n'est qu'une affaire d'in-

Code, puisque les successions déférées aux mineurs ne peuvent être prises que sous bénéfice d'inventaire. Mais s'il arrivait, en fait, qu'un mineur émancipé acceptât une succession purement et simplement, puis vendît des biens avec les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs, et qu'il se restituât ensuite contre son acceptation, pour abandonner les biens de la succession aux créanciers, c'est alors qu'on devrait appliquer la décision de la loi 44, *ff de hereditate venditâ*, dans l'espèce de laquelle les biens avaient aussi été vendus suivant les formalités nécessaires pour la vente des biens de mineurs.

Mais elle ne peut s'appliquer aux ventes *volontaires*, faites par l'héritier apparent, qui n'a qu'une propriété conditionnelle et résoluble. On doit plutôt appliquer à ce cas la loi 3, §§ 2 et 3, *cod. communia delegatis*, dont le texte est copié dans la note précédente.

On pourrait encore l'appliquer au cas où l'héritier apparent majeur, pressé par les créanciers, vend les biens à l'encan pour payer les créanciers. La vente alors n'est plus volontaire; elle est forcée. Elle n'est, pour ainsi dire, qu'un acte d'administration; car le premier devoir d'un héritier est de payer les dettes : le véritable héritier eût été forcé d'en faire autant.

Enfin, cette loi pourrait s'appliquer aux ventes faites par un héritier majeur, qui revient contre son acceptation, en vertu de l'art. 783; car la résolution du droit de l'héritier n'est point la suite directe d'un fait qui puisse lui être imputé. S'il fait résoudre son acceptation, c'est pour une cause antérieure qu'il ne connaissait pas, et qui n'était pas dépendante de sa volonté. *Voyez tom. 3, p. 592, n.° 682.*

térêt privé, qui ne peut intéresser que deux particuliers, tout au plus deux familles, et non pas le public. L'acquéreur qui a acquis *à non domino*, ou du propriétaire conditionnel, peut sans doute être lésé par la rescision du contrat, si le vendeur est insolvable; mais le véritable héritier, l'héritier absent, que la loi doit spécialement protéger, sera lésé si le contrat est maintenu. Or, de quel côté doit pencher la balance de la justice? Ce n'est pas du côté de celui qui, n'étant point forcé d'acquérir, devait s'assurer de la qualité et des droits de son vendeur; de celui qui peut-être a secrètement participé à frauder les droits de l'absent; de celui sur qui seul, s'il était de bonne foi, doivent retomber les suites de son ignorance;

Mais du côté de celui que son absence a empêché d'exercer plus tôt les droits que la loi lui déférait; du côté de celui à qui elle doit une protection d'autant plus spéciale, qu'elle a permis à l'héritier plus éloigné de méconnaître l'existence de l'absent, et de s'emparer des biens sans formalités et sans donner de sûretés; du côte de celui qui invoque la loi sacrée de la propriété, suivant laquelle le vendeur ne peut transmettre à l'acquéreur des droits plus étendus que les siens, que des droits conditionnels ou résolubles, s'il n'en avait pas d'autres (2125 et 2182).

Il est vrai que ces articles, et ceux que citait le demandeur en cassation, n'ont, comme dit le dernier considérant de l'arrêt que nous examinons, *statué qu'en principe et règle générale.* Mais les juges ont-ils le pouvoir de suppléer des exceptions qui ne sont point dans la loi? Les règles générales ont été érigées en lois, afin que les conséquences directes qui en dérivent deviennent la règle de conduite des tribunaux. Si chaque tribunal se permet de rejeter ces conséquences, et d'introduire une exception, tantôt sur un motif et tantôt sur un autre, les exceptions seront bientôt plus nombreuses que les applications de la règle. Après avoir admis, par exception, que la bonne foi de l'acquéreur doit faire maintenir les ventes faites par l'héritier apparent ou conditionnel, au préjudice du véritable héritier, il faudra admettre que celles faites par celui-ci au préjudice du légataire, doivent également être maintenues; qu'on doit maintenir celles faites par celui qui a acquis de bonne foi de l'usurpateur; enfin que celles faites par tout propriétaire conditionnel ou seulement apparent, doivent aussi l'être, toujours sous prétexte de la bonne foi de l'acquéreur. Alors, à quel cas pourrez-vous appliquer la règle établie par les art. 2125 et 2182?

La loi a fait tout ce que la justice peut faire en faveur de la bonne foi, en couvrant

l'acquéreur de l'égide de la prescription de dix ans. Le juge qui fait plus excède ses pouvoirs. Les rédacteurs du projet de Code avaient raison de rappeler, dans les préliminaires, cette ancienne maxime, que *les exceptions qui ne sont point dans la loi, ne doivent pas être suppléées.*

Après des raisons si fortes, et des textes si précis contre la doctrine adoptée par l'arrêt que nous combattons, si des juges étaient encore arrêtés par l'autorité imposante des savans magistrats qui l'ont rendu, nous leur rappellerions la belle loi de Justinien, qui leur recommande de suivre, dans leurs jugemens, la loi plutôt que les décisions des autorités les plus respectables et les plus élevées en dignité.

Nemo judex existimet neque consultationes, quas non ritè judicatas esse putaverit, sequendum, et multò magis sententias eminentissimorum Præfectorum, vel aliorum Procerum. Non enim si quid non benè dirimatur hoc et in aliorum judicum vitium extendi oportet, cùm non exemplis, sed legibus, judicandum sit; neque si cognitionales sint amplissimæ præfecturæ, vel alicujus maximi magistratûs prolatæ sententiæ; sed omnes judices nostros veritatem, et legum, et justitiæ sequi vestigia sancimus. L. 13, cod. de sententiis, etc., 7, 44.

C'est donc un devoir pour tous les juges de ne point suivre un arrêt rendu même par la

Cour de cassation, lorsqu'ils le croient contraire à la loi; et ce devoir est d'autant plus impérieux dans notre législation, que l'ordre judiciaire y est constitué de telle manière, que si la Cour de cassation, spécialement chargée de réprimer les contraventions à la loi qui peuvent échapper aux cours inférieures, venait elle-même à s'en écarter, en cassant un jugement à tort, par l'une de ces erreurs auxquelles la sagesse humaine est toujours exposée, elle en devrait être avertie par la Cour royale à qui l'affaire serait renvoyée; car, lorsqu'après une cassation, le second jugement sur le fond est attaqué par les mêmes moyens que le premier, qui avait été cassé, la question ne peut plus être portée que devant les trois sections réunies, présidées par le ministre de la justice. *Art. 18 de la loi du 27 ventôse an 8. Junct., art. 4 de la loi du 16 septembre 1807.* Or, il est arrivé plusieurs fois que la Cour de cassation a eu la gloire de reconnaître son erreur et de la rétracter (1).

Mais enfin si elle y persistait, en cassant encore le second jugement, et si le troisième, conforme aux deux précédens, était attaqué de nouveau par les mêmes moyens, l'affaire serait de droit portée au Conseil d'état, et donnerait

(1) Nous en avons donné un exemple, tom. 6, p. 223.

lieu à une ordonnance qui interpréterait la loi et fixerait la jurisprudence.

32. Si, pour être valable, le paiement doit être fait au créancier ou à ceux qui ont pouvoir de lui, le débiteur ne peut payer au créancier, lorsqu'en le faisant, il préjudicierait aux droits d'un tiers légalement connus. Il ne peut donc payer valablement au préjudice d'une saisie-arrêt ou d'une opposition (1) mise entre ses

(1) Voyez, sur cela, M. Delvincourt, dans son Cours de Code civil, tom. 2, p. 350 et suiv. Pour les formalités à observer dans les saisies-arrêts ou oppositions, voyez le Code de procédure, art. 557 à 582, art. 563 à 565. Pour l'effet des oppositions sur les cautionnemens des fonctionnaires et sur les fonds des communes, voyez l'avis du Conseil d'état, du 12 août 1807, et pour les formalités des oppositions entre les mains des caissiers des fonds publics, voyez le décret du 18 du même mois.

Observez qu'il n'est admis d'opposition au paiement d'une lettre de change que dans deux cas : celui de perte de la lettre et celui de faillite du porteur. *C. C., 149*;

Que si la créance porte intérêt, celui qui est empêché de payer par des saisies-arrêts, n'en doit pas moins les intérêts jusqu'à la consignation;

Qu'il est des créances qui ne peuvent être saisies.

1.° Les rentes sur l'Etat. *Loi du 8 nivôse an 6*;

2.° Les traitemens des fonctionnaires publics ne sont saisissables que jusqu'à concurrence du cinquième sur les premiers 1,000 fr. et les sommes au-dessous; du quart sur les 5,000 fr. suivans, et du tiers sur tout l'excédant des 6,000 fr., à quelque somme qu'il puisse monter. *Loi du 21 ventôse an 9.* Quant aux traitemens ecclésiastiques, ils sont insaisissables en totalité. *Arrêté du 18 nivôse an 11.* Il en est de même des pensions, soldes de retraite, traitemens de réforme, pensions des militaires et de la Légion d'honneur. *Arrêté du 7 thermidor an 10*, et *avis du Conseil d'état, approuvé le 2 février 1808.*

3.° Les revenus des biens composant les majorats. Cependant, ils peuvent être saisis jusqu'à concurrence de moitié; d'abord,

mains de la part des créanciers de son créancier. Autrement, si le droit des saisissans ou opposans est jugé légitime, et leur opposition peuvent contraindre le débiteur saisi à payer ~~valable, ils~~ une seconde fois, sauf son recours

pour les dettes privilégiées contenues dans l'art. 2103, pourvu, dans ce dernier cas, qu'il ne s'agisse que de réparations usufruitières, et sauf à obtenir une autorisation spéciale du Gouvernement, pour les grosses réparations. *Décret du 1.er mars 1808, art. 51 et suiv.;*

4.° Les provisions alimentaires adjugées par justice, excepté pour cause d'alimens;

5.° Les sommes et objets déclarés insaisissables par le testateur ou donateur, et qui étaient disponibles dans sa main;

6.° Les sommes et pensions pour alimens, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables.

Néanmoins, les objets mentionnés dans les deux derniers numéros ci-dessus peuvent être saisis par des créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, et ce, en vertu de la permission du juge, et pour la portion qu'il détermine. *C. P., art. 581 et 582.*

Quoique ces objets soient déclarés insaisissables, il n'est pas prudent à celui qui en est débiteur de payer au préjudice d'une saisie quelconque, parce que, si le saisissant prouvait qu'il est dans un des cas d'exception ci-dessus référés, le paiement pourrait être annulé dans son intérêt.

Toute saisie-arrêt doit contenir l'énonciation du titre et de la somme pour laquelle elle est faite. *Art. 559 du C. P.* Si donc Pierre doit 10,000 fr. à Paul, et que Jacques mette une saisie-arrêt aux mains de Pierre pour 2,000 fr., Pierre peut payer les 8,000 fr. de surplus à Paul, pourvu que celui-ci consente que Jacques reçoive en même tems les 2,000 fr. Mais si Paul ne consent pas que cette somme soit comptée de suite à Jacques, il ne peut exiger que Pierre lui compte les 8,000 fr., parce qu'en attendant l'issue de la contestation au sujet des 2,000 fr. réclamés par Jacques, il est possible que d'autres créanciers viennent mettre de nouvelles saisies-arrêts sur cette somme de 2,000 fr., qui ne suffirait plus alors pour satisfaire Jacques; puisqu'elle serait distribuée au marc le franc.

contre son créancier, auquel il a imprudemment payé une première fois (1242).

33. Si le débiteur ne peut payer valablement au préjudice d'une saisie-arrêt ou opposition, mise entre ses mains par des tiers, il ne le peut faire, à plus forte raison, au préjudice d'une saisie faite par ses propres créanciers. Tous les biens saisis et annotés deviennent le gage commun de tous les créanciers saisissans ou intervenans dans la saisie : aucun d'eux n'en peut rien recevoir que dans l'ordre convenu entre eux, ou déterminé par la justice. Si le débiteur se permettait de disposer de quelques-uns des effets saisis en faveur de l'un de ses créanciers, saisissans ou non saisissans, les autres pourraient contraindre celui-ci à rapporter à la masse l'argent ou les effets compris dans l'annotation, et qu'il aurait indûment reçus ; sauf à faire décider par la justice s'il a quelque privilège ou préférence sur les autres créanciers.

34. Vainement alléguerait-il, s'il s'agissait de meubles ou d'effets mobiliers, qu'il est créancier d'un corps certain, d'un tableau, par exemple, d'un navire ou de tel autre meuble précieux; qu'il l'a acheté par un contrat en forme ; qu'il en a payé le prix, non seulement avant la saisie des autres créanciers, mais même avant leurs titres de créance;

que la propriété est transférée par l'effet des obligations (711); que le créancier est propriétaire de la chose, encore que la tradition n'en ait point été faite (1138, 1583).

Les créanciers lui répondraient avec avantage que si la vente est parfaite, et la propriété acquise de droit à l'acheteur par le seul consentement, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni même le prix payé, ce principe n'est vrai, dans toute son étendue, qu'*entre les parties*, comme le dit l'art. 1583, *et à l'égard du vendeur.*

35. Mais, en ce qui concerne les droits des tiers ou ceux des créanciers du vendeur, il faut, dans les principes du Code, faire une distinction importante. S'il s'agit d'un immeuble, la propriété en est, à tous égards, irrévocablement transférée à l'acheteur, par le seul consentement des parties, aussitôt qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée. Le vendeur, ainsi dépouillé de la propriété, ne peut plus revendre la chose une seconde fois: ce serait vendre la chose d'autrui; il ne peut plus conférer sur elle aucun droit, parce qu'on ne peut transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même. *L. 54, ff de R. J.; art. 2182 et 2125 du Code.* Il en résulte que la première vente, pourvu que la date en soit assurée, prévaut

sur la seconde, suivie de tradition. *Arg. art. 1141; décret du 7 avril 1813; Sirey, an 1813, 2.e part., p. 292. V. ce que nous avons dit tom. 6, n.° 204, p. 237 et suivantes.* Il en résulte encore que les créanciers du vendeur, qui n'auraient point de droits d'hypothèque acquis avant la vente, ne peuvent plus prétendre aucun droit sur un immeuble qui a cessé d'appartenir à leur débiteur. Ils ne peuvent plus, comme autrefois *(v. Pothier, du Contrat de vente, n.° 320)*, faire saisir l'immeuble vendu avant que la tradition en ait été faite.

Mais, à la différence des immeubles, la vente des effets purement mobiliers n'en transfère point la propriété à l'acheteur, avant que la tradition en ait été faite, du moins en ce qui concerne les droits des tiers. C'est une conséquence nécessaire de l'art. 1141, qui porte : « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou » de livrer est *purement mobilière*, celle des » deux qui en a été mise en possession réelle, » est préférée et en demeure propriétaire, » encore que son titre soit postérieur en date, » pourvu toutefois que sa possession soit de » bonne foi ».

36. La tradition ou le déplacement est donc nécessaire, pour transférer la propriété (1) des

(1) Dans l'ancienne jurisprudence, si le débiteur léguait la chose qu'il s'était obligé de donner, ou qu'il avait vendue, et mourait sans

meubles, en ce qui concerne les droits acquis par un tiers, depuis même qu'ils ont été vendus; et si, en fait de meubles, la possession vaut titre (2279), le titre ne vaut pas possession. Le vendeur, aux yeux des tiers, et en ce qui concerne leurs intérêts, n'étant point, avant la délivrance, dessaisi de la propriété des meubles vendus, il en résulte que tous ses créanciers, même chirographaires, antérieurs ou postérieurs à la vente, peuvent les faire saisir, sans que l'acquéreur puisse les revendiquer, ni en empêcher la vente judiciaire, sans qu'il puisse réclamer sur le prix, en cas qu'il l'ait payé, aucune préférence ou privilège, sauf à entrer en contribution au marc le franc avec les autres créanciers, tant pour le remboursement de la somme qu'il aurait payée, que pour les dommages et intérêts qui lui sont dus par son vendeur.

Telle était l'ancienne jurisprudence, attestée par les commentateurs de la Coutume de Paris,

l'avoir livrée à l'acquéreur, elle appartenait au légataire, suivant la règle que la propriété de la chose passe au légataire par la mort du testateur. C'était donc au légataire qu'elle devait être délivrée, sauf à l'acquéreur son action en dommages et intérêts contre les héritiers du vendeur. *L. 32, ff locati, 19, 2. Pothier*, n.° *152*.

Cette décision doit être rejetée sous l'empire du Code, où la propriété est transférée par l'effet de l'obligation et par le seul consentement, si ce n'est à l'égard des créanciers du vendeur. Or, le légataire n'a jamais été créancier du testateur vendeur, mais seulement de ses héritiers. Ainsi, la vente doit l'emporter sur le legs.

par Bourjon, *Droit commun de la France* (1). « La vente de meubles, *faite sans déplacement*, » dit-il, est nulle *à l'égard des créanciers du* » *vendeur*. De là il s'ensuit que les créanciers » de celui qui a fait une telle vente peuvent, » nonobstant la vente, les faire saisir et vendre » sur leur débiteur, qui en est resté en posses- » sion..... Cela est fondé sur la maxime qu'en » matière de meubles, la possession vaut titre ».

L'auteur en donne pour raison que, sans cette juste rigueur, les débiteurs mal intentionnés pourraient mettre tous leurs meubles à couvert de la poursuite de leurs créanciers, par des ventes simulées.

Ferrière, sur l'art. 170 de la Coutume de Paris, n.° 14, enseigne la même doctrine, et le Code l'a consacrée dans l'art. 1583, qui porte que la vente est parfaite *entre les parties*, et que la propriété est acquise de droit à l'acheteur, *à l'égard du vendeur*, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée et le prix payé.

Ces expressions d'une vente *parfaite entre les parties*, répondent à celles qu'emploie Bourjon, la vente sans déplacement est *nulle à l'égard*

(1) Tom. 1, p. 125, édit. de 1746, section de la possession en matière de meubles, et qu'elle vaut titre. Il enseigne la même doctrine, tom. 2, p. 363, section si le contrat de meubles sans déplacement est suffisant pour revendiquer.

des créanciers; c'est-à-dire que, quoique la vente soit irréfragable, quoiqu'elle produise tous ses effets par le seul consentement des parties, même sans tradition, quoique la propriété soit transmise à l'acquéreur, néanmoins, la validité de cette vente, et la transmission de propriété qu'elle opère, ne peuvent être opposées aux créanciers du vendeur, ni à ceux qui ont traité avec lui, tandis que la chose est encore dans sa possession; d'où il suit que les créanciers, même postérieurs à la vente, peuvent saisir la chose vendue sur le débiteur, et que, s'il la livre à un second acquéreur, celui-ci sera préféré au premier, parce que, trouvant encore la chose au pouvoir du vendeur, il a eu un juste motif de l'en croire propriétaire, suivant la maxime *en fait de meubles, la possession vaut titre* (2279).

37. Il en est autrement des immeubles, à l'égard desquels le titre vaut tradition. La seconde vente, suivie de tradition, ne prévaut pas sur la première, dont l'antériorité de date est assurée, comme nous l'avons dit *suprà. V. tom. 4, n.° 61, et tom. 6, n.° 204.* Les créanciers chirographaires du vendeur, même antérieurs à la vente, ne pourraient, avant la délivrance, saisir l'immeuble vendu. Le motif qui a fait établir la maxime contraire à l'égard des meubles, n'existe point à l'égard des immeubles.

Il en coûterait trop au débiteur mal intentionné pour déguiser sa propriété par des ventes simulées, qui donneraient ouverture à des droits de mutation dispendieux, lorsqu'il feindrait de faire sortir ses biens de sa main, et lorsqu'il feindrait de les y faire rentrer. De plus, les contre-lettres nécessaires en pareil cas, entraînent encore des inconvéniens si grands (1), qu'il est très-rare que les débiteurs prennent le moyen des ventes simulées de leurs immeubles, pour se soustraire aux poursuites de leurs créanciers. On a donc dû, à l'égard des ventes d'immeubles, laisser dans toute sa force le principe que la propriété est transférée par le contrat, même à l'égard des créanciers chirographaires, qui ont à s'imputer de n'avoir pas exigé une hypothèque. Il est d'ailleurs si rare que les ventes d'immeubles puissent demeurer secrètes, que le législateur n'a pas dû s'occuper de ces cas extraordinaires. *Quod semel aut bis existit, prætereunt legislatores. LL. 3, 4 et 6, ff de leg., 1, 3.*

38. Nous avons vu que l'ancienne jurisprudence exigeait le déplacement des meubles, pour que la vente produisît son effet contre les

(1) Les contre-lettres n'ont point d'effet contre les tiers (1321). Ainsi, l'acquéreur fiduciaire peut, nonobstant la contre-lettre, aliéner ou hypothéquer les biens qui lui sont confiés. Voyez un arrêt de la Cour de cassation, du 18 décembre 1810, Sirey, an 1811, p. 83; un arrêt de la Cour de Nîmes, du 14 avril 1812, Sirey, an 1813, sup., p. 216.

créanciers saisissans du vendeur. Le Code apporte de justes exceptions à ce principe. 1.° La remise des clefs du bâtiment ou de l'appartement qui contient les meubles vendus opère le même effet que leur délivrance réelle (1606), parce qu'ils ne sont plus alors au pouvoir du vendeur, mais de l'acquéreur : ainsi, la remise des clefs équivaut à la délivrance. Ce principe s'applique principalement à la vente en bloc des grains qui sont dans un grenier, des vins qui sont dans une cave, des marchandises qui sont dans un magasin. Les créanciers du vendeur ne pourraient plus les saisir, après que les clefs du grenier, de la cave ou du magasin ont été remises à l'acquéreur, quoiqu'il n'ait encore rien enlevé de ces marchandises. Nous supposons toujours que la date de la vente est assurée, ainsi que la remise des clefs.

39. 2.° La tradition ou la délivrance des droits incorporels qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles de déplacement, se fait par la remise des titres (1607). Néanmoins, le cessionnaire de droits incorporels n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation de transport faite par ce dernier dans un acte authentique (1690).

Ainsi, malgré la vente et la remise des titres, les créanciers des vendeurs de droits

incorporels, d'une rente, par exemple, d'une créance, pourraient mettre une saisie-arrêt entre les mains du débiteur, avant la signification du transport faite à ce dernier, ou son acceptation par acte authentique.

40. 3.° Le seul consentement des parties équivaut à la délivrance des effets mobiliers, *si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente*, ou si l'acheteur *les avait déjà eus en son pouvoir à un autre titre* (1606).

Ainsi, je vous ai vendu la récolte de mes grains avant la moisson, la récolte de mes vignobles avant la vendange : la vente est irrévocable, même à l'égard de mes créanciers(1), par notre seul consentement, parce que le transport des vins et des grains ne peut se faire au moment de la vente. Mes créanciers ne pourront donc saisir la récolte, sous prétexte qu'elle n'a pas été livrée et transportée en la puissance et possession de l'acheteur. Il faut en dire autant du cas où je vous ai vendu à Rennes des meubles que je possède à Paris : le transport ne peut s'en faire au moment de la vente.

Ainsi encore, si je vous vends le cheval ou les meubles que je vous ai prêtés, la vente est parfaite par notre seul consentement, et mes

(1) Ainsi l'a décidé la Cour de cassation, le 19 vendémiaire an 14, par un arrêt rapporté dans le nouveau Répertoire, verbo *fruits*, n.° 2.

créanciers ne pourraient plus saisir les meubles qui sont en votre pouvoir. Vous avez en votre faveur et titre et possession.

41. Mais si, après avoir acheté des meubles, l'acquéreur les louait ou les prêtait au vendeur, comme ils n'auraient pas cessé d'être en la puissance de ce dernier, ils continueraient de pouvoir être saisis par ses créanciers, parce que ces meubles n'ayant jamais été délivrés, il y a lieu de présumer de la fraude et de la collusion. La possession du vendeur continue d'être un titre en faveur de ses créanciers. Les clauses de constitut et de précaire, que les interprètes regardaient comme une tradition feinte, n'avaient aucune force en fait de meubles. Au contraire, les clauses de retention d'usufruit, de constitut et de précaire, étaient assez ordinaires dans les aliénations d'immeubles. *V. l'art. 275 de la Coutume de Paris, et les commentateurs; Ferrière, sur l'art. 270, n.° 15, de la même Coutume.*

Il en serait autrement des meubles véritablement prêtés ou loués au débiteur par celui à qui ils appartiennent, sur-tout si le locateur fait profession de louer des meubles. Le créancier du commodataire ou locataire, à moins que ce ne fût pour loyers ou fermages, ne pourrait les saisir, parce qu'alors toute présomption de fraude cesse. *V. Ferrière, ibid., et Bourjon, ubi sup.*

42. Les lois ont, dans tous les tems (1), établi des règles particulières pour la vente des navires et autres bâtimens de mer, relativement aux créanciers du propriétaire. Ces objets sont essentiellement meubles sans contredit; mais ce sont des meubles sur lesquels, vu leur importance, les créanciers du propriétaire doivent naturellement plus compter que sur ses autres effets. C'est donc avec raison que l'Ordonnance de la marine de 1681, dont les dispositions ont été étendues et développées par le Code de commerce, avait, à leur égard, établi des règles qu'il faut connaître.

L'art. 190 du Code de commerce déclare que les navires *sont affectés aux dettes* du vendeur, et *spécialement* aux dettes *privilégiées*. Ainsi, l'affectation s'étend à toutes les dettes, soit ordinaires, soit privilégiées, quoique préférablement à celles-ci. Elle s'étend aux dettes contractées sous seing privé, aussi bien qu'à celles contractées par acte authentique. Cette affectation n'est point une hypothèque; car les créances les plus anciennes n'ont point de préférence sur les plus récentes. Leur condition est égale: elles sont acquittées par concurrence et au marc le franc. L'affectation du navire aux dettes du propriétaire consiste en ce qu'à la différence

(1) Voyez Emérigon, Traité des contrats à la grosse, ch. 12, sect. 1 et 2, p. 556 et suiv.; Valin, sur l'Ordonnance de la marine, liv. 2, tit. 1, art. 2, p. 603.

des autres meubles, la vente suivie de déplacement ou de transport, la mise en possession de l'acquéreur, ne suffisent point pour anéantir le gage des créanciers du vendeur, à l'égard desquels la possession du navire ne confirme pas le titre même authentique de l'acquéreur ; ils conservent le droit, à moins que la vente ne soit faite en justice, de saisir, même après son déplacement, le navire vendu, et de le faire vendre au profit commun de tous les créanciers opposans, jusqu'à ce qu'il ait fait un voyage en mer, sous le nom et aux risques de l'acquéreur, et sans opposition de la part des créanciers du vendeur. *C. C., 193.*

Un navire est censé avoir fait un voyage en mer, lorsque son départ et son arrivée auront été constatés dans deux ports différens, et trente jours après le départ.

Lorsque, sans être arrivé dans un autre port, il s'est écoulé plus de soixante jours entre le départ et le retour dans le même port, ou lorsque le navire, parti pour un voyage de long cours, a été plus de soixante jours en voyage, sans réclamation de la part des créanciers du vendeur. *C. C., 194.*

La vente doit être faite par écrit, et peut avoir lieu par acte public ou par acte sous signature privée. *C. C., 195.* Il ne suffirait donc pas, pour purger le droit des créanciers du vendeur, que

le navire eût fait un voyage sous le nom de l'acquéreur, si celui-ci ne produisait pas un titre d'acquisition.

Et si le navire était parti sous le nom du propriétaire, la vente volontaire du navire en voyage ne préjudicierait pas aux créanciers du vendeur. En conséquence, nonobstant la vente, le navire, ou son prix, continue d'être le gage des créanciers, qui peuvent même, s'ils le jugent convenable, attaquer la vente pour cause de fraude. *C. C., 196.*

Il n'entre pas dans notre plan de donner ici tous les développemens dont ces dispositions sont susceptibles. *V. Valin et Emérigon, ubi sup.*

43. A la mort d'un débiteur insolvable, si ses créanciers ne se sont pas fait connaître par une opposition formée d'une manière juridique, l'héritier bénéficiaire peut payer les créanciers qui se présentent les premiers (808) *(v. tom. 4, n.os 355, 364 et 366)*. Mais s'il existe des créanciers opposans, il ne peut payer au préjudice de leur opposition. Le paiement est nul à leur égard; l'héritier bénéficiaire est seulement subrogé dans les droits du créancier qu'il a payé.

44. Les paiemens faits par un failli ne sont point valables. Il ne peut changer, par son fait, les droits de ses créanciers, fixés irrévocablement à l'ouverture de la faillite. Mais les

paiemens faits dans les dix jours qui précèdent la faillite sont valables, s'il s'agit de dettes échues et exigibles. Si le paiement était fait avant l'échéance, il faudrait distinguer. L'article 446 du Code de commerce porte que « toutes sommes payées dans les dix jours qui » précèdent l'ouverture de la faillite, *pour* » *dettes commerciales non échues*, sont rappor- » tées ».

Il résulte de cette disposition qu'elle n'est point applicable au paiement des dettes commerciales *échues*, ni au paiement des autres dettes même non encore échues, sauf à prouver que le paiement a été fait en fraude. *V. tom. 6, n.° 362.*

45. Quant aux paiemens faits par un homme en déconfiture, c'est-à-dire, par un non commerçant insolvable, ils sont valables, sauf les cas de fraude. La déconfiture est l'état où se trouve un débiteur non commerçant dont les biens sont insuffisans pour payer ses dettes; en sorte que les créanciers qui n'ont ni privilège ni hypothèque, sont réduits à perdre une partie de leurs créances, et à partager entre eux le prix des biens, par contribution au marc le franc. *V. Domat, liv. 4, tit. 5, n.os 1 et 2.*

Mais les dispositions du Code de commerce, relativement aux actes faits par le failli dans

les dix jours avant la faillite, ne sont point applicables au cas de la déconfiture, ainsi que l'ont décidé plusieurs arrêts de la Cour de cassation. *V. tom. 6, p. 438.*

A plus forte raison, les paiemens faits avant que la déconfiture éclate sont valables, toujours hors le cas d'une fraude difficile à prouver; car il faut qu'il y ait complicité de la part de celui qui reçoit. Un arrêt du Parlement de Paris, du 24 janvier 1731, jugea valable un paiement de 5,000 fr. fait par un sieur Favière, déjà en danger de mort, et qui mourut insolvable sept jours après. Le paiement avait été fait à une personne qui reçut sans procuration de la bru de Favière, à qui cette somme était due, et à qui elle n'avait pas encore été remise au moment où il mourut. Ses créanciers prétendirent que ce paiement était frauduleux, mais leur prétention fut rejetée. *V. Denisart, verbo* paiement, *n.° 32.*

46. Après avoir vu par qui et à qui le paiement doit être fait, il faut voir quelle chose peut être donnée en paiement. Et d'abord, si le créancier et le débiteur consentent, l'un de recevoir, l'autre de donner une chose au lieu d'une autre, il est évident qu'un tel paiement est valable et qu'il éteint l'obligation. *L. 17, cod. de solut., 8, 43. Manifesti juris est..... rebus, pro numeratâ pecuniâ, consentiente creditore*

datis, tolli paratam obligationem. C'est ce qu'on appelle *datio in solutum.*

Un pareil paiement dégénère ordinairement dans un contrat. C'est une vente, quand on donne un meuble ou un immeuble en paiement d'une somme d'argent; un échange, quand on donne une chose au lieu d'une autre : il faut alors suivre les règles particulières à ces contrats. Le mineur, lésé par un don en paiement imprudemment reçu par lui ou son tuteur, peut se faire restituer. *L. 26, ff de liberat. leg., 34, 3.* Le majeur pourrait aussi se faire restituer pour erreur (1), violence ou fraude, et même pour lésion au-delà des sept douzièmes, si le paiement contenait une vente d'immeuble.

47. Hors le cas d'un consentement mutuel, ce n'est que la chose même qui forme l'objet de l'obligation que l'on peut contraindre à donner ou à recevoir en paiement. *Aliud pro alio, invito creditori solvi non potest. L. 2, § 1, ff de reb. cred., 12, 1.*

« Le créancier ne peut être contraint de » recevoir une autre chose que celle qui lui » est due, quoique la valeur de la chose offerte » soit égale ou même plus grande (1243) ».

Comme aussi réciproquement, le créancier ne peut contraindre son débiteur à le payer en

(1) L. 50, ff *de solut.*, 46, 3.

autres espèces ou effets qu'il n'a été stipulé par le contrat.

Ainsi, celui qui a promis de donner du grain, des bestiaux, du vin, du sel (1) ou autres denrées, ne peut se dispenser de les donner, en offrant d'en payer le prix, soit à dire d'experts, soit au taux des mercuriales.

48. Le principe que le débiteur ne peut être contraint de payer autrement qu'il n'a été stipulé par le contrat, ni s'acquitter en donnant *aliud pro alio*, s'applique même aux obligations de faire. En voici un exemple, dans l'espèce d'un arrêt rendu par le Parlement de Douai, le 23 mars 1782. Le 11 juillet 1769, Delecourt vendit à Daniaux, teinturier, pour 4,756 florins d'indigo, payable, moitié en lettres de change et moitié *en teintures*. Les lettres de change furent données et payées; et Daniaux fournit

(1) Arrêt du Parlement de Paris, du 7 septembre 1643, rapporté par Henrys. Voyez le Répertoire, verbo *legs*, sect. 5, § 2, p. 350. Il s'agissait du legs annuel fait à un hôpital d'une certaine quantité de sel. L'arrêt jugea que l'héritier ne pouvait offrir d'en payer la valeur chaque année.

Un autre arrêt, rendu par le Parlement de Paris, le 31 juin 1779, jugea qu'un legs de quatre-vingt-huit pintes de vin, anciennement fait aux prisonniers de la sénéchaussée d'Angers, par forme de fondation perpétuelle, et stipulé payable en nature, ne pouvait être payé en argent, quoique depuis long-tems les détenteurs des héritages affectés à la prestation du legs l'eussent acquitté en argent, et eussent même été, par plusieurs sentences, autorisés à le faire. Le procureur du Roi s'était rendu opposant à ces sentences. Voyez le Répertoire, verbo *legs*, sect. 5, § 2, n.° 1, p. 550.

de plus pour 500 florins de teintures à Delecourt, lequel prétendit se faire payer en argent, parce qu'ayant quitté le commerce, il n'avait plus besoin de teintures, et ne pouvait plus donner d'étoffes à teindre, et qu'à l'impossible nul n'est tenu.

Daniaux répondit que cette impossibilité était une chimère; que Delecourt n'avait point été forcé de quitter le commerce d'étoffes; qu'il pouvait le reprendre, ou traiter avec un autre marchand de ce genre, qui donnerait des étoffes à teindre; qu'enfin, il existait un contrat par lequel il s'était engagé à donner des étoffes à teindre; qu'il n'avait pu dépendre de sa volonté seule de résoudre cet engagement, sans lequel Daniaux eût acheté les indigos moins cher.

En un mot, tout contrat fait par une personne capable, et qui ne blesse ni les bonnes mœurs, ni l'ordre public, doit être exécuté. Un débiteur ne peut être forcé de payer autre chose que ce à quoi il s'est engagé. Ces motifs triomphèrent, et la prétention de Delecourt fut rejetée. Il y avait eu, le 25 juillet 1766, un précédent arrêt conforme, rendu par le même Parlement de Douai, en faveur du même Daniaux. *V. les Questions de droit de Merlin, verbo* paiement, § 1.

49. Le débiteur ne pourrait s'excuser de donner la chose due, en alléguant qu'il ne l'a

point en son pouvoir, quand même il s'agirait de la dette d'une succession qu'il a recueillie. Il ne pourrait offrir d'autres choses d'une valeur égale, ou même plus grande, en disant qu'il n'a point trouvé celle qu'il doit donner dans la succession. Si c'est une somme d'argent, le débiteur peut s'en procurer par la vente des biens de la succession, ou des siens propres, en empruntant, ou de toute autre manière qu'il lui plaira (1). Si ce sont d'autres choses, il peut en acheter.

5o. Le débiteur ne pourrait donner de l'argent au lieu des choses ou des denrées promises, quand même elles auraient été estimées dans le contrat, parce qu'une pareille évaluation, ajoutée purement et simplement dans les actes, n'a ordinairement pour objet que de donner une base à la perception du droit d'enregistrement (2).

(1) *Si pecunia legata in bonis legantis non sit, solvendo tamen hereditas sit. Heres legatam pecuniam dare compellitur, sive de suo, sive ex venditione rerum hereditariarum, sive undè voluerit. L. 12, ff de legatis, 2.°*

(2) Ainsi que l'a pensé la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 thermidor an 13, dont voici l'espèce : Le 22 vendémiaire an 4, René Saget avait vendu un vignoble à Boulhier, moyennant une vache livrée de suite, et cent quatre-vingt pièces de vin, livrables dans six années, à la charge de l'intérêt, à raison d'une pièce pour vingt, sans retenue. Une clause de l'acte évaluait la vache et le vin à 5,000 fr. L'intérêt fut payé en nature, jusqu'à l'expiration du terme fixé pour le paiement du prix principal.

Si l'évaluation avait pour objet de laisser au débiteur la faculté de s'acquitter en argent, ce serait une obligation facultative, dont nous avons parlé *tom. 6, p. 816, n.° 700.* Par exemple, j'ai affermé un vignoble pour une somme de 500 liv., que le fermier *pourra* payer en vins qu'il recueillera. Nul doute que je ne pourrai le contraindre à payer en vin, s'il préfère payer en argent. Il est évident que la faculté est mise en sa faveur.

Il y aurait équivoque, s'il était dit que le prix de la ferme est de 500 fr., *payables* en vins : car, cette expression peut également signifier que le fermier a la faculté de payer en vins, ou que le propriétaire peut en exiger. Mais, comme dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation (1162), il faut dire que l'obligation est facultative, et que la faculté n'est censée mise qu'en

La veuve de l'acquéreur prétendit alors qu'elle ne le devait pas payer *en nature,* mais seulement la somme de 5,000 fr. en numéraire. La Cour de Lyon adopta cette prétention, par le motif que le contrat avait été passé dans un tems où il n'y avait aucun signe monétaire qui pût servir à déterminer un prix certain, payable à long terme ; que l'unique moyen de stipuler un prix de cette espèce était donc de le fixer en denrées, eu égard à leur valeur au tems du contrat, comme le firent une foule de personnes à cette époque.

Mais cet arrêt, qui violait ouvertement la loi du contrat, fut cassé le 25 thermidor an 13. Voyez le nouveau Répertoire, verbo *paiement*, n.° 6.

faveur du fermier débiteur, et non du propriétaire créancier. *Pothier, n.° 497.*

Il en serait autrement, s'il était dit *payables* en vins, si le propriétaire l'exige, ou au choix du propriétaire. La clause serait encore en faveur du propriétaire, s'il était dit que le fermier paiera en vin, jusqu'à la concurrence de 500 francs, suivant la valeur des vins à telle époque. Le fermier pourrait alors être contraint de donner des vins, et contraindre le propriétaire à les recevoir. Tout dépend donc de la manière dont l'acte est rédigé.

Souvent, après avoir stipulé un prix en argent, on ajoute que le fermier donnera de plus tant de mesures de vin, de cidre, de blé, ou autres denrées. Le fermier peut encore alors être contraint de payer ces denrées en nature.

51. Mais est-il obligé d'acheter les denrées promises, en cas qu'il n'en recueille point sur la ferme dans l'année où elles sont dues? Ou bien, est-il seulement obligé d'en payer la valeur, et à quel taux cette valeur doit-elle être estimée? C'est une question que nous examinerons *infrà*, n.° 62. Nous nous bornerons à dire ici que si la convention portait que le fermier donnera chaque année tant de mesures de vin, de cidre, etc., du cru de la ferme, en sus des fermages en argent, il serait dégagé de l'obligation de payer ces denrées

dans les années où il n'en recueillerait pas, si telle a été l'intention des parties, manifestée par les circonstances et par les expressions de l'acte. Par exemple, si ces prestations étaient un faible objet, comparé au prix principal de la ferme; s'il était dit qu'il donnera tant de vin, de cidre, etc., lorsqu'il en recueillera, s'il en recueille. Et comme les juges penchent toujours en faveur du débiteur, le propriétaire doit avoir soin de faire exprimer ses volontés sans équivoque.

52. Au reste, le débiteur d'une quantité déterminée de vin n'est pas obligé de donner du vieux; il peut s'acquitter en vins de l'année où la dette est exigible. *V. Henrys, liv. 4, quest. 44.* C'est une conséquence de la règle d'interprétation qui veut que, dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur du débiteur (1162).

Il n'est même pas obligé de donner du meilleur, lorsque la convention ne le lui ordonne pas. C'est une règle générale que, si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur n'est pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce : mais il ne peut aussi l'offrir de la plus mauvaise (1246, 1022).

53. Si la dette est d'une somme d'argent, le débiteur ne peut contraindre le créancier de

recevoir des billets ou lettres de change, même actuellement exigibles. Il ne peut, à plus forte raison, le contraindre à recevoir une rente au lieu d'un capital, quand même le créancier serait un hospice ou un autre établissement, obligé de colloquer en rentes de l'espèce offerte (1).

Mais il peut payer indifféremment en or ou en argent, quand même il serait dit qu'il a reçu en or, parce qu'on ne considère, dans la monnaie, que la valeur qui lui est donnée par le prince de chaque Etat; que les francs, pris par abstraction, et non les pièces, qui n'en sont que le signe. Il faudrait donc une stipulation expresse pour obliger le débiteur de payer en or. *V. tom. 6, p. 699.* La maxime, en cette matière, est que le débiteur doit rendre *tantumdem, non idem.*

54. Quant aux espèces de billon ou de cuivre, il est reconnu, par l'autorité souveraine, qui les a mises en circulation, que ces pièces sont, dans leur origine, destinées uniquement aux appoints et au paiement des denrées de peu de valeur (2). Il faut en dire autant des

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 8 fructidor an 13, rapporté dans le nouveau Répertoire, verbo *legs*, sect. 5, § 2, avec le savant réquisitoire sur lequel cet arrêt fut rendu.

(2) Ce principe fut invoqué par les généraux ou prévôts des monnaies, dans un procès dont Dumoulin nous a transmis l'espèce,

anciennes pièces de six, douze et vingt-quatre sous, aujourd'hui réduites à cinq, dix et vingt. La conséquence naturelle de ce principe est qu'on ne peut forcer de les admettre en paiement pour une somme supérieure aux appoints, qui ne peuvent être payés en espèces plus fortes. Cependant, l'usage contraire s'était autrefois introduit; et pour réprimer les abus qui en résultaient, un arrêt du Conseil, du 1.er août 1738, ordonna, art. 5, *qu'il ne pourra plus entrer dans les paiemens de 400 liv. et au-dessous, pour plus de 10 liv. d'espèces de billon, et pour plus d'un quarantième dans les paiemens au-dessus de 400 liv.*

telle qu'il l'avait apprise de François Benevent, célèbre avocat à la Cour des monnaies, à Paris. Un particulier avait été condamné aux dépens d'un procès taxé à 30 liv. Pour s'en venger, il rechercha et rassembla des deniers jusqu'à la concurrence de cette somme, et les offrit au créancier, qui les refusa, offrant de recevoir en autre monnaie. Le prévôt de Paris le condamna à recevoir la somme en deniers. Le Parlement de Paris, où l'appel fut porté, consulta les généraux ou prévôts des monnaies, qui furent d'avis qu'il y avait mal jugé, 1.° parce que cette menue monnaie n'était point faite pour le commerce, mais seulement *pour l'échange des écus et pour les appoints;* 2.° parce que cette menue monnaie, presque toute de cuivre, formait un poids trop lourd dans une somme considérable.

Dicebant primò, hanc minutissimam monetam nigram denariorum parvorum, sive parisiensium, sive turonensium, non esse factam ad commercia exercenda, et solvenda debita; sed solùm ad commutandum majores nummos, vel supplendum quod excurrit, quandò minutum aliquid addendum, vel detrahendum est summæ, vel pretio. Dicebant secundò, monetam hanc nigram, ferè omninò esse æream, nimisque ponderosam et onerosam in magnis summis.

Malgré cet avis raisonnable, le Parlement de Paris confirma la

Un autre arrêt du Conseil, du 22 août 1771, étendit cette mesure aux pièces de six, douze et vingt-quatre sous, et ordonna qu'elles ne pourraient *entrer dans les paiemens de 600 liv. et au-dessus, que pour un quarantième.*

Un troisième arrêt, du 11 décembre 1774, revêtu de lettres-patentes le même jour, or-

sentence, et Dumoulin (*tract. contract. usur., n.° 748, tom. 2, p. 305, de l'édition de Paris 1681*) trouve l'arrêt bien rendu; d'abord parce que, quelque peu de valeur qu'ait la petite monnaie (*vilissima*), il suffit qu'elle soit approuvée par l'autorité publique, pour qu'on doive la recevoir en paiement, même pour une grande somme; ensuite, parce qu'on ne doit pas considérer le désagrément qu'éprouve le créancier qui la reçoit, et qui fait, en la refusant, une faute plus grande que le débiteur qui la lui donne par malice.

Malgré le crédit de Dumoulin et l'arrêt du Parlement de Paris, la vérité a prévalu. L'autorité publique, comme les anciens généraux ou prévôts des monnaies, a toujours professé le principe si vrai que les menues monnaies, même en argent, comme les pièces de six, douze et vingt-quatre sous, *sont destinées uniquement aux appoints et au paiement des denrées de peu de valeur.* Ce sont les expressions du préambule des lettres-patentes données par Louis XVI, le 11 décembre 1774, sur l'arrêt du Conseil du même jour.

Le même principe se trouve dans l'arrêt du Conseil du 21 janvier 1781, qui, *pour ramener les sous à leur destination primitive*, ordonne qu'il n'en sera plus délivré dans les paiemens que pour les appoints qui ne pourront se payer en écus de six fr. ou de trois liv.

Enfin, un arrêté du Directoire exécutif, du 14 nivôse an 4, parlant de la monnaie de cuivre, porte aussi qu'*elle n'est considérée que pour les appoints.* Voyez les Questions de droit de Merlin, verbo *paiement*, § 3.

Ce principe est également reconnu chez les autres nations, où des réglemens fixent la quotité de même monnaie que le créancier est obligé de recevoir. Voyez l'annotateur du Commentaire d'Ulric Huberus, sur les Institutes, liv. 3, tit. 15, n.° 3, p. 286, édit. Lovanii, 1766. Voyez encore Voët, in Pandect., lib. 12, tit. 1, n.° 23; Bynkershoëk, Observ., lib. 1, cap. 9.

donna que *les pièces de six sous, douze sous, vingt-quatre sous, ne pourront plus entrer dans les paiemens autrement que par appoint, et en espèces découvertes.*

Et comme les motifs qui avaient fait rendre cet arrêt s'appliquaient aux pièces de billon, un quatrième arrêt, rendu le 21 janvier 1781, ordonna que, *pour ramener les sous à leur destination primitive.....,il ne sera plus délivré dans les paiemens aucuns sacs de sous.* Il permit seulement de donner à deniers découverts des pièces de six liards et de deux sous, pour les appoints qui *ne pourront se payer en écus de six fr. ou de trois liv.*; à l'effet de quoi, l'arrêt dérogea *aux précédens réglemens, qui permettaient de donner dans les paiemens le quarantième en sous.*

Cette disposition n'était que la conséquence du principe que ces espèces sont uniquement destinées aux appoints et au paiement des denrées de peu de valeur. Si telle est leur unique destination, comme on n'en peut douter, il s'ensuit qu'on ne peut forcer à les recevoir que pour les appoints.

Cependant un arrêté du Directoire exécutif, du 14 nivôse an 4, quoiqu'en reconnaissant que la monnaie de cuivre n'est destinée que pour les appoints, ordonna qu'*il ne pourra être admis en paiement de tous les droits et*

contributions....., que le quarantième en monnaie de cuivre de la somme à payer, indépendamment de l'appoint; le surplus devra être acquitté en espèces d'or ou d'argent.

Au autre arrêté, du 18 vendémiaire an 6, étendit cette disposition aux pièces de billon connues sous la dénomination de *monnaie grise;* et quoique ces arrêtés fussent relatifs au paiement des contributions, l'application en fut généralement faite, et sans réclamation, aux paiemens faits de particuliers à particuliers, comme du Gouvernement aux particuliers et des particuliers au Gouvernement. On en pouvait d'autant moins douter, que ces arrêtés ne faisaient que renouveler les dispositions de l'arrêt du Conseil, du 1.er août 1738, ainsi que l'observa le ministre du trésor public, dans une lettre du 28 novembre 1809 (1).

Un décret du 21 février 1808 porte que la pièce de dix centimes, dont la fabrication a été ordonnée par la loi du 15 septembre 1807, ne sera donnée et reçue qu'à découvert, et seulement pour les appoints d'un franc et au-dessous.

Mais ce décret, spécial pour cette espèce de monnaie, ne doit pas être étendu aux autres.

(1) Rapportée dans les Questions de droit de Merlin, verbo *paiement*, § 3, p. 9, 2.e édit.

Enfin, le décret du 18 août 1810 en est revenu aux dispositions de l'arrêt du Conseil, du 21 janvier 1781, en ordonnant que *la monnaie de cuivre et de billon, de fabrication française, ne pourra être employée dans les paiemens, si ce n'est de gré à gré, que pour l'appoint de la pièce de cinq francs*. Tel est, sur ce point, le dernier état de la législation.

Remarquez cette expression, pour *l'appoint* de la pièce de cinq francs. Il en résulte qu'on ne peut pas donner cinq francs en billon, comme on le dit assez communément, mais seulement l'appoint de la pièce de cinq francs, c'est-à-dire ce qui est au-dessous de 5 fr., au plus, 4 fr. 95 c.; ce qui est conforme à la destination de cette monnaie, *uniquement destinée aux appoints.*

Quant aux anciennes pièces de six, douze et vingt-quatre sous, réduites, par le même décret, à cinq, dix et vingt sous, et quant aux nouvelles pièces de dix, quinze, vingt et trente sous, le décret ne fixe point la quantité qui peut entrer en paiement; mais comme leur destination est toujours la même, il faut s'en tenir à l'arrêt du Conseil, du 11 décembre 1774, qui ne permet d'en donner que pour les appoints.

On pourrait objecter qu'il est d'usage d'en donner et d'en recevoir une somme plus forte.

La réponse est que cet usage se pratique de gré à gré; qu'il n'est point assez général pour faire loi.

55. Denisart, verbo *paiement*, n.° 28, et après lui Guyot, dans le Répertoire, disent qu'on juge dans tous les tribunaux que celui qui paie 1,200 fr. dans un sac, peut exiger 6 s. pour le sac, 5 s. pour un sac de 1,000 fr., et 3 s. pour un sac de 600 fr. Mais ils ne citent ni loi, ni arrêt qui aient consacré cet usage prétendu. Celui qui porte avec lui des sacs pour emporter son argent, ne peut donc être contraint de prendre les sacs du débiteur. Les banquiers de Rennes ne sont point dans l'usage de forcer le créancier à les prendre. Le décret du 1.er juillet 1809, concernant la retenue qui se fait dans le commerce sous le nom de *passe de sacs*, n'ordonne point au créancier de prendre les sacs du débiteur. Il ordonne seulement à ce dernier de fournir les sacs et la ficelle, bien entendu, si le créancier n'en a point fourni, et il autorise, en ce cas, le débiteur à retenir, pour remboursement de l'avance des sacs, 15 centimes par sac de 1,000 fr.

56. Le principe que le débiteur ne peut contraindre le créancier à recevoir, ni être lui-même contraint de payer une autre chose que celle qu'il doit, *aliud pro alio*, souffre une exception remarquable dans les cas où, par

son fait, le débiteur se trouve dans l'impuissance de donner la chose qui est l'objet ou la matière de l'obligation. Le créancier est alors réduit à recevoir, et le débiteur, forcé de donner la valeur de la chose ou son équivalent. Mais la valeur des choses varie tellement, suivant les tems et les lieux, qu'il n'est pas rare de la voir augmenter ou diminuer de moitié d'une année à l'autre. A quel tems faut-il donc s'arrêter pour estimer la valeur de la chose que le débiteur est, par son fait, dans l'impuissance de donner?

C'est une question que les plus grands jurisconsultes ont unanimement regardée comme l'une des plus difficiles, soit dans la théorie, soit dans la pratique. Les oracles de la jurisprudence romaine se contredisent, ou semblent se contredire en ce point, et l'on éprouve, dans la pratique, des doutes et des difficultés inextricables, quand il s'agit de faire une juste application des lois, et de résoudre avec équité les différentes questions qui se présentent. Au lieu d'étaler une érudition aussi fastidieuse qu'inutile, en résumant ici les différentes opinions des auteurs (1), nous tâcherons de rap-

(1) Ceux qui voudront les connaître peuvent consulter les auteurs qui ont écrit sur le titre du digeste *de conditione triticariâ.* C'est le siége de sa matière. C'est ce titre que Noodt a déclaré ne pouvoir entendre. Cujas, *tractat. ad africanum 8, ad l. 37, ff mandati*, qui,

procher et de développer, avec clarté et simplicité, les principes de la matière, et d'en déduire les conséquences qui nous conduiront à des décisions équitables, conformes à nos lois, et à notre jurisprudence française.

Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré, s'il se trouve réduit à l'impuissance de le livrer par un évènement qui ne vient point de son fait (1302); mais il ne l'est pas, si l'impossibilité vraie ou prétendue peut lui être imputée. S'il s'agit de la dette d'une chose déterminée seulement quant à son espèce, le débiteur ne peut être libéré par la perte de la chose qu'il destinait à donner en paiement.

Dans l'un et l'autre cas, il doit la valeur de la chose qu'il ne peut donner, et qui était l'objet de l'obligation. De plus, s'il était en demeure, il doit, s'il y a lieu, des dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution (1147).

après avoir donné son opinion, ajoute : *Hæc est summa difinitio hujus quæstionis valdè notenda : nam nullus est hodiè, vel judex, vel patronus, vel jurisconsultus, qui non hæreat, maneatque suspensus, quoties tractatur hâc de re.* On peut voir encore Huberus, *in tit. ff de conditione tritic.*, qui dit, n.° 3 : *Nihil est apud interpretes, judicesque hâc obscuritate celebrius.* Voët, sur le même titre, nous paraît avoir des idées plus saines. On doit voir aussi, entre les auteurs français, Henrys, liv. 4, quest. 43, tom. 2, p. 342, édit. de 1771; Domat, liv. 3, tit. 5, sect. 3, n.° 15, p. 244, et p. 36, n.° 17.

57. Dans ces cas, le créancier a deux actions, l'une principale, tendant à obtenir la valeur de la chose qui devait lui être livrée ; l'autre accessoire ou secondaire, tendant à obtenir des dommages et intérêts ; c'est-à-dire, une indemnité de la perte que lui a causée l'inexécution de l'obligation, et du profit dont cette inexécution l'a privé. *Damnum emergens, lucrum cessans.*

58. La valeur de la chose varie suivant les lieux et les époques ; mais la mauvaise foi du débiteur, quelle qu'elle soit, ne peut changer cette valeur.

Les dommages et intérêts peuvent varier, et varient en effet, suivant le plus ou le moins de pertes éprouvées par le créancier, le plus ou le moins de profits dont il a été privé. Il peut même n'en être pas dû, si le créancier n'a pas éprouvé de pertes ; à la différence de la valeur de la chose, qui est toujours due.

Nous avons dit que cette valeur varie suivant les tems. On demande donc à quelle époque on doit s'arrêter pour la fixer et pour faire l'estimation de la chose. Il faut, sur cela, faire une distinction tirée du droit romain, et conforme à la raison, entre les obligations à terme, et les obligations pures et simples.

59. Si l'obligation est pure et simple, c'est à l'époque de la demande qu'il faut s'arrêter, pour

fixer la valeur de la chose ; parce que, l'obligation étant payable à volonté, le débiteur s'est soumis à payer quand le créancier voudra, et par conséquent ce que la chose vaudra quand elle sera demandée. Le débiteur ne peut se plaindre, si elle a renchéri : il était libre de payer plus tôt, et avant la renchère. Si elle a baissé de prix, le créancier ne peut non plus s'en plaindre : il pouvait demander plus tôt et avant la baisse. Il est donc exactement juste de fixer l'estimation à la valeur de la chose au jour où elle est demandée.

60. Si l'obligation est à terme, comme le terme fait partie de l'obligation, *dies appositus est pars obligationis*, il est censé que l'intention des parties a été de se soumettre à l'estimation de la chose à l'époque de l'échéance. *Si merx aliqua, quæ certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem æstimandam, Cassius ait, quanti fuit eo die quo dari debuit. L. 4, ff de condict. tritic., 13, 3.*

61. Il peut arriver, il est vrai, que la chose augmente considérablement de valeur, soit depuis le terme convenu, soit depuis la demande introductive d'un procès qu'un débiteur de mauvaise foi a traîné en longueur. On pourrait croire qu'il est juste alors d'ajouter la plus value à l'estimation de la chose. C'est pourquoi

plusieurs auteurs ont pensé, d'après la disposition de quelques lois romaines, qu'on doit alors porter l'estimation au plus haut prix que la chose a valu depuis la demeure du débiteur, *quanti plurimi fuit.*

Cette opinion semble d'abord équitable; mais cette équité est plus apparente que réelle : car on confond, par cette opération, deux choses très-différentes, la valeur réelle de la chose due, et les dommages et intérêts qui peuvent être dus à raison du retardement.

Dès lors qu'il est admis et qu'il est raisonnable de fixer la valeur de la chose au jour de la demande, dans les obligations pures et simples, et au jour de l'échéance, dans les obligations à terme, cette valeur ne peut changer par la demeure ou la mauvaise foi du débiteur. L'addition de la plus value, ou du *quanti plurimi*, comme l'a fort bien observé Voët, ne peut être admise que comme une indemnité due au créancier, pour lui tenir lieu de dommages et intérêts. Or, il est possible que la demeure n'ait occasionné aucune perte au créancier demandeur ; qu'elle ne l'ait privé d'aucuns profits. Il n'a droit alors à aucune indemnité, ni par conséquent au *quanti plurimi*, quoique le débiteur ait peut-être retiré quelque profit de sa demeure. *Licet fortè per accidens morator lucrari posset, cùm sufficiat moram*

actori non nocuisse, dit Voët, *in tit. ff de condict. trit., n.° 3.*

D'un autre côté, il est possible que l'addition du *quanti plurimi* soit insuffisante pour indemniser le créancier des pertes que lui ont causées la demeure et la mauvaise foi du débiteur. Il ne serait pas juste alors de borner son indemnité au *quanti plurimi.*

Enfin, comme dans notre usage on accorde au créancier les intérêts du jour de la demande, sans qu'il ait besoin de faire la preuve d'aucun préjudice souffert, et que ces intérêts ne sont qu'une indemnité légale, si l'on ajoutait le *quanti plurimi* à la valeur de la chose au jour de la demande ou de l'échéance du terme, le créancier se trouverait recevoir une double indemnité, et de plus, les intérêts du *quanti plurimi.*

62. Ce sont ces motifs, sans doute, qui ont fait rejeter en France l'addition du *quanti plurimi* à la valeur de la chose, lorsque le créancier ne l'a pas payée au jour de la demande ou de l'échéance du terme. Il existe, à cet égard, des dispositions positives relativement à la liquidation des fruits. L'Ordonnance de 1539, donnée à Villers-Cotterets par François Ier, porte, art. 94: « Qu'en toutes matières, réelles, pétitoires et personnelles intentées pour héritages et choses immeubles, s'il y a restitution de fruits, ils seront adjugés, non seulement

depuis contestation en cause, mais aussi depuis le tems que le condamné a été en demeure *et mauvaise foi*, auparavant ladite contestation, *selon toutefois l'estimation commune* ».

Ainsi, la valeur des fruits ne doit pas être fixée au *quanti plurimi*, même contre le débiteur de mauvaise foi.

L'Ordonnance de 1667, tit. 30, art. 1.er, porte que « s'il y a condamnation de restitution de fruits....., ceux de la dernière année seront délivrés *en espèces*; et quant à ceux des années précédentes, la liquidation en sera faite eu égard aux quatre saisons *et prix commun de chaque année* ».

63. Cette loi laisse indécise la question de savoir comment doit être faite la liquidation de la dernière année, si le débiteur ne la restitue pas en espèces. Le nouveau Code de procédure, art. 129, dissipe toute espèce de doute à cet égard. Il porte : « Les jugemens qui condamneront à une restitution de fruits, ordonneront qu'elle sera faite en nature pour la dernière année, et pour les années précédentes, suivant les mercuriales (1) du marché le plus

(1) On appelle aujourd'hui *Mercuriales* les appréciations de fruits, comme grains et autres denrées, qui se font chaque semaine, par autorité publique, et qui étaient autrefois consignées sur les registres des greffes, et aujourd'hui sur des registres tenus par les municipalités des villes et bourgs où il y a des marchés. L'Ordonnance de 1539, art. 102, est la première loi générale qui ait ordonné ces appréciations.

voisin, *eu égard aux saisons et aux prix communs de l'année;* sinon à dire d'experts, à défaut de mercuriales. Si la restitution en nature pour la dernière année est *impossible*, elle se fera comme pour les années précédentes ».

Ainsi la dernière année, et même l'année échue pendant la litispendance, doivent être liquidées suivant le prix commun, et non pas au *quanti plurimi*, lorsqu'il est *impossible* au débiteur de payer en nature; mais il faut que cette impossibilité soit réelle et absolue; il ne faut pas qu'elle soit un prétexte pour enrichir un débiteur de mauvaise foi au préjudice de son créancier. S'il était possible, quoique le débiteur n'en possédât point, de se procurer des fruits, moyennant un prix beaucoup plus cher que le prix commun au moment de la demande, le débiteur ne devrait pas être écouté à offrir le paiement en argent, suivant le prix commun des quatre saisons antérieures à la demande, sous prétexte que ces fruits sont rares, et qu'il lui est *impossible* d'en donner, parce qu'il n'en possède point. Supposons qu'il s'agisse de froment, et que le prix commun des quatre saisons, au moment de la demande, fût de 10 fr. le quintal; trois mois après, et au moment du jugement, qui condamne à payer cette année en nature, le prix marchand est porté à 20 fr. le quintal; si le débiteur pouvait,

sous prétexte qu'il lui est impossible de donner ce qu'il n'a pas, se libérer en donnant 10 fr. pour un quintal, il occasionnerait une perte de moitié au créancier : d'ailleurs, il ne paierait pas ce qu'il doit; car il doit du froment en nature pour la dernière année. S'il refuse d'en donner, il faut donc, pour indemniser le créancier, en revenir à l'estimation du *quanti plurimi*, afin que le créancier puisse lui-même acheter du froment pour son propre compte, ou plutôt il faut l'autoriser à en faire acheter aux dépens du débiteur, comme le juge a pouvoir de le faire.

64. Après avoir dit, art. 1142, que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, le Code ajoute, art. 1144, que le créancier peut aussi être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.

Si l'on ne trouve point la même disposition dans la section qui traite de l'obligation de donner, il n'en faut pas conclure qu'elle ne puisse et qu'elle ne doive même être appliquée à cette espèce d'obligation, lorsqu'elle consiste à donner des choses fongibles, ou déterminées seulement quant à leur espèce, à l'égard desquelles une chose peut tenir lieu d'une autre. Lorsque le débiteur, opiniâtre ou de mauvaise

foi, s'obstine à ne pas donner la chose qu'il doit, quand elle est en sa possession, ou s'il ne l'a pas, à l'acheter pour la donner, l'équité exige souvent que le créancier soit autorisé à l'acheter aux dépens du débiteur. Elle l'exige dans le cas ci-dessus proposé, où le débiteur refuse de donner des quintaux de blé qu'il doit en nature pour la dernière année, et ce, dans la vue de gagner moitié, parce que le blé a renchéri. Il est juste alors d'autoriser le créancier à en acheter aux dépens du débiteur (1);

(1) Ainsi l'a fort bien jugé une sentence de la Conservation de Lyon, rendue le 6 mars 1709, dans l'espèce suivante, et rapportée par l'annotateur de Henrys, liv. 4, quest. 43, tom. 2, p. 346. Par contrat du 30 janvier 1708, Tremollet, marchand de blé à Auxonne, s'obligea de fournir à l'aumône générale de Lyon six milles ânées de froment, à raison de 11[l] 10[s] l'ânée (l'ânée, *annuum*, est la quantité de blé nécessaire pour nourrir une personne pendant une année). Il reçut 3,800[l] d'avance, et livra, jusqu'au mois de juillet, trois mille huit cents ânées. Mais la récolte ayant été mauvaise, le blé renchérit, et Tremollet cessa d'en fournir. Il fut cité en justice le 10 novembre, par les administrateurs de l'aumône générale, qui demandèrent qu'il leur fût permis d'acheter du blé à ses risques et périls, et qu'il fût condamné à leur payer la somme à laquelle se trouverait monter le blé qu'ils acheteraient, au-dessus du prix convenu de 11[l] 10[s] l'ânée. La sentence du 6 mars 1709 leur adjugea leurs conclusions.

Tremollet se rendit appelant; mais ses conseils lui ayant fait connaître qu'il ne pouvait éviter d'être condamné, il proposa un arrangement qui fut accepté. L'annotateur de Henrys, qui écrivait contre Tremollet, citait la loi 21, § 3, ff *de act. empt.*, 19, 1, où le jurisconsulte Paul dit : *Cùm per venditorem steterit quominùs rem tradat, omnis utilitas emptoris in æstimationem venit.* Cujas, sur cette loi, en développe la raison. *Quod quidem pretium tritici, si hodiè pluris sit post moram venditoris, quàm fuit venditionis tempore, id emptori præstandum est; quoniam id haberet emptor, si moram venditor in tradendo tritico non fecisset.*

comme il est juste de l'autoriser à exécuter l'obligation de faire, lorsque le débiteur s'y refuse : cette manière de prononcer est plus équitable qu'une condamnation au *quanti plurimi.*

65. Les dispositions de l'Ordonnance de 1667 et du Code de procédure, sur la restitution des fruits en nature pour la dernière année, et pour les années précédentes, suivant les mercuriales du marché le plus voisin, eu égard aux saisons *et aux prix communs de l'année*, sont applicables toutes les fois qu'il s'agit des années arrérages de quelques redevances ou rentes en grains ou autres denrées.

On prend le prix commun, parce que le débiteur n'est pas tenu de donner de la meilleure espèce, et ne peut l'offrir de la plus mauvaise (1246). Pour trouver le prix commun de l'année, on prend le prix commun de chaque saison. Si, par exemple, au printems, le blé valait 10 fr. le meilleur, 9 fr. le moyen, 8 fr. l'inférieur, on réunit ces trois sommes, dont le tiers, qui est neuf, donne le prix moyen de la saison. S'il y avait des blés de quatre qualités, on réunirait le prix des quatre ; le quart de la somme formerait le prix commun. On opère de la même manière sur les quatre saisons ; on remet les quatre prix moyens de chaque, dont le quart forme le prix moyen de l'année.

66. Le principe qu'on ne peut payer une chose au lieu d'une autre, *aliud pro alio*, souffrait une exception par le droit de Justinien, dans le cas de la novelle 4, cap. 3, qui permet au débiteur, lorsqu'il n'a ni argent ni meubles à vendre, pour en faire, d'obliger son créancier à recevoir en paiement des héritages pour l'estimation qui en sera faite, si mieux n'aimait, le créancier, lui trouver un acheteur.

C'est sans doute de cette novelle qu'était venu un ancien usage pratiqué en Bretagne, et rappelé dans les art. 248 et 249 de la Coutume réformée, et suivant lequel, après que les biens d'un débiteur avaient été saisis, s'il ne se trouvait point d'enchérisseur à juste prix, le créancier pouvait se faire adjuger des fonds en paiement (1) jusqu'à concurrence de son crédit, suivant leur estimation à dire d'experts. Mais cet usage est depuis long-tems abrogé, ainsi que la novelle de Justinien.

67. Par une conséquence, ou, si l'on veut, par une extension du principe que le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, le débiteur ne peut le forcer à recevoir en parties le

(1) C'est ce qu'on appelait *detriment* et *advenante*, sur quoi voyez le savant Hevin, dans ses annotations sur Frain, tom. 1, p. 454; voyez aussi Henrys, liv. 4, quest. 176, tom. 2, p. 958.

paiement d'une dette même divisible (1244)(1). Si vous me devez la somme de 1,200 fr., et que vous m'offriez celle de 600 fr., il est évident que vous ne m'offrez pas ce qui m'est dû.

68. Il ne suffit même pas d'offrir toute la somme principale, si elle produit des intérêts. C'est un accessoire que le débiteur doit payer avec le capital, sans quoi le créancier peut refuser de le recevoir (1258, n.° 3).

69. Mais le principe que le débiteur ne peut contraindre le créancier à recevoir par parties n'est point applicable, lorsqu'il s'agit de plusieurs dettes; quoique toutes exigibles, le débiteur peut n'en payer qu'une seule, et contraindre le créancier à la recevoir.

Chaque année d'arrérages, de fermages, de loyers, et même chaque année de rentes et d'intérêts, lorsqu'il ne s'agit pas de rembourser le capital, est regardée comme une dette différente des autres années. Ainsi, le débiteur peut contraindre le créancier à recevoir une seule année, quoiqu'il y en ait plusieurs échues. Il a souvent un grand intérêt à le faire, lorsque, n'ayant pas tout son argent prêt, il veut éviter une peine; par exemple, le rachat forcé d'une rente constituée par la cessation de paiement

(1) Voyez Dumoulin, *de divid. et indiv.*, part. 2, n.os 37 et suiv. Le créancier ne peut forcer le débiteur à lui payer par parties. *Ibid.*, n.os 6 et 7.

pendant deux ans (1912). *V. ce que nous avons dit tom. 6, n.os 253 et 559.*

70. Mais le créancier n'est pas tenu de recevoir les dernières années avant les précédentes. *Ne rationes ejus conturbentur.* C'est la raison qu'en donne Dumoulin, *de divid. et individ., part. 2, n.° 44.*

On peut taxer de dureté le créancier opulent qui refuse à un débiteur mal à l'aise la commodité de s'acquitter par parties; mais outre que le créancier peut avoir besoin de tout son argent, la jurisprudence ne s'occupe que des règles de justice. Elle a sur les yeux un bandeau pour ne pas voir ces *considérations* personnelles, qui ne font que trop souvent fléchir la balance entre les mains des magistrats: ils doivent juger les raisons et non les personnes. Le créancier a toujours un intérêt plus ou moins grand pour recevoir tout à la fois ce qui lui est dû; ne fût-ce, suivant Dumoulin, *ubi suprà, n.° 14*, que pour éviter l'embarras et les calculs qu'occasionnent les recettes divisées.

71. Cependant, par une disposition fondée sur une humanité apparente, mais impolitique et contraire au crédit public (1), le Code permet aux juges, *en considération* de la position du débiteur, mais en usant de ce pouvoir avec

(1) Voyez tom. 6, n.os 654 et suiv.

une grande réserve, d'accorder *des délais modérés* pour le paiement, et de surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état (1244) (1).

Ainsi les juges peuvent non seulement accorder un délai, ils peuvent en accorder plusieurs, comme le prouvent ces expressions, *des délais modérés*, et par conséquent diviser la somme en plusieurs termes ou paiemens successifs (2). C'est une première exception au principe que le débiteur ne peut contraindre le créancier à recevoir par parties.

72. Il en souffre une seconde en faveur des fidéjusseurs. Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions du même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette (2025). Néanmoins, chacune d'elles peut exiger que le créancier divise préalablement son action et la réduise à la part et portion de chaque caution (2026). C'est ce qu'on appelle bénéfice de division. Ainsi, chaque fidéjusseur poursuivi par le créancier peut payer divisément sa portion.

73. Mais si l'un des fidéjusseurs, voyant que

(1) Qu'est-ce que cela veut dire, en état? Voyez mon tom. 6, n.° 673. Le créancier pourra prendre inscription.

(2) Le projet de Code discuté au Conseil d'état le portait formellement; et c'est encore une conséquence nécessaire des expressions de l'art. 1244. Voyez tom. 6, n.os 654 et suiv.

le créancier néglige d'agir contre le débiteur principal, désirait se libérer, et prétendait contraindre le créancier à recevoir divisément sa portion, en alléguant que le débiteur principal et les autres fidéjusseurs commencent à déranger leurs affaires, qu'ils peuvent devenir insolvables, et qu'il ne doit pas souffrir de la négligence du créancier à les poursuivre, il n'y serait point admis; il ne pourrait le sommer de recevoir sa portion, si mieux n'aime le décharger du cautionnement; il n'aurait, quelque tems qu'il y eût que la dette fût échue et exigible, que la ressource d'agir contre le débiteur qu'il a cautionné, pour le faire condamner à payer, ou à procurer décharge du cautionnement. *(V. l'art. 2032, n.° 4)*. La raison qu'en donne Pothier, n.° 499, est que la dette à laquelle plusieurs cautions ont accédé, n'est pas divisée de plein droit entre elles, mais seulement par l'exception du bénéfice de division. C'est lorsqu'elles sont poursuivies par le créancier, qu'elles peuvent, si les autres cautions sont solvables, le contraindre à diviser sa créance (2026).

Dumoulin pense même, *de divid. et individ., part. 2, n.° 57*, que si les fidéjusseurs avaient divisé leur obligation dès le principe, en stipulant qu'ils ne s'obligent chacun que pour un quart, un tiers, etc., chacun d'eux ne

pourrait néanmoins, avant d'être poursuivi, forcer le créancier à recevoir le paiement de son tiers ou de son quart, parce que l'obligation accessoire des cautions ne doit pas donner indirectement atteinte à l'obligation principale, et la rendre payable par parties, tandis que le créancier ne s'adresse point aux fidéjusseurs. Pothier, n.° 499, rejette l'opinion de Dumoulin, et prétend que non seulement chaque fidéjusseur n'étant obligé qu'au tiers ou au quart, doit avoir la faculté de se libérer en payant le tiers, qui est tout ce qu'il doit, mais que même le débiteur principal peut payer, pour l'un des fidéjusseurs, le tiers ou le quart que doit ce dernier.

Le débiteur ayant intérêt de payer pour cette caution, afin de se décharger de l'indemnité qu'il lui doit, le créancier ne peut refuser ce paiement.

L'opinion de Dumoulin nous paraît préférable, parce que c'est en faveur du créancier, et non du débiteur, que les cautions sont données. Leur nombre, quel qu'il soit, ne doit donc pas tourner contre les intérêts du créancier, ni l'obliger à recevoir son paiement par parties. Les obligations accessoires ne doivent pas altérer la nature de l'obligation principale. Si l'opinion de Pothier était admise, il s'ensuivrait

que le débiteur qui a donné quatre fidéjusseurs, obligés chacun pour un quart, pourrait payer en quatre paiemens, en payant successivement dans le nom de chacun d'eux, et dénaturer ainsi indirectement son obligation.

74. Lorsque le testateur avait légué une partie de ses biens, *partem bonorum*, la loi 26, § 2, ff *de legat.*, *1.°*, permettait à l'héritier de s'acquitter en nature ou de donner l'estimation.

Si les choses étaient indivisibles, ou ne pouvaient être divisées sans détérioration, l'héritier était obligé d'en donner la valeur. Aujourd'hui, que le droit romain a perdu dans toute la France l'autorité de loi qu'il n'a jamais eue en Bretagne, l'héritier ne pourrait se dispenser de payer en nature le legs d'une quotité des biens, sauf à lui à la désigner après l'estimation des experts. (*V. tom. 5, p. 527, n.° 530*). Et si la division ne pouvait se faire sans détérioration, il faudrait en venir à la licitation.

75. Le débiteur d'un corps certain et déterminé, est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure (1245). Ainsi, il ne

répondrait point de la détérioration occasionnée par le fait d'un étranger, sauf au créancier à poursuivre ses dommages et intérêts contre cet étranger.

Alors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, il ne répond point de la détérioration, dans le cas où la chose l'eût également éprouvée chez le créancier, si elle lui eût été livrée. *Arg. art. 1302.*

76. Après avoir vu par qui, à qui le paiement doit être fait, et quelle chose peut être donnée en paiement, il nous reste à voir quand, où et aux dépens de qui le paiement doit être fait.

77. Il faut distinguer les obligations conditionnelles des obligations pures et simples, et des obligations à terme. Dans les premières, l'obligation ne prend naissance que par l'évènement de la condition : auparavant, il y a seulement espérance que l'obligation existera. On ne peut donc payer avant que l'évènement soit arrivé. Le paiement fait par erreur, avant l'accomplissement de la condition, est sujet à répétition, comme d'une chose non due. *L. 16, ff de condict. indeb., 12, 6.* Le créancier conditionnel doit même, en ce cas, rendre les fruits qu'il aurait perçus avant la condition, *l. 8*, ff *de peric. et*

comm. rei vend., 18, 6, quand même l'évènement survenu depuis l'aurait rendu propriétaire irrévocable : car il n'a pu faire siens les fruits de la chose, avant qu'elle fût à ses périls et fortunes. *Neque enim ante eam rem quæstui esse cuique oportet quàm periculo ejus sit. L. 12, § 1, ff mandati, 13, 6. V. tom. 6, p. 412.*

Il en serait autrement, si le paiement avait été fait sciemment et non par erreur. Le créancier, devenu propriétaire par l'évènement de la condition, ne serait point alors tenu de rapporter les fruits perçus, suivant la règle *cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est. L. 53, ff de R. J.*

78. A l'égard des obligations pures et simples, le paiement peut en être exigé de suite. *Confestìm peti potest. Inst., § 2, de V. O.* Si le créancier tarde à l'exiger, c'est une grâce qu'il fait au débiteur, lequel néanmoins, suivant les circonstances, peut être assujéti à des dommages et intérêts pour le retardement. *V. tom. 6, p. 274.*

79. Dans les obligations à terme, le paiement n'est exigible qu'après son expiration, c'est-à-dire, après que le jour fixé pour terme est entièrement écoulé; car le jour est accordé tout entier au débiteur. Avant la fin du jour, il n'est pas certain qu'il ne satisfera point à son obligation. *§ 2, inst. de V. O.*

80. Mais le débiteur peut payer d'avance (1), à moins que le terme ne soit aussi stipulé en faveur du créancier. *Voyez ce que nous avons dit, tom. 6, n.os 675 et 662, sur les effets du terme, tant relativement au créancier que relativement au débiteur.*

81. Nous nous bornerons à observer ici que les paiemens anticipés, toujours valables et produisant tout leur effet entre le débiteur et le créancier, sont quelquefois nuls et sans effet à l'égard des créanciers du créancier. Nous en avons vu des exemples dans les paiemens faits au préjudice d'une opposition, et dans les paiemens faits par le saisi ou au saisi, depuis l'ouverture de la faillite. On en trouve un autre exemple remarquable dans les paiemens anticipés, faits par le sous-locataire au locataire principal, au préjudice des priviléges du propriétaire, quoique ce dernier n'ait encore mis aucune opposition aux mains du sous-locataire.

(1) Il faut observer que si le remboursement des capitaux dus aux hospices, communes, fabriques et autres établissemens, dont les propriétés sont administrées et régies sous la surveillance du Gouvernement, peut toujours avoir lieu quand les débiteurs se présentent pour se libérer, ils doivent avertir les administrateurs un mois d'avance, pour que ceux-ci avisent, pendant ce tems, aux moyens de placement et requièrent les autorisations nécessaires de l'autorité supérieure. Voyez l'avis du Conseil d'état, approuvé le 21 décembre 1805, et inséré dans le Bulletin des lois. Quant à la manière de liquider les rentes foncières en grains et autres denrées dus aux établissemens publics, voyez la loi du 29 décembre 1790.

Ce n'est pas que de pareils paiemens soient réputés frauduleux ; mais le sous-locataire ne doit pas ignorer que les meubles qui garnissent la maison sont le gage privilégié des loyers ou fermages dus au propriétaire, et que, par conséquent, ils peuvent être saisis et vendus par ce dernier. Cependant il serait injuste que les meubles d'un sous-locataire qui n'occupe qu'une faible partie de la maison, pussent être vendus pour la totalité du loyer principal. Ainsi, les lois romaines décident qu'ils ne sont affectés au propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de la sous-ferme. *In eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam cœnaculum conduxi, etc. L. 11, § 5, ff de pignos. act., 13, 7.*

Cette disposition fut adoptée par la Coutume de Paris, qui porte, art. 162, que « s'il y a des sous-locatifs, peuvent être pris leurs biens pour ledit loyer et charges du bail ; et néanmoins leur seront rendus en payant le loyer pour leur occupation ».

S'ils ne pouvaient se faire rendre leurs meubles qu'en payant le loyer de leur occupation, il en résulte qu'ils ne pouvaient opposer les paiemens faits au principal locataire. Mais ne pouvaient-ils dégager leurs meubles qu'en payant les loyers mêmes des années précédentes, quoiqu'ils les eussent déjà payés, ou

n'étaient-ils tenus qu'à payer les loyers de la dernière année, lorsqu'ils avaient payé les autres? C'est dans ce dernier sens que l'usage avait interprété la Coutume de Paris, et c'est aussi dans ce sens qu'est rédigé l'art. 1753 du Code civil : « Le sous-locataire n'est tenu, envers le propriétaire, que jusqu'à concurrence du prix de la sous-location *dont il peut être débiteur au moment de la saisie* (1), et sans qu'il puisse opposer des paiemens faits par anticipation ».

Ceci se trouve répété et étendu aux sous-fermiers de terres, dans le Code de procédure, qui porte que « les effets des sous-fermiers et sous-locataires, garnissant les lieux par eux occupés, et les fruits des terres qu'ils sous-louent, peuvent être saisis-gagés pour les loyers et fermages dus par le locataire ou fermier de qui ils tiennent; mais ils obtiendront main-levée, en justifiant qu'ils ont payé sans fraude, et sans qu'ils puissent opposer des paiemens faits par anticipation ».

Il faut remarquer que c'est ici une disposition spéciale, fondée sur ce que les meubles qui garnissent la maison sont le gage privilégié du

(1) *Nota.* Cette disposition s'applique au cas même où le bail du sous-locataire ne serait pas authentique, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, par arrêt du 2 avril 1806, rapporté par Sirey, an 1806, p. 247 et suiv.

propriétaire. On ne peut donc étendre cette disposition aux paiemens anticipés faits par le locataire ou fermier principal au propriétaire (1). Les créanciers de celui-ci n'ayant aucun droit sur les meubles du fermier ou locataire de leur débiteur, ne peuvent se plaindre des paiemens anticipés qui lui ont été faits, qu'en prouvant qu'ils l'ont été en fraude de leurs droits.

82. Les paiemens anticipés sont ceux qui sont faits avant l'échéance du terme. Mais l'art. 1752 porte que « les paiemens faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée dans son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation ».

Cette disposition étant générale, il en résulte que si le bail porte que le sous-locataire paiera deux ou trois années d'avance, même la totalité des années de son bail, le paiement est valable, et les meubles du sous-locataire ne peuvent être saisis.

83. Mais si, au lieu de sous-louer pour un prix convenu une partie des objets contenus dans son bail, le locataire, sans rien réserver

(1) C'est donc à tort que le praticien Denisart, verbo *loyer*, n.° 20, enseigne que le locataire ne peut pas valablement payer ses loyers d'avance, au préjudice des créanciers du propriétaire et des saisies qui peuvent subvenir. Cette proposition est une erreur manifeste.

pour lui-même, sous-affermait la totalité pour un prix inférieur à celui de son bail, le propriétaire pourrait saisir les meubles du sous-locataire pour la totalité du prix de son bail, quoique supérieur à celui du bail : car le locataire ne peut diminuer le gage du propriétaire. Ce n'est point là un sous-bail proprement dit, c'est la cession du bail entier. *V. Ferrière, sur l'art. 162 de la Coutume de Paris.*

Cette décision paraît sans difficulté, lorsque la totalité des objets affermés est sous-affermée à la même personne ; mais si, après en avoir sous-affermé d'abord un quart, le locataire ou fermier principal finissait par sous-affermer successivement et partiellement la totalité, et que le prix des sous-baux réunis se trouvât inférieur au prix du bail principal, le propriétaire ne pourrait saisir les meubles de chaque sous-locataire que pour le prix de ce que chacun doit en vertu des sous-baux. Le propriétaire aurait à s'imputer de n'avoir pas interdit à son locataire ou fermier la faculté de sous-louer, comme l'art. 1717 le lui permet : car si cette faculté lui était interdite, le sous-locataire ne pourrait opposer le sous-bail au propriétaire, et celui-ci aurait le droit de saisir les meubles qui garnissent sa maison, pour la totalité du prix qui lui est dû.

84. Les paiemens faits par le sous-locataire

se prouvent par les quittances du principal locataire. Ferrière, sur l'art. 162 de la Coutume de Paris, n.° 10, prétend même que la déclaration de ce dernier suffit pour faire décharger le sous-locataire, sauf au propriétaire, qui soupçonne cette déclaration frauduleuse, à exiger le serment de l'un et de l'autre, sur la sincérité de la déclaration.

Il nous semble que la simple déclaration du principal locataire, jointe à celle du sous-fermier, ne formerait pas une preuve suffisante, si elle n'était accompagnée de circonstances capables de lui donner du poids; par exemple, si le prix du sous-bail consistait en denrées, que le principal locataire reconnaîtrait avoir successivement reçues.

Mais des quittances sous seing privé formeraient une preuve suffisante de la date des paiemens, malgré la trop grande généralité de l'art. 1328, qui porte que les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, etc. Il est, il a toujours été d'un usage universel de donner des quittances sous seing privé : on ne saurait donc croire que l'art. 1753 exige que les paiemens soient autrement prouvés. On peut d'autant moins le penser que ce même article s'en rapporte à l'usage des lieux, pour savoir si les paiemens sont ou non anticipés. Ajoutez à cela

que la Cour de cassation a pensé que la disposition de cet article est applicable aux sous-baux faits sous seing privé, aussi bien qu'à ceux qui sont authentiques. *V. l'arrêt du 2 avril 1806; Sirey, 1806, p. 247 et suiv.*

On écarte d'ailleurs l'application de l'art. 1328 à notre espèce, en le rapprochant de l'art. 1322, qui porte que l'acte sous seing privé a, entre ceux qui l'ont souscrit et leurs héritiers et ayant-cause, la même foi que l'acte public. Or, le propriétaire, qui saisit les meubles du sous-locataire, est l'ayant-cause du locataire principal, dont il exerce les droits. Les quittances données par ce dernier sous seing privé, suivant l'usage universel, peuvent donc être opposées au propriétaire, comme elles pourraient l'être au principal locataire qui les a données, sauf les cas de fraude, qui peuvent être prouvés par des conjectures, par des présomptions (1353), ou par témoins.

85. Le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention (1247). Le débiteur ne peut obliger le créancier de recevoir, ni le créancier contraindre le débiteur de payer en un autre lieu, même en lui faisant raison du dommage qu'il souffre de ne pas recevoir, ou de ne pas payer au lieu convenu. Le titre du digeste *de eo quod certo loco, 13, 4*, n'a jamais été observé en France *(Pothier, n.° 238)*.

Mais si le paiement se faisait par compensation, on pourrait compenser une dette payable en un lieu, avec une dette payable dans un autre, en faisant raison des frais de remise (1296).

86. Si le créancier n'a, dans le lieu convenu pour le paiement, ni son domicile, ni un domicile élu pour l'exécution de l'acte (111), le débiteur qui veut payer, doit le faire sommer à domicile ou à personne, de se trouver à un jour fixe au lieu convenu, pour y recevoir le paiement.

Si, outre le lieu, la convention indique de plus un jour fixe pour le paiement, le débiteur doit se présenter au lieu et au jour fixé; mais s'il n'y trouve pas une personne munie de pouvoirs suffisans pour recevoir et donner quittance, il doit faire assigner le créancier à personne ou domicile, devant les juges du domicile de ce même créancier, pour voir dire que, faute à ce dernier de ne s'être trouvé, ni en personne, ni par procureur, au jour et au lieu fixés pour le paiement, le débiteur sera autorisé à consigner dans le lieu convenu.

87. Car il faut remarquer que l'indication d'un lieu pour le paiement, accompagnée même de la désignation d'une personne au domicile de laquelle le paiement doit être fait, n'équivaut point à une élection de domicile faite par

le créancier, pour l'exécution de l'acte, conformément à l'art. 111 du Code civil. Par exemple, si je m'oblige de vous payer à Paris une somme de....., au domicile de tel notaire, sans ajouter que j'y fais élection de domicile, une pareille indication, en matière civile, ne vous autorise ni à me faire signifier au domicile du notaire indiqué, ni à me traduire devant les juges de Paris, où je ne demeure point.

Ainsi l'a décidé la Cour de cassation, par un arrêt du 29 octobre 1810, rapporté par Sirey, 1810, p. 378.

88. Il en serait autrement en matière de commerce, où l'art. 420 du Code de procédure permet au demandeur d'assigner à son choix, devant le tribunal du domicile du défendeur, devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou devant celui dans l'arrondissement duquel *le paiement devait être effectué.*

Mais dans ces cas-là même, s'il n'y avait pas de domicile élu, l'assignation devrait être donnée au créancier à personne ou domicile, pour plaider devant le tribunal dans l'arrondissement duquel devait être fait le paiement.

89. Si le contrat portait que le paiement sera fait en deux lieux différens réunis par une conjonctive; par exemple, à Rennes *et* à Paris, le paiement doit être fait par moitié en chaque

lieu, et si c'est par une disjonctive, à Paris *ou* à Rennes, le paiement doit être fait, pour le total, en l'une des deux villes, au choix du débiteur. *L. 2, §§ 3 et 4, ff de eo quod certo loco, 13, 4; Pothier, n.° 241.*

90. S'il n'y a point, dans le contrat, de lieu désigné pour le paiement, l'art. 1247 veut que *le paiement*, lorsqu'il s'agit *d'un corps certain et déterminé*, soit fait *dans le lieu où était, au tems de l'obligation*, la chose *qui en fait l'objet.*

Le mot *paiement* est pris ici pour la délivrance du corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation. *(V. Pothier, n.° 512)*. La disposition de l'art. 1247 est répétée dans l'art. 1609, qui porte que « la délivrance doit se faire au lieu où était, au tems de la vente, la chose qui en fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu ».

Je vous ai vendu des meubles qui sont dans mon magasin, des grains qui sont dans mon grenier, des vins qui sont dans ma cave, etc. C'est dans mon magasin, dans mon grenier, dans ma cave, que je dois vous faire le paiement ou la délivrance de ces choses; c'est là que vous devez les faire prendre et enlever à vos dépens.

91. Si, depuis la vente, j'avais transporté les choses qui en sont l'objet dans un lieu d'où

l'enlèvement fût plus dispendieux pour l'acheteur, il pourrait exiger, par forme de dommages et intérêts, ce qu'il en coûterait de plus pour les enlever dans ce dernier endroit que dans l'autre.

92. Mais si la délivrance ou le paiement des choses doit se faire au lieu où elles étaient au moment de l'obligation ou de la vente, où doit se faire le paiement du prix de la vente? C'est ce que ne dit point l'art. 1247 : il faut donc recourir aux autres dispositions du Code, qui porte que s'il n'a rien été réglé sur le jour ni sur le lieu (1650), l'acheteur doit payer *au lieu* et dans *le tems* où doit se faire *la délivrance*.

En effet, lorsqu'il n'a été rien stipulé sur le tems où doit se faire le paiement, la vente est pure et simple; l'acquéreur doit payer au moment de la délivrance, sans quoi elle pourrait être refusée.

Mais si le vendeur n'exige point le paiement au moment de la délivrance, il en résulte qu'il accorde au débiteur, ou le délai d'usage, si, comme dans le commerce, il y a un usage établi pour le paiement des marchandises livrées, ou un délai de complaisance, qui finira par la demande du vendeur.

Dans l'un et l'autre cas, le vendeur ne peut plus exiger que le prix lui soit compté au lieu où la délivrance a été faite, au lieu, comme dit

l'art. 1247, où était, au tems de l'obligation, la chose qui en était l'objet : car, en la laissant enlever, en donnant tacitement à l'acquéreur un terme pour payer, il s'est mis dans la nécessité de venir demander le prix qui reste dû. Or, dès qu'il est obligé de le faire demander, le commandement doit être fait au domicile du débiteur, qui peut payer entre les mains de l'huissier. C'est donc le cas de suivre la règle ordinaire, suivant laquelle le paiement doit être fait au domicile du débiteur (1247, *in fin*). Ainsi, la disposition de cet article, qui porte que s'il n'y a pas de lieu désigné pour le paiement, il doit se faire au lieu où était la chose au tems de l'obligation, ne doit, ainsi que l'art. 1651, qui répète la même disposition, s'appliquer qu'aux ventes faites au comptant, et où le vendeur exige le paiement au moment de la délivrance, et non pas aux ventes, où il est, soit expressément, soit tacitement, accordé un terme à l'acquéreur, pour en payer le prix; et c'est aussi ce qu'a décidé la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 juin 1813 (1).

(1) Rapporté par Sirey, 1813, p. 353, et rendu sur les conclusions de notre savant compatriote, M. Gandon. On y pose en principe que, dans une vente faite au comptant, lorsqu'il n'a rien été réglé sur le tems, sur le lieu du paiement, l'obligation de payer et celle de livrer sont indivisibles, et doivent être accomplies en même tems et au même lieu.

Mais que si la vente n'est pas faite au comptant, si la marchandise a été livrée sans exiger d'argent, il en résulte que la convention

Il nous paraît encore que les mêmes dispositions des articles cités ne doivent s'appliquer qu'au paiement du prix des choses sujettes à une délivrance proprement dite, comme les meubles, et non au paiement du prix des immeubles. Supposons que deux personnes, demeurant, l'une à Nantes, l'autre à Rennes, aient passé un contrat par lequel l'une a vendu à l'autre une terre située à Landerneau, au fond de la Basse-Bretagne. Le tems du paiement n'a point été fixé; mais le vendeur ne l'a point exigé au moment de la signature du contrat; il ne pourra pas plus contraindre l'acquéreur à payer à Landerneau, que l'acquéreur ne pourra l'obliger d'y recevoir. Cette interprétation restrictive, mais fondée sur l'équité, est d'ailleurs favorisée par les termes des deux art. 1247 et 1651.

Le premier dit que si le lieu n'est pas désigné, le paiement d'un corps certain doit être fait dans le lieu où il *était* au tems de l'obligation; expression qui suppose qu'il a pu changer de lieu; ce qui ne peut arriver à un immeuble.

L'art. 1651 porte que si le lieu du prix n'a pas été réglé lors de la vente, l'acheteur doit

était d'accorder le terme ordinaire dans le commerce; qu'ainsi, l'article 1651 n'est pas applicable; que l'affaire rentre dans les termes du droit commun, suivant lequel le paiement doit être fait au domicile du débiteur.

payer au lieu où doit se faire *la délivrance*. Or, la délivrance proprement dite est le *transport* de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur (1604). Les immeubles, qui ne peuvent être transportés, ne sont donc pas susceptibles d'une délivrance proprement dite; car le transport du vendeur et de l'acquéreur sur le lieu même, ou ce qu'on appelait autrefois la prise de possession, n'est plus d'aucun usage sous l'empire du Code, où la propriété est transférée par le seul effet de la convention.

Il faut pourtant convenir que la rédaction des art. 1247 et 1651, et il faut en dire autant de beaucoup d'autres, n'est point aussi parfaite qu'elle pourrait l'être; ce qui vient de la précipitation avec laquelle les commissaires furent forcés de travailler.

93. Dans tous les cas où le lieu du paiement n'est pas désigné par la convention, il doit être fait au domicile du débiteur (1247). C'est la règle générale (1).

Il faut seulement remarquer qu'il n'est pas nécessaire que le lieu du paiement soit toujours expressément désigné. Il peut résulter tacitement de la nature de l'obligation, et des acces-

(1) La glose, au contraire, et les commentateurs sur la loi 18, ff *de pecuniâ constituti*, et Dumoulin, Coutume de Paris, § 85, gl. 1, n.° 104, soutenaient que, lorsque le titre n'explique pas le lieu où la dette doit être acquittée, elle doit l'être au domicile du créancier, pourvu qu'il réside dans la même jurisdiction que le débiteur.

soires de son exécution, que le paiement doit être fait ailleurs qu'au domicile du débiteur. On en trouve un exemple dans l'espèce d'un arrêt rendu le 18 juin 1776, au Parlement de Grenoble, et rapporté dans le nouveau Répertoire, verbo *legs*, sect. 5, § 2, n.° 4.

Le sieur Jayet, prêtre à Beau-Croissant, légua, en 1717, *à* huit pauvres les plus nécessiteux, huit quartaux de blé-froment, dont la distribution serait faite par le curé du lieu ou ses successeurs, conjointement avec un des officiers de la communauté, qui en passeraient quittance à son héritier. Pendant long-tems, les curés de Beau-Croissant donnèrent à des pauvres des certificats, en vertu desquels l'héritier du testateur délivrait des grains. Le sieur Courcette, nouveau curé, avait d'abord suivi cette méthode d'acquitter la fondation; mais ayant découvert le titre primordial, il en réclama l'exécution, et exigea, conjointement avec le procureur des pauvres, que les grains fussent apportés à la cure, pour être ensuite distribués.

Le débiteur prétendit, au contraire, assujétir les exécuteurs de la fondation à venir prendre et distribuer les grains chez lui : en tout cas, il offrit d'acquitter la fondation sur leurs mandats.

Le curé soutenait qu'en raisonnant sur les

termes du testament, il était sensible que le testateur n'avait pas prétendu soumettre les exécuteurs de la fondation à une espèce de servitude; qu'en donnant aux pauvres nécessiteux, et en confiant au curé l'exécution de ses libéralités, il n'avait pas voulu sans doute obliger les pauvres honteux à se montrer chez un particulier, où quelques motifs pouvaient les empêcher de se présenter; que le curé et l'administrateur devaient donner quittance à l'héritier; ce qui supposait la réception de l'objet à distribuer; qu'il y aurait un grand inconvénient à rendre le débiteur maître de la distribution sur de simples mandats, parce qu'il pourrait distribuer des grains de mauvaise qualité; que quand même le mode de distribution eût été pratiqué depuis long-tems, ce serait un abus contraire à l'intention du fondateur, aux dispositions du testament, à l'intérêt des pauvres.

Sur ces moyens, l'arrêt condamna le débiteur à porter à l'avenir les grains légués chez le curé, qui en donnera quittance.

Ainsi, cet arrêt a jugé qu'il résultait tacitement des expressions du testament et de la nature du legs, que le paiement devait être fait ailleurs qu'au domicile du débiteur.

94. Les frais du paiement sont à la charge du débiteur (1248 et 1608). Il doit donc payer le

timbre de la quittance; et s'il en veut une notariée, il en doit payer les frais. Mais s'il se contente d'une quittance sous seing privé, le créancier ne peut la lui refuser; s'il reçoit une quittance sur papier libre, c'est lui qui doit seul (1) payer l'amende encourue, dans le cas où cette quittance serait représentée en justice.

95. L'art. 1248 ne fait pas une exception, qui semblerait néanmoins équitable, pour le cas où le créancier ne sait pas même signer: car, si le débiteur doit payer, le créancier lui doit une quittance; il est débiteur de la quittance. Or, si le débiteur se contente d'une quittance sous seing privé, est-il juste que l'ignorance du créancier préjudicie au débiteur, et le force à faire les frais d'une quittance notariée?

96. Pothier, n.° 514, dit que celui qui a vendu du vin doit payer le congé nécessaire pour le livrer. Dans notre législation actuelle, c'est l'acheteur qui est tenu du paiement du droit nécessaire pour enlever la boisson qu'il a achetée; le vendeur ne doit lui laisser enlever le vin, cidre ou poiré, que sur la représentation de la quittance qu'il doit retenir par devers lui, sous peine d'être responsable du droit. *Art. 58 et 59 de la loi sur les finances, du 5 ventôse an 12.*

(1) Voyez Sirey, sur l'art. 1248 du Code annoté, p. ~~481~~.432.

Le droit doit être acquitté par les acheteurs au moment de l'enlèvement des boissons ; il n'est acquitté par les propriétaires que dans le cas où le transport se fait pour leur compte, hors de la commune où les boissons ont été inventoriées. *Art. 22 et 23 de la loi du 24 avril 1806, relative au budget de l'Etat.*

Ainsi, les propriétaires et fermiers de campagne, qui vendent des boissons à la charge de les conduire à la ville, chez l'acheteur, sont assujétis à payer le droit d'inventaire, avant de déplacer et d'amener ces boissons.

§ 2.

Du Paiement avec subrogation (1), ou de la transmission des droits et des actions de l'ancien créancier à un nouveau.

SOMMAIRE.

97. *Définition de la subrogation ; comment elle diffère de la délégation.*
98. *Les droits que les créanciers peuvent avoir sont personnels ou réels.*

(1) Sur cette matière subtile et épineuse, voyez le Traité de la subrogation de Renusson ; Olea, *Tractatus de cessione jurium et actionum ;* Cujas et les commentateurs, sur le titre du code *de his qui in locum priorum credit. succedunt*, 8, 19 ; Bachovius, *de pign. et hypothec.*, l. 4, cap. 15, 16, 17 et 18 ; Loiseau, des offices, l. 3,

99. *Les droits personnels sont de deux espèces ; les uns communs à tous les genres de créances, les autres à certaines créances seulement. On les nomme* priviléges. *Ce qu'on entend par les priviléges personnels.*

100. *Il y a des priviléges qui n'intéressent que le débiteur ; d'autres qui intéressent les autres créanciers, par la préférence qu'ils donnent sur ceux-ci.*

101. *Les règles sur la transmission des droits réels, et sur celle des droits personnels, étaient différentes en droit romain. On commence par les règles sur la transmission des droits réels.*

102. *Hors les cas exprimés par la loi, la subrogation ne s'opère que par une convention.*

103. *Le créancier peut céder ses droits à un tiers ; mais on ne peut l'y contraindre.*

104. *On l'y contraignait indirectement en certains cas, en repoussant son action* per exceptionem cedendarum actionum.

105. *On pouvait même, en certains cas, faire ordonner la cession par la justice.*

106. *Il y avait même des cas où la subrogation s'opérait de plein droit.*

107. *Enfin, le droit romain permettait au débiteur de subroger, dans les droits du créancier, celui qui prêtait l'argent pour le payer.*

108. *Ainsi, quatre espèces de subrogations en droit romain ; celle qu'accordait le créancier, la légale, la judiciaire, celle qu'accordait le débiteur.*

109. *Cette dernière, contraire à la rigueur du droit, eut peine à s'introduire en France.*

110 *Théorie de cette subrogation ; motifs d'équité en sa faveur.*

ch. 8, et Traité du déguerpissement ; Basnage, des hypothèques, liv. 1, ch. 15 ; Henrys, liv. 4, quæst. 104, tom. 2, p. 805 ; le nouveau Répertoire de jurisprudence, verbo *subrogation ;* le Journal du palais sur les arrêts des 5 septembre 1674, 18 avril et 15 mai 1679, et les différens arrêts recueillis dans le Journal des audiences.

111. *Admise enfin par l'Edit de 1609, et à quelle occasion.*

112. *Mais les opinions étaient divisées sur les cas où doit être admise la subrogation légale.*

113. *Le Code ne reconnaît que deux espèces de subrogations, la légale et la conventionnelle.*

114. *Celle-ci est consentie par le créancier ou par le débiteur.*

115. *Conditions pour rendre valable la subrogation consentie par le créancier.*

116. *Elle doit être consentie en même tems que le paiement est fait, par le même acte, notarié ou sous seing privé.*

117. *Elle doit être* expresse.

118. *Il n'y a pas de différence entre la* cession *et la* subrogation.

119. *Examen et réfutation de l'opinion de ceux qui ont cru en trouver; source de leur erreur, dans la différence des formules employées par le créancier.*

120. *La subrogation transfère tous les droits du créancier, sans qu'il soit nécessaire de les énumérer ou de les spécifier.*

121. *Ce que veut dire le Code par une subrogation expresse Il est indifférent en quels termes elle soit conçue, pourvu qu'ils soient sans équivoque.*

122. *L'acte de subrogation est soumis à l'interprétation. Il peut résulter de ses expressions ou des circonstances, que le créancier n'a voulu subroger celui qui l'a payé que jusqu'à concurrence des avances faites par ce dernier.*

123. *Arrêt rendu en faveur de M. Talleyrand-Périgord.*

124. *Si les termes de la subrogation ou les circonstances n'annoncent pas le contraire, elle comprend tous les droits du créancier, quoique le prix soit inférieur à la créance, quoiqu'il ait été payé en papier-monnaie. Loi du 18 frimaire an 6.*

125. *Distinction entre le cas où le subrogé a agi en son*

nom propre, et celui où il a agi dans le nom du débiteur. Art. 1236.

126. *Remise des titres ; troisième condition pour rendre la subrogation parfaite.*

127. *Enfin, il faut que la subrogation soit signifiée au débiteur, ou par lui acceptée authentiquement ; conséquences du défaut de signification.*

128. *Conditions nécessaires pour la subrogation consentie par le débiteur.*

129. *Il n'est pas nécessaire que la subrogation soit énoncée en termes* exprès; *il suffit que la destination et la déclaration d'emploi soient exprimées, l'une dans l'acte d'emprunt, l'autre dans la quittance. Ces deux actes doivent être authentiques.*

130. *La subrogation serait nulle, si la déclaration d'emploi était faite par un acte séparé de la quittance, quoique mis au pied.*

131. *Que doit faire le débiteur, si le créancier refuse d'insérer la déclaration d'emploi dans la quittance ?*

132. *Comment la subrogation consentie par le débiteur se pratiquait à Rome. L'intervalle que le débiteur peut laisser entre l'emprunt et l'emploi des deniers, est abandonné à la prudence du juge.*

133 *Imprudence de confier l'argent au débiteur, pour le remettre au créancier.*

134. *Pourquoi la remise des titres est nécessaire dans la subrogation consentie par le débiteur.*

135. *La stipulation d'intérêt, faite par le prêteur subrogé, est sans effet contre les autres créanciers, si la somme remboursée n'en produisait pas.*

136. *Celui qui a vendu le fonds hypothéqué, ne peut plus subroger dans les droits du créancier sur ce fonds.*

137. *La subrogation consentie par le débiteur ne s'étend point au-delà des sommes empruntées. Les sommes empruntées en papier-monnaie sont réductibles,*

quoiqu'employées à rembourser des sommes qui ne l'étaient pas.

138. *Nature, origine et fondement de la subrogation légale; sa définition.*

139. *Ne doit être admise que dans les cas exprimés par la loi.*

140. *1.° Au profit d'un créancier, qui paie un autre créancier préférable, et du chirographaire, qui a payé un hypothécaire.*

141. *Le créancier antérieur, qui en paie un postérieur, n'est pas subrogé. Inconséquence du Code à cet égard.*

142. *2.° Au profit de l'acquéreur, qui paie* le prix *de son acquêt aux créanciers hypothécaires.*

143. *S'il a payé avant l'acquisition, sans stipuler la subrogation, il n'est pas subrogé, quand même la subrogation serait stipulée dans le contrat d'acquêt.*

144. *Le créancier acquéreur est-il subrogé à lui-même? Autrement, son hypothèque, éteinte par confusion, revit-elle s'il est évincé.*

145. *La subrogation légale de l'acquéreur ne s'étend que sur les biens acquis.*

146. *Application de ce principe au créancier qui en paie un préférable.*

147. *3.° Au profit de celui qui a intérêt d'acquitter la dette à laquelle il est tenu avec d'autres, ou pour d'autres. Raison et développement de ce principe.*

148. *Deux conditions exigées pour cette subrogation.*

149. *Quand on est obligé avec d'autres.*

150. Quid, *si deux personnes ont donné pour hypothèque un fonds indivis?*

151. *Application du principe au cohéritier qui a payé une dette commune.*

152. *Développer les cas auxquels s'applique cette subrogation, ce n'est pas l'étendre.*

153. *La subrogation ne doit nuire à personne. La vente du fonds hypothéqué n'empêche pas la subrogation de celui qui a payé la dette commune.*

154. *4.° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers.*

155. *Et au profit du curateur aux biens vacans, ou des personnes pour qui il gère.*

156. *5.° Au profit des officiers publics qui ont fait l'avance des droits d'enregistrement.*

157. *6.° Au profit de celui qui a payé une lettre de change par intervention au protêt.*

158. *La différence qui existe dans le droit romain, entre les règles de transmission des actions personnelles privilégiées, et celles de la transmission des hypothèques, consiste en ce qu'il faut, pour la transmission de celles-ci, une convention qui n'est pas exigée pour la transmission des priviléges.*

159. *Le Code est allé plus loin que le droit romain ; il n'exige pas cette convention spéciale, même pour la transmission des hypothèques.*

160. *Les priviléges dirigés contre les débiteurs, et qui ne nuisent point aux autres créanciers, peuvent être transmis par actes sous seings privés.*

161. *Mais, pour les exercer, il faut que le subrogé soit ressaisi des titres.*

162. *Si la subrogation consentie par le débiteur a autant de force que la subrogation consentie par le créancier.*

163. *Quand l'un des coobligés ou des cofidéjusseurs a été subrogé, peut-il exercer l'action solidaire contre les autres coobligés ?*

164. *Différences que met la nature des choses entre les effets de la subrogation consentie par le créancier, et les effets des autres subrogations.*

165. *Comment le subrogé exerce les droits du subrogeant.*

166. *Si le subrogé a prêté pour payer le prix d'une vente, il peut faire résoudre le contrat, faute de paiement.*

167. *S'il a prêté pour exercer un réméré, il doit jouir de l'héritage, et faire les fruits siens jusqu'au remboursement.*

168. *Le subrogé profite des inscriptions prises par le subrogeant. Il peut et doit les renouveler en son nom.*

169. *La subrogation ne nuit point au créancier, pour ce qui reste de la dette.*

170. *Mais c'est un privilége personnel, dans lequel il ne peut subroger un tiers.*

171. *Tous les subrogés dans des portions de la même créance viennent en concurrence, quoique subrogés en différens tems.*

---

97. L'EFFET ordinaire du paiement est d'éteindre l'obligation et de délier le débiteur, *solvere*. Un seul paiement peut même éteindre plusieurs obligations. Par exemple, je vous devais 1,000 fr.; je les ai, par votre ordre, payés à Paul, à qui vous deviez pareille somme. Ce paiement a éteint en même tems mon obligation envers vous et la vôtre envers Paul. *L. 65, ff de solut., 46, 3.* Il en est de même en beaucoup d'autres cas.

Il est aussi possible que le paiement fait par un tiers n'éteigne pas l'obligation du débiteur, et qu'il n'opère qu'un changement dans la personne du créancier, dont les droits sont transmis à celui qui l'a payé. C'est ce qui arrive,

lorsque le tiers qui paie est subrogé, ou substitué dans les droits du créancier, ou, comme disent les lois romaines, quand il succède à ces droits. C'est cette substitution d'un nouveau créancier à l'ancien, cette succession à ses droits, qu'on appelle subrogation (1). *Transfusio unius creditoris in alium.*

C'est précisément le contraire de la délégation, qui est la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, dont la dette est éteinte. Dans la subrogation, c'est la personne du créancier qui est changée; dans la délégation, c'est celle du débiteur.

Nous parlerons de la délégation dans la section qui traite de la novation.

Nous n'avons à nous occuper ici que de la subrogation qu'on appelle personnelle (2),

(1) Ulpien, dans ses Fragmens, liv. 1, n.° 4, et les empereurs Théodose et Valentinien, l. 9, cod. *de lucro sanct. eccl.*, emploient le mot *subrogare* dans une acception différente. Les jurisconsultes et les empereurs appelaient succession aux droits ce que nous appelons *subrogation.* Voyez les titres du digeste et du code *de his qui in locum priorum creditorum succedunt*, ff 20, 4, cod. 18, 19. C'est du droit canonique que nous avons emprunté le mot de subrogation, dans le sens où nous l'employons. Voyez Renusson, *ubi suprà*, cap. 1.

(2) A la différence de la subrogation *réelle*, qui est la substitution d'une chose à une autre chose, afin qu'une personne conserve sur la chose substituée les mêmes droits qu'elle avait sur l'autre. Par exemple, l'immeuble reçu est subrogé à l'immeuble donné en échange relativement aux droits de la communauté. Art. 1407. Sur la subrogation réelle, voyez le nouveau Répertoire, verbo *subrogation*

c'est-à-dire, de la transmission des droits et des actions d'un ancien créancier à un nouveau. Cette matière a toujours été regardée comme l'une des plus subtiles de la jurisprudence.

98. Il faut d'abord considérer que les créanciers ne peuvent avoir que deux sortes de droits vers leur débiteur. Les uns, appelés *personnels*, parce qu'ils sont principalement dirigés vers la personne, et qu'ils n'affectent ses biens qu'en vertu de la règle générale, suivant laquelle celui qui s'est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagemens sur tous ses biens présens et à venir, lesquels sont le gage commun de ses créanciers, sans aucune préférence ou privilége en faveur des uns ni des autres (2092, 2309).

Les autres, qu'on appelle *réels* ou hypothèques, parce qu'outre les droits personnels du créancier contre le débiteur, ils affectent tous ses biens, ou une certaine partie de ses biens, d'une manière tellement particulière, qu'elle donne à ceux auxquels ces droits sont acquis, la faculté de les exercer, en quelques mains que ces biens soient passés. C'est pour cela qu'on les appelle droits *réels*, ou droits sur la chose, *jura in re*.

réelle; Renusson, Traité des propres, ch. 1, sect. 10; Pothier, Traité des propres, sect. 2, p. 68; Duparc-Poullain, et les commentateurs des coutumes.

99. Mais avant d'aller plus loin, nous devons remarquer, à l'égard des droits et actions que nous avons appelés personnels, et que les créanciers peuvent exercer contre la personne de leur débiteur, qu'il faut, à raison de la loi qui les accorde, les ranger en deux classes.

Les uns sont accordés, par le droit commun, à tous les genres de créances, quels qu'en soient la cause, l'origine, le titre qui leur sert de fondement, etc.

Au contraire, il est certaines créances auxquelles des dispositions particulières de la loi accordent certaines prérogatives spéciales, soit dans la manière d'exercer l'action, soit dans le genre de contrainte, soit dans le rang qu'elles doivent occuper dans le concours des autres créanciers, etc. C'est ce qu'on appelle des *priviléges* (1) ou des créances privilégiées.

Le mot *privilége*, pris dans un sens actif, est une loi particulière, ou une disposition particulière de la loi, qui accorde certaines prérogatives spéciales, que n'accorde point le droit commun. Dans le sens passif, c'est la prérogative même accordée par cette loi particulière.

(1) Ce mot se prenait autrefois en mauvaise part chez les Romains, pour les peines particulières prononcées contre certaines classes de citoyens. C'est dans ce sens que la loi des douze tables dit : *Privilegia ne irroganto*. Nous ne parlons ici que des priviléges qui accordent quelque faveur ou prérogative.

La prérogative peut être accordée, en considération seulement de l'individu, sans égard à ses biens, et alors le privilége reste attaché à la personne. Il n'est pas transmissible, et ne passe ni à ses héritiers, ni à ses cessionnaires. Nous n'avons point à nous en occuper dans ce paragraphe.

La prérogative peut aussi être accordée à certaines causes, à certaines actions, dans l'exercice desquelles le créancier jouit de certains droits, dont on ne jouit pas dans l'exercice de toutes les actions. Par exemple, tout créancier, quel que soit l'objet de sa créance, a le droit de traduire son débiteur en justice, de l'y faire condamner, de faire ensuite exécuter le jugement, par saisie et vente de ses biens: voilà le droit commun. Mais si la créance est fondée sur un titre authentique, c'est-à-dire sur un acte notarié, le créancier peut de suite, sans le citer en justice, saisir et faire vendre les biens de son débiteur. C'est ce qu'on appelle *exécution parée. V. tom. 6, n.os 208 et suiv.*

L'exécution parée est donc un privilége attaché aux créances fondées sur un titre authentique, et dont ne jouissent pas les autres créances. La contrainte par corps, accordée spécialement à certaines créances, et non à d'autres, est encore un privilége. Il y en a beaucoup d'autres.

Ces priviléges sont transmis, avec l'action personnelle à laquelle ils sont attachés, aux héritiers ou successeurs à titre universel du créancier, et à ses cessionnaires à titre singulier.

Telle est l'idée que les lois romaines nous donnent des priviléges. *Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ, et ideò quædam ad heredem transmittuntur, quæ causæ sunt, quæ personæ sunt ad heredem non transeunt. L. 196, ff de R. J.; l. 68, ibid.*

Les interprètes ont appelé ces priviléges *personnels*, non parce qu'ils sont attachés à la personne, mais parce qu'ils sont attachés à des actions *personnelles;* c'est-à-dire à des actions qui naissent d'un droit à la chose, et qui sont dirigées contre la personne du débiteur. Ce nom leur a été donné pour distinguer ces priviléges des hypothèques, qui sont des droits réels, *jura in re*, que le créancier peut poursuivre, non seulement contre le débiteur, mais encore contre le possesseur de la chose hypothéquée, quel qu'il soit, quoique le créancier n'ait pas d'action personnelle à exercer contre lui. *Privilegium personale est, quod quibusdam actionibus personalibus conceditur..... Si actio personalis est, et ei privilegium tribuitur, personale privilegium erit*, dit Nonius-Acosta. *Privilegia sunt personalia, quæ actioni personali adhærent,*

dit Brunneman sur la loi 9, cod. *qui potiores in pign.*, 8, 18.

Ainsi, les priviléges personnels, en cette matière, sont attachés, non pas à la personne du créancier, mais à sa créance, à la nature de l'action qu'il exerce. C'est ce qu'indiquent clairement les art. 2101 et 2102 du Code. *Les créances privilégiées sont, etc.*

100. Entre les priviléges, il en est qui ne s'exercent qu'envers le débiteur contre lequel ils sont dirigés personnellement; par exemple, la contrainte par corps, qui ne nuit en rien aux droits de ses autres créanciers. Il en est d'autres qui intéressent directement les autres créanciers du débiteur, et fort peu le débiteur lui-même. Telles sont les préférences d'une créance sur les autres; par exemple, les frais funéraires, ceux de dernière maladie, auxquels l'art. 2101 donne la préférence sur les autres créances.

Par ces notions générales, on peut voir que la transmission des droits personnels doit être plus facile, parce qu'elle ne blesse, en aucune manière, ni le débiteur, qui reste, depuis la transmission, dans la même situation où il était auparavant, ni les droits des autres créanciers, auxquels il est parfaitement indifférent que le nouveau débiteur exerce une action de son chef, ou de celui d'un ancien créancier, puisque

la succession dans les droits de ce dernier ne lui donne aucune préférence sur eux.

Il en est autrement des droits réels, dont les autres créanciers ont toujours intérêt de contester, ou d'empêcher la transmission, parce que l'extinction de ces droits augmente nécessairement leur gage, en anéantissant des créances préférables.

101. Les règles sur la transmission des droits personnels étaient, suivant les lois romaines, un peu différentes des règles sur la transmission des droits réels. Nous commencerons par exposer ces dernières le plus succinctement qu'il nous sera possible; nous en suivrons les progrès dans l'ancienne jurisprudence française, et nous expliquerons après les principes du Code.

102. Il ne suffit point à une tierce personne de payer le créancier d'une autre, pour être subrogée dans les droits et hypothèques du créancier qu'elle a remboursé; car l'effet du paiement n'est pas d'acquérir un droit, ou de donner une hypothèque, mais d'éteindre une obligation. Après le paiement, il n'existe plus ni dette, ni action, ni créancier.

On a toujours tenu, et l'on tient encore pour première maxime en cette matière, que, hors les cas prévus par la loi, il n'y a point de subrogation, si elle n'est stipulée. *Nec transeunt actiones, nisi in casibus jure expressis. Dumoulin, 1.°, lect., dol., n.° 41.*

Ainsi, l'étranger qui paie le créancier d'un tiers, ou qui prête son argent pour le payer, n'entre point dans ses droits sans une convention de subrogation. *Non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit ut eadem res esset obligata. Neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore. L. 3, ff quæ res pign., etc., 20, 3; l. 1, cod. de his qui in priorum debit. locum succedunt, 8, 19.*

103. Mais la créance avec ses accessoires, le droit d'action, l'hypothèque, etc., sont au nombre des choses qui composent le patrimoine du créancier; ce sont des propriétés incorporelles, qui sont dans le commerce, aussi bien que des corporelles. Il peut donc les transmettre à des successeurs particuliers, de la manière que bon lui semble, à titre gratuit ou onéreux *(v. tom. 6, n.° 421)*, de la même manière qu'il peut vendre un héritage. Il n'a pas besoin, pour cette transmission, du consentement du débiteur. *Creditor potest liberè, sive vendere, aut alio quovis titulo disponere de ipso nomine, vel jure suo, et illud cùm accessoriis in quem libuerit quovis modo, sine aliâ solemnitate transferre inscio vel invito debitore, sicut de aliâ re suâ. Dumoulin, de usuris, quæst. 49, n.° 445.*

Les effets de cette vente, cession ou transport, relativement aux créanciers du vendeur

ou cédant, ainsi que les obligations de ce dernier envers le cessionnaire, sont réglés au titre de la vente, art. 1689 et suiv. (1) Il ne s'agit ici que des effets qu'elle produirait en faveur du cessionnaire, contre le débiteur et ses créanciers. Or, il est évident qu'elle produit les mêmes effets que la vente d'un héritage; qu'elle transmet à l'acquéreur ou cessionnaire tous les droits du vendeur ou cédant, pour les exercer comme il l'aurait pu faire; en un mot, elle subroge le cessionnaire dans tous les droits et actions du cédant, sans exception. Cette subrogation est la plus naturelle, la seule peut-être fondée sur la rigueur du droit; car les actions étant la propriété du créancier, il semble que lui seul peut avoir la faculté de les céder à une autre personne, et de la mettre en sa place. En général, on ne peut contraindre personne à vendre ses droits; car, outre que sa volonté suffit pour autoriser son refus de les céder, ce refus peut être fondé sur des motifs légitimes, tels que la crainte de s'exposer à une action en garantie, toujours désagréable; tels encore que l'intérêt qu'il porte au débiteur, qu'une subrogation arrachée à l'ancien créancier contre son gré peut exposer aux poursuites d'un créancier fâcheux, qui pourrait n'avoir acquis que par esprit de

(1) Voyez Renusson, *ubi suprà*, ch. 2, n.os 4 et suiv., p. 5.

litige ou de vengeance, pour exercer des rigueurs contre le débiteur. *Quòd captiosum esset debitoribus quorum interest inscios non mutare creditores, ne fortè cogantur incidere in manus avari et intractabilis debitoris. Dumoulin, de usur., quæst. 45.*

104. Il y a néanmoins des cas où la justice exige si impérieusement que le tiers qui paie pour le débiteur soit subrogé dans les droits du créancier, que les jurisconsultes romains imaginèrent des moyens pour vaincre l'injuste refus de ce dernier, ou pour suppléer à son consentement. Si, par exemple, le créancier voulait contraindre le fidéjusseur à payer pour le principal obligé, le débiteur solidaire à payer pour ses codébiteurs, il était obligé de leur céder ses droits et actions; autrement, il était repoussé *per exceptionem cedendarum actionum. (V. Renusson, Traité de la subrogation, ch. 2, n.° 16).* Rien n'était plus conforme à l'équité que cette exception, quoique peut-être elle ne fût pas fondée sur le droit rigoureux (1).

105. Bien plus: quand le créancier s'obstinait à refuser la cession de ses actions, on

(1) *Istud jus et exceptio cedendarum actionum, non fundatur nec debetur stricto jure, sed ex æquitate, et specialiter ex illâ æquitate, ut id saltem, is qui petit solutionem, consequatur quod sine dispendio cedentis futurum est.* Dumoulin, *de usuris*, quæst. 89, n.° 672.

pouvait, en certains cas, recourir à l'autorité de la justice, et faire ordonner, par le juge, la cession des actions malgré le créancier. *L. 57, ff de legat., 1.°; l. 23, ff de pecul. leg., 33, 8; Renusson, ch. 2, n.° 17, p. 8, et ch. 9, n.° 10, p. 59.*

106. Il y avait même un cas où la subrogation avait lieu de plein droit en faveur du tiers qui avait payé le créancier; c'est le cas où un créancier postérieur en hypothèque avait payé un premier créancier antérieur. Nous en parlerons dans la suite.

107. Enfin, le droit romain autorisait une subrogation d'un autre genre. Il permettait au débiteur de subroger, par une stipulation expresse, celui qui lui prêtait de l'argent, dans tous les droits du créancier remboursé, avec la somme prêtée. C'est ce que fait entendre clairement la *loi 12, § 8, ff qui potiores in pign., 20, 4. V. Basnage, des hyp., ch. 15, p. 77; le nouveau Répert., verbo* subrogation, *§ 8.*

108. Ainsi, dans le droit romain, on connaissait quatre espèces de subrogations; la subrogation accordée par le créancier qui cédait ses droits; la subrogation ordonnée par le juge, qu'on pourrait appeler subrogation judiciaire; la subrogation légale; la subrogation accordée par le débiteur, qui emprunte pour payer un premier créancier.

109. Mais il faut avouer que si l'on voulait juger de cette dernière par le seul raisonnement, on aurait de la peine à la trouver fondée; car on conçoit difficilement que la créance et ses accessoires, le droit d'action, le droit d'hypothèque, qui sont la propriété du créancier, et qui font partie de son patrimoine, puissent néanmoins être transmis ou transportés à un tiers par la seule volonté du débiteur, par une convention faite avec lui, sans le concours du créancier (1). On ne peut concevoir que le paiement, qui éteint l'obligation principale, en laisse néanmoins subsister les accessoires, les hypothèques, priviléges, cautionnemens, etc.

Cette subrogation éprouva donc les plus grandes difficultés à s'introduire en France, où sa validité fut fréquemment discutée au commencement du dix-septième siècle. Un édit de Charles IX, de 1576, avait fixé au denier douze le taux des rentes et des intérêts. En 1601, Henri IV réduisit l'intérêt des rentes au denier seize. Les débiteurs trouvaient alors de l'avantage à créer des rentes nouvelles pour acquitter les anciennes, et les anciens créanciers refusaient de subroger les prêteurs dans les hypothèques, parce qu'ils ne pouvaient plus placer

(1) Basnage, p. 77; l'annotateur de Renusson, chap. 2, n.° 20, p. 8.

leurs fonds à un intérêt aussi avantageux. D'un autre côté, les capitalistes refusaient de prêter sans être subrogés dans les hypothèques des anciens créanciers.

110. Le savant Dumoulin avait prouvé, dans son Traité *de usuris, etc.*, que la subrogation consentie par le débiteur, sans le concours du créancier, était conforme à l'équité, parce que, sans nuire à personne, elle est utile au débiteur subrogeant. Ce grand jurisconsulte fit en même tems remarquer quelle était la véritable théorie de cette subrogation. Il observa, ce qui est en effet évident, que le second créancier n'étant subrogé que par le fait du débiteur (1) seul, sans le concours, et même à l'insu du premier

(1) *Nec requiritur istud pactum fieri cum priore creditore, vel eo sciente; sed sufficit fieri cum solo debitore....., et sic vides quod iste secundus creditor nullam causam habet à primo, sed solùm causam habet à debitore: et tamen succedit in ipsum jus primi, saltem* in jus simile et æquè potens, *etiam in prejudicium aliorum creditorum posteriorum, quibus tamen non dicitur damnum inferri, sed lucrum non afferri, quia duntaxat novissimus iste loco primi subrogatur, eodem in cæteris rerum, statu manente. Ideò toleratur, licèt non interveniat factum primi, sed duntaxat factum debitoris, et hujus novissimi: et hoc meritò moribus introductum, et jure comprobatum fuit, quia cæteris creditoribus damnum non affert; débitoribus autem prodest, quo faciliùs viam inveniant acerbiorem aliquam creditorem dimittendi, vel commodiùs mutuandi, et sic, cùm istud sit de jure communi, et in debitorum favorem, æquè fieri potest à tutore, vel adulto carente curatore, etiam respectu hypothecæ immobilium, cùm non offendatur in aliquo constitutio de prædiis minorum, sine decreto non alienandis, quia hic non est in effectu nova hypotheca, sed transfusio unius creditoris in alium, eâdem vel mitiori conditione.* Dumoulin, *de usuris*, n.° 276.

créancier, il ne tient point son droit de celui-ci. *Nullam causam habet à primo, sed solùm causam habet à debitore :* d'où il conclut que celui qui est subrogé par le débiteur seul, ne succède point précisément au droit du premier créancier, mais seulement à un droit semblable et également fort; *jus simile et æquè potens.* Ce droit lui est conféré par le débiteur subrogeant, qui conserve toujours la faculté de conférer à d'autres des droits pareils à ceux qu'il avait déjà conférés, soit sur sa personne, soit sur ses biens, à un premier créancier, ou même plusieurs. Jusque là, rien qui ne soit conforme à la rigueur du droit.

Mais le débiteur, qui peut conférer un droit semblable au droit du premier créancier, peut-il rendre ce nouveau droit préférable à ceux qu'il avait antérieurement conférés à des créanciers intermédiaires? Voilà le point de la difficulté. Ces créanciers, quoique primés par celui qui les avait devancés, avaient le droit, ou au moins l'espérance, de devenir, après lui, les premiers en ordre, et de primer tous les nouveaux créanciers qui pourraient survenir après eux. Le débiteur peut-il les frustrer de cette espérance, en intervertissant l'ordre naturel, pour donner la préférence au nouveau créancier? Il est certain que la rigueur du droit s'y oppose : la loi et la raison fixent les préférences

entre les créanciers hypothécaires, par l'ordre des dates; *qui prior est tempore, potior est jure.* Or, le créancier subrogé est postérieur aux créanciers intermédiaires, puisque c'est un droit nouveau que lui confère le débiteur, et non le droit du premier créancier, qui n'a pas concouru à la subrogation. On ne peut pas dire non plus qu'en le subrogeant, le débiteur puisse lui céder les accessoires de l'obligation passive qu'il avait contractée envers le premier créancier; c'est-à-dire l'hypothèque préférable; car, comme l'a fort bien dit Dumoulin, n.° 335, l'obligation passive, ni ses accessoires, ne sont pas susceptibles d'être cédés. *Quemadmodùm enim ipsa obligatio passiva non potest cedi, nec ità ejus accidentia et qualitates, sive augeant, sive diminuant obligationem.*

Ainsi, dans le droit rigoureux, le nouveau créancier, quoique subrogé par le débiteur, ne devrait pas être préférable aux créanciers intermédiaires, comme l'était l'ancien créancier.

Néanmoins, en mettant le nouveau créancier dans la place de l'ancien, en lui donnant la préférence sur les autres créanciers, le débiteur ne leur cause aucun préjudice. Ils restent dans le rang où ils étaient avant la subrogation; ils conservent l'espoir de devenir les premiers en ordre, lorsque la nouvelle créance, qui remplace l'ancienne, aura été acquittée.

D'un autre côté, cette subrogation, ce changement de créancier, est infiniment utile au débiteur, pour se débarrasser d'un créancier fâcheux, ou pour faire un nouvel emprunt plus avantageux que l'ancien; par exemple, pour rembourser, avec un emprunt gratuit, une somme qui produisait des intérêts, ou pour rembourser, par un emprunt à cinq pour cent, une somme empruntée à dix ou douze pour cent, avant la loi du 3 septembre 1807. Or, l'équité naturelle exige qu'un créancier, ainsi que tout homme, fasse, et, à plus forte raison, qu'il laisse faire, ce qui, sans lui causer aucun préjudice, est utile et avantageux à une autre personne. *Creditor tenetur facere quod sibi non nocet.. .....: Non potest denegare quod sine dispendio potest concedere..... Civili et æquitate naturali facere tenetur quod sibi non nocet et alteri prodest* (1). Tels sont les motifs qui firent admettre, par les jurisconsultes romains, la subrogation consentie par le débiteur sans le concours du créancier. Telle est, en cette matière, la véritable théorie qu'il était nécessaire de développer, parce qu'elle sert à résoudre plusieurs questions de pratique et plusieurs objections.

Loiseau, autre jurisconsulte d'un mérite supérieur, enseigna la même doctrine que

(1) Dumoulin, *de usuris*, n.os 333, 336 et 340; Basnage, Traité des hypothèques, liv. 1, ch. 15, p. 77.

Dumoulin, dans son Traité des offices, liv. 3, ch. 8, n.os 80 et suiv. Il fit remarquer qu'elle était littéralement conforme au texte des lois romaines.

111. Mais ni l'autorité du droit romain, si grande à cette époque, ni celle de Dumoulin et de Loiseau, ne purent vaincre les réclamations qui s'élevèrent contre la subrogation consentie par le débiteur, sans le concours du créancier. La manière de juger ne fut point uniforme dans les tribunaux. Les uns prirent le parti de contraindre les créanciers à céder leurs droits, sans garantie ni restitution de deniers, pour quelque cause que ce fût, même de leurs faits et promesses. *Loiseau, ubi suprà, n.° 77.* D'autres trouvèrent la question tellement difficile, que « s'en étant présenté un procès au » Parlement, la Cour commanda aux parties » de s'accorder, et laissa le procès indécis ». *Loiseau, n.° 83.*

Le premier moyen, dit fort bien cet auteur, n'était qu'un *emplâtre* qui couvrait le mal sans le guérir. Il lui paraissait plus naturel et plus facile de donner au débiteur la faculté de subroger aux droits de l'ancien créancier qu'il désirait rembourser, que de contraindre celui-ci de les céder ou vendre, contre la règle de droit. C'est ce que fit le roi Henri IV, sollicité de toutes parts de donner une loi pour faire cesser les

incertitudes. Son édit de 1609, dont le but principal fut de faciliter la conversion des rentes du denier douze au denier seize, ordonna « que » ceux qui fourniront leurs deniers aux debi- » teurs de rentes constituées au denier douze, » avec stipulation expresse de pouvoir succé- » der aux hypothèques des créanciers qui se- » ront acquittés de leurs deniers, et desquels » iceux deniers se trouveront avoir été em- » ployés à l'acquit d'icelles rentes *et autres* » *sommes,* par déclaration qui sera faite par les » detteurs, lors de l'acquit et rachat, soient et » demeurent subrogés de droit aux droits, » hypothèques, noms, raisons et actions desdits » anciens créanciers, *sans autre cession et trans-* » *port d'iceux* ».

112. Quoique cet édit établisse clairement la validité dans tous les cas de la subrogation consentie par le débiteur, à celui qui prête ses deniers pour rembourser un ancien créancier, quoiqu'il lui donne la même force et le même effet qu'aux *cessions ou transports* faits par le créancier, plusieurs voulurent en restreindre la disposition au cas de la réduction des rentes, qui n'en avait été que la cause occasionnelle. Cette erreur fut proscrite par plusieurs arrêts de réglement (1). Ainsi, la validité de la

(1) L'arrêt de réglement du Parlement de Paris, du 6 juillet

subrogation consentie par le débiteur, sans le concours du créancier, ne fut plus douteuse. Mais ces réglemens différaient en quelques points, et les opinions étaient divisées sur les cas où l'on devait admettre la subrogation de plein droit et sans stipulation. L'incertitude a duré jusqu'à la promulgation du Code, qui a établi sur ce point des principes plus fixes, que nous allons maintenant développer.

113. Le Code ne reconnaît que deux espèces de subrogations. « La subrogation dans les droits » du créancier, au profit d'une tierce personne » qui le paie, est ou conventionnelle ou légale », dit l'art. 1249.

Ainsi, la subrogation que nous avons appelée judiciaire, celle qui était ordonnée par le juge, est formellement rejettée par le Code. Un juge qui, aujourd'hui, ordonnerait au créancier de céder ses droits, ou qui prononcerait la subrogation hors des cas énoncés dans la loi, exposerait son jugement à la censure.

114. La subrogation conventionnelle se subdivise en deux espèces, comme nous l'avons déjà dit; 1.° celle qui s'opère par une convention faite avec le créancier, sans le concours ou avec le concours du débiteur; 2.° celle qui

1690; un arrêt de la Cour des aides de Paris, du 9 avril 1691; Renusson, ch. 2, n.° 21; le nouveau Répertoire, verbo *subrogation*, sect. 2, § 8, n.° 2.

s'opère par une convention faite avec le débiteur, sans le concours du créancier.

Le Code a soigneusement distingué ces deux espèces de subrogations, qui ne sont pas fondées sur les mêmes principes, et qui ne s'opèrent pas de la même manière.

115. Quant à la première, l'art. 1250 porte qu'elle s'opère « lorsque le créancier, recevant » son paiement d'une tierce personne, la su- » broge dans ses *droits*, *actions*, *priviléges* ou » *hypothèques* contre le débiteur ». Ainsi, cette subrogation n'éteint pas les *droits*, les *actions*, les *priviléges* ou *hypothèques* du créancier ; il les transfère au tiers qui le paie, moyennant la somme reçue en paiement, qui est le prix de la cession. Le cessionnaire peut les exercer dans son nom, de la même manière qu'eût pu le faire le créancier originaire.

L'art. 1250 exige deux conditions pour la validité de cette subrogation ; l'une, qu'elle soit *faite en même tems que le paiement* ; l'autre, qu'elle soit *expresse*.

Il en faut une troisième, pour qu'elle soit parfaite à l'égard des tiers : c'est la remise des titres de créance. Nous en parlerons bientôt.

116. Si le paiement éteint la créance et tous les droits du créancier, dès l'instant où le paiement est fait, le créancier est sans pouvoir pour transmettre ou céder des droits qu'il n'a

plus. Le moindre intervalle entre le paiement et la subrogation la rend nulle et sans effet; car il ne peut plus céder des droits qui n'existent plus. Celui qui a payé ne peut plus avoir contre le débiteur que l'action *negotiorum gestorum*, ou telle autre action nouvelle, qui n'a plus aucun rapport avec celle du créancier. La subrogation ne serait donc pas valide, si elle était faite le même jour que le paiement, mais par un acte séparé de la quittance (1): il faut qu'elle soit faite *en même tems que le paiement*. Cette disposition, conforme au droit rigoureux, est d'ailleurs nécessaire pour empêcher qu'on ne puisse faire revivre une créance éteinte, dans le dessein de procurer une préférence à des créanciers nouveaux, sur des créanciers antérieurs.

Du reste, le Code n'exige point que la subrogation consentie par le créancier le soit par un acte notarié, comme il l'exige à l'égard de la subrogation consentie par le débiteur. L'acte notarié n'est nécessaire que pour assurer en certains cas les droits du subrogé contre des tiers (2).

(1) Voyez Renusson, ch. 12, n.° 18. Il y avait sur ce point différentes opinions. Il ne peut plus y en avoir qu'une sous l'empire du Code.

(2) Si le créancier, après avoir subrogé Caius par acte sous seing privé, subrogeait Titius par acte notarié, cette dernière subrogation

117. La seconde condition exigée pour la validité de la subrogation, est qu'elle soit *expresse*. Il ne suffirait pas que le créancier reçonnût dans la quittance qu'il a reçu de Caius la somme de....., en acquit de Titius, ou la somme qui lui était due par Titius, *sauf le recours ou la reprise* du premier vers le dernier; il faut qu'en recevant son paiement, le créancier déclare expressément qu'il *subroge* celui qui paie dans ses droits contre le débiteur, ou, ce qui est la même chose, qu'il les lui *cède*. Il existe une différence bien remarquable entre la formule par laquelle le créancier, en recevant ce qui lui est dû, réserve les droits ou le recours de celui qui paie, et celle où il le *subroge* dans ses droits ou les lui *cède*. Dans la première, nulle convention entre celui qui paie et le créancier qui reçoit son paiement: ce dernier se borne à donner quittance de ce qui lui était dû. La créance est éteinte, sauf à celui qui a payé de poursuivre son remboursement par l'action *negotiorum gestorum*, ou par l'action *mandati*; remboursement dont le créancier ne se rend point garant en le lui réservant.

prévaudrait, parce que l'acte sous seing privé n'a point de date assurée contre des tiers.

Quid, si le créancier avait subrogé par deux actes notariés, mais délivré les titres au second subrogé? Voyez *infrà*.

La *subrogation*, au contraire, renferme une convention entre celui qui paie et le créancier qui subroge, en recevant le paiement. C'est une vente que celui-ci fait de sa créance. La subrogation ou cession a tous les effets d'une vente, dit Dumoulin. *Cessio habet eumdem effectum ac si nomen cessum cuivis vendidisset. Dumoulin, contract. usur., quest. 89, n.° 670.*

Il enseigne ailleurs qu'il n'importe que le créancier ait dit qu'il vendait ses droits, ou qu'il subrogeait, parce que, dans la vérité, c'est la même chose. *Non refert creditorem vendere, vel cedere sua jura; sed hæc pro eodem accipiuntur, et verè idem sunt, quia qui accepto quod sibi debetur cedit jus suum verè, illud justo et toto pretio vendit. Ibid., quæst. 49, n.° 345.*

118. Il n'y a donc pas de différence entre la cession et la subrogation consenties par le créancier; ou, si l'on en veut trouver une, il faut dire qu'il existe entre elles la même différence qu'entre la cause et l'effet. La cession est la cause, la subrogation l'effet. Le tiers qui paie n'est subrogé, ou mis dans la place du créancier, que par la cession des droits de ce dernier. C'est par elle que le subrogé lui succède et représente sa personne. *Ejus personam representat. Dumoulin, ubi suprà, n.° 347, p. 142.*

119. Cependant, quelques auteurs ont prétendu trouver de la différence entre la cession et la subrogation. Il est nécessaire d'examiner les motifs de leur opinion; mais, dans cette discussion, il ne faut jamais perdre de vue qu'il y a trois espèces de subrogations : la première, consentie par le créancier, ne peut s'opérer que par sa volonté; la seconde, accordée par la loi, sans le consentement et même contre la volonté du créancier; la troisième, consentie par le débiteur, secondé par l'action de la loi. Cette troisième subrogation peut aussi s'opérer sans le consentement et contre le consentement du créancier.

Renusson, ch. 2, et les auteurs que nous avons cités *suprà*, ont fort bien observé que, dans ces deux derniers cas, le subrogé ne tient point son droit du créancier, qui n'a pas contracté avec lui, et qui, par conséquent, n'est obligé envers lui à aucune garantie. Le consentement qu'il pourrait donner à une subrogation, qui peut s'opérer malgré sa volonté, ne l'obligerait point : il est seulement tenu de remettre ses titres de créance, comme tout créancier qu'on a payé.

Au contraire, dans la subrogation consentie par le créancier, dans celle qui ne peut s'opérer que par sa volonté, et que Renusson appelle *cession* ou *transport*, il y a réellement vente de

sa créance : *nominis venditio ;* il est donc obligé à la garantie.

Ainsi, en ce point, il y a une différence réelle entre la cession ou subrogation volontaire, qui ne peut s'opérer que par consentement du créancier, et les deux autres espèces de subrogations, qui s'opèrent même contre sa volonté. Jusqu'ici, tout le monde est d'accord.

Mais on est allé plus loin ; on a voulu établir une différence entre la *cession* et la *subrogation,* quoique consenties l'une et l'autre par le créancier. Pour éviter la confusion des idées, il faut commencer par expliquer le sens propre et primitif de ces mots, que depuis on a confondus.

Les jurisconsultes romains donnèrent le nom de *cession* au transport ou à la transmission que fait volontairement le créancier au tiers qui le paie, de sa créance et des droits y attachés. Ils appelaient aussi cette transmission *vente ; cessio, sive venditio nominis aut actionis.*

Quand, pour suppléer au refus du créancier qui refuse de céder ses droits, on eut introduit un nouveau moyen de transmission en faveur du tiers, qui ne prête son argent que sous la condition de l'employer au remboursement de l'ancienne dette, les empereurs, qui sanctionnèrent cette invention et l'érigèrent en loi, appelèrent ce nouveau mode de transmission

succession à la place de l'ancien créancier. *Tit. de his qui in priorum creditorum locum succedunt, cod. 8, 19.* Dénomination qui la distinguait de la *cession*, laquelle ne vient que du fait de l'homme, du contrat passé entre le cédant et le cessionnaire; au lieu que la *succession* est l'ouvrage de la loi. Cette succession fut appelée, par nos docteurs français, *subrogation*. Ainsi, dans le principe, et suivant la propriété des termes, la *cession* et la *subrogation* sont deux choses différentes, quoique l'une et l'autre aient l'effet de transmettre les droits de l'ancien créancier, ou au moins des droits tout semblables.

Mais, dans l'usage, lorsque des créanciers cédaient ou transmettaient volontairement à des tiers leurs créances et les droits qui y sont attachés, les notaires, croyant le mot de subrogation plus énergique, l'employèrent indistinctement au lieu du mot cession (1). L'abus d'employer ces deux mots l'un pour l'autre, ou même de les cumuler, prévalut, et l'ordonnance des subrogations, qui parle de ces deux modes de transmission, ne leur donne pas des noms différens. La confusion était en effet facile; car la *cession* et la *subrogation* avaient l'une et l'autre pour but de mettre un nouveau créancier à la place de l'ancien, de le faire succéder

(1) Voyez le Journal du palais, édit. 1713, tom. 2, p. 42.

à ses actions et à ses droits. Aussi nous trouvons, dans nos livres de jurisprudence, les mots de *cession* et de *subrogation* indifféremment employés l'un pour l'autre ; ce qui occasionne dans les idées une confusion qu'on ne peut éviter qu'avec une attention souvent fatiguante.

Nous examinerons bientôt s'il y a de la différence dans les effets de la subrogation consentie par le créancier, et de celle qui est convenue avec le débiteur. Il ne s'agit ici que de voir s'il existe quelque différence entre la subrogation et la cession, consenties volontairement l'une et l'autre par le créancier.

On a dit que ce sont deux droits qui n'ont pas de rapport; que la *cession* transmet la créance même, et empêche la dette de s'éteindre; que la *subrogation* ne ressuscite pas l'action primitive, qui est éteinte, et qu'elle ne donne au subrogé que les accessoires de l'ancienne action, le privilége et les hypothèques; en un mot, qu'elle ne transmet point les actions personnelles, qu'elle conserve seulement les hypothèques (1).

(1) Voyez le Répertoire, verbo *subrogation de personne*, sect. 2, § 1, et une consultation de M. Grappe, imprimée dans les Questions de droit de M. Merlin, verbo *subrogation*, § 1. On rapporte, dans le Répertoire, à l'endroit cité, un arrêt rendu le 24 juillet 1782, par le Parlement de Douai, comme ayant adopté la différence que nous combattons, entre la cession et la subrogation, dans l'affaire de

Remarquons, en passant, qu'on ne trouve point cette distinction subtile établie en point de droit, par les auteurs qui ont écrit sur la matière; on ne la trouve invoquée que par d'habiles défenseurs, qui croyaient en avoir besoin pour le succès de leur cause. Quoi qu'il en soit, ce qui a pu induire en erreur, c'est la différence des formules que peut employer le créancier, pour céder ses droits ou pour y subroger. L'acte peut commencer par énoncer la cession de la créance, et finir par le prix de la cession, comme il est d'usage dans les contrats de vente. Je cède, ou je transporte, à tel, la créance que je porte sur Caius, la rente que me doit Caius, pour une somme de. . . . qu'il m'a payée; moyennant quoi il est subrogé dans mes droits, etc.

On ne doute point qu'une cession ou subrogation rédigée de cette manière, ou autre semblable, ne contienne une véritable vente de la créance, qui n'est point éteinte, mais transmise à l'acquéreur ou cessionnaire, avec tous

Tival, défendu par M. Merlin. Mais en examinant l'espèce de cet arrêt, on voit qu'il a été rendu sur un autre motif : c'est qu'il y avait des insolvabilités qu'il fallait connaître; il y avait des comptes respectifs qu'il fallait arrêter. L'arrêt ordonna donc, et devait ordonner aux parties, d'entrer en compte et liquidation, tant de ce que chacune d'elles devait, eu égard à son intérêt respectif dans la société, et des insolvabilités survenues parmi les associés et cofidéjusseurs, que de ce qui avait été payé par chacune des parties, à l'acquit de la dette générale.

ses accessoires; en un mot, il n'y a qu'un simple changement de créancier.

Mais si l'acte commence par le reçu de la somme payée, et finit par la subrogation; en un mot, s'il présente plutôt la forme d'une quittance que d'une vente : J'ai reçu de tel la somme de. . . . . que me doit Caius; je reconnais que tel m'a payé la somme de. . . . pour remboursement de la rente que me devait Caius; moyennant quoi je le subroge dans mes droits sur ce dernier, etc., on pourrait douter que la créance fût réellement transmise, parce que l'acte paraît en annoncer d'abord l'extinction ou l'anéantissement. C'est l'objection que se fait le jurisconsulte Paul, dans la loi 36, *ff de fidej.*, 46, 1. *Poterit quidem dici nullas jam esse (actiones), cùm suum receperit (creditor), et perceptione omnes liberati sunt.* Mais il n'en est pas ainsi, répondit-il, *sed non est ità;* car le créancier a, en quelque sorte, plutôt vendu sa créance que reçu son paiement. *Non enim in solutum accepit, sed quodam modo nomen debitoris vendidit.*

Modestin développe et enseigne la même doctrine dans la loi 76, *ff de solut.*, 46, 3, qui porte que lorsqu'entre le créancier et celui qui le paie, il était convenu que les actions seraient cédées, *ut mandarentur actiones*, elles ne sont pas éteintes, quoique le paiement ait été fait

d'abord et les actions cédées ensuite. *Cùm solutio facta esset, mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones; cùm novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio quæ fuit perempta videatur.* Car le paiement est le prix des actions cédées, plutôt que leur extinction.

Ou, comme dit fort bien Cujas sur cette loi, c'est le paiement d'avance du prix des actions cédées. *Hoc casu non videntur actiones solutione peremptæ, sed magis pretium actionum* PRÆNUMERATUM, *et actiones venditæ videntur.*

Dumoulin, déjà cité, dit aussi que le créancier qui cède ses droits, après avoir reçu ce qui lui est dû, fait une vente véritable et à juste prix. *Qui accepto quod sibi debetur, cedit jus suum, verè illud justo et toto pretio vendit. Tract. de contract. usur., quæst. 49, n.° 345* (1).

A des autorités si décisives et si imposantes, qu'il soit permis d'ajouter celle de Mornac, sur

(1) Le Répertoire de jurisprudence, verbo *subrogation de personne*, sect. 2, § 1, cite, au soutien de l'opinion que nous tâchons de réfuter, un autre passage, qui semblerait mettre Dumoulin en contradiction avec lui-même. Ce passage est tiré de la question 49, n.° 343, et porte : *Licèt (creditor) dicat se cedere, vendere jus suum; tamen hoc non intelligitur fieri ad transferendum dominium, sed solam hypothecam in cessionarium, quia non censetur emere et pecuniam dare dominii acquirendi causâ, sed gratiâ servandi pignoris.*

Mais le lecteur qui voudra se donner la peine de vérifier ce passage, en lisant ce qui précède et ce qui suit, se convaincra que ce n'est ici qu'une objection que Dumoulin se fait à lui-même, pour la réfuter ensuite.

la loi 28, *ff mandati*, 17, 1. *Satis est creditori, qui alterum suâ pecuniâ dimittit, si* SUBROGATUM *se in illius locum doceat instrumento publico, licèt omissa sit actionum* CESSIO..... *Nec alio jure hodiè utimur.*

Il est donc certain qu'il n'y a nulle différence à établir entre *la cession* et *la subrogation*, qui sont, suivant les auteurs les plus

La question qu'il examine est celle de savoir si un second créancier, qui a remboursé une rente hypothécaire, due par le débiteur commun à un premier créancier, et qui s'est fait céder les droits de celui-ci, comme il pouvait l'y forcer suivant le droit romain, est, par cette cession, subrogé dans la propriété de la rente, et s'il peut se la faire continuer.

Dumoulin se déclare pour l'affirmative ; mais, suivant son usage, il commence par présenter toutes les objections contre cette opinion. L'une de ces objections consiste à distinguer entre la cession forcée et la cession volontaire. Dans celle-ci, le subrogé au moyen de l'argent qu'il donne, *dicitur verè emere et acquirere ipsum jus, et dominium reditûs sibi cessum.* Mais dans la cession forcée, *quæ fit necessitate juris..... licèt creditor dicat se cedere et vendere jus suum, tamen hoc non intelligitur fieri ad transferendum dominium, etc.*

Voilà l'objection à laquelle Dumoulin répond dans le numéro suivant, 344 : *Sed his non obstantibus..... concludo pro priori parte affirmativâ, quia veritas juris est quod is cui expræfatâ necessitate juris fieri debet, et fit cessio, succedit in omne et tale jus, quod et quale competebat cedenti.*

Il ajoute, n.° 345 : *Et sic vides quod ad hujus modi cessionem omnium jurium cum effectu, non est differentia inter eos qui habent jus offerendi;* c'est-à-dire, qui peuvent contraindre le premier créancier à céder ses droits, etc.

C'est dans ce même nombre qu'on trouve le passage où Dumoulin enseigne qu'il n'y a point de différence entre la vente et la subrogation ou cession. *In jure, non refert creditorem vendere, vel cedere sua jura ; sed hæc pro eodem accipiuntur, et verè idem sunt, etc.* C'est donc à tort qu'on invoqua l'autorité de Dumoulin en faveur de l'opinion que nous combattons.

exacts, des termes synonymes, exprimant l'un et l'autre la transmission des droits du créancier, ou la succession à ces droits. Il est encore certain que la cession ou subrogation produit les mêmes effets, quoique l'acte qui la contient commence par le paiement du prix, pour finir par la subrogation, et présente en apparence la forme d'une quittance. Le débiteur, ni ses autres créanciers, ne peuvent diviser cet acte, et prétendre que la première partie, qui annonce le paiement ou le remboursement fait au créancier, a éteint la dette ou la créance, et rejeter la seconde partie, qui subroge dans les droits et actions attachés à la créance remboursée, ou plutôt vendue. S'ils soutiennent que la dette est éteinte par le paiement ou remboursement, dont la première partie de l'acte contient la preuve, on leur répond que la seconde partie contenant la transmission de la dette par la subrogation, ils ne sont pas recevables à diviser ces deux parties, qui forment un tout indivisible, parce que la subrogation contenue dans la seconde partie, est la condition du paiement contenu dans la première.

120. Prenons donc pour constant qu'il est indifférent que le créancier emploie, pour transmettre ses droits, les termes de cession ou de subrogation, et que l'acte commence ou finisse par la cession, ou par le prix de la

cession, pourvu que la subrogation ou cession soit *expresse*, comme l'exige l'art. 1250. Elle transmet alors tous les droits du créancier, sans qu'il soit nécessaire de les énumérer; car celui qui cède *ses droits* en général, et, à plus forte raison, *tous ses droits*, n'en réserve aucun (1). Tous sont transmis par ces expressions générales; il est superflu de rien ajouter de plus. Si l'art. 1250 porte que la subrogation conventionnelle s'opère lorsque le créancier, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses *droits, actions, priviléges et hypothèques*, il ne faut attribuer cette énumération qu'à la malheureuse habitude d'employer toujours, en style de pratique, des redondances et des accumulations de mots inutiles, dans la crainte d'en oublier un qui soit nécessaire. Il suffit donc qu'il soit dit que le créancier cède ses droits en général, sans en spécifier aucun (2);

(1) S'il n'avait cédé qu'une partie de sa créance, un quart, une moitié, etc., le subrogé aurait pour cette partie les mêmes actions que le subrogeant; mais le débiteur pourrait exiger qu'ils se réunissent tous les deux, pour recevoir en même tems la totalité de la dette. Car le créancier ne pouvant directement forcer le débiteur à payer par portions, voyez Dumoulin, *de divid. et individ.*, part. 2, n.os 6 et 7, et ce que nous avons dit tom. 6, n.° 750, p. 868, il ne peut l'y forcer indirectement, et par son seul fait, en divisant la créance entre lui et le subrogé, afin de ne pas exposer ce dernier à deux actions, à deux procès au lieu d'un. *Ne creditor, debitore invito, de unâ eâdemque lite, duas facere posset.*

(2) Le contraire semblerait résulter de la notice d'un arrêt rendu par la Cour de Riom, le 12 janvier 1809, et qu'on trouve dans le Recueil de Sirey, an 1812, 2.e part., p. 200. Cette notice porte :

car les actions, les priviléges, les hypothèques, le droit de contrainte par corps, celui d'agir contre les cautions, la solidarité, l'exécution, etc., tout est compris sous l'expression générale des *droits*. Il en est de même de l'expression des *actions*. La subrogation dans les *actions*, ou dans *toutes les actions* du créancier, contiendrait la cession de tous ses *droits*; car le droit et l'action sont deux corrélatifs nécessaires: il n'y a point de droit sans action, ni d'action sans droit, puisque l'action n'est pas autre chose que la faculté de réclamer en

« Pour qu'il y ait subrogation conventionnelle valable en faveur « d'une tierce personne, d'une dette *non commerciale*, il est néces- » saire que le créancier qui reçoit son paiement énonce *explicitement*, » et en termes *formels*, qu'il subroge à *tous ses droits*, *actions et* » *hypothèques*. Ainsi, le tiers qui a acquitté le montant de deux » billets, ne peut se prévaloir d'une subrogation où le créancier se » serait borné à dire : Je subroge à l'effet des deux billets ».

Cette notice a été copiée dans le Code annoté et dans le Dictionnaire des arrêts modernes, verbo *subrogation*, n.° 11; mais elle est inexacte. Voici l'espèce de l'arrêt :

Les 12 juillet et 7 septembre 1805, le sieur Bourret consentit au sieur Audrand, négociant à Riom, deux billets, l'un de la somme de. . . *valeur de ce jour*, l'autre valeur *reçue en marchandises*. A l'échéance de ces billets, Audrand en reçut le montant du sieur Bonnet, et lui en donna une quittance sous seing privé, dans laquelle il le subrogea *à l'effet de deux billets*, et l'autorisa à se servir de son nom pour poursuivre Bourret. Bonnet le poursuivit en effet, et demanda que la contrainte par corps fût prononcée contre lui, comme Audrand avait droit de la faire prononcer. Les premiers juges, considérant que Bonnet n'avait point d'autre titre que la quittance et la subrogation que lui avait données Audrand; que cette subrogation n'était pas expresse de *tous droits*, *actions*, *priviléges* et *hypothèques*; que par conséquent elle ne donnait pas à Bonnet le droit

justice ce qui nous est dû. *Jus persequandi in judicio quod sibi debetur.*

L'expression des *droits* ou des *actions* n'est même pas nécessaire, pour une subrogation

d'exiger la contrainte par corps, ordonnèrent le paiement des billets, mais sans contrainte par corps.

Ce jugement était bien rendu, mais les considérans étaient mauvais.

Sous l'appel, Bonnet soutint qu'Audrand n'ayant réservé aucun de ses droits, la subrogation était générale et non partielle; qu'Audrand l'ayant autorisé à poursuivre en son nom le débiteur, il lui avait par cela même donné le droit de le contraindre par corps, comme le pouvait faire le créancier originaire.

Aux motifs donnés par les premiers juges, Bourret ajouta que ses billets n'étant point négociables, n'étant ni lettres de change, ni billets à ordre ou au porteur, ils ne sont point des effets de commerce, et qu'ainsi ils n'emportent point la contrainte par corps.

L'arrêtiste dit que l'arrêt confirma, par les motifs énoncés au jugement, et encore par le motif nouveau que les billets ne sont point billets de commerce; que, dans le fait, ils n'ont point été négociés, mais seulement cédés *comme un billet ordinaire*; et qu'enfin, il n'est point justifié qu'ils aient été causés pour délivrance de marchandises, et qu'ainsi il n'en résulte point la contrainte par corps.

Qu'a donc jugé la Cour de Riom par cet arrêt? Elle a jugé que les deux billets de Bourret n'emportaient pas la contrainte par corps. Elle n'a donc pas jugé que, pour opérer l'entière subrogation des droits du créancier, il soit nécessaire d'énoncer explicitement, et en termes formels, qu'il subroge *à tous droits, actions* et *hypothèques*, et que le tiers qui a payé *ne peut se prévaloir* d'une subrogation où le créancier s'est borné à dire qu'il subroge *à l'effet de ses billets*. On peut au contraire penser que si ceux dont il s'agit avaient emporté la contrainte par corps, elle eût été prononcée, sur la demande de Bonnet, en vertu de sa subrogation *dans les deux billets*, avec pouvoir d'agir dans le nom du premier créancier.

En effet, en subrogeant *dans son titre*, ou *dans sa créance*, ou *dans ses billets*, le créancier les transporte avec tous leurs accessoires.

complète. Par exemple, si, en recevant de vous le remboursement du capital et les arrérages d'une rente que me doit Caius, je déclarais vous subroger dans *la rente* que me doit Caius, ou vous *la céder*, pour en jouir à l'avenir comme j'en ai joui jusqu'à ce jour, il n'est pas douteux que cette subrogation comprendrait la cession de toutes mes actions vers Caius et ses cautions : car ces actions sont les accessoires de la rente, qui sont tous cédés, puisque je n'en ai réservé aucun.

Il faut en dire autant de la cession d'une créance, ou de la subrogation dans une créance, dans un contrat, dans un billet; car il est évident qu'en cédant ma créance, mon contrat ou mes billets, je cède également et nécessairement les actions que j'avais pour me faire payer.

121. Que veut donc dire le Code, quand il dit que la subrogation doit être expresse ? Ce n'est pas qu'il faille faire l'énumération des droits cédés, et dans lesquels celui qui paie est subrogé; mais il veut dire que la cession de droits doit être exprimée sans équivoque; que l'acte d'où l'on induit une subrogation ne doit pas contenir seulement une quittance, qui n'opérerait que l'extinction de la dette, mais qu'il doit contenir clairement la cession de la créance,

ou la subrogation dans la créance, dans les droits, ou dans les actions du créancier.

Du reste, il est indifférent dans quels termes soit conçue cette cession ou subrogation, *vente*, *transport*, *abandon*, etc. La simple formule d'endossement des billets à ordre et des lettres de change, *payez* à M. tel....., valeur reçue comptant, opère une subrogation générale dans tous les droits et actions de l'endosseur. Cette formule opérerait également la subrogation, quand elle serait mise au pied d'un billet non négociable, d'un billet notarié, emportant privilége ou hypothèque.

122. Mais, en quelques termes que soit conçu l'acte de subrogation, pour peu qu'il soit obscur ou équivoque, il est soumis aux règles générales de l'interprétation, suivant lesquelles on doit rechercher, dans les conventions, quelle a été la commune intention des parties contractantes (1158). Car il peut résulter, soit des expressions de la quittance, soit même des circonstances, que le créancier et le tiers remboursant n'ont point eu l'intention, l'un de vendre, l'autre d'acheter la créance telle qu'elle existait, mais seulement de subroger ce tiers jusqu'à la concurrence de ses avances, afin de lui conserver, pour sa sûreté, les mêmes actions, les mêmes hypothèques qu'avait l'ancien créancier.

Si, par exemple, en recevant le remboursement d'une créance sur laquelle il fait une remise, le créancier dit que le paiement a été fait par Paul, en l'acquit et décharge du débiteur, qui demeure, en conséquence, entièrement quitte et libéré, et qu'il ajoute, suivant la formule ordinaire, que le paiement ayant été fait des deniers de Paul, il le subroge *dans ses droits, actions, priviléges et hypothèques*, on pensera naturellement, malgré la généralité de ces expressions, que la remise a été faite au profit du débiteur; que l'intention du créancier n'a point été de vendre sa créance; que l'intention de Paul, qui agissait au nom du débiteur, n'a point été de l'acheter, ni de se procurer le bénéfice de la remise, mais seulement de conserver, pour assurer le remboursement de ses avances, les sûretés et hypothèques attachés à l'ancienne créance.

De même si, dans l'acte de remboursement d'une rente, il était dit qu'il a été fait par Paul, en l'acquit et décharge du débiteur, qui demeure quitte et libéré, et que le créancier ajoutât que le remboursement ayant été fait des deniers de Paul, il le subroge dans ses droits, on pourrait présumer que l'intention des parties n'a été que de conserver à Paul les anciennes hypothèques, pour le remboursement de ses avances. La présomption deviendrait plus

forte, s'il s'agissait du remboursement d'une rente constituée à douze pour cent, dans les tems où le taux de l'intérêt était illimité, ou s'il s'agissait d'une rente ancienne remboursée en papier de nulle valeur.

123. C'est dans ce dernier cas qu'a été rendu un arrêt célèbre, dont l'espèce peut répandre de la lumière sur la matière qui nous occupe.

M. de Talleyrand-Périgord devait une rente foncière de 3,071 liv., sur un terrain situé à Paris, aux Champs-Elisées, où il avait fait faire des constructions. Cette rente était due à M. le comte d'Artois, aujourd'hui Monsieur, frère du Roi, dont les biens étaient confisqués. Pendant l'émigration de M. de Talleyrand, ce terrain fut séquestré, et le sieur Bellanger, architecte, son créancier à raison des constructions dont on vient de parler, prit le parti, pour demeurer seul créancier privilégié, d'acquitter la dette de M. de Talleyrand, et le 14 nivôse an 4 (1), il paya au sieur Herbin, receveur des domaines, *en acquit et décharge dudit Talleyrand*, 76,281 fr. en assignats, valant alors moins de 300 liv. en numéraire. Il en retira quittance notariée, à la fin de laquelle il fut ajouté que le paiement ayant été fait des

(1) M. de Talleyrand avait été rayé quatre mois auparavant; mais dans sa défense on n'insista pas sur ce fait.

deniers de Bellanger, *pour conserver ses créances privilégiées sur ledit terrain*..... ledit Herbin, *en sa qualité, subrogea* ledit Bellanger *dans les droits, actions, priviléges et hypothèques acquis à la Nation, etc.*

Huit ans après, le sieur Bellanger somma M. de Talleyrand de lui payer 31,024 liv., pour arrérages échus de la rente de 3,071 liv., qu'il avait acquise, et qui lui était due, comme subrogé aux droits de la Nation.

M. de Talleyrand offrit 513 liv. 5 s., pour le montant du capital et des intérêts de cette même rente, évaluée d'après l'échelle de dépréciation des assignats, et soutint que Bellanger n'avait point été subrogé dans la propriété de la rente de 3,071 liv., qui s'était éteinte par le remboursement fait en acquit du débiteur.

Le tribunal de première instance, et la Cour de Paris, rejetèrent la prétention de Bellanger, par la considération qu'il était démontré par les circonstances, que ni le créancier, ni le tiers remboursant, n'avaient pu avoir l'intention, l'un de vendre, l'autre d'acheter la créance, puisqu'en nivôse an 4, époque du remboursement, le cours des assignats avait cessé d'être forcé par les lois des 25 messidor an 3 et 12 frimaire an 4; que le Gouvernement avait fait une exception en faveur des ~~créanciers~~ débiteurs de l'Etat, mais qu'il ne l'avait faite que pour eux;

en sorte que si le remboursement n'avait pas été fait au profit du débiteur, le receveur du domaine n'eût pu le recevoir ni le subroger; qu'il n'eût pu y avoir lieu qu'à une vente faite par l'administration, suivant les formalités prescrites par la loi du 13 septembre 1792; formalités dont l'omission prouve que le receveur n'a pas voulu faire à Bellanger la cession de la rente, mais seulement le subroger dans les anciennes hypothèques et priviléges.

Bellanger se pourvut contre cet arrêt, et la Cour de cassation rejeta son pourvoi le 21 mars 1810, par le motif que la quittance donnée à Bellanger « ne présentait qu'un titre d'extinction totale de la rente, et qu'elle ne contenait *ni cession, ni transport d'icelle* en faveur de Bellanger; cession et transport qui auraient exigé d'autres formalités, et que l'agent du fisc n'avait d'ailleurs ni titre, ni caractère suffisant pour stipuler légalement; et qu'ainsi la Cour de Paris n'avait pu contrevenir à aucune loi, en interprétant la quittance, et en décidant que la subrogation qu'elle contenait était restreinte aux seuls priviléges et hypothèques (1).

(1) Cet arrêt est rapporté dans les Questions de droit de Merlin, verbo *subrogation*. Il est précédé d'une consultation rédigée par M. Grappe, pour la défense de M. de Talleyrand; consultation parfaitement raisonnée, mais dans laquelle ce savant avocat employa, sans nécessité, le moyen tiré de la distinction qu'on a mal à propos

124. Mais lorsque ni les expressions de la quittance du créancier subrogeant, ni les circonstances qui l'ont accompagnée ou précédée, n'offrent rien d'où l'on puisse induire que la cession n'a pas été entière, la subrogation, quand même elle serait faite pour un prix au-dessous de la créance cédée, la comprend toute entière avec ses accessoires; car le créancier peut avoir eu l'intention de gratifier le subrogé.

Si, par exemple, en recevant de Paul une somme de 1,000 fr., je déclare le subroger dans une créance de 2,000 fr. que me doit Pierre, Paul pourra exiger de Pierre la somme entière de 2,000 fr. (1).

Si, moyennant une somme inférieure au prix de la création d'une rente constituée, le propriétaire subrogeait dans ses droits le tiers qui lui a payé cette somme, le subrogé n'en

cherché à établir entre *la cession et la subrogation*, et les effets de l'une et de l'autre.

Au reste on voit, par l'espèce de cet arrêt, qu'il n'en faut pas conclure, comme l'ont fait à tort quelques auteurs, que *subrogation n'équivaut pas à transport;* car la subrogation ne peut exister sans un transport ou une cession des droits du créancier, plus ou moins étendue, si la créance et l'action primitive étaient éteintes en totalité, dans le cas de la subrogation, les hypothèques et priviléges qui y étaient attachés, le seraient également et nécessairement. Le créancier n'y pourrait plus subroger personne, ni les réunir à l'action *negociorum gestorum*, ni à l'action *mandati*, qui compéterait seule au tiers remboursant, si réellement l'action primitive était éteinte.

(1) Il faut excepter le cas où la créance est litigieuse. Voyez articles 1699 et 1700.

pourrait pas moins exiger le service de la rente en son entier, jusqu'au remboursement que le débiteur est toujours libre de faire, mais au taux de la création.

Il en serait de même du cas où, moyennant un remboursement en papier-monnaie de peu de valeur, le créancier aurait subrogé dans ses droits le tiers qui lui a remboursé une rente originairement créée en numéraire. Le tiers subrogé pourrait, depuis la chute du papier-monnaie, exiger en argent le service de la rente, sans réduction, jusqu'au remboursement, que le débiteur ne pourrait offrir, suivant le tableau de dépréciation du papier (1). Il existe, sur cela, une décision positive, dans la loi du 11 frimaire an 6, qui porte, art. 11 : « La réduction ci-dessus, c'est-à-dire, d'après l'échelle de dépréciation, n'est pas applicable, 1.° aux

(1) L'arrêt rendu par la Cour de Paris, dans l'affaire de M. de Talleyrand-Périgord, le 5 avril 1808, n'a point jugé le contraire, comme on pourrait le croire, si l'on s'arrêtait aux notices de cet arrêt, imprimées dans plusieurs recueils.

Cette notice porte que « celui qui, moyennant subrogation, a payé en papier-monnaie l'obligation contractée par un tiers, n'acquiert pas par cela seul le droit de réclamer, contre le débiteur originaire, la totalité de la créance; il ne peut réclamer que le montant des valeurs qu'il a réellemeut déboursées, pour éteindre la première dette et acquérir la subrogation ».

Nous avons vu que ce n'est point là ce qu'a jugé l'arrêt, mais seulement que Bellanger, dans l'espèce de la cause, n'avait été ni pu être subrogé que jusqu'à la concurrence de ses déboursés; qu'il n'avait ni voulu ni pu payer qu'au profit du débiteur; qu'il faisait pour le débiteur,

simples cessions et transports de dettes ; 2.° aux endossemens d'effets négociables ; 3.° aux délégations et indications de paiement, même aux délégations acceptées.

» Dans tous les cas, sauf les exceptions légales, les *cessionnaires* ou délégataires pourront faire valoir en entier les droits des cédans ou délégans, contre les débiteurs cédés ou délégués ».

125. Tout dépend donc de la manière dont l'acte de subrogation est rédigé. C'est aux magistrats, chargés de l'interpréter, de décider, dans leur prudence, s'il résulte des expressions de l'acte, ou des circonstances, que la subrogation ne soit que partielle. Il ne suffirait pas, pour la juger telle, que l'acte fût rédigé en forme de quittance, et qu'il fût dit que le paiement a été fait en l'acquit du débiteur. L'art. 1236 nous paraît faire, à cet égard, une distinction judicieuse. Si le tiers qui paie a déclaré agir dans le nom du débiteur, *faisant pour tel, etc.*, la dette est éteinte, et la subrogation ne peut s'étendre au-delà des avances faites par le tiers, qui ne s'est annoncé que comme vice-gérant, ou mandataire du débiteur.

Si, au contraire, ce tiers agit dans son nom propre, et non pas dans le nom du débiteur, non pas comme faisant pour ce dernier, la subrogation empêche la créance de s'éteindre, quoiqu'il

soit dit que le paiement a été fait en l'acquit du débiteur ; car alors le paiement ne l'acquitte qu'envers l'ancien créancier, mais non envers le nouveau, qui prend sa place. « L'obligation, dit l'art. 1236, peut être *acquittée* par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse *au nom et en l'acquit du débiteur*, ou que, s'il agit *en son nom propre*, il ne soit *pas subrogé* aux droits du créancier ».

La différence établie entre le cas où le tiers agit *au nom du débiteur*, et le cas où il agit *en son nom propre*, est fondée sur la nature des choses. Au premier cas, le tiers ne fait que l'affaire du débiteur : celui-ci doit donc retirer tout l'avantage du remboursement. Le tiers n'a que le droit d'être indemnisé de ses avances, et la subrogation ne s'étend point au-delà.

Au second cas, le tiers, faisant sa propre affaire, doit retirer tout le profit qui résulte de la négociation, quoique, par sa nature même, le remboursement qu'il fait acquitte le débiteur envers l'ancien créancier, dont le tiers a eu l'intention d'acquérir les droits ; car, en ce qui concerne le débiteur, il n'y a qu'un simple changement de créancier : au moment même où il est acquitté envers l'ancien créancier, il devient débiteur du nouveau, envers qui ses obligations restent les mêmes.

C'est cette distinction qui doit servir de règle

au magistrat, pour juger si la subrogation est entière ou seulement partielle. Mais la rédaction des actes est souvent si ambiguë, qu'il est difficile de juger si le tiers remboursant agissait dans son nom propre ou dans celui du débiteur. Il reste donc toujours des cas où la décision demeure un peu arbitraire : c'est la faute des hommes, et non celle de la loi.

126. La troisième condition, pour la validité d'une subrogation consentie par le créancier, ou plutôt pour la rendre parfaite, est la remise des titres justificatifs de la créance. Cette remise est nécessaire pour rendre le subrogé propriétaire des droits cédés, et pour empêcher qu'un créancier de mauvaise foi ne les cède à une seconde personne, qui serait préférée au premier subrogé, si la remise des titres lui était faite avant que le débiteur eût payé, ou avant qu'il eût accepté la subrogation, ou qu'elle lui eût été signifiée.

La créance et les droits du créancier sont des choses purement mobilières; et l'art. 1141 porte que « si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de délivrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été *mise en possession* réelle est préférée et *demeure propriétaire*, encore que son titre soit postérieur en date ».

Or, suivant l'art. 1607, la tradition des droits

incorporels se fait par la remise des titres. L'art. 1689 dit également que, dans le transport d'une créance, d'un droit, d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère, entre le cédant et le cessionnaire, *par la remise des titres.*

Il faut donc en conclure que le créancier étant resté saisi de la créance avant la remise des titres, il a pu la céder au second subrogé, qui en devient propriétaire par cette remise. Le premier cessionnaire ou subrogé doit s'imputer la faute de n'avoir pas exigé une remise nécessaire pour lui transférer la propriété, et rendre la subrogation parfaite et irrévocable.

127. 4.° Enfin, outre la remise des titres, il faut que la cession ou subrogation soit signifiée au débiteur, ou qu'elle soit par lui acceptée dans un acte authentique. Ce n'est que par cette signification ou par cette acceptation que le cessionnaire ou subrogé est saisi *à l'égard des tiers* (1690). Il en résulte qu'avant l'acceptation, ou avant la signification, les créanciers du cédant ou subrogeant peuvent faire saisir la créance entre les mains du débiteur, même après que la remise des titres a été faite authentiquement au cessionnaire.

Il en résulte encore qu'entre deux cessionnaires ou subrogés par le créancier, le second, à qui les titres ont été livrés, ne l'emporte sur le premier qu'autant que celui-ci n'a pas encore fait signifier ou accepter la subrogation.

Il en résulte enfin que si, avant que le cessionnaire eût signifié le transport ou subrogation au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il serait valablement libéré (1691).

128. Nous passons à la seconde espèce de subrogation conventionnelle; celle qui est consentie par le débiteur, sans le concours de la volonté du créancier. Nous avons vu, n.° 109, sur quels principes est établie cette subrogation, et comment elle s'est introduite en France: il nous reste à voir ce qui est nécessaire pour l'opérer. « Lorsque le débiteur emprunte une somme, à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier, il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que, dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que, dans la quittance, il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier (1250) ».

Ainsi, pour opérer la subrogation consentie par le débiteur, sans le concours du créancier, il faut, 1.° que l'acte d'emprunt contienne la destination de l'emploi des deniers prêtés pour payer l'ancien créancier;

2.° Que la quittance contienne la déclaration que le paiement a été fait des deniers fournis

par le nouveau créancier, en conformité de l'acte d'emprunt;

3.° Que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires, ou devant un officier public qui avait reçu de la loi le caractère nécessaire pour rendre ses actes authentiques. Par exemple, la quittance donnée par le receveur des consignations produit le même effet qu'un acte devant notaires; elle opère également la subrogation en faveur de ceux qui ont prêté les deniers nécessaires pour la consignation, lorsque la déclaration en est faite dans la quittance, et que l'acte qui établit l'emprunt et sa destination, est référé et daté dans la quittance.

Ainsi jugé par arrêt du 25 février 1767. *V. le nouveau Répertoire, verbo* consignation, *n.° 13.*

4.° A ces conditions, exigées par l'art. 1250, il faut ajouter la remise des titres et pièces justificatives de la créance qui est l'objet de la subrogation, sans quoi elle deviendrait illusoire. *V. Renusson, p. 83, n.° 36.*

129. Mais il n'est pas nécessaire que la stipulation de subrogation soit énoncée en termes exprès; il suffit qu'elle résulte clairement de la contexture de l'acte: ce qui arrive ordinairement, lorsqu'il contient la déclaration que la somme a été empruntée pour faire le paiement. Aussi on remarque que le Code, qui exige que la subrogation soit *expresse*, lorsqu'elle est

consentie par le créancier, ne l'exige point lorsqu'elle est consentie par le débiteur. *(V. le n.° 2 de l'art. 1250, et l'art. 2103, n.os 2 et 5).* La stipulation de subrogation est suffisamment manifestée par la destination et par la déclaration d'emploi, exprimées dans l'acte d'emprunt et dans la quittance.

C'est pour prévenir les fraudes, si faciles et si fréquentes en cette matière, qu'on exige que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires, non seulement pour en assurer la date, mais encore pour constater que la destination et la déclaration d'emploi, sans lesquelles la subrogation ne peut s'opérer, ont été faites pendant que les choses étaient entières, et qu'il n'a été commis aucune fraude au préjudice des créanciers intermédiaires. La présence d'un officier public est nécessaire pour écarter le soupçon. La subrogation serait donc nulle, si l'acte d'emprunt ou la quittance étaient sous seings privés (1), quand même la date en

(1) On trouve dans le Recueil de Sirey, tom. 6, p. 401, un arrêt contraire, non seulement à cette doctrine, mais encore à tous les principes reçus en matière de subrogation. Cet arrêt, rendu le 3 septembre 1806, par la section des requêtes, rejeta le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Caen, lequel avait admis la subrogation, dans une espèce où il n'existait ni stipulation expresse de subrogation, ni acte d'emprunt, ni quittance notariée, et où il paraissait prouvé que les deniers remis au créancier n'étaient pas les mêmes que ceux qui avaient été prêtés. Mais il s'agissait d'une subrogation antérieure au Code, et la Cour de cassation pensa peut-être que les

serait assurée par l'enregistrement, ou d'une autre manière.

Ce point de jurisprudence est fort ancien. Le réglement du Parlement de Paris, du 6 juillet 1690, rapporté par Renusson, ch. 2, n.° 21, exigeait que « les deniers du nouveau créancier fussent fournis à l'un des débiteurs, avec stipulation faite par *acte passé devant notaires,* qui précède le paiement, ou qui soit de la même date; que le débiteur emploiera les deniers au paiement de l'ancien créancier; que celui qui les prête sera subrogé aux droits du créancier, et que, dans la quittance ou dans l'acte qui en tiendra lieu, lesquels seront aussi *passés pardevant notaires*, il soit fait mention que le remboursement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier, sans qu'il soit besoin que la subrogation soit consentie par l'ancien créancier, ni par *les autres débiteurs et cautions, etc.* »

Il faut que la destination d'emploi soit expri-

principes n'étant point alors fixés par une loi précise, la Cour de Caen avait pu s'en écarter sans s'exposer à la censure. Quoi qu'il en soit, cet arrêt est si évidemment contraire aux dispositions du Code et aux principes de la matière, qu'on n'y peut avoir aucun égard. Il faut s'en tenir aux principes, confirmés d'ailleurs par un arrêt de la Cour de cassation, du 23 juin 1812, rapporté par Sirey, tom. 13, p. 142, et qui a décidé que celui qui, antérieurement au Code, payait un créancier hypothécaire, sans être lui-même créancier, n'était pas subrogé de plein droit, et sans stipulation expresse; que la violation de ce principe est un motif de cassation.

mée dans l'acte d'emprunt, parce que c'est au moment même où il prête ses deniers, que le prêteur doit stipuler la subrogation. S'il avait omis cette stipulation, l'omission ne pourrait plus, par un acte postérieur, être réparée, au préjudice des créanciers intermédiaires, quand même, ce qui est possible en certains cas, il serait prouvé que l'argent prêté a été employé à payer un créancier antérieur; quand même ce créancier aurait exprimé dans la quittance la déclaration d'emploi qui lui a été faite par le débiteur. Car il n'en serait pas moins vrai que, dans le principe, le prêteur n'a suivi que la foi du débiteur; il ne peut donc plus être, *ex post facto*, subrogé dans les hypothèques de l'ancien créancier, au préjudice des autres créanciers.

La déclaration d'emploi, dans la quittance, n'est pas moins essentielle que la destination, dans l'acte d'emprunt : l'une est le complément de l'autre. L'énonciation de l'emploi destiné renferme la stipulation de subrogation; la déclaration d'emploi est l'exécution de cette stipulation. L'une et l'autre sont également nécessaires. La subrogation est de droit étroit; elle fait passer les priviléges et hypothèques de l'ancien créancier, à celui qui a fourni les deniers pour le payer. Il faut donc qu'il y ait certitude que les deniers reçus par le créancier

sont réellement ceux que le prêteur subrogé a fournis, et qu'on ne puisse pas dire ni même soupçonner que le paiement a pu être fait avec d'autres deniers.

S'il y a lieu de soupçonner que les deniers reçus par l'ancien créancier ne sont pas ceux qui ont été empruntés, mais d'autres deniers appartenant au débiteur, ou fournis par un autre, il ne doit point y avoir de subrogation : ce serait ouvrir la porte aux fraudes que l'on peut faire aux droits des créanciers intermédiaires.

130. Il faut donc que la déclaration d'emploi soit faite au moment du paiement, et qu'elle soit consignée dans la quittance même donnée par le créancier. Elle serait inutilement faite après la quittance donnée et signée, quand elle serait faite au même instant, mais par un acte séparé. *V. Renusson, ch. 12, n.os 30 et suiv.* L'ancienne jurisprudence était, sur ce point, tellement sévère et rigoureuse, qu'une sentence rendue en 1672, au Parlement de Paris, par la chambre des requêtes du palais, rejetta une subrogation parce que la déclaration d'emploi des deniers prêtés n'avait pas été consignée dans la quittance même, mais dans un acte écrit au pied de la quittance, et rapporté au même instant et par le même notaire. Voici quelle était l'espèce :

M. de Marillac prêta, à titre de constitution de rente, 3,300 liv., à dame Marie le Roi. Il fut dit, dans le contrat, que cette somme serait employée au paiement de pareille somme, due à Suzanne Perronel, dans les droits, priviléges et hypothèques de laquelle M. de Marillac serait subrogé.

Marie le Roi voulant faire le remboursement, elle déclara que les deniers avaient été fournis par M. de Marillac, qu'elle avait subrogé dans ses droits. La demoiselle Perronel consentit à recevoir les deniers; mais elle ne voulut en donner qu'une quittance pure et simple, sans vouloir qu'on y fît mention de l'origine des deniers ni de la subrogation. La demoiselle Marie le Roi, qui voulait se libérer, reçut une quittance dans laquelle la créancière se borna à reconnaître simplement qu'elle avait reçu son paiement; mais, par un acte écrit au même instant au pied de la quittance, et passé devant le même notaire, la dame le Roi déclara qu'elle n'acceptait la quittance qu'avec déclaration qu'elle faisait que les deniers provenaient de l'emprunt fait de M. de Marillac, par le contrat qu'elle lui en avait passé, et qu'elle consentait qu'il demeurât subrogé aux droits de la demoiselle Perronel.

Cette quittance fut remise au cessionnaire de M. de Marillac, René Dugué, lequel ne trouvant

point la subrogation suffisante, parce que la déclaration d'emploi avait été faite dans un acte séparé de la quittance, demanda le remboursement du capital de la rente constituée. Le remboursement fut ordonné par une sentence contradictoire, rendue par les requêtes du palais. Marie le Roi se rendit appelante de cette sentence, et son appel ne fut point jugé.

Mais, le 31 août 1676, le Parlement de Paris rendit un arrêt de réglement, qui défendit aux notaires de recevoir des déclarations et subrogations d'emprunts de deniers, sinon par les actes qui contiendront les acquits et rachats des dettes qui en seront faites, à peine de *nullité*. *V. Renusson, ubi suprà, ch. 12, n.os 34 et suivans.*

Cette nullité est également prononcée par l'art. 1250, qui exige, pour la validité de la subrogation, que, *dans la quittance*, il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers à cet effet fournis par le nouveau créancier.

131. Mais si, par caprice ou par ignorance, le créancier refuse de souscrire cette déclaration, s'il s'obstine à ne vouloir souscrire, dans sa quittance, ni la mention de l'origine des deniers, ni celle de la subrogation, le débiteur doit, en faisant offre réelle de la somme due, sommer le créancier de la recevoir et d'en donner quittance, dans laquelle mention sera

faite de la déclaration de l'origine des deniers, et de la subrogation promise, par acte du....., à celui qui les a fournis, protestant que, sur le refus de recevoir la somme et d'en donner quittance, avec mention de la déclaration de l'origine des deniers, et de la subrogation promise au prêteur, le débiteur se transportera tel jour, à telle heure, au bureau des consignations, en tel endroit, où la somme offerte sera déposée; sommant le créancier de s'y trouver, si bon lui semble; en un mot, il faut procéder de la manière prescrite dans le § 4 ci-après.

Il ne serait même pas nécessaire d'en venir à une consignation, si le créancier consentait à recevoir la somme et à remettre les titres de créance, mais refusait seulement de souscrire la quittance où seraient référées la déclaration d'emploi et la subrogation consentie par le débiteur à celui qui a fourni les fonds. Le notaire pourrait rapporter procès-verbal des faits, et ajouter que le créancier, après s'être ressaisi des fonds et avoir délivré les titres de créance, a néanmoins persisté à refuser de signer, quoique sommé de le faire. Un pareil acte serait un titre de libération et de subrogation tout aussi valable qu'un procès-verbal de consignation. L'un et l'autre ne pourraient être attaqués que par une inscription en faux, dont les suites

retomberaient sur celui qui aurait l'imprudence et la témérité de l'entreprendre.

132. Nous avons vu que la subrogation consentie par le débiteur, sans le concours du créancier, avait eu peine à s'introduire, même à Rome. Il paraît qu'on exigea d'abord que le nouveau créancier, qui voulait être subrogé, remît lui-même ses fonds à l'ancien créancier, afin qu'ils n'eussent pas un seul instant appartenu au débiteur, comme il arrivait lorsque le prêteur commençait par délivrer ses fonds au débiteur, qui les remettait ensuite au créancier. Mais enfin, par indulgence, *benignè*, on permit au prêteur, qui avait stipulé la subrogation, de remettre l'argent au débiteur, comme à un mandataire, pour le compter au créancier; et la subrogation n'en était pas moins valable, pourvu qu'il le comptât de suite, *statìm*, et sans intervalle notable, *non post aliquod intervallum.*

C'est ce que nous apprend Ulpien, dans la loi 24, § 3, *ff de rebus autoritate judicis possidendis*, 42, 5 (1).

(1) En voici le texte : *Eorum ratio prior est creditorum quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit. Pervenisse autem, quemadmodum accipimus, utrum si statìm ab inferioribus ad privilegiarios profecta est, an verò, et si per debitoris personam hoc est si ante ei numerata est? Quod quidem potest benignè dici, si modò non post aliquod intervallum id factum sit.*

S'il a existé un intervalle de tems un peu considérable entre la remise des deniers prêtés au débiteur et la numération faite au créancier auquel ils sont destinés, il n'est plus possible de s'assurer que les deniers comptés à ce dernier sont les mêmes que ceux qui avaient été remis au débiteur, avec destination d'emploi. Il peut les avoir convertis à son usage, les avoir employés à rembourser d'autres créanciers plus pressans, et avoir ensuite payé l'ancien créancier avec d'autres fonds qui lui sont rentrés, ou qu'il s'est procurés d'ailleurs. Il y a même de violentes présomptions que la chose s'est ainsi passée, lorsqu'il s'est écoulé un tems considérable : car un débiteur qui désire s'acquitter, ne garde pas des deniers oisifs dans sa caisse. Or, ce n'est que celui dont les deniers sont parvenus au créancier privilégié ou hypothécaire, qui peut être subrogé ou mis en sa place. C'est en cette considération seule que la subrogation lui est accordée, *cujus pecunia ad creditores privilegiarios pervenit*, parce que c'est dans ce cas seul qu'elle ne préjudicie point aux créanciers intermédiaires. Il faut donc que les deniers prêtés soient remis de suite et sans intervalle notable; autrement, les autres créanciers peuvent critiquer la subrogation et la faire rejeter.

Mais quel intervalle le débiteur peut-il

laisser entre l'emprunt et l'emploi? Renusson, ch. 11 et 12, veut que l'un soit fait le même jour que l'autre. Bacquet, *des droits de justice*, ch. 2, n.° 241, donne jusqu'au lendemain. Son opinion a été suivie par un arrêt rapporté par Catelan, liv. 5, ch. 29. L'auteur des notes sur les Questions alphabétiques de Brétonnier, verbo *subrogation*, dit que le Parlement de Bordeaux permet de ne faire l'emploi que trois jours après l'emprunt. Serieux, sur Renusson, ch. 11, n.° 19, accorde jusqu'à six mois; délai évidemment trop long dans les cas ordinaires. Il résulte de cette variété dans les opinions, que l'ancienne jurisprudence française n'avait pas de règle fixe sur ce point. Le Code civil n'a point aussi voulu en établir une. Il n'en faut pas conclure, avec le nouveau Répertoire, verbo *subrogation de personnes*, sect. 2, n.° 8, § 2, *qu'à quelque époque que se fasse l'emploi, il y a lieu à la subrogation, pourvu que les autres conditions prescrites par l'art. 1250 soient remplies.*

Cette doctrine conduirait à dire que la subrogation doit être admise, lorsque l'emploi a été fait après six mois, un an, etc., depuis l'emprunt; ce qu'il est impossible d'admettre, parce que ce serait évidemment ouvrir la porte aux fraudes, toujours fréquentes en cette matière. Si l'on admettait la subrogation après un intervalle aussi considérable, il deviendrait

impossible de prouver que les deniers remis au créancier sont les mêmes que les deniers prêtés. Il serait même, hors des cas extraordinaires, certain qu'ils ne le sont pas. On ne peut donc conclure autre chose du silence du Code à cet égard, si ce n'est qu'il s'en est reposé sur la prudence du magistrat. Cette circonspection est sage. Il était impossible d'établir sur ce point une règle précise, sans s'exposer à blesser la justice en certains cas. L'espace de trois jours, que l'on appelle en droit *breve tempus* (1), serait insuffisant, s'il s'agissait de deniers empruntés à Rennes pour payer à Paris. Le tems d'un mois, et même de deux, ne suffirait pas, s'il s'agissait d'une créance payable à l'île de Bourbon. Il faut le tems nécessaire pour faire parvenir les deniers au créancier.

Mais dans les cas ordinaires, s'il s'agit d'un emprunt destiné à éteindre une dette payable au lieu même où l'emprunt a été fait, ou dans un lieu voisin, les juges ne peuvent examiner trop sévèrement si le tems qui s'est écoulé entre l'emprunt et l'emploi, permet de croire que les deniers du prêteur subrogé sont réellement parvenus au créancier.

133. Il est toujours imprudent au prêteur

(1) Voyez Brétonnier, verbo *subrogation*.

qui a stipulé une subrogation, de confier l'emploi de ses deniers à l'emprunteur. On a plusieurs exemples de débiteurs qui empruntent de plusieurs personnes, en promettant à toutes pareille subrogation et pareil emploi, sans faire cet emploi, ou du moins sans pouvoir le faire qu'en faveur d'un seul des prêteurs (1). On a encore l'exemple de personnes qui, se voyant mal dans leurs affaires, ont pris le prétexte de faire construire des bâtimens, pour la construction desquels ils empruntent dix fois plus que la valeur des édifices.

134. La remise des titres est aussi nécessaire dans la subrogation consentie par le débiteur; car inutilement le subrogé prêterait-il ses deniers pour acquitter la dette, si elle n'était constante, légitime et prouvée. Cette subrogation ne donne pas des droits plus étendus que ceux du créancier remboursé, mais des droits entièrement semblables. Le subrogé doit donc avoir grand soin de se faire remettre les titres de la créance acquittée, et ceux des priviléges et autres sûretés qui en étaient les accessoires, afin de prouver aux personnes intéressées à les lui contester, que les droits qu'il veut exercer sur les biens du débiteur sont en tout semblables à ceux du premier créancier.

(1) On devrait étendre à de pareilles fraudes la peine du stellionat, et les ajouter dans l'art. 2059, aux cas où il y a stellionat.

Mais la remise de ces titres n'est pas, comme dans la subrogation consentie par le créancier, nécessaire pour transférer au prêteur la propriété de la créance qu'il acquiert contre le débiteur, ni pour prévenir la mauvaise foi du créancier qui voudrait céder ses droits à une autre personne; ni enfin pour se mettre à l'abri de la poursuite des créanciers de celui-ci : car cette subrogation s'opérant sans le concours de sa volonté, elle n'empêche point que le paiement qui lui est fait n'éteigne irrévocablement les droits qu'il avait. Il ne peut donc plus transférer à personne, même avant la remise des titres, des droits qui n'existent plus; et, par la même raison, ses créanciers personnels ne peuvent pas plus saisir la nouvelle créance, qui résulte de la subrogation, que si le débiteur avait payé sans subroger personne.

Nous l'avons déjà dit, la créance et les droits que le prêteur acquiert par cette espèce de subrogation, sont une créance et des droits nouveaux que la loi, par un motif d'équité, permet au débiteur de conférer, pourvu qu'ils ne préjudicient point aux créanciers intermédiaires ni à personne.

135. De là, il suit que si la somme remboursée ne produisait point d'intérêts, celui » qui prête les deniers pour la rembourser, et » qui se fait subroger, peut, à la vérité, stipuler

des intérêts; mais cette stipulation, qui aurait tout son effet contre le débiteur subrogeant, serait sans force contre les autres créanciers. Le prêteur ne pourrait exercer, à leur égard, les droits que lui donne la subrogation, que jusqu'à la concurrence du capital, et non pas des intérêts.

135. Quoique la créance et les droits que le débiteur, aidé de la loi, confère par cette subrogation, soient des droits nouveaux, le tuteur, quoiqu'il ne puisse hypothéquer les biens du mineur sans formalités, et le mineur lui-même, quoiqu'il ne puisse hypothéquer ses biens, peuvent consentir au prêteur la subrogation dans les droits et hypothèques du créancier remboursé de ses deniers, parce que c'est moins une hypothèque nouvelle, qu'un changement de créancier contre un autre créancier, à des conditions plus douces, *eâdem vel mitiori conditione. Dumoulin, de usuris, n.° 276. L. 7, § 6, ff de rebus eorum, etc., 27, 9.*

Ajoutez à cela que la nullité des actes faits par le tuteur ou par le mineur n'étant que relative, les créanciers intermédiaires ne pourraient l'invoquer. Si le tuteur ou le mineur avait emprunté à des conditions plus dures; par exemple, s'il avait accordé des intérêts pour rembourser une dette qui n'en produisait point, il faudrait suivre les formalités prescrites pour emprunter et pour hypothéquer les biens

du mineur, sans quoi la subrogation pourrait être rescindée jusqu'à la concurrence des intérêts.

136. Mais il peut arriver qu'un majeur soit dans l'impuissance de subroger dans l'hypothèque du créancier remboursé, au moment où se fait la subrogation. Par exemple, s'il a vendu le fonds hypothéqué à la charge de l'hypothèque, il ne peut plus subroger dans cette hypothèque celui qui prêterait les deniers pour rembourser le créancier, parce que l'hypothèque est éteinte avec le droit de ce dernier, et que la subrogation faite par le débiteur ne pouvant conférer qu'un droit nouveau, il se trouverait conférer une hypothèque sur la chose d'autrui, sur un fonds qui a cessé de lui appartenir (1).

137. Nous avons vu que la subrogation consentie par le créancier peut n'être que partielle, et ne pas comprendre tous ses droits. Il en est de même, à plus forte raison, de la subrogation consentie par le débiteur : car ce ne sont point précisément les droits de l'ancien créancier qu'il confère au nouveau qui lui prête des fonds;

(1) *Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit, tuque ei nummos credidisti quos ille solvit creditori, cui pignus dederat tibique cum eo convenit ut ea res, quam jam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat : quia rem alienam pignori acceperis eâ enim ratione emptorem pignus liberatum habere cæpisse : neque ad rem pertinuisse quod tuâ pecuniâ pignus sit liberatum. L. 2, ff de pignorutitiâ actione, 13, 7. Voyez Bachou, de pign. et hypoth., lib. 4, cap. 15.*

ce sont des droits nouveaux semblables aux premiers, à la vérité, mais qui ne doivent pas s'étendre au-delà des sommes prêtées. Le débiteur, quelqu'étendus que soient les termes de la subrogation, est toujours censé ne subroger le prêteur que jusqu'à la concurrence de la somme prêtée. J'emprunte de Paul une somme de 1,000 fr., dont je destine l'emploi au remboursement de Caius, à qui je dois 1,500 fr., et dans les droits de qui je subroge le prêteur. Caius se contente de la somme de 1,000 fr., moyennant laquelle il déclare me tenir entièrement quitte de celle que je lui devais, et il est déclaré que les deniers ont été fournis par Paul. Celui-ci ne sera subrogé dans les droits de Caius que jusqu'à la concurrence de 1,000 fr.

Si j'emprunte une somme pour en rembourser une qui produisait des intérêts à douze pour cent, le prêteur, quoique subrogé dans les droits du créancier, ne pourra prétendre les intérêts qu'à cinq pour cent.

C'est sur ces principes qu'est fondé l'art. 10 de la loi du 11 frimaire an 6, qui porte : « Quand le débiteur aura emprunté une somme en papier-monnaie, pour se libérer envers un ancien créancier, le capital ainsi prêté sera soumis à l'échelle de réduction, du jour de la nouvelle obligation, sans que le nouveau créancier qui en a fourni le montant puisse se prévaloir,

quant à ce, *de la subrogation aux droits*, ainsi qu'à l'hypothèque ou au privilége de l'ancien créancier, qui a été remboursé de ses deniers ».

« Il en sera de même à l'égard d'un coobligé qui s'est fait subroger aux droits d'un créancier commun, en payant la part d'un autre codébiteur ».

138. Après avoir vu comment s'opère la subrogation conventionnelle consentie, soit par le créancier, soit par le débiteur, il nous reste à parler de la subrogation légale, dont, après ce que nous avons déjà dit, il est facile d'expliquer la nature, l'origine et le fondement.

Celui qui, volontairement et sans nécessité, a payé la dette d'autrui, a le droit d'exiger que le débiteur, dont il a utilement géré l'affaire, le rembourse de ses avances. Rien de plus juste; mais on ne voit pas de raison suffisante pour lui transférer de plein droit les actions et les hypothèques du créancier remboursé, puisqu'il n'a point obtenu la cession de ses droits, et qu'il ne pouvait forcer le créancier à les lui céder. C'est l'affaire du débiteur seul qu'il a eu l'intention de gérer, et non la sienne propre, puisqu'il n'a pas exigé la subrogation, et que, sur le refus de l'accorder, il pouvait se dispenser de payer le créancier.

Il en est autrement, quand il paie une dette

qui n'était point proprement la sienne, à la vérité, mais qu'il avait néanmoins un grand intérêt de payer pour un autre, ou même qu'il pouvait être contraint de payer pour ce dernier. C'est alors son affaire propre, plutôt que celle du véritable débiteur, qu'il est présumé avoir eu l'intention de faire. Il pouvait demander que le créancier lui cédât ses droits; et si ce créancier injuste ou difficile refusait une cession qui ne lui préjudiciait en rien, et qui était en même tems utile à celui qui le payait, comme ce refus est contraire à cette grande règle d'équité naturelle, qui nous ordonne de faire pour les autres les choses qui leur sont utiles sans nous être nuisibles, *res utilitatis innoxiæ*, il était juste que celui à qui la cession était refusée pût contraindre le créancier à l'accorder, ou du moins que le juge pût suppléer à cette cession, en accordant d'office la subrogation dans les droits et dans les actions du créancier réfractaire. C'est le parti que les romains prirent d'abord, comme nous l'avons déjà vu.

Dans la suite, il parut plus commode de faire, par l'autorité de la loi, d'une manière simple, uniforme et générale, ce qui ne pouvait se faire que d'une manière particulière et bornée par l'office du magistrat, et l'on prit le parti d'accorder la subrogation à tous ceux à qui il paraissait équitable de l'accorder, lors même

qu'elle n'avait pas été demandée. Il est vrai que, dans les cas même où le créancier pouvait être contraint à céder ses droits, la demande de subrogation n'en paraissait pas moins nécessaire pour manifester l'intention de l'acquérir : car la volonté est nécessaire pour acquérir, *invito beneficium non datur. L. 69, ff de R. J.* Mais la loi, plus prévoyante que l'homme, supplée au défaut de manifestation de cette volonté. Elle présume qu'en payant une dette qui n'était point proprement la sienne, mais qu'il avait néanmoins un grand intérêt de payer, ou qu'il pouvait être forcé de payer pour un autre, celui qui a payé a eu l'intention d'être subrogé dans les droits du créancier, et que s'il n'en a pas formé la demande, ce n'est qu'un oubli qu'il est équitable de réparer par la disposition de la loi.

C'est ainsi que la loi présume que celui qui donne entre vifs, et qui n'a point d'enfans, a toujours l'intention que son don soit révoqué, s'il lui en survient; et si, par oubli ou imprévoyance, il a omis d'exprimer dans l'acte de donation cette clause révocatoire, la loi la supplée, en prononçant la révocation de plein droit et sans stipulation, par la survenance d'enfans.

La subrogation légale est donc celle qui, lorsque d'ailleurs elle ne nuit à personne, est

accordée de plein droit, ou sans stipulation, et par la seule force de la loi, d'après l'intention présumée de l'homme, à celui qui a payé une dette, qu'on ne pouvait proprement appeler la sienne, mais que néanmoins il avait intérêt, ou qu'il pouvait être contraint de payer pour un autre.

139. Mais dans quels cas cette subrogation est-elle accordée par la loi ? C'est ce que l'ancienne jurisprudence n'avait point assez déterminé. Les principes, en cette matière, n'étaient fondés que sur quelques lois romaines difficiles à concilier, sur les opinions des auteurs, qui n'étaient point entièrement d'accord, sur la jurisprudence des arrêts, qui n'était point uniforme. Le Code a fait choix des opinions les plus raisonnables pour les ériger en lois. Il a déterminé les cas où la subrogation légale doit être admise; il en a même étendu le nombre. C'est dans ces cas seuls, ou dans les cas prévus par d'autres lois, qu'elle doit être prononcée. Le jugement qui l'accorderait en d'autres cas serait exposé à la censure : car la subrogation est de droit étroit; c'est-à-dire, qu'elle doit être restreinte aux seuls cas exprimés dans la loi, et qui nous restent maintenant à parcourir.

140. L'art. 1250 établit la subrogation de plein droit, c'est-à-dire sans qu'elle ait été stipulée, «1.° au profit de celui qui, étant lui-même

» créancier, paie un autre créancier, qui lui » est préférable à raison de ses priviléges ou » hypothèques ».

Nous avons déjà dit que cette subrogation doit son origine au droit romain, où elle fut admise par un motif qui n'existait point en France. Suivant les lois romaines, il n'y avait que le premier créancier qui pût faire vendre les fonds hypothéqués; les hypothèques postérieures demeuraient en suspens. Le créancier, dit le président Favre, *de erroribus pragmaticorum*, lib. 1, cap. 1, *nullum jus habere intelligebatur, quandiù jus primi creditoris subsistebat.* Pour faire cesser cette incertitude, on donna au créancier postérieur la faculté de rembourser celui qui le précédait. C'est ce qu'on appelle le droit d'*offrir*. (*V. le nouveau Répertoire, verbo* droit d'offrir). Le remboursement le subrogeait, sans stipulation, dans tous les droits du créancier remboursé.

Dans nos usages, tous les créanciers hypothécaires avaient et ont encore le droit de faire vendre les fonds hypothéqués. De savans auteurs en avaient conclu que le droit d'offrir et la subrogation légale, qui en était la suite, étaient abrogés en France. Renusson, ch. 4, pensait, au contraire, qu'elle devait être conservée, parce qu'il importe beaucoup au créancier d'un débiteur commun de payer les autres

créanciers antérieurs, afin de prévenir les contestations, qui augmentent et se multiplient par le nombre des créanciers, et de conserver ainsi le gage commun, en empêchant ou diminuant les frais. C'est l'opinion de Renusson, qui a été consacrée par le Code. Il admet la subrogation de plein droit, en faveur du créancier qui paie un autre créancier préférable. Ainsi, cette espèce de subrogation n'est plus aujourd'hui fondée sur le motif qui la fit introduire à Rome; elle est fondée d'abord sur un motif d'intérêt public, celui de maintenir la paix entre les citoyens, en prévenant les procès ou en abrégeant leur durée; puis sur l'intérêt particulier du créancier, qui paie pour conserver le gage commun, et empêcher qu'il ne soit consommé en frais.

Ces motifs, avoués par la raison, s'appliquent aux créanciers chirographaires, qui ont autant et même plus d'intérêt qu'un hypothécaire, de conserver le gage commun, en ménageant les frais et en écartant un créancier processif. Aussi le Code, contraire en ce point à l'ancienne jurisprudence (*v. Renusson, ch. 4; le nouveau Répertoire, sect. 2, § 3, n.° 3*), leur accorde la subrogation de plein droit et sans stipulation, aussi bien qu'aux créanciers hypothécaires, puisque l'art. 1251 l'établit généralement et sans exception, au profit de *celui qui*,

étant lui-même créancier, paie un autre créancier préférable : il ne distingue point entre le créancier hypothécaire ou chirographaire.

141. Mais il exige que le créancier remboursé soit préférable à celui qui paie ; d'où il suit que le créancier antérieur, qui paierait un créancier postérieur du débiteur commun, ne serait point subrogé sans stipulation.

Cependant il y a une raison *à fortiori* pour lui accorder la subrogation de plein droit ; car, outre qu'il a le même intérêt de conserver le gage commun, il est évident que s'il paie un créancier qu'il primait, il ne peut avoir d'autre objet que de ménager les frais et de prévenir les contestations, en écartant un créancier difficile et processif. Aussi Renusson, n.° 14, ne balançait point à lui accorder la subrogation, aussi bien qu'à celui qui a payé un créancier préférable. Si la rédaction de l'art. 1251 la lui refuse, c'est une inconséquence échappée sans doute par inadvertance, et qui sera réparée, il faut l'espérer, lors de la revision du Code.

142. « 2.° L'art. 1251 établit encore, d'après » les lois romaines (1), la subrogation de plein » droit au profit de l'acquéreur d'un immeuble, » qui emploie le prix de son acquisition au

(1) L. 17, ff *qui potiores, etc.*, 20, 4; l. 3, cod. *de his qui in priorum creditorum locum succedunt*, 8, 19; voyez Renusson, ch. 5.

» paiement des créanciers auxquels cet héri-
» tage était hypothéqué ».

Ainsi, l'acquéreur d'un immeuble, qui paie les créanciers hypothécaires du vendeur pour éviter leurs poursuites, ou volontairement, même sans délégation, succède de plein droit à leurs actions et hypothèques. La loi présume, ce qui est en effet évident, qu'il n'a fait les paiemens que pour se conserver la possession de l'immeuble. Il est donc juste, s'il est forcé de l'abandonner, qu'il ne soit pas frustré de ce qu'il a payé, et que, dans la distribution du prix de la revente, il soit colloqué au rang qu'auraient occupé les créanciers qu'il représente. Cette collocation ne cause aucun préjudice aux autres. S'il a omis de stipuler la subrogation, la loi, plus prévoyante, supplée à cette omission, d'après son intention présumée.

143. Mais cette subrogation n'est accordée qu'à *l'acquéreur* d'un immeuble qui emploie *le prix de son acquisition* au paiement des créanciers auxquels cet héritage *était hypothéqué*.

Ainsi, pour opérer la subrogation de l'acquéreur dans les droits des créanciers, sans stipulation, il faut qu'il les ait payés depuis son acquisition; s'il avait payé auparavant, sans stipuler la subrogation, s'il était dit dans le contrat que le vendeur a reçu la somme d'avance,

et qu'il l'a employée à payer tels et tels créanciers, dont il a remis les titres et les quittances à l'acquéreur, celui-ci ne serait point subrogé dans les droits de ces créanciers, quand même la subrogation aurait été stipulée entre le vendeur et l'acquéreur, dans le contrat de vente. *V. Renusson, ch. 5, n.° 19.*

144. On a demandé si le créancier acquéreur est subrogé à lui-même; c'est-à-dire, s'il conserve son hypothèque, pour la faire valoir dans le cas d'éviction de la part d'un créancier postérieur, ou si cette hypothèque, éteinte par confusion dès l'instant de l'acquisition, est éteinte pour toujours.

Le doute provenait de quelques lois romaines difficiles à concilier, et sur lesquelles les docteurs sont divisés d'opinion. Celle de Bartole, qui pensait que l'hypothèque du créancier acquéreur était éteinte irrévocablement et pour toujours, a été rejetée, et avec raison; car, en droit, l'effet n'a pas plus de durée que sa cause. Si la cause des droits et des actions n'est que momentanée, la confusion n'est aussi que momentanée; si elle est révocable, la confusion cesse avec elle: il n'y a qu'une cause perpétuelle et absolue qui puisse éteindre les droits pour toujours. *V. Renusson, ch. 5, n.os 21 et suiv.; le nouveau Répertoire, verbo* subrogation de personnes, *sect. 2, § 4, n.° 5.*

145. Mais l'effet de la subrogation légale, accordée à l'acquéreur qui a payé un creancier de son vendeur, s'étend-il sur tous les biens du vendeur, ou seulement sur ceux qu'il a vendus? C'est une question importante, qui devait se présenter plus fréquemment sous l'ancienne législation, où les hypothèques n'étaient pas publiques, et qui peut encore se présenter aujourd'hui en plusieurs cas. Premier exemple: Je vous vends la terre de la Ville-Marie pour 30,000 fr., que vous avez l'imprudence de payer sans vérifier, ou nonobstant les hypothèques dont elle est grevée. Je vends ensuite tous mes autres biens à Caius, pour 30,000 fr., qu'il paie également comptant. Je devais une somme de 30,000 fr., à laquelle tous mes biens étaient affectés par une hypothèque légale ou judiciaire. Avant la transcription de votre contrat, mon créancier exerce contre vous l'action hypothécaire sur la terre de la Ville-Marie, et pour éviter ses poursuites, vous payez les 30,000 fr. qui lui sont dus, sans requérir la subrogation conventionnelle. Pouvez-vous, en vertu de la subrogation légale, exercer les droits du créancier payé sur mes autres biens vendus à Caius, par un contrat postérieur au vôtre?

Second exemple: Je dois à Primus 30,000 fr., hypothéqués sur tous mes biens, et à Secundus, 30,000 fr., hypothéqués seulement sur la terre

de la Ville-Marie, mais à une date postérieure à l'hypothèque de Primus. Je vous vends mes biens, à l'exception de la Ville-Marie, pour 30,000 fr., que vous payez comptant. Primus exerce son action hypothécaire sur les biens compris dans votre acquisition; vous le payez, sans requérir ni la subrogation, ni la discussion de la terre de la Ville-Marie, comme vous y autorisait l'art. 2170; puis vous prétendez, en vertu de la subrogation légale, exercer les droits de Primus sur la terre de la Ville-Marie, de préférence à Secundus, à qui cette terre est spécialement hypothéquée, mais postérieurement à l'hypothèque de Primus.

La résolution de cette question, et d'autres semblables, dépend du point de savoir si la subrogation accordée à l'acquéreur qui a payé le créancier de son vendeur, étend son effet sur tous les biens affectés à la dette du vendeur payée, ou seulement sur les biens compris dans le contrat de vente. Dans l'ancienne jurisprudence, on pensait généralement que l'effet de la subrogation accordée à l'acquéreur était limité aux biens qu'il avait acquis, parce qu'il était censé qu'en payant il n'avait eu d'autre intention que de se maintenir dans ses biens, puisqu'il n'avait pas requis la subrogation dans les droits du créancier sur les autres biens du vendeur.

On fondait cette opinion sur les lois romaines,

d'où cette subrogation est dérivée, et qui ne l'accordaient que pour maintenir l'acquéreur dans la possession des biens acquis, pour lui donner le moyen de se défendre contre les créanciers postérieurs à celui qu'il a payés : *Eatenùs* TUENDUS EST *quatenùs ad priorem creditorem pervenit*, dit la loi 17, ff *qui potiores*, 20, 4.

La loi 3, *cod. de his qui in priorum creditorum locum succœdunt*, 8, 19, dit : Si vous avez employé le prix de votre acquisition à payer des créanciers préférables, à qui les biens que vous avez acquis étaient hypothéqués, vous avez succédé à leurs droits, et vous pouvez vous maintenir *par une juste défense ; justâ defensione te tueri potes.*

Le plus sûr, le plus savant des interprètes, Cujas, en conclut que ce n'est que sur la chose vendue que s'étend la subrogation. *Eo casu in eâ re....., emptor potior erit omnibus inferioribus creditoribus si qui sunt.*

Cette opinion était devenue universelle (1), et le Code ne contenant rien de contraire, elle doit, par cette raison même, continuer d'être suivie (1) : car, en admettant, par une dispo-

(1) Voyez Renusson, ch. 5, n.os 42 et suiv., où la question est savamment traitée ; Argon, Institutions au droit français, liv. 4, ch. 5, tom. 2, p. 425 ; Lacombe, verbo *subrogation*, n.° 8 ; Pothier, *des obl.*, n.° 521, tom. 2, p. 71, *in fine*, et 72.

(1) M. Delvincourt, tom. 2, p. 360, note 7, prétend le contraire.

sition formelle, la subrogation de plein droit, en faveur de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créances auxquelles cet héritage était hypothéqué, le Code n'a point introduit un droit nouveau ; il a admis cette subrogation telle qu'elle était reçue dans la jurisprudence antérieure, fondée sur le principe que la subrogation légale n'est accordée que d'après l'intention présumée de celui qui a payé, et pour réparer son imprévoyance ou son oubli. Or, l'acquéreur qui paie les créanciers de son vendeur, est présumé n'avoir eu l'intention d'être subrogé que dans les droits des créanciers sur l'immeuble compris dans son acquisition, et non sur les autres biens du vendeur, puisqu'il ne s'en est point expliqué.

Posons donc en principe que l'effet de la subrogation légale, accordée à l'acquéreur, ne s'étend que sur les biens acquis, et non sur les autres biens du vendeur.

146. Il nous paraît même qu'il faut étendre

Le n.° 2 de l'article 1251 ne paraît, dit-il, accorder la subrogation à l'acquéreur que pour le prix de son acquisition ; mais le n.° 3 accorde la subrogation légale à tous ceux qui, étant tenus pour d'autres, ou avec d'autres, au paiement de la dette, ont intérêt de l'acquitter. Or, dans l'espèce, dit-il, l'acquéreur était tenu *pour* et *avec* le débiteur principal, de toutes les dettes qu'il a purgées. Il avait intérêt de les acquitter, pour pouvoir conserver l'immeuble : il doit donc être subrogé.

La réponse est que l'acquéreur n'était point tenu *pour* et *avec* le débiteur principal.

ce principe à un cas analogue; je veux dire à la subrogation légale accordée au créancier qui paie un créancier préférable, pour conserver le gage commun, et empêcher qu'il ne soit consommé en frais. Par exemple, je dois à Primus une somme de 30,000 fr., hypothéquée sur tous mes biens; à Secundus une somme de 20,000 fr., hypothéquée sur la terre de la Ville-Marie; à Tertius, une autre somme de 20,000 f., hypothéquée sur mes autres biens.

Primus exerce son action hypothécaire sur la terre de la Ville-Marie, qu'il menace de faire vendre par expropriation forcée. Secundus le paie, sans stipuler la subrogation conventionnelle, et trouvant la Ville-Marie insuffisante pour les 50,000 fr. qui lui sont dus, il prétend exercer, jusqu'à la concurrence de 30,000 fr., l'action hypothécaire sur mes autres biens, comme subrogé légalement aux droits de Primus, qu'il a payé. Sa prétention ne nous paraît pas fondée. L'effet de la subrogation légale, accordée au créancier qui paie un autre créancier du débiteur commun, ne s'étend que sur les biens qui formaient le gage commun à ces deux créanciers, et non sur les autres biens du débiteur. C'est ce qui nous semble résulter de l'art. 1251, qui n'accorde la subrogation de plein droit qu'à celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier

préférable. Or, Primus était préférable à Secundus, sur la terre de la Ville-Marie ; mais on ne peut pas dire qu'il lui fût préférable sur mes autres biens, puisque Secundus n'avait aucuns droits sur ceux-ci. Secundus n'ayant point requis, en payant, la subrogation conventionnelle dans tous les droits de Primus, il est présumé qu'il n'a payé que pour conserver le gage commun, comme il est censé que l'acquéreur qui a payé une créance hypothéquée sur les biens compris dans son acquisition, ne l'a payée que pour conserver la possession de ces biens.

147. 3.° L'art. 1251 établit la subrogation de plein droit « au profit de celui qui, étant tenu, *avec d'autres ou pour d'autres*, au paiement de la dette, avait *intérét de l'acquitter* ».

Cette disposition s'applique d'abord aux co-débiteurs solidaires, qui ont payé pour leurs coobligés, et par conséquent aux associés (1), dans les sociétés de commerce, qui, à la différence des associés dans les autres sociétés, sont tenus solidairement des dettes sociales (1862).

(1) Une déclaration du Roi, du 13 juin 1705, accordait à un associé dans les fermes du Roi et autres affaires, le même droit pour son remboursement que le Roi avait sur chacun d'eux. Elle est rapportée, ainsi que deux anciens arrêts de 1671, par Renusson, ch. 3, n.os 55 et suiv. ; dans le nouveau Répertoire, verbo *subrogation de personnes*, sect, 2, § 2, n.os 2 et 3. La discussion relative à ces arrêts et à cette déclaration est devenue inutile par les dispositions du Code.

Elle s'applique encore aux cautions ou fidéjusseurs qui ont payé pour le principal obligé. Elle est même répétée, à l'égard de ces derniers, dans l'art. 2029, qui porte : « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ».

Le célèbre Dumoulin, dans la première des leçons solennelles qu'il fit à Dôle, n.os 23 et 28, tom. 3, Opp., p. 391, avait soutenu, contre le sentiment de tous les docteurs, qu'un codébiteur solidaire, une caution, et généralement tous ceux qui payaient ce qu'ils devaient, avec d'autres ou pour d'autres, étaient subrogés de plein droit, quoiqu'ils n'eussent pas requis la subrogation. Sa raison était qu'ils doivent toujours être présumés n'avoir payé qu'à la charge de cette subrogation, qu'ils avaient droit d'exiger, personne ne pouvant être présumé renoncer à ses droits. Ainsi, suivant Dumoulin, il résulte de la nature même de l'acte, que la cession des droits du créancier est, en ce cas, une condition tacite du paiement. *Et sic semper inest tacitum pactum, cùm hoc sit de naturâ actûs.*

On suivait en Bretagne cette opinion raisonnable, en vertu de l'art. 194 de la Coutume réformée en 1580. On lui donnait même toute l'extension qui pouvait s'accorder avec l'équité. Notre savant maître Duparc-Poullain dit, dans

ses Principes, tom. 7, p. 235 : « Dans tous les cas où celui qui paie un créancier a intérêt que sa dette soit acquittée, il n'a pas besoin que le créancier lui fasse une cession d'actions pour acquérir la subrogation..... Cette subrogation se fait de plein droit ; celui qui a payé n'étant présumé l'avoir fait que parce qu'il avait un intérêt légitime d'écarter le créancier et de se mettre à sa place..... Il est juste qu'en ce cas la loi favorise des vues légitimes. Si elle n'est pas précise pour le cas particulier, on doit lui donner toutes les extensions qui peuvent s'accorder avec l'équité, pourvu qu'elles ne rendent pas la condition du débiteur plus dure, et qu'elles ne nuisent pas aux droits et hypothèques qu'avaient auparavant les créanciers.....

« Ainsi, non seulement la caution qui paie sans aucune cession d'actions, doit avoir la subrogation que lui donne l'art. 194....., à cause de l'intérêt qu'elle a de se dégager de ses poursuites ; mais la même raison la donne au coobligé solidaire et au cohéritier ».

Mais l'opinion de Dumoulin n'avait point prévalu à Paris ni dans les autres Coutumes (1),

(1) Voyez le nouveau Répertoire, verbo *subrogation de personnes*, sect. 2, § 5, et les autorités qu'il cite ; Renusson, ch. 7, n.° 68 ; Pothier, n.° 280, etc., etc. La Cour de cassation a pensé, par ce motif, que la disposition du Code est de droit nouveau, et elle a

parce que, dit Pothier, n.° 280, il ne se fait point de subrogation de plein droit, à moins que la loi ne s'en explique. Or, il n'existe point, dans le corps du droit romain, de loi qui établisse en ce cas la subrogation de plein droit.

Aux raisonnemens de Dumoulin, Pothier répond que si les débiteurs solidaires et les cautions avaient le droit d'exiger la subrogation, c'était une faculté dont ils pouvaient user ou ne pas user; qu'ainsi il était nécessaire de manifester leur volonté, et qu'en supposant qu'ils aient eu réellement la volonté d'exiger la subrogation, cette volonté, gardée en eux-mêmes et restée sans manifestation, n'est pas suffisante pour l'acquérir.

Ce raisonnement peut être rigoureusement vrai en logique; mais une bonne législation doit établir ce qui convient le mieux à la société, ce qui est le plus conforme à l'équité, sans s'attacher, avec une minutieuse précision, à toutes les conséquences que le raisonnement peut tirer d'un principe abstrait. Le Code a donc sagement préféré l'opinion de Dumoulin, et il l'a consacré dans des termes qui laissent au magis-

rejeté, en conséquence, le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Nanci, qui avait jugé que la disposition du Code n'était pas applicable à un paiement fait avant sa promulgation. Voyez le Répertoire, *ubi suprà*. La décision eût dû être différente, si le paiement avait été fait en Bretagne.

trat le pouvoir de lui donner, comme on faisait en Bretagne, toute l'extension qui peut s'accorder avec l'équité. Ce n'est pas seulement aux codébiteurs solidaires et aux cautions, personnellement obligés à la dette, qu'il accorde la subrogation de plein droit; il la donne à tous ceux qui, étant tenus au paiement de la dette *avec d'autres*, avaient *intérêt* de l'acquitter.

148. Ainsi, le Code exige deux conditions, pour subroger de plein droit et sans stipulation celui qui a payé la dette d'un autre; la première, que la dette lui soit commune, ou, comme dit l'art. 1251, qu'il soit *tenu, avec d'autres ou pour d'autres, au paiement de la dette*; l'autre, qu'il ait intérêt de l'acquitter.

149. On est tenu avec une personne au paiement d'une dette, non seulement quand on est obligé de payer pour elle ou solidairement avec elle, mais encore lorsque, sans qu'il y ait solidarité parfaite, on ne peut diviser le paiement ou payer séparément; en un mot, quand la dette est indivisible, *solutione. V. tom. 6, n.os 760 et suiv.*

Au contraire, quand on peut, sans inconvénient, payer sa part d'une dette séparément, on n'y est pas tenu *avec* une autre personne, quoiqu'on y soit tenu en vertu du même contrat. Ainsi, par exemple, Primus et Secundus ont promis de vous payer une somme de 1,000 f.,

et ont donné pour hypothèque, l'un le fonds cornelien, l'autre le fonds sempronien. L'obligation se divise de plein droit entre eux: chacun d'eux ne doit que la somme de 500 fr., et peut la payer séparément. (*V. tom. 6, n.° 710, et les art. 1862 et 1863 du Code*). Chacun n'est donc pas tenu avec l'autre, quoique tenu en vertu du même acte, et si l'un paie la somme entière de 1,000 fr., sans demander et obtenir la subrogation conventionnelle, il ne sera pas subrogé dans les droits du créancier contre l'autre. Il n'avait aucun intérêt de payer pour celui-ci, puisqu'il pouvait payer séparément.

Si l'on objectait que l'hypothèque est indivisible; que Primus et Secundus ayant donné pour hypothèque les fonds cornelien et sempronien, ces deux fonds sont affectés à la totalité de la dette, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque; on répondrait que ce n'est point ici le cas d'en faire l'application. L'hypothèque est l'accessoire de l'obligation principale, et celle-ci étant divisée de plein droit dès le principe, il en résulte que l'hypothèque est également divisée dès le principe, comme si Primus avait promis 500 fr. sur l'hypothèque du fonds cornelien, et Secundus 500 fr. sur l'hypothèque du fonds sempronien.

150. Mais supposons, dans le cas proposé,

que Primus et Secundus ont donné pour hypothèque un fonds indivis entre eux ; il semble qu'alors ils doivent réellement la somme de 1,000 fr., l'un *avec* l'autre. S'ils ne sont personnellement tenus qu'à la moitié, le fonds indivis entre eux est tenu pour le tout. Chacun d'eux a un grand intérêt de le libérer. Celui qui aurait payé la totalité de la dette, même sans stipuler la subrogation, serait donc subrogé de plein droit, en vertu de l'art. 1251 ; car il était tenu *avec* l'autre, il avait intérêt d'acquitter la dette, et la subrogation ne nuit point aux autres créanciers dont les droits et les hypothèques restent les mêmes qu'ils étaient auparavant.

151. Appliquons ce que nous venons de dire aux cohéritiers. En Bretagne, où les principes sur la subrogation légale étaient les mêmes que ceux du Code, notre savant Duparc-Poullain ne balançait point à la donner au cohéritier qui avait payé une dette de la succession commune. Mais en Bretagne, tous les héritiers étaient solidairement assujétis au paiement des dettes du défunt, et sous l'empire du Code, elles se divisent de plein droit. (*V. tom. 6, n.° 752; tom. 4, n.° 493*). On ne peut donc pas admettre, sans distinction, la subrogation légale en faveur de tout cohéritier qui a payé une dette de la succession.

Si la succession est encore indivise, si les

biens mobiliers et immobiliers n'ont point encore été partagés, il nous paraît qu'alors le cohéritier qui a payé une dette de la succession est subrogé légalement dans tous les droits du créancier, soit hypothécaire, soit chirographaire.

Si le créancier est hypothécaire, tous les héritiers sont tenus hypothécairement pour le tout, tous ont intérêt à libérer les biens hypothéqués. Ainsi, nul doute que celui d'entre eux qui a payé un créancier commun ne soit subrogé de plein droit dans ses actions et hypothèques, en vertu de la disposition de notre art. 1251.

Si le créancier était chirographaire, il a le droit de faire apposer les scellés, de requérir l'inventaire, d'y assister, d'empêcher le partage de se faire avant qu'il soit payé, de demander la séparation de biens. Tant que dure cet état de choses, on ne peut raisonnablement nier que les héritiers sont tenus aux dettes les uns *avec* les autres, et qu'ils ont un très-grand intérêt d'acquitter la dette commune, pour écarter un créancier incommode et prévenir les frais. On ne peut donc refuser en ce cas la subrogation de plein droit au cohéritier qui a payé, avant le partage, une dette commune, même chirographaire. Il est subrogé dans les droits du créancier, et peut, en conséquence,

demander la séparation des patrimoines contre les créanciers personnels du cohéritier, dont il a payé la part dans une dette de la succession.

Mais, après la consommation du partage des biens de la succession, les créanciers chirographaires n'ayant plus qu'une action personnelle à exercer contre chaque héritier, pour sa part virile des dettes, on ne peut plus dire que les héritiers soient tenus les uns *avec* les autres, ni qu'ils aient intérêt de payer la part les uns des autres. Les dettes étant divisées de plein droit, la part virile de chacun forme une dette séparée, indépendante des autres, quoiqu'elle ait la même origine. Celui qui paierait pour l'autre ne pourrait donc prétendre à la subrogation, s'il ne l'a pas demandée et obtenue.

Au contraire, les cohéritiers qui ont reçu en partage des biens hypothéqués aux dettes de la succession, n'en continuent pas moins, depuis comme avant la consommation du partage, d'être tenus hypothécairement, chacun pour le tout, et celui qui paierait la part des autres doit être subrogé de plein droit dans les actions et hypothèques du créancier qu'il a payé.

152. Remarquez qu'en développant ainsi les cas auxquels doit s'appliquer le § 3 de l'art. 1251, nous ne portons point d'atteinte au principe

que la subrogation est de droit étroit ; qu'elle doit être restreinte aux seuls cas exprimés dans la loi, et que le juge qui prononcerait la subrogation en d'autres cas s'exposerait à la censure. Développer et indiquer les espèces auxquelles doit s'appliquer une disposition générale de la loi, ce n'est pas l'étendre ; c'est en montrer l'étendue, c'est l'interpréter, c'est en faire l'application. En établissant de plein droit la subrogation « au profit de celui qui, étant tenu, avec d'autres et pour d'autres, au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter », le Code laisse au magistrat à décider quand on est tenu *avec d'autres* ou *pour d'autres*, et quand on avait, par conséquent, *intérêt d'acquitter* la dette.

153. Mais il faut toujours se souvenir que la subrogation est fondée sur le grand principe qu'elle ne nuit à personne, ou que du moins elle ne doit pas rendre pire la condition du débiteur et de ses autres créanciers. Il faut qu'à leur égard les choses restent, depuis le paiement, dans le même état où elles étaient auparavant.

Ceci peut faire naître une question que nous avons déjà traitée, sous le rapport de la subrogation consentie par le débiteur. Celui qui a vendu le fonds grevé d'hypothèque, ne nuit point au créancier par cette vente, mais il ne

peut plus, en empruntant pour payer sa dette, subroger le prêteur dans l'hypothèque du créancier sur le fonds vendu, parce qu'en ce cas la subrogation nuit à l'acquéreur, et que le prêteur subrogé tenant *son droit* de l'emprunteur, celui-ci n'en peut céder aucun sur un fonds qui ne lui appartient plus. La loi 2, ff *de pignorat. actione*, est formelle sur ce point. (*V. suprà, n.° 136*). Mais cette décision ne peut s'appliquer à la subrogation légale. Je suis obligé, solidairement avec vous, au paiement d'une somme de 3,000 fr., pour sûreté de laquelle j'ai hypothéqué le fonds cornelien, et vous le fonds sempronien. Je vends le fonds cornelien. Cette vente ne peut nuire à l'hypothèque du créancier, à qui le fonds cornelien n'en reste pas moins hypothéqué; vous le remboursez, et ce remboursement vous subroge dans ses droits, aux termes de l'art. 1251, et l'effet de cette subrogation s'étend sur le fonds cornelien, malgré la vente que j'en ai faite. Mon acquéreur n'a point à s'en plaindre, puisque les choses restent, à son égard, dans le même état qu'avant le paiement. Que ce soit vous ou l'ancien créancier qui exerciez contre lui l'action hypothécaire, c'est ce qui doit lui être parfaitement indifférent. Le débiteur n'a pu, par son fait, et en vendant le fonds grevé, empêcher une translation d'hypothèque qui se fait par la seule opération de la loi.

154. 4.° Le Code établit la subrogation de plein droit, au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers la dette de la succession.

Cette espèce de subrogation, qui n'est fondée sur aucun texte du droit romain, fut introduite dans la jurisprudence française, par des motifs de justice et d'équité, et comme nécessaire pour encourager les héritiers bénéficiaires à démêler au plus vite les affaires de la succession (1). L'héritier bénéficiaire a un intérêt réel à rembourser les créanciers de la succession, pour libérer et conserver les biens qui doivent lui appartenir après les dettes payées, pour empêcher qu'ils ne soient consommés en frais. C'est le seul motif qu'il puisse avoir, en payant de ses deniers des dettes auxquelles il n'est point personnellement obligé. L'usage admit donc en sa faveur la subrogation de plein droit, à l'exemple de celle que la loi accordait au créancier qui rembourse un autre créancier du débiteur commun, à l'acquéreur qui paie les créanciers auxquels l'immeuble acquis était hypothéqué. Cet usage a été consacré par le Code.

(1) Lebrun, *des successions*, liv. 3, ch. 4, n.° 19; Duparc-Poullain, Principes du droit français, tom. 7, p. 236, n.° 95; Renusson, ch. 7, n.° 77.

155. Renusson et Duparc-Poullain(1)pensent avec raison qu'il faut étendre cette subrogation au curateur aux biens vacans qui a payé de ses deniers les créanciers hypothécaires de la succession, parce qu'il n'est qu'un administrateur judiciaire, qui gère les biens pour les héritiers, ou pour l'Etat, s'il ne s'en présente point. Mais il faut observer que ce n'est point au profit personnel du curateur que s'opère alors la subrogation, mais au profit des héritiers, ou de l'Etat, pour lesquels il est censé agir, et qui en recueillent tout l'avantage par son ministère.

156. 5.° Outre les subrogations légales établies par le Code, ou par une conséquence de ses dispositions, la loi du 22 frimaire an 7 en établit une en faveur des officiers publics qui ont fait, pour les parties, l'avance des droits d'enregistrement. L'art. 29 de cette loi oblige les officiers publics, tels que les notaires, huissiers, greffiers, etc., à payer pour les parties les droits d'enregistrement. Ils ont donc, par cela même, la subrogation de plein droit, dans tous les droits et priviléges du fisc ou de la régie, en vertu de l'article 1251 du Code, qui l'accorde à tous ceux qui, étant tenus avec d'autres *ou pour d'autres*, avaient intérêt d'acquitter la dette. L'art. 30 de

(1) Duparc-Poullain, *ubi suprà*, n.° 96; Argou, liv. 4, ch. 5, tom. 2, p. 325.

la loi citée leur accorde en outre la faculté de prendre exécutoire du juge de paix de leur canton, pour leur remboursement, et dans ce cas, l'opposition qui serait formée contre cet exécutoire, ainsi que toutes les contestations qui s'élèveraient à cet égard, doivent être jugées suivant les formes particulières aux instances poursuivies au nom de la régie; c'est-à-dire, que l'instruction se fait par simples mémoires respectivement signifiés, sans autres frais à supporter, par la partie qui succombe, que ceux du papier timbré, des significations et du droit d'enregistrement des jugemens. *V. l'article 65 de la même loi.*

Mais remarquez que cette disposition n'est établie qu'en faveur des officiers publics qui ont fait l'avance des droits d'enregistrement. *Ils pourront*, dit l'art. 30, prendre exécutoire du juge de paix de leur canton, pour leur remboursement. C'est donc une faculté dont ils sont libres de ne pas user, s'ils préfèrent suivre la forme ordinaire de procéder.

157. 6.° L'ordonnance du mois de mars 1673 introduisit une nouvelle espèce de subrogation légale, en faveur des tiers bienveillans qui acquitteraient une lettre de change pour un autre. L'art 3 du tit. 5 porte : « En cas de protêt de la lettre de change, elle pourra être acquittée par tout autre que celui sur qui elle aura été tirée;

et au moyen du paiement, il demeurera subrogé en tous les droits du porteur de la lettre, quoiqu'il n'en ait point de transport, subrogation ni ordre ».

Remarquez que ce n'est qu'*en cas de protêt* que le paiement de la lettre de change, fait par un tiers, opère la subrogation de plein droit. Il faut donc qu'il y ait protêt, et que le tiers intervienne au protêt pour en empêcher les suites.

En renouvelant la disposition de l'Ordonnance de 1673, le Code de commerce a développé les formes de cette intervention par les articles suivans :

« Art. 126. Lors du protêt, faute d'acceptation, la lettre de change peut être acceptée par un tiers intervenant pour le tireur, ou pour l'un des endosseurs. L'intervention est mentionnée dans l'acte de protêt; elle est signée par l'intervenant ».

« 127. L'intervenant est tenu de notifier, sans délai, son intervention à celui pour qui il est intervenu ».

« 128. Le porteur de la lettre de change conserve tous ses droits contre le tireur et les endosseurs, à raison du défaut d'acceptation par celui sur qui la lettre de change était tirée, nonobstant toutes acceptations par intervention ».

« 158. Une lettre de change protestée peut être payée par tout intervenant, pour le tireur et pour l'un des endosseurs. — L'intervention et le paiement seront constatés dans l'acte de protêt ou à la suite de l'acte ».

« 159. Celui qui paie une lettre de change par intervention est subrogé aux droits du porteur, et tenu des mêmes devoirs pour les formalités à remplir. — Si le paiement fait par intervention est fait pour le compte du tireur, tous les endosseurs sont libérés. — S'il y a concurrence pour le paiement d'une lettre de change par intervention, celui qui opère le plus de libération est préféré. — Si celui sur qui la lettre était originairement tirée, et sur qui a été fait le protêt, faute d'acceptation, se présente pour la payer, il sera préféré à tous les autres ».

158. Nous avons dit, *suprà*, n.° 101, qu'il y avait, suivant les lois romaines, quelque différence entre les règles sur la transmission des droits personnels ou actions privilégiées, et les règles sur la transmission des droits réels ou hypothèques. Mais il faut remarquer d'abord que cette différence n'existe point à l'égard de la transmission, qui se fait par la subrogation consentie par le créancier à celui qui le paie ; elle n'est relative qu'à la subrogation consentie

par le débiteur au tiers qui prête l'argent pour payer la dette.

Cette différence est indiquée par Ulpien, dans la loi 2, ff *de cess. bon.*, 42, 3. *In personalibus actionibus*, dit-il, *qui posteà quidem contraxerunt, verùm ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in eorum locum succedunt.*

Le même jurisconsulte, dans la loi 24, § 3, *de reb. auth. jud. poss.*, 42, 5, dit encore: *Eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit.* Puis il se demande si cela s'applique au cas où l'argent a été remis d'abord au débiteur, qui l'a compté ensuite au créancier privilégié, aussi bien qu'au cas où le nouveau créancier l'a remis directement au privilégié.

Il répond affirmativement, pourvu que l'argent ait été compté par le débiteur sans intervalle notable. *Quod quidem potest benignè dici, si modò non post aliquod intervallum id factum sit.*

Qu'exige Ulpien, pour que celui qui paie lui-même un créancier privilégié, ou qui donne au débiteur l'argent pour le payer, succède aux actions personnelles privilégiées? Il exige deux choses; l'une que l'argent ait été donné, à la condition qu'il fût remis aux créanciers privilégiés: *verùm ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat;* l'autre, que l'argent leur soit en

effet parvenu : *quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit.*

Que faut-il donc de plus, pour que celui qui a prêté l'argent, à condition de payer un créancier hypothécaire, succède à l'hypothèque du créancier payé? Il faut, suivant la loi 3, ff *quæ res pign. vel hypoth.*, 20, 3, qu'il soit expressément convenu avec celui qui emprunte pour payer, que la même hypothèque sera conservée. *Aristo Neratio Prisco scripsit, etiamsi ità contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedit, nisi convenerit ut sibi eadem res esset obligata, neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore.*

Voici l'espèce de la loi, suivant Cujas, *Quæst. Paul., lib. 3.*

Titius emprunte de Mevius, à condition que la somme prêtée sera employée à payer Caius, créancier hypothécaire. Mais Mevius n'a point ajouté la condition de succéder à l'hypothèque de Caius. *Inter Titium et Mevium nihil convenit de hypothecâ.* Mevius ne succédera point aux actions hypothécaires de Caius, quoiqu'il succède à ses actions personnelles privilégiées. *Non succedet in hypothecariis actionibus, aliter quàm si id actum sit nominatìm.*

C'est donc uniquement dans la nécessité de cette convention expresse, sur la conservation

de l'hypothèque, que consiste la différence qui existe dans le droit romain, entre la transmission des hypothèques ou actions hypothécaires, et la transmission des priviléges ou actions privilégiées, *privilegia causæ*. (*V. suprà, n.° 99*). Du reste, la transmission des unes et des autres exige également deux conditions; l'une qu'il soit convenu que l'argent prêté sera remis au créancier, l'autre qu'il l'ait été en effet. Mais la transmission des hypothèques exige de plus une convention spéciale ou expresse sur leur conservation; convention qui n'est pas nécessaire pour la transmission des actions personnelles privilégiées, qui s'opère en vertu de la convention tacite.

159. Or, le Code civil est parfaitement d'accord avec le droit romain, sur les conditions nécessaires pour la transmission des priviléges. L'art. 2103 n'en exige que deux, ainsi que les lois romaines. Il accorde d'abord au vendeur un privilége sur l'immeuble vendu pour le paiement du prix. Puis, au nombre 2, il étend ce privilége à ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition, pourvu qu'il soit authentiquement prouvé, 1.° par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi, *ut pecunia ad creditores perveniat;* 2.° par la quittance du vendeur, que le paiement a été fait des deniers empruntés, *pecuniam pervenisse*. Ce sont les deux

conditions exigées par le droit romain. Le nombre 5 du même article n'exige également que les mêmes conditions, pour la transmission du privilége des architectes, maçons, etc., et non la convention *expresse* de subrogation.

Bien plus, à la différence du droit romain, ces deux mêmes conditions suffisent, suivant le Code, pour subroger, même dans les hypothèques, celui qui a prêté les deniers pour payer un créancier hypothécaire. C'est ce qui résulte de l'art. 1250, comme nous l'avons déjà remarqué *suprà*, n.° 129. Cet article exige, n.° 1.er, que la subrogation soit *expresse*, lorsqu'un créancier, en recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, actions, priviléges et hypothèques. Sans cette subrogation expresse, l'action personnelle du créancier ne serait même pas transmise. Celui qui a payé la dette n'aurait qu'une action nouvelle, l'action *negotiorum gestorum*, l'action *mandati*, ou autre, parce que, faute de subrogation, la créance est éteinte par le paiement.

Mais lorsque le débiteur emprunte une somme, à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans *les droits* du créancier, le n.° 2 du même art. 1250 n'exige, pour que la subrogation soit valable, que les deux conditions exigées par l'art. 2103, pour la

subrogation dans les priviléges du vendeur, et des architectes, etc.; c'est-à-dire, la destination de l'emploi des deniers dans l'acte d'emprunt, la déclaration de l'emploi dans la quittance du créancier. Ces deux circonstances sont en effet suffisantes pour manifester, sans équivoque, la volonté de subroger, dans les droits du créancier, le tiers qui prête son argent pour le payer; sans quoi, comment expliquer la destination d'emploi insérée, par le débiteur, dans l'acte d'emprunt, et la déclaration d'emploi, qu'il fait insérer dans la quittance, en payant le créancier?

Ce seraient deux clauses parfaitement inutiles, et l'on n'en doit pas supposer de telles dans les actes. Il faut en interpréter les clauses dans le sens où elles produisent quelqu'effet (1157). Il résulte donc de ces deux clauses une convention tacite de subroger le prêteur, et cette convention est, aux yeux de la raison, suffisante pour la transmission des *hypothèques*, aussi bien que pour celle des actions personnelles. Le Code s'est donc, en ceci, rapproché de la simplicité et de l'uniformité de principes, caractères d'une bonne législation. Il est en effet bizarre que ces deux conditions, qui sont suffisantes pour la transmission des actions personnelles et des priviléges, sans la mention expresse de la subrogation, soient insuffisantes

pour la transmission des hypothèques. On n'en peut donner pour motif qu'une disposition arbitraire, *lex scripta;* mais cette disposition est abrogée par le Code et par la loi du 30 ventôse an 12 (1).

160. Les dispositions du Code sur la subrogation, ou sur la transmission des actions et priviléges des créanciers, ne sont relatives qu'à ceux de ces priviléges qui intéressent les autres créanciers. Tels sont les droits d'hypothèque et les priviléges qui donnent à une créance une préférence sur les autres. C'est à l'égard de la transmission de ces droits, que la loi a dû prendre des précautions, pour empêcher les fraudes, si faciles à commettre au préjudice des créanciers postérieurs ou chirographaires: c'est pour cela qu'elle exige impérieusement que la destination et la déclaration d'emploi des deniers prêtés soient exprimées par des actes authentiques.

Quant aux actions auxquelles sont attachés des priviléges qui n'intéressent en rien les

(1) Après cette explication des principes du Code, si l'on veut voir ce que disent nos anciens auteurs français, sur la transmission des actions et priviléges personnels, on peut consulter Loiseau, Traité des offices, liv. 3, ch. 8; Brodeau sur Louet, lettre C, sommaire 38; Gueret et Blondeau, dans le Journal du palais, édit. de 1713, tom. 2, p. 29; Renusson, Traité de la subrogation, ch. 3; le Répertoire de jurisprudence, verbo *subrogation de personnes*, sect. 2, § 2; Pothier, *des obligations*, n.° 521.

autres créanciers, mais uniquement la personne du débiteur, telles que la contrainte par corps, l'exécution parée, l'inadmissibilité au bénéfice de cession, etc., nous avons déjà observé que la nature de ces actions doit en rendre la transmission plus facile, lorsqu'elle est faite par le débiteur lui-même, parce qu'il n'y a point alors de fraudes à craindre. Le Code a donc laissé cette transmission dans les règles du droit commun.

Si elle est faite par le créancier, elle est soumise aux règles ordinaires de la subrogation consentie par le créancier, c'est-à-dire, qu'elle doit être expresse, et faite en même tems que le paiement, sans quoi l'action serait éteinte par le paiement, et une action éteinte ne peut plus revivre. Du reste, la loi n'exige pas, même à l'égard de la transmission des hypothèques, qu'elle soit faite par un acte authentique.

Si elle est consentie par le débiteur qui emprunte pour payer ses dettes, il n'est pas nécessaire que la destination et la déclaration d'emploi des deniers prêtés soient faites par un acte authentique, parce qu'il n'y a pas de fraude à craindre; il n'est pas nécessaire non plus que la subrogation soit expresse, puisque, comme nous l'avons vu, le Code ne l'exige pas pour la transmission des hypothèques. Si

donc, dans un acte d'emprunt sous seing privé, le débiteur reconnaissait avoir reçu de Titius une somme pour payer ce qu'il doit à Caius, en vertu de tel acte, et qu'il fût exprimé dans la quittance que la somme est provenue des deniers de Titius, celui-ci serait, sans aucun doute, subrogé dans les actions personnelles de Caius.

161. Mais *quid,* si la quittance ne paraissait point, soit parce que le débiteur ne veut pas la représenter, soit parce qu'il a détourné l'emploi de la somme prêtée? Il faut alors distinguer; si le prêteur est ressaisi des titres de la créance, il nous paraît certain que la subrogation est opérée en sa faveur, et qu'il peut exercer toutes les actions et priviléges du créancier, lorsqu'ils ne préjudicient point aux autres créanciers. Si le débiteur alléguait le défaut de preuve de l'emploi de la somme prêtée, on lui répondrait que la remise des titres en est une preuve suffisante; que d'ailleurs il doit être repoussé *per exceptionem doli;* car la somme n'était prêtée que sous la condition de l'employer à acquitter la créance de Caius. Or, la condition est réputée accomplie, lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition qui en a empêché l'emploi (1178). Son dol suffit pour faire réputer la condition accomplie. *In jure civili receptum est, quotiens per eum cujus interest conditionem*

non impleri, fiat quominùs impleatur, perindè haberi ac si conditio impleta fuisset. L. 161, ff de R. J.

Mais si le prêteur n'était pas ressaisi des titres de la créance, il ne pourrait exercer les actions du créancier payé; il devrait s'imputer sa propre négligence.

162. Après avoir examiné l'origine et les fondemens des différentes espèces de subrogation, il nous reste à rechercher quels en sont les effets. Voyons d'abord si la subrogation consentie par le débiteur a la même force et produit les mêmes effets, relativement aux autres créanciers, aux cautions et aux coobligés, que la cession ou subrogation consentie par le créancier. C'était l'une des questions les plus controversées de l'ancienne jurisprudence.

Pour établir une différence entre elles, on disait qu'à la vérité la cession ou subrogation consentie par le créancier transmet sans réserve toutes les actions, tous les droits de ce dernier, et par là les empêche de s'éteindre: ils ne font que changer de propriétaire; mais que la subrogation consentie par le débiteur, s'opérant sans le consentement, et même contre le consentement du créancier, ne peut transférer les actions et les droits qui étaient la propriété de ce dernier, et qui ne pouvaient être transmis sans sa volonté. *L. 11, ff de R. J.*

Qu'ainsi, les actions s'éteignaient par le paiement; que la convention faite entre le débiteur et le tiers qui prête les deniers pour payer l'ancienne dette, opérait une novation qui ne pouvait avoir de force contre ceux qui n'y avaient pas consenti; que le débiteur, en contractant une nouvelle dette pour payer l'ancienne, n'avait ni le pouvoir de transporter la créance qu'il allait éteindre, ni de donner à la nouvelle, contractée sans mandat de leur part, aucune force contre ses coobligés et ses cautions, auxquels, au contraire, il devait une libération, loin d'avoir le pouvoir de les obliger. C'est par ces motifs que le réglement du Parlement de Rouen, du 6 avril 1666, vulgairement appelé les Placités de Rouen, avait statué, art. 132, que *l'obligation du plege* (c'est-à-dire de la caution) *est éteinte quand la dette est payée par le principal obligé, lequel néanmoins peut subroger celui qui a baillé les deniers pour acquitter la dette, à l'hypothèque d'icelle sur ses biens seulement, et non sur ceux du plege;* que ces principes étaient suivis en Bretagne, comme l'atteste Duparc-Poullain, tom. 7, p. 153, n.° 115. On pourrait ajouter qu'ils sont conformes aux règles de droit, qui ne permettent pas au débiteur de rendre pire la condition du fidéjusseur. Or, c'est la rendre pire que de lui donner, sans son consentement, un nouveau

créancier, peut-être plus fâcheux et plus dur.

On répondait que si, dans le cas de la subrogation consentie par le débiteur, la dette s'éteint par le paiement fait au créancier, elle n'était véritablement éteinte qu'envers ce dernier ; mais qu'à tout autre égard, la loi toute-puissante la fait, par des motifs d'équité que nous avons ci-devant exposés, subsister au profit du prêteur, qui avait mis ses deniers en la place des deniers remboursés, en le subrogeant à la place de l'ancien créancier, et en le faisant succéder aux droits et actions de ce dernier ; que si le droit du prêteur subrogé n'est pas précisément le droit de l'ancien créancier qui ne l'a point cédé, c'est un droit tout semblable et tout aussi fort, *jus simile et æquè potens*, comme l'enseignent Dumoulin et Loiseau ci-dessus cités, n.° 110 ; que l'ordonnance des subrogations, de 1609, a fait cesser toute controverse sur ce point, en ordonnant que « ceux qui fourniront leurs deniers aux débi-» teurs de rentes constituées, avec stipulation » expresse de succéder aux hypothèques des » créanciers qui seront acquittés de leurs de-» niers....., seront et demeureront subrogés » de droit aux *droits*, *hypothèques*, *noms*, » *raisons et actions desdits anciens créanciers*, » *sans autre cession et transport d'iceux* ».

Après un texte si précis, soutenir que les droits du prêteur, qui donne ses deniers pour payer une ancienne dette, ne sont pas ceux de l'ancien créancier, ou au moins des droits tout semblables et aussi forts, et que les effets de la cession sont plus étendus que ceux de cette subrogation, c'est véritablement contester la toutepuissance de la loi.

Que si la jurisprudence du Parlement de Paris avait été long-tems douteuse sur l'effet de cette subrogation contre les cautions et coobligés du débiteur subrogeant ; elle avait été fixée par un réglement du 6 juillet 1690, rapporté au Journal des audiences, qui porte que, pour *succéder et être subrogé aux actions, droits et priviléges d'un ancien créancier, sur les biens de tous ceux qui sont obligés à la dette, ou de leurs cautions, et pour avoir droit de les exercer ainsi et de la même manière que lesdits créanciers auraient pu faire, il suffit que les deniers du nouveau créancier soient fournis à l'un des débiteurs avec stipulation,..... qu'il emploiera lesdits deniers..... sans qu'il soit besoin que la subrogation soit consentie par l'ancien créancier, ni par les autres* DÉBITEURS *et* CAUTIONS.

Le savant arrêtiste observe que ce réglement a décidé qu'il n'est besoin, pour obtenir la subrogation parfaite et entière, ni du consentement des autres débiteurs et coobligés

solidairement, ni des cautions. Si le Parlement de Rouen s'était écarté de ces principes, c'est qu'il n'avait pas reçu l'ordonnance des subrogations, de 1609, parce qu'elle ne fut faite qu'en conséquence de l'édit de 1601, portant réduction de l'intérêt, non vérifié ni exécuté dans son ressort. Ainsi, sa jurisprudence, ni celle des autres Parlemens qui avaient adopté les mêmes principes, ne pouvaient s'étendre au-delà de leurs ressorts.

Enfin, le Code a établi une règle uniforme pour tout le Royaume. C'est la jurisprudence du Parlement de Paris qu'il a adoptée dans l'art. 1252. « *La subrogation établie par les articles précédens*, c'est-à-dire, la subrogation conventionnelle consentie, soit par le créancier, soit par le débiteur, et la subrogation légale, *a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs*, c'est-à-dire, les autres codébiteurs et coobligés. Ainsi, toute controverse doit aujourd'hui cesser. On ne peut plus révoquer en doute que tous les droits et actions de l'ancien créancier ne soient, dans toute leur plénitude, transférés au prêteur qui a donné son argent pour payer l'ancien créancier. Ce mode de subrogation n'a pas moins de force que la cession du créancier et que la subrogation légale. Le subrogé peut les exercer comme le créancier l'aurait pu faire.

163. Mais la subrogation peut-elle être consentie par le créancier à l'un des codébiteurs solidaires, et celui-ci peut-il, en vertu de sa cession, exercer l'action solidaire, déduction faite de sa part virile et de sa part dans les insolvabilités, s'il s'en trouve?

C'était encore une question très-controversée dans l'ancienne jurisprudence, et sur laquelle on trouve des autorités pour et contre, des arrêts rendus aussi pour et contre par les différens Parlemens. Mais malheureusement le Code n'a point tranché cette difficulté aussi nettement que la précédente. Au lieu d'essayer inutilement de concilier ces autorités et ces arrêts, nous *rechercherons* quelle est l'opinion la plus raisonnable et la plus conforme à l'esprit et aux dispositions du Code.

La solidarité n'est relative qu'au créancier. L'obligation contractée solidairement envers lui se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus chacun que pour sa part (1213). (*Huberus, in inst., tit. de duob. reis, n.° 3*). Primus, Secundus, Tertius et Quartus ont emprunté solidairement de *Caius* une somme de 8,000 fr., qu'ils ont partagée entre eux; chacun n'est réellement débiteur que de 2,000 f., quoique *Caius* puisse exiger les 8,000 fr. de celui d'entre eux qu'il lui plaira de choisir. Il en résulte que si Primus a payé seul la somme

de 8,000 fr., sans obtenir la cession des droits du créancier, le paiement a éteint en totalité la créance solidaire. Il ne peut répéter contre les autres, par l'action *negotiorum gestorum*, que la part de chacun d'eux, c'est-à-dire, 2,000 fr., sauf, s'il y a des insolvables, à répartir, par contribution, les pertes dont il doit supporter sa part.

Mais si Primus avait obtenu la cession des droits du créancier, pourquoi ne pourrait-il pas, en déduisant sa part, exercer, comme le créancier qu'il représente l'aurait pu faire, l'action solidaire pour les 6,000 fr. restant? Si Caius avait consenti à recevoir divisément les 2,000 fr. dus par Primus, la personne et la part de ce dernier auraient été déduites de l'obligation; Secundus, Tertius et Quartus seraient demeurés seuls débiteurs solidaires des 6,000 fr. restant, sans recours vers Primus, si ce n'est pour la part des insolvables. Le Code veut, avec raison, que *le créancier qui consent à la division de la dette, à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de sa solidarité* (1210). En effet, loin de nuire à Secundus, à Tertius et à Quartus, en recevant divisément les 2,000 fr. qui formaient la part de Primus dans l'obligation, Caius n'a fait que

rendre leur condition meilleure, puisqu'il pouvait exiger solidairement 8,000 fr. de l'un d'eux, et qu'il ne peut plus en exiger que 6,000 fr.

Maintenant, si Caius cédait ses droits et actions contre Secundus, Tertius et Quartus, tous également solvables, à Primus, devenu désormais étranger à cette affaire, pourquoi Primus, qui n'est point leur associé, et qui, en vertu de la subrogation, représente la personne de Caius, ne pourrait-il pas exercer contre eux l'action solidaire pour les 6,000 fr.? On ne voit pas de raison pour la lui refuser plutôt qu'à tout autre cessionnaire qui n'aurait jamais eu part à l'obligation.

Or, supposons que c'est au moment où Primus a payé, tant pour lui que pour Secundus, Tertius et Quartus, que Caius l'a subrogé dans ses droits et dans ses actions; pourquoi, en déduisant sa part, ne pourrait-il pas exercer l'action solidaire pour le surplus? Est-ce parce qu'au moment de la cession il était encore débiteur solidaire? Mais il a cessé de l'être par le paiement.

Le Code nous offre l'exemple d'un cas où le codébiteur solidaire l'était encore, lorsque la subrogation s'est opérée, et où néanmoins il peut, en déduisant sa part, exercer l'action solidaire contre ses anciens codébiteurs : c'est le cas où la subrogation s'est opérée par succession, où

Primus est devenu héritier de Caius. L'art. 1209 porte : *Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier.* Si Primus était devenu seul héritier de Caius, il pourrait, en déduisant les 2,000 fr. qu'il doit de son chef, exercer, pour les 6,000 fr. restant, l'action solidaire contre Secundus, Tertius ou Quartus. Pourquoi donc ne le pourrait-il pas, si, avant la mort de Caius, celui-ci l'a subrogé par une cession expresse, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit? On ne voit pas, entre les deux cas, de raison de différence suffisante, pour donner une décision différente dans l'un et dans l'autre.

A ces raisonnemens, qui nous paraissent décisifs, on oppose un autre raisonnement, qui nous paraît un véritable sophisme, mais qu'il faut examiner avec beaucoup d'attention ; car il a séduit d'excellens esprits, et entre autres le savant Pothier.

On dit que si Primus pouvait, en vertu de la subrogation, exercer l'action solidaire contre Secundus, il se ferait un circuit d'actions qui reviendrait contre Primus : car Secundus, en payant 6,000 fr. pour le surplus de la dette, aurait aussi droit, sous la déduction *de sa part*,

d'être subrogé aux actions du créancier, et en vertu de cette subrogation, il aurait droit d'exiger de Primus ce qu'il lui aurait payé, puisque Primus est tenu lui-même de la solidarité. C'est ainsi que raisonne Pothier.

Mais afin qu'on ne pense pas que nous avons affaibli la force de son raisonnement, nous rapporterons ses propres expressions. Il examine, n.° 281, la question de savoir si le codébiteur solidaire, qui, en payant, a requis la subrogation dans les droits du créancier, peut, pour ce qui excède sa part virile dans la dette, exercer l'action solidaire contre ses codébiteurs et leurs cautions, s'ils en ont donné. C'est, dit-il, une question controversée entre les docteurs, et il avoue que la question avait été anciennement jugée en faveur de l'action solidaire, parce qu'en effet le codébiteur subrogé représente la personne du débiteur; il est le *procurator in rem suam* du créancier; puis il ajoute que d'autres arrêts ont jugé contre l'action solidaire. « La raison en est, dit-il, qu'au-
» trement il se ferait un circuit d'actions; car
» celui de nos codébiteurs à qui j'aurais fait
» payer le total de la créance, ma part dé-
» duite, aurait droit, en payant, d'être pareille-
» ment subrogé aux *actions du créancier*, sous
» *la déduction de la part dont il est lui-même*
» *tenu*; et en vertu de cette subrogation, il

» aurait *le droit d'exiger de moi*, sous la déduc-
» tion de sa part, *ce qu'il m'aurait payé*, puisque
» *je suis tenu moi-même de la solidité*. Je ne
» pourrais pas dire, pour me défendre de ce
» circuit, que je ne suis plus débiteur, ayant
» payé le créancier ; car, au moyen de la su-
» brogation, le paiement que j'ai fait n'a éteint
» la dette que pour la part dont j'en étais tenu
» pour moi-même, non pour le surplus. Au
» moyen de la subrogation, j'ai plutôt *acquis*
» la créance du créancier, pour le surplus, que
» je ne l'ai acquittée ; mais étant remboursé
» par mon codébiteur, *qui aurait aussi requis*
» *la subrogation*, cette créance *pour le surplus*,
» et sous la déduction de la part dont il est
» lui-même tenu, passerait en la personne de
» ce codébiteur ; ce ne *serait plus moi*, mais
» *lui*, qui serait *le procurator in rem suam*
» du créancier, et qui, en cette qualité, aurait
» droit d'exercer *contre moi*, les actions du
» créancier pour ce surplus, et de me faire
» rendre ce qu'il m'a payé ».

Pour apprécier ce raisonnement abstrait, et, par cela même obscur, il faut en faire l'application à une espèce proposée par Pothier lui-même. *Caius* a prêté 8,000 fr. à Primus, Secundus, Tertius et Quartus, qui se sont obligés solidairement à rendre la somme. Primus la paie en entier à Caius, qui le subroge dans tous

ses droits et actions. Ainsi voilà Primus *procurator in rem suam* de Caius. Primus, comme dit Pothier, *a acquis* le surplus de la créance de Caius.

Mais peut-il agir solidairement contre Secundus, pour le contraindre à payer le surplus, c'est-à-dire 6,000 fr. ? Non, dit Pothier; autrement, il se ferait un circuit vicieux d'actions, qui reviendrait contre Primus.

Comment donc se ferait ce circuit? C'est que Secundus, en payant, aurait droit d'être subrogé aux *actions du créancier* (Caius), sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu; et, en vertu de cette subrogation, ce ne serait plus Primus, mais Caius, qui serait le *procurator in rem suam* du créancier, et, en cette qualité, il aurait droit d'exercer contre Primus l'action solidaire du créancier, et de se faire rendre ce qu'il aurait payé à Primus.

Ce raisonnement est d'une fausseté tellement évidente, qu'on est surpris qu'il ait pu séduire un seul instant, lorsque Caius, en recevant son paiement de Primus, l'a subrogé dans tous ses droits, lorsque, comme dit Pothier lui-même, Primus *a acquis*, par cette subrogation, le surplus de la créance de Caius, celui-ci n'a plus de droits qu'il puisse céder: tous ses droits reposent sur la tête de Primus.

Secundus, en payant à celui-ci le surplus de la créance réduite à 6,000 fr., ne peut donc être subrogé dans les droits de Caius; il ne peut plus devenir le *procurator in rem suam* de Caius. Il peut, tout au plus, être subrogé dans les droits de Primus, pour le surplus de la créance, réduite, par ce second paiement, à 4,000 fr. Or, il n'est pas possible de dire, sans absurdité, que cette subrogation lui donne le droit, sa part déduite, d'agir contre Primus, subrogeant, et de lui faire rendre ce qu'il a reçu.

Pour achever de déraciner le préjugé qu'élève l'autorité imposante de Pothier, il faut remonter à la source de son erreur. Elle est venue de la fausse application qu'on a faite à la cession consentie à l'un des codébiteurs solidaires, d'un raisonnement que le subtil Antoine Favre, *Antonius Faber*, applique à la cession consentie à l'un des cofidéjusseurs. Personne, dit-il, *lib. 11, conjectur, cap. 11*, ne doute que si l'un des cofidéjusseurs paie toute la dette, le créancier ne peut lui céder l'action solidaire contre aucun des autres; car chacun d'eux ayant le droit de faire diviser l'action du créancier, il pourrait l'exercer contre le cessionnaire. Mais s'ils ont renoncé au bénéfice de la division, leur condition semble égale à celle des codébiteurs solidaires; le créancier peut agir solidairement contre l'un

d'eux. D'où l'on pourrait conclure que le créancier peut et doit céder l'action solidaire à celui et contre celui d'entre eux qu'il lui plaît de choisir, comme il pourrait la céder à un étranger.

Mais s'il en était ainsi, dit l'auteur, celui des cofidéjusseurs qui voudrait payer toute la dette, pourrait demander que le créancier lui cédât l'action solidaire contre tel autre des cofidéjusseurs qu'il voudrait, afin de répéter de lui tout ce qu'il aurait payé, sans déduction de la somme qu'il aurait payée lui-même pour sa part, si le créancier, comme il en avait le droit, avait divisé son action. Or, en admettant cela, continue l'auteur, par quelle raison le cofidéjusseur, qui répète la totalité, pourrait-il refuser la cession de l'action solidaire pour cette totalité? Car il a aussi l'exception *cedendarum actionum*, qu'on ne peut lui ôter. En procédant ainsi, du premier au second fidéjusseur, du second au troisième, etc., il arrive que, par un circuit vicieux d'actions, ceux des cofidéjusseurs à qui l'action aura été cédée en dernier lieu, finiront par revenir contre les premiers, par la même action, à moins qu'on n'en revienne enfin à diviser la dette entre tous les cofidéjusseurs du débiteur devenu insolvable.

Si l'on répond que le premier cofidéjusseur,

à qui le créancier originaire a cédé l'action solidaire, n'est pas obligé de la céder contre lui-même, mais seulement contre les autres, il en résultera d'abord un grand abus; c'est que le créancier, libre d'exercer l'action solidaire contre celui qu'il veut choisir, pourra vendre cette faveur à prix d'argent. Il en sera de même du premier cessionnaire, qui pourra vendre la cession au second, celui-ci au troisième; et le dernier sera obligé de supporter seul toute la dette, sans recours, si le débiteur est insolvable; ce qui est d'une injustice évidente.

L'auteur en conclut que la cession d'actions, faite par le créancier au cofidéjusseur qui paie toute la dette, ne doit être faite que pour la portion virile de chacun des autres cofidéjusseurs, et non pour la totalité. Il avait raison sous l'empire du droit romain, qui n'accordait aucun recours aux cofidéjusseurs, les uns contre les autres.

Mais il étend cette conséquence aux codébiteurs solidaires, et, en cela, il a tort. La raison de différence consiste, 1.° en ce que l'obligation du fidéjusseur n'est jamais qu'accessoire, tandis que celle du coobligé est principale; 2.° en ce que le cofidéjusseur ne doit personnellement aucune partie de la somme cautionnée, quoique le créancier puisse l'exiger de lui en totalité, tandis que le coobligé est, pour son

compte personnel, tenu à une portion de la dette, indépendamment de l'action solidaire. Il en résulte qu'en payant la totalité de la dette, le cofidéjusseur n'en éteint réellement aucune partie, suivant le droit romain : elle reste due en entier par le débiteur. La créance n'a fait que changer de propriétaire pour la totalité ; la personne seule du créancier est changée.

Il en est autrement du codébiteur solidaire : lorsqu'il paie la totalité de sa dette, il éteint irrévocablement sa part virile. La créance ne peut donc plus lui être cédée ou vendue en totalité, mais seulement pour ce qui reste, déduction faite de la part acquittée. Si le créancier lui cède l'action solidaire contre les autres codébiteurs ou contre l'un d'eux, pour le surplus de la créance, celui qui paiera ce surplus en totalité au subrogé, acquittera encore irrévocablement sa portion personnelle de la dette, et ne pourra plus, par conséquent, se faire céder l'action solidaire que pour ce qui reste, déduction faite de deux parts. Il ne peut donc jamais, dans ce cas, y avoir de circuit vicieux d'actions. Supposons 8,000 fr. dus solidairement à Caius par quatre codébiteurs solidaires : chacun n'est réellement débiteur que de 2,000 f., quoique Caius puisse exiger de lui les 8,000 fr. Si Caius, en recevant les 8,000 fr. de Primus, lui cède son action solidaire, il ne peut la céder

que pour 6,000 fr.; car la créance est réduite à cette somme. Si Primus agit solidairement contre Secundus, pour répéter les 6,000 fr. restant, la créance est, par le paiement de ce dernier, réduite à 4,000 fr., et si Secundus se fait payer cette somme entière par Tertius, la créance sera définitivement réduite à 2,000 fr.; somme qui est la portion virile de Quartus. Le circuit vicieux des actions est donc impossible, dans le cas des coobligés solidaires, aucun d'eux ne pouvant jamais revenir contre celui qui a payé. Ainsi, rien n'empêche, dans l'espèce proposée, que le créancier ne puisse céder l'action solidaire au premier qui paie la totalité, celui-ci au second, qui paie le résidu, et ainsi de suite.

Disons plus: l'exercice de l'action solidaire ainsi cédée, loin de présenter aucun inconvénient dans la pratique, tend à diminuer le nombre des procès, au lieu de le multiplier; car si le premier, qui a payé la totalité, ne peut agir contre les trois autres que pour la part de chacun, voilà trois procès dans trois tribunaux différens, si les codébiteurs ont leurs domiciles en trois ressorts différens. Au lieu que si Primus peut agir solidairement contre Secundus, celui-ci ne manquera point, comme il en a le droit, d'assigner les autres en garantie, et de les citer devant le tribunal où il est traduit

lui-même, pour les faire condamner à payer leurs parts de la dette commune : ainsi, voilà les trois procès réduits à un seul, qui sera jugé dans le même tribunal.

Car le créancier, ni par conséquent son cessionnaire, ne peuvent refuser au coobligé assigné pour payer solidairement, le délai nécessaire pour appeler les autres coobligés. (*V. Doneau, in tit. cod. de duobus reis, cap. 13, n.° 7*). Ainsi, la cession de l'action solidaire à l'un des coobligés, qui effarouche d'abord par le fantôme du circuit vicieux des actions, se trouve, en examinant ses effets, conforme au droit rigoureux et à la raison, et utile dans la pratique, puisqu'il tend à diminuer le procès.

Ce que nous venons de dire des coobligés solidaires souffrait difficulté dans les principes de droit romain, à l'égard des fidéjusseurs, quoiqu'ils eussent renoncé au bénéfice de division, parce que, comme ils ne devaient personnellement aucune partie de la dette, celui qui l'avait payée en totalité et sans cession, n'avait pas d'action recursoire contre les autres. S'il avait exercé l'action solidaire du créancier contre les autres, il en serait résulté le circuit vicieux ou les autres inconvéniens remarqués par Antoine Favre. Mais le Code civil, par une disposition dérogatoire au droit

romain, veut, art. 2033, que celui des fidéjusseurs, qui ont cautionné le même débiteur, ait, à l'exemple du coobligé solidaire, un recours contre ses cofidéjusseurs, *chacun pour sa part et portion*. Si donc l'un d'entre eux se fait céder l'action solidaire du créancier, il ne peut jamais se la faire céder ni l'exercer que déduction faite *de sa part et portion*. Ainsi, le circuit vicieux dont parle Pothier ne peut pas plus exister en ce cas qu'en cas de la cession faite à l'un des coobligés.

Il paraît cependant, dit le nouveau Répertoire de jurisprudence, verbo *subrogation de personnes*, § 5, n.° 4, que ce sont les raisons de Pothier qui firent changer l'ancienne jurisprudence du Parlement de Paris; mais il ajoute qu'elles n'avaient pas produit le même effet en Provence, où l'usage, attesté par un acte de notoriété du parquet d'Aix, du 19 février 1720, est qu'on accorde toujours l'action solidaire au codébiteur qui exerce cette solidarité, *ex nomine cesso*, et avec subrogation des droits et actions.

Telle était aussi, suivant Thibault, Traité des criées, ch. 15, § 2, la jurisprudence du Parlement de Dijon. Il en remarque deux arrêts, des 1.er mai 1698 et 10 avril 1713.

L'exact et savant Gueret, dans ses nouvelles

remarques sur le ch. 69 de la première centurie de Leprêtre, dit, et nous croyons l'avoir prouvé, que la jurisprudence la plus raisonnable est que le coobligé, qui a stipulé la subrogation aux droits du créancier originaire, peut exercer la solidarité contre les autres coobligés.

Si la jurisprudence la plus raisonnable est que le coobligé solidaire, qui a payé avec subrogation expresse, puisse exercer l'action solidaire contre les autres, après déduction de sa part virile, et de sa part dans les insolvabilités, il faudrait aujourd'hui, pour suivre l'opinion contraire, une disposition formelle du Code, et elle n'existe point. L'art. 1214 porte que « le codébiteur d'une dette solidaire, qu'il » a payée en entier, ne peut répéter contre » les autres que les part et portion de chacun » d'eux ». Mais cet article ne parle que du cas où il a payé sans subrogation ou cession expresse, et ce cas est bien différent. *Quia per expressam cessionem, et directæ et utiles actiones transferuntur,* dit Loiseau, Traité du déguerpissement, liv. 2, ch. 8, n.° 3. Le codébiteur, dit fort bien Pothier, *a acquis* le surplus de la créance avec les actions du créancier. Or, l'art. 1594 du Code dit que « tous ceux à qui la loi » ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre ».

Le créancier peut donc céder ses droits et ses actions au coobligé solidaire. Celui-ci

représente alors la personne du créancier, et peut exercer toutes ses actions, comme le pouvait faire le cédant. Nous avons prouvé que le circuit vicieux d'actions qu'on prétendait opposer au coobligé subrogé, n'était qu'une pure chimère ; et ce qui met cette vérité dans un nouveau jour, c'est que si, au lieu d'être subrogé par la cession volontaire, le coobligé était subrogé par succession, en devenant unique héritier du créancier commun, il pourrait, sans craindre le circuit d'actions, exercer, contre ses anciens coobligés, l'action solidaire pour le surplus de la dette (1209), en déduisant sa part virile, ainsi que sa part dans les insolvabilités.

Mais, dit Pothier, dans ce cas, la confusion soustrait la personne du débiteur à l'obligation, plutôt qu'elle n'éteint l'obligation ; *magis persona debitoris eximit ab obligatione, quàm extinguit obligationem.*

Oui sans doute; mais il en est de même du cas où le créancier a cédé ses droits, et cela, suivant la doctrine même de Pothier : car, dit-il, *loco sup. cit.*, au moyen de la subrogation, le paiement que j'ai fait n'a éteint la dette que pour la part dont j'en étais tenu, non pour le surplus; au moyen de la subrogation, j'ai plutôt *acquis* le surplus de la créance que *je ne l'ai acquittée.*

Il n'y a donc pas de différence à faire entre le cas où la personne de l'un des coobligés est soustraite à l'obligation par la confusion, et celui où elle en est soustraite par la subrogation conventionnelle. Accorder, dans le premier cas, l'action solidaire au coobligé qui a cessé de l'être par la confusion, et la refuser au coobligé qui a cessé de l'être par le paiement de sa part et par la subrogation, ce serait introduire dans la jurisprudence une disparate contraire à la perfection de la législation, qui doit suivre des principes uniformes.

On pourrait opposer à ce que nous venons de dire, que l'art. 1251, n.° 3, accorde la subrogation de plein droit au coobligé qui a payé la dette commune. Cependant l'art. 1214 lui refuse l'action solidaire, et ne lui permet de répéter, contre chacun des coobligés, que la part et portion de chacun d'eux. Or, la subrogation légale n'a pas moins de force que la subrogation conventionnelle : donc, malgré cette dernière subrogation, le débiteur subrogé ne peut exercer l'action solidaire.

Il faut répondre que si, malgré la subrogation légale, le codébiteur, qui a payé la dette commune, ne peut exercer l'action solidaire, c'est que la loi a seulement voulu lui assurer la reprise de ses avances, en lui conservant

les hypothèques et priviléges de l'ancien créancier. Mais elle n'a pas voulu lui conserver la solidarité contre ses coobligés, parce qu'en négligeant de se faire subroger, il n'a pas témoigné l'intention de la conserver, au lieu qu'il est toujours censé vouloir conserver ses sûretés. S'il a oublié d'en stipuler la conservation, la loi présume qu'il en avait l'intention; elle répare son omission par une prévoyance qui ne nuit en rien aux autres coobligés. Quant à l'action solidaire, qui est toujours au moins fort gênante pour eux, et qui n'est pas, comme les hypothèques, nécessaire pour la sûreté du remboursement des avances faites par l'un d'eux, la loi n'a pas étendu et n'a pas dû étendre jusque là sa prévoyance.

Mais elle n'a pas défendu au codébiteur, qui paie la totalité de la dette commune, de se procurer l'action solidaire, pour faciliter son remboursement, en se la faisant céder par une convention ou subrogation, au moyen de laquelle il représentera la personne du créancier commun, et deviendra, comme dit Pothier, *procurator in rem suam;* représentation qui ne peut avoir lieu dans la subrogation légale, et qui a le même effet que si le subrogé se faisait donner une procuration, pour agir dans le nom du subrogeant (1).

(1) Un savant confrère, à qui j'ai communiqué cette discussion,

164. En cédant volontairement ses droits à celui qui le paie, le créancier subrogeant doit répondre de son propre fait, et garantir que les droits cédés existaient au tems de la cession,

pense que le prétendu circuit vicieux des actions, n'est pas une raison pour refuser l'action solidaire au coobligé qui a payé toute la dette, en se faisant céder les actions du créancier; mais il croit apercevoir une autre raison; c'est, suivant lui, que le coobligé solidaire contracte, non seulement avec le créancier, mais avec ses coobligés; il donne et accepte une garantie de la solvabilité personnelle de chacun des autres. En stipulant du créancier la cession de la solidarité, il romprait un contrat qui ne peut l'être que du consentement de toutes les parties contractantes.

Cette doctrine, contraire à la vérité, est aussi contraire au droit romain et à l'opinion des jurisconsultes. Lorsque plusieurs personnes s'engagent solidairement envers un créancier commun, elles ne contractent point entre elles, mais avec lui, à moins que le contrat ne contienne quelques clauses relatives aux droits respectifs des coobligés. *Inter correos ipsos, qui invicem non caverunt, nullum negotium gestum videri potest non magis quàm inter extraneos; id est, diversis obligationibus devinctos*, dit Antoine Favre, *Conjectur., lib. 11, cap. 14. Nullum inter correos quà tales negotium gestum est*, dit Huberus, *in Instit. de duobus reis.* S'ils ont un recours les uns vers les autres, pour ce qui excede leur part de la dette et des insolvabilités, ce n'est pas en vertu d'un contrat, qui n'existe point; c'est que la loi, guidée par l'équité, a cru devoir leur accorder ce recours, que le droit romain ne leur accordait pas, précisément parce qu'il n'y avait point de contrat entre eux. Il ne faut pas conclure de cette disposition qu'il existe un contrat fictif entre les coobligés; car, suivant la doctrine du Code, art. 1370, il y a des engagemens qui se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers qui il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; tel est le recours des coobligés les uns contre les autres. Le Code bannit, avec raison, de la jurisprudence, cette fausse doctrine des contrats fictifs.

Au reste, si les coobligés avaient inséré dans l'acte une clause contraire à la cession que le créancier pourrait faire de ses droits à l'un d'entre eux, il est évident qu'il faudrait l'observer, et que la cession ne serait pas valide sans le consentement de tous.

quand même elle eût été faite sans garantie (1693). Si donc il était jugé, sans la faute du subrogé, que les droits du subrogeant n'étaient pas fondés, ce dernier serait obligé de rendre la somme qu'il aurait reçue. Mais il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance (1694).

Et lorsqu'il a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne s'étend pas au tems à venir, si le cédant ne l'a expressément stipulé (1695).

Au contraire, le créancier qui n'a point subrogé, qui s'est borné à recevoir le remboursement d'une créance ou d'un droit douteux, n'est tenu à aucune garantie. En le payant volontairement, on a reconnu la validité de sa prétention : c'est une sorte de transaction qu'on a faite avec lui. Seulement, il pourrait, comme tout créancier, être soumis à la répétition de ce qui, par erreur, aurait été indûment payé, dans les cas où cette action est admise, d'après les art. 1235, 1376 et 1377.

Voilà donc une différence entre la subrogation consentie par le créancier et les autres subrogations. Cette différence est fondée sur la nature des choses. En voici une seconde, qui en résulte également. Le créancier, en cédant

ou en transportant ses droits, ne peut nuire à ses propres créanciers, qui continuent de pouvoir saisir les droits cédés, comme nous l'avons vu, n.° 127, jusqu'à ce que le subrogé soit saisi, à l'égard des tiers, par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation de ce dernier, faite dans un acte authentique (1690).

Au contraire, lorsque la subrogation est consentie par le débiteur, ou accordée par la loi, et opérée par le paiement, les créanciers de l'ancien créancier n'ont plus rien à prétendre sur les droits de ce dernier, qui sont, à leur égard, irrévocablement éteints, quoique la loi, par sa toutepuissance, les fasse subsister, ou leur en substitue de tout semblables en faveur du subrogé.

165. Les autres effets de la subrogation sont communs à toutes les espèces de subrogations. Le subrogé peut exercer dans son nom, et pour son propre compte, tous les droits du subrogeant dont il représente la personne, et les exercer de la même manière que celui-ci le pouvait faire:

Par voie d'exécution parée, si le titre était exécutoire, pourvu que le subrogé ait eu la précaution de faire auparavant signifier la subrogation au débiteur (2214).

Par voie d'action, dans le même tribunal où l'ancien créancier pouvait la porter.

Par voie de contrainte par corps, si le débiteur y était soumis, et sans que ce dernier puisse être admis au bénéfice de cession, dans les cas où l'ancien créancier pouvait l'empêcher.

Si la créance consistait dans le capital d'une rente, la rente continuerait de courir au profit du subrogé. (*V. suprà, n.° 124*). Si la créance produit des intérêts, ils continuent de courir au profit du subrogé, quoiqu'il n'ait pas stipulé d'intérêt en prêtant ses deniers (1).

166. En un mot, le subrogé peut exercer, sans exception, tous les droits que pouvait exercer le subrogeant. Ainsi, par exemple, celui qui a prêté ses deniers, avec subrogation, pour payer le prix d'une vente, peut faire résoudre le contrat, faute de paiement, comme le vendeur lui-même le pouvait faire.

167. Celui qui aurait prêté ses deniers, avec subrogation, pour exercer le réméré ou le ra-

(1) Le prêteur qui n'a point stipulé d'intérêts peut-il en demander, en vertu de la simple subrogation que le débiteur lui a faite, avec promesse d'un emploi qui n'a point été réalisé? Un arrêt rendu par le Parlement de Pau, le 12 juin 1735, jugea la négative; mais ce fut sur des circonstances particulières, et l'avocat-général Fayet, sur les conclusions de qui l'arrêt fut rendu, posa en principe que la subrogation accordée par le débiteur ou par le créancier, produit intérêts en faveur du créancier subrogé, quoiqu'il ne l'ait pas nommément stipulé, si la dette en portait au profit de l'ancien créancier; ce qui est conforme à la justice et aux principes du Code. En n'exécutant pas l'emploi promis, le débiteur s'est soumis aux dommages et intérêts du créancier. Si l'emploi avait été réalisé, les intérêts auraient couru au profit du prêteur.

chat d'une vente, devrait jouir de l'héritage racheté, et faire les fruits siens jusqu'au remboursement. *V. le nouveau Répertoire, verbo* subrogation, *sect.* 2, § 8, *n.°* 12.

168. Le subrogé profite des inscriptions prises au bureau des hypothèques par l'ancien créancier. Si ce dernier n'en avait point pris, le subrogé devrait faire inscrire la créance dans son nom personnel, en référant dans le bordereau, tant les titres authentiques, qui confèrent le droit d'hypothèque à l'ancien créancier, que l'acte de subrogation.

La prudence exige même que le subrogé fasse, dans tous les cas, renouveler l'inscription dans son nom, pour prévenir la mauvaise foi du créancier, qui, de connivence avec les autres créanciers postérieurs, pourrait consentir à la radiation de son inscription. Le conservateur des hypothèques ne pourrait se dispenser de la rayer, parce qu'il ne peut connaître une subrogation qui ne lui est pas notifiée. Cette radiation éteindrait irrévocablement l'hypothèque, nonobstant la subrogation, ainsi que l'a jugé, avec raison, la Cour de Paris, le 29 août 1811. *Sirey, 1812, 2.e part., p. 21.*

169. Quelqu'étendus que soient les effets de la subrogation, « elle ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie : en ce cas, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste

dû, de préférence à celui dont il n'a reçu *qu'un paiement partiel* (1252) ». (1)

Ces dernières expressions prouvent que cette disposition ne doit s'entendre que de ce qui reste dû au créancier, sur la créance acquittée en partie, et non pas de ce qui peut être dû pour une autre créance postérieure en hypothèque. Par exemple, je vous dois, 1.° une somme de 4,000 fr., avec hypothèque sur le fonds cornelien, en date du 1.er janvier 1815; 2.° une autre somme de 4,000 fr., sur la même hypothèque, mais en date du 1.er mars 1815. Paul vous paie 3,000 fr., à valoir à la première créance, et vous le subrogez dans vos droits. Vous serez payé des 1000 fr. qui vous restent dus sur la première créance, de préférence à lui; mais pour la somme de 3,000 fr. qu'il vous a remboursée, il sera payé de préférence à votre seconde créance de 4,000 fr.

La décision serait la même, quand il vous eût entièrement payé la première créance de 4,000 fr., avec subrogation. Il serait préférable à ce qui vous est dû pour la seconde créance : car supposons qu'il existe des créanciers intermédiaires entre votre première et votre seconde créance; Paul, qui a payé la première avec subrogation, leur est préférable, et à vous-

(1) Voyez le Répertoire, verbo *subrogation*, sect. 2, § 8, n.° 7.

même, à plus forte raison, pour ce qui concerne votre seconde créance.

Ces décisions s'appliquent également aux cas de la subrogation légale et de la subrogation consentie par le débiteur.

170. Mais le droit accordé au créancier d'être payé de ce qui lui reste dû, avant celui qui lui a fait un paiement partiel avec subrogation, est un privilége personnel qu'il ne peut céder à un second subrogé. Supposons qu'il vous soit dû 10,000 fr. Vous consentez à recevoir partiellement, le 1.er janvier, 5,000 fr. de Primus, que vous subrogez. Vous avez le droit d'être payé, avant lui, des 5,000 fr. qui vous restent dus. Secundus vous les offre, et vous les recevez, en le subrogeant dans vos droits: il n'aura pas, comme vous l'aviez, celui d'être payé de préférence à Primus; ils seront payés tous les deux par concurrence (1).

171. Et en général, tous les subrogés dans des portions de la même créance, soit hypothécaire, soit privilégiée, viennent en concurrence, en quelque tems que le paiement ait été fait, soit qu'ils aient payé à ce créancier, ou à ses créanciers anciens ou postérieurs. Ceci mérite d'être développé par un exemple

(1) Voyez Renusson, ch. 15, 16, et l'addition au ch. 16; Duparc-Poullain, Principes du droit, t. 7, p. 249, n.° 111; le nouveau Répertoire, verbo *subrogation de personnes*, sect. 2, § 8, n.° 8.

emprunté de notre savant maître Duparc-Poullain, n.° 112.

Un héritage est vendu, avec délégation ou sans délégation, aux créanciers du vendeur, conventionnellement ou par expropriation forcée. L'acquéreur, pour le paiement du prix, emprunte de plusieurs personnes, qu'il subroge dans les formes prescrites. Ces emprunts ne suffisent pas pour payer tout le prix.

Les sommes empruntées sont payées en différens tems; les unes au vendeur, les autres à ses créanciers anciens et nouveaux. Les déclarations d'emploi sont faites exactement dans les quittances. Ainsi, nul doute sur le tems du paiement des deniers de chaque créancier qui a prêté à l'acquéreur, ni sur l'emploi fait à payer tel et tel créancier du vendeur.

L'acquéreur n'étant pas quitte, l'héritage est revendu; dans quel ordre les créanciers seront-ils payés sur le prix?

Le vendeur prétend que, sur le prix de l'héritage qu'il avait vendu, il doit être payé en entier, de préférence à tous ceux qui ont prêté à l'acquéreur.

Ceux-ci prétendent, au contraire, venir en concurrence avec le vendeur, et, de plus, ceux qui ont payé ses créanciers prétendent venir avant lui-même, et ils veulent, enfin, faire

entre eux un ordre suivant l'ancienneté d'hypothèque des créanciers du vendeur; en sorte que ceux qui ont payé les plus anciens soient colloqués les premiers.

D'abord, tous ceux qui ont prêté à l'acquéreur ne l'ont fait que pour payer sa dette, pour l'acquitter envers le vendeur par un paiement fait à ce dernier lui-même, ou, ce qui est indifférent, à ses créanciers. Les prêteurs ont de plus voulu, pour leur sûreté, être subrogés dans les droits du vendeur, et non dans les droits de ses créanciers. L'ancienneté des hypothèques de ceux-ci est donc inutile; elle est étrangère à la subrogation, qui n'a eu pour objet que les droits du vendeur sur l'acquéreur. C'est par la libération de l'acquéreur vers le vendeur qu'elle est opérée. Ainsi, en ce qui concerne cette subrogation, les différens créanciers, dont les deniers ont servi à payer le vendeur, doivent venir en concurrence entre eux, de quelque date que soient les emprunts et les paiemens. Ils ont tous un titre absolument égal pour la subrogation; c'est-à-dire, le paiement fait au vendeur ou à ses créanciers. Leurs droits étant en tout semblables aux droits dans lesquels ils sont subrogés, ne peuvent avoir ni antériorité, ni préférence les uns sur les autres, quoiqu'ils les aient acquis en différens tems;

car tous n'ont acquis que des droits égaux et de même nature.

Enfin, comme la subrogation a pour objet unique l'acquittement de la dette de l'acquéreur envers le vendeur, il en résulte qu'elle ne peut jamais nuire au vendeur. Il doit être payé en entier, avant que la subrogation produise aucun effet. Ainsi, les subrogés ne peuvent venir en concurrence avec lui.

172. En accordant la subrogation de plein droit à celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres, au paiement de la dette, le Code fait évanouir beaucoup de questions, qui naissaient autrefois, lorsque le créancier s'était mis hors d'état de céder ses actions ; il pouvait être repoussé *per exceptionem cedendarum actionum*. *V. Pothier, n.os 280 et 520.*

Mais plusieurs de ces questions se reproduisent à l'occasion de la subrogation légale. On demande donc si, lorsque, *par la faute* du créancier, la subrogation légale, dans tous ses droits et hypothèques, ne peut plus s'opérer en faveur de la caution ou du débiteur solidaire à qui la loi l'accorde de plein droit, cette caution, ce débiteur sont libérés ou déchargés, si le créancier est déchu de son action contre eux, comme il l'était autrefois, par l'exception *cedendarum actionum*.

Il faut distinguer : si c'est par un fait positif

du créancier; par exemple, s'il avait consenti à la radiation des inscriptions prises sur les biens de son débiteur, pour la conservation des hypothèques, alors la caution est déchargée du cautionnement, l'autre débiteur de la solidarité. L'art. 2037 porte : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier, ne peut plus, par *le fait* de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution ».

Mais s'il n'y a que simple négligence ou omission de la part du créancier; par exemple, s'il a négligé de renouveler son inscription, ou même de faire inscrire sa créance sur les registres de la conservation des hypothèques, s'il a laissé prescrire son hypothèque, Pothier pense que la caution n'est pas déchargée, ni le créancier déchu de son action; 1.° parce que cette négligence est commune à la caution, qui pouvait et devait veiller à la conservation de l'hypothèque perdue, qui pouvait sommer le créancier d'agir et le mettre en demeure, pour rejeter la faute sur lui; 2.° parce que le créancier n'avait point contracté, envers la caution, l'obligation de lui conserver tous ses droits et de les lui céder; le cautionnement est un contrat unilatéral, par lequel il n'y a que la caution qui s'oblige; 3.° parce qu'elle a, de son chef, une action contre le débiteur principal qu'elle

a cautionné; qu'il suffit, par conséquent, que le créancier n'ait rien fait contre la bonne foi; parce qu'enfin le créancier qui multiplie ses sûretés, en exigeant une caution, quoiqu'il eût une hypothèque, ne les multiplie que pour son propre intérêt, afin seulement que l'une venant à lui manquer, l'autre au moins lui reste; mais sans s'astreindre à les conserver toutes au profit de la caution, envers laquelle il n'a contracté aucune obligation.

M. Delvincourt, dans son Cours de droit, tom. 2, p. 618, note 7, 2.e édit., pense, au contraire, que la caution est déchargée par la seule négligence du créancier, *s'il a laissé périr les hypothèques*, et que la doctrine de Pothier a été, *comme l'on voit*, proscrite par l'art. 2037.

Il nous est impossible de partager l'opinion de ce savant professeur, parce qu'il nous paraît évident que l'article cité n'a fait au contraire que suivre et consacrer la doctrine de Pothier. Personne n'ignore que les rédacteurs du Code n'ont fait que suivre cet auteur pas à pas dans les chapitres qui traitent des contrats et des obligations conventionnelles. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer son ouvrage au Code. Ils n'ont fait souvent que copier, en l'abrégeant, le texte de cet auteur. Pothier a distingué deux cas différens : la simple négligence du créancier et son *fait* positif; l'omission

et l'action, comprises l'une et l'autre sous le nom général de *faute*. Il soutient que le créancier répond de *son fait*, et non de sa négligence. Par négligence, il entend l'omission de s'opposer à un décret, ou d'interrompre la prescription de l'hypothèque; par *le fait* du créancier, il entend le cas où celui-ci a réellement *agi*, en consentant expressément a décharger les biens du débiteur de son hypothèque.

Or, l'art. 2037 du Code prononce que « la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, *par le fait* (et non par la faute) de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution ». Il nous paraît donc démontré que le Code a suivi la doctrine de Pothier, et a érigé son opinion en loi (1).

Nous renvoyons à la sect. 3, qui traite de la remise de la dette, les questions que peut faire naître la remise ou la décharge consentie à l'un des débiteurs solidaires ou à l'un des fidéjusseurs.

L'exception *cedendarum actionum* peut encore être invoquée en d'autres espèces. Par exemple, je dois à Caius une rente ou une somme sous l'hypothèque des fonds cornelien

(1) La Cour de cassation l'a ainsi pensé dans les considérans d'un arrêt du 10 août 1814, rapporté par Sirey, an 1815, p. 242.

et sempronien; je vends à Caius le fonds cornelien, et à Titius le fonds sempronien. Caius me demande les arrérages ou les intérêts échus, et même le capital, faute de paiement de la rente; mais je suis devenu insolvable. Il s'adresse à Titius, et veut exercer contre lui l'action hypothécaire, pour la totalité de la dette. Il doit être repoussé, par exception, jusqu'à concurrence de la valeur du fonds cornelien. *V. Loiseau, Traité du déguerpissement, liv. 2, ch. 8, n.os 24 et 26.*

§ 3.

De l'imputation des Paiemens.

SOMMAIRE.

173. *Nature et définition de l'imputation.*
174. *Le débiteur peut imputer le paiement sur la dette qu'il veut, mais non d'une manière contraire aux droits du créancier.*
175. *A moins que le créancier n'y consente.*
176. *A défaut d'imputation de la part du débiteur, le créancier peut la faire, mais à l'instant du paiement.*
177. *Une simple surprise suffit pour autoriser le débiteur à revenir contre l'imputation faite par le créancier. Exemple.*

178. Quid, *si la quittance porte à valoir aux différentes créances, etc.?*
179. Quid, *si elle n'en porte aucune?*
180. *Exception au principe que l'imputation se fait sur la dette la plus ruineuse.*
181. *Sur les intérêts plutôt que sur le capital.*
182. *Ce qui surpasse les intérêts s'impute sur le capital, pourvu qu'il soit exigible.*
183. Quid, *si l'imputation était indifférente au débiteur?*
184. *L'imputation se fait sur la dette la plus ancienne.*
185. *Choses égales d'ailleurs, l'imputation se fait proportionnellement sur toutes les créances, et pourquoi.*
186. *A moins que la somme ne provînt d'un bien naturellement affecté à l'une des dettes.*

---

173. *IMPUTER* signifie proprement attribuer quelque chose à une personne, mettre une chose sur son compte, soit à sa charge, soit à sa décharge : c'est déduire une somme d'une autre somme.

Quand un débiteur paie une somme à valoir à ce qu'il doit, la somme payée est déduite de la somme due, et l'obligation est éteinte ou réduite jusqu'à due concurrence. Nulle difficulté, lorsqu'il n'existe qu'une seule dette. Mais s'il y en a plusieurs (1), de laquelle faut-il déduire la somme payée? Laquelle des dettes doit être éteinte par le paiement? Qui, du créancier ou

(1) Quand y a-t-il plusieurs dettes? Voyez ce que nous avons dit t. 6, n.os 686 et suivans.

du débiteur, a le droit de la désigner, et de faire l'application du paiement à une dette plutôt qu'à l'autre?

L'ancienne jurisprudence française avait adopté sur ce point les règles que nous ont transmises les jurisconsultes romains, et le Code les a érigées en lois.

L'imputation est donc l'application d'un paiement à l'une des obligations du débiteur, qui en a plusieurs; c'est l'indication de celle que le paiement doit éteindre ou réduire.

L'imputation se fait par le débiteur, par le créancier ou par la loi.

174. Et d'abord « le débiteur de plusieurs » dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, » quelle dette il entend acquitter (1253) » : car il est le maître de l'emploi de son argent. C'est la règle ancienne (1); elle est fondée en raison.

Néanmoins, il ne peut faire une imputation » contraire aux droits du créancier. Ainsi, dans » les cas où le terme est censé mis au profit du » créancier, aussi bien qu'au profit du débiteur, » celui-ci ne pourrait faire l'imputation sur une » dette qui n'est pas échue, de préférence à une » dette échue.

(1) *Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit. Est in arbitrio solventis dicere, quod potiùs debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum. Possumus enim certam legem illicere ei quod solvimus.* L. 1, ff *de solut.*, 46, 3.

Ainsi, le débiteur de plusieurs années d'arrérages de rentes ou d'intérêts, ne pourrait faire l'imputation d'un paiement sur les dernières années, de préférence aux plus anciennes. *Pothier, n.° 503.*

Ainsi encore, « le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des *arrérages*, ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital, par préférence aux arrérages ou intérêts (1254) ».

175. Néanmoins, si le débiteur avait déclaré qu'il entendait payer sur le capital, le créancier qui aurait bien voulu recevoir à cette condition ne pourrait plus ensuite contester cette imputation. *L. 102, § 1, ff de solut., 46, 3. Pothier, n.° 528.*

176. Si le débiteur ne fait pas l'imputation, le créancier a le droit de la faire, pourvu que ce soit à l'instant même du paiement, et dans la quittance. Il ne pourrait la faire depuis : comme aussi le débiteur, qui n'aurait pas fait l'imputation au moment du paiement, ne pourrait plus la faire arbitrairement sans le consentement du créancier. C'est encore la règle ancienne (1).

(1) *Quotiens verò non dicimus id quod solutum sit, in arbitrio esse accipientis cui potiùs debito acceptum ferat. . . . . Permittitur ergò creditor constituere, in quod velit solutum. . . . . sed constituere in re præsenti, hoc est statim, atque solutum est.* D. L. 1, eod.

Ainsi, « lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente (1255) ».

Il est censé qu'il a bien voulu accepter l'imputation faite par le créancier, puisqu'il pouvait l'empêcher, et qu'il ne l'a pas fait. Il ne peut donc revenir contre cette imputation, *à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier* (1255). Car les lois romaines (1), d'accord avec la morale, en permettant au créancier de faire l'imputation, lorsque le débiteur ne l'a point faite, lui prescrivent de la faire, comme il voudrait qu'on la fît pour lui-même, s'il était débiteur.

177. C'est par ce motif qu'une simple *surprise*, quoiqu'elle n'ait pas le caractère d'un dol, suffit pour autoriser les juges à s'écarter de

Dùm in re agendâ hoc fiat : ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit. L. 2, *eod.*

Cæterum posteà non permittitur. L. 3, *eod.*

(1) *In arbitrio est accipientis, cui potiùs debito acceptum ferat : dùm modò id constituat solutum, in quod ipse si deberet, esse soluturus, quoque debito si exoneraturus esset, si deberet, id est in id debitum, quod non est in controversiâ, aut in illud quod pro alio quis fidejusserat, aut cujus dies nondùm venerat : æquissimum enim visum est creditorem, ità agere rem debitoris, ut suam ageret.* D. L. 1, § *de solut.*, 46, 3.

l'imputation adroitement glissée dans une quittance par un créancier, au préjudice d'un débiteur simple. Pothier, n.° 529, en cite pour exemple la quittance donnée à un paysan par un procureur, qui a imputé le paiement fait par le premier sur une créance qui ne produisait point d'intérêts, plutôt que sur une autre qui en produisait. Si le créancier peut faire l'imputation d'un paiement, lorsqu'elle n'a point été faite par le débiteur, c'est lorsqu'il importe peu à ce dernier qu'elle soit faite sur l'une de ses dettes plutôt que sur l'autre.

Mais lorsque le débiteur a consenti à l'imputation, en recevant la quittance en pleine connaissance de cause et sans surprise, il ne peut contredire cette imputation, quoiqu'elle lui soit préjudiciable, suivant la maxime *volenti non fit injuria*.

178. Si la quittance portait que la somme a été payée au créancier à valoir sur toutes ses différentes créances, cette expression générale n'est censée comprendre que les créances civiles, et non les créances purement naturelles; que les créances actuellement exigibles, et non celles dont le terme n'est pas échu. (*Pothier, n.° 529, in fine*); car qui a terme ne doit rien.

Il nous semble aussi qu'elle ne doit pas comprendre les créances litigieuses et contestées : une quittance n'est pas une transaction.

179. Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, il faut distinguer. Si toutes les dettes n'étaient pas échues, l'imputation doit se faire sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point (1256). On ne présume pas que les parties aient voulu faire une anticipation que le créancier peut empêcher. *L. 3, § 1; l. 103, ff de solut., 46, 3.*

Pothier, n.° 530, proposait une exception à cette règle, dans le cas où la dette non échue, mais près d'échoir, emportait la contrainte par corps. Il pensait qu'alors l'imputation devait se faire sur cette dette, plutôt que sur la dette échue (1). Mais le Code n'ayant point admis cette exception, les tribunaux ne sauraient l'admettre; car, en général, on ne doit admettre ni une exception, ni une distinction qui ne se trouvent pas dans la loi.

Si toutes les dettes étaient pareillement échues, le paiement doit être imputé sur celle que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt (2) d'acquitter (1256).

(1) Le débiteur d'une dette qui se soumet à la contrainte par corps, peut sans doute anticiper le terme, et la payer de préférence à une dette échue, pourvu que le terme ne soit pas censé mis en faveur du créancier aussi bien que du débiteur. Mais si ce dernier n'a pas fait l'imputation, elle doit suivre la règle ordinaire, et être faite d'abord sur la dette échue, plutôt que sur la dette non échue.

(2) C'est la règle ancienne. *In his verò quæ præsenti die debentur, constat, quotiens indistinctè quid solvitur, in graviorem causam videri solutum.* L. 5, ff *de solut.*, 46, 3. La loi 97, *cod.*, développe

Ainsi, l'imputation doit se faire sur la dette qui le soumet à la contrainte par corps, plutôt que sur les autres;

Sur la dette qui produit des intérêts, plutôt que sur celle qui n'en produit point;

Sur une dette hypothécaire, plutôt que sur une chirographaire;

Sur la dette pour laquelle il avait donné des cautions, plutôt que sur celle qu'il devait seul *(LL. 4 et 5, ff de solut.)*, parce qu'il s'acquitte à la fois envers deux créanciers (1);

Sur la dette dont il était débiteur principal, plutôt que sur celle qu'il ne doit qu'en qualité de caution;

Sur celle qui contient une clause pénale, faute de paiement, plutôt que sur les autres, etc.

Le principe que l'imputation doit être faite sur la dette la plus onéreuse au débiteur, est ce principe : *Cùm ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante, potior habebitur causa ejus pecuniæ quæ sub infamiâ debetur; mox ejus quæ pœnam continet : Tertio, quæ sub hypothecâ vel pignore contracta est, post hunc ordinem potior habebitur propria quam aliena causa, veluti fidejussoris : quod veteres ideò definierunt quod verisimile videretur diligentum debitorem admonitu, ità negotium suum gesturum fuisse : si nihil eorum interveniat, vetustior contractus antè solvetur. Si major pecunia numerata sit, quàm ratio singulorum exposcet, nihilominùs primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordine secundo, vel in totum, vel pro parte minuendo videbitur datum.*

(1) Voyez, dans le Recueil d'Augeart, l'arrêt du 3 août 1709, qui jugea que le débiteur n'ayant donné caution que pour la moitié de sa dette, la somme qu'il avait payée à valoir, sans imputation dans la quittance, devait s'imputer sur la partie cautionnée.

fondé sur la présomption que c'est ainsi qu'il en eût agi s'il avait été averti. *Quod veteres ità definierunt quod verisimile videretur diligentem debitorem admonitu, ità negotium suum gesturum fuisse. L. 97, ff eod.*

180. Mais ce principe souffre exception, quand il se trouve en opposition avec les droits du créancier, parce qu'il n'est pas à présumer que ce dernier eût souffert une imputation qui lui préjudicierait, tandis qu'il pouvait l'empêcher.

181. Ainsi, les à-comptes sur une dette qui produit des intérêts doivent s'imputer sur les intérêts (1), plutôt que sur le capital. *Primò in usuras, id quod solvitur, deindè in sortem, accepto feretur. L. 1, cod. de solut., 8, 43.*

L'imputation a lieu sur les intérêts, quand même la quittance porterait que la somme a été payée à compte *du capital et des intérêts. In sortem et usuras.* La clause s'entend alors en ce sens, que la somme est reçue à compte du capital après les intérêts acquittés.

182. Car si la somme payée excède ce qui

(1) On distinguait à Paris, entre les intérêts dus, comme on disait, *ex naturâ rei*, tels que les arrérages de rentes, etc., et les intérêts dus *ex officio judicis*, en vertu d'une condamnation du juge. A l'égard de ces derniers, l'imputation se faisait d'abord sur les intérêts; mais cette distinction, rejetée en Bretagne et dans plusieurs autres parlemens, n'a point été admise par le Code, qui considère l'argent comme susceptible de produire des intérêts.

est dû pour les intérêts, le surplus s'impute sur le principal, quand même l'imputation eût été faite expressément sur les intérêts, sans parler du capital. *LL. 97 et 102, § fin., ff de solut.*

Pourvu néanmoins que ce capital fût exigible, quoique l'époque d'exigibilité en fût retardée par un terme; mais s'il n'était pas exigible, comme dans le cas des rentes constituées, la somme payée au-dessus des arrérages échus ne s'imputerait point sur le capital, qui n'est pas dû, mais seulement remboursable à la volonté du débiteur. Celui-ci pourrait donc répéter, comme payé par erreur, ce qu'il aurait payé de trop, et s'il ne le répétait pas, il serait censé avoir payé à valoir aux arrérages à échoir. Il n'est pas à présumer que le créancier ait consenti au rachat partiel de sa rente, sans une imputation expresse.

183. Si l'imputation est indifférente au débiteur, parce que les dettes *sont d'égale nature*, il faut prendre l'intérêt du créancier en considération. Si la somme donnée en paiement était égale à l'une des créances, et inférieure ou supérieure aux autres, l'imputation devrait être faite sur la première, parce qu'il importe au créancier de ne pas morceler ses créances, et de ne pas recevoir des paiemens partiels.

184. Si la somme était inférieure à toutes les

créances, ou égale à chacune d'elles, il faudrait suivre le cours naturel des choses, et faire l'imputation sur la plus ancienne (1256). *Si nulla causa prægravet, id est, si omnia nomina similia fuerunt, in antiquiorem. L. 5, ff de solut., 45, 3.*

Cette imputation n'est pas indifférente au créancier, parce que le tems de la prescription est plus court pour la créance la plus ancienne. On doit regarder comme telle la plus anciennement échue. *L. 89, § 2.*

185. Enfin, toutes choses égales, l'imputation se fait proportionnellement sur toutes les créances et sur chacune d'elles (1256) *(l. 8, ff de solut.)*, parce que cette imputation peut, en certains cas, intéresser les autres créanciers. Je dois personnellement à Paul 1,000 fr. qu'il m'a prêtés; je lui dois de plus 1,000 fr., comme héritier de mon père. Les deux dettes sont échues. Je paie un à-compte de 1,000 fr., sans imputation de part ni d'autre. Il m'est indifférent sur laquelle des deux dettes l'imputation soit faite. Mais cela n'est point indifférent pour mes autres créanciers : l'imputation faite sur la somme que je dois comme héritier, favorise les autres créanciers du chef de mon père, parce qu'ayant le droit de demander la séparation des patrimoines, contre mes créanciers personnels, leur gage augmente par l'extinction

d'une dette de la succession. Pour tenir la balance égale entre les créanciers, la loi ordonne l'imputation proportionnelle sur les deux créances, qui seront réduites chacune à 500 fr.

186. L'imputation changerait, si je payais 1,000 fr. à Paul, du prix d'un effet de la succession de mon père, que j'ai vendu avec délégation à l'acquéreur d'en payer le prix à Paul, à valoir à ce que je lui dois. L'affectation légale des biens à l'acquit des dettes de la succession, empêcherait naturellement une destination qui opérerait l'imputation du prix sur ma dette en qualité d'héritier, quoique plus dure et plus ancienne. *Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. 5, p. 363.*

La compensation étant un paiement, elle peut donner lieu à des questions d'imputation, que nous renvoyons à la section 4, qui traite de la compensation.

§ 4.

Des offres de Paiement et de la Consignation.

SOMMAIRE.

187. *Les offres suivies de consignation libèrent le débiteur envers son créancier, mais non celui-ci envers ses créanciers opposans.*

188. *Insuffisance des offres verbales ou non réelles, méme signifiées en forme.*

189. *Conditions nécessaires pour la validité des offres; 1.° elles doivent être faites au créancier capable de recevoir, ou à ceux qui ont qualité de recevoir pour lui.*

190. 2.° *Par une personne capable de payer.*

191. 3.° *Elles doivent être intégrales; ce qu'on entend par là.*

192. Quid, *si les frais ne sont pas liquidés?*

193. *Les offres supérieures à la somme due ne sont pas nulles.*

194. *A moins que le débiteur n'ait refusé de faire l'appoint.*

195. 4.° *Il faut que le terme soit échu, s'il est mis en faveur du créancier; 5.° que la condition soit accomplie.*

196. 6.° *Qu'elles soient faites au lieu convenu pour le paiement, et s'il n'y en a point, au domicile ou à la personne du créancier.*

197. Quid, *s'il n'a point élu de domicile au lieu convenu?*

198. Quid, *si la chose convenue est un corps certain?*

199. 7.° *Les offres doivent être faites par un* officier ministériel, *et ce qu'on entend par là.*

200. *S'il doit être assisté de témoins.*

201. *Si elles peuvent être faites par un notaire.*

202. *Les objets offerts doivent être désignés, et comment.*

203. *Le procès-verbal doit référer la réponse du créancier, sa signature ou son refus de signer.*

204. *Où la consignation doit être faite.*

205. *Deux espèces de consignations à distinguer, les forcées et les volontaires. Les règles à suivre en ces deux cas sont différentes.*

206. *Si la dette consiste en une somme d'argent, il n'est pas nécessaire que la consignation soit ordonnée par le juge.*

207 *Quatre conditions nécessaires en ce cas pour la validité de la consignation; 1.° indication des lieu, jour et heure de la consignation, avec sommation de s'y trouver.*

208. *Cas où la consignation peut être faite sans offres, et sans appeler le créancier qui est inconnu.*

209. *2.° Il faut que le débiteur ait déposé la somme avec les intérêts.*

210. *3.° Procès-verbal de dépôt dressé par l'officier ministériel; ce qu'il doit contenir.*

211. *4.° Notification du procès-verbal de dépôt au créancier, avec sommation de le retirer.*

212. *Si l'objet de la dette est un corps certain, il faut en faire ordonner le dépôt, et comment.*

213. *Des consignations judiciaires, lorsque le créancier ne peut recevoir. Dans quels cas la consignation du prix d'une adjudication d'immeubles est forcée.*

214. *Quand l'officier public doit consigner le prix des ventes mobilières, et comment.*

215. *L'adjudicataire d'un immeuble, non chargé de consigner, et tout autre vendeur ou débiteur saisi, doivent faire des offres à l'audience, et faire ordonner la consignation.*

216. *Est-il nécessaire d'appeler à la consignation le créancier et les opposans?*

217. *L'est-il de faire rédiger un procès-verbal par l'officier ministériel, et de le notifier?*

218. *Comment doit être formée la demande en nullité ou validité des offres.*

219. *Qui doit payer les frais des offres réelles?*

220. *Les offres empêchent le débiteur d'être constitué en demeure, ou purgent sa demeure pour l'avenir. Elles empêchent les intérêts de commencer à courir, et la peine d'être encourue.*

221. *Arrêtent-elles le cours des intérêts qui ont commencé de courir?*

222. *D'où est venu le doute.*

223. *Opinion de Dumoulin et de Pothier.*

224. *Arrêts nouveaux qui s'en écartèrent et jugèrent que les offres n'arrêtent pas le cours des intérêts, sur le faux principe que c'est la consignation qui libère le débiteur et non les offres. Injustice de cette décision.*

225. *L'art. 1257 du Code décide que les offres libèrent le débiteur. Raison et justice de cette décision.*

226. *Contradiction entre les art. 1257 et 1259.*

227. *L'art. 816 du Code de procédure déroge à l'art. 1259, et lève ainsi la contradiction.*

228. *Des auteurs respectables ont pensé le contraire. Examen de leur opinion.*

229. *Par* réalisation, *l'art. 816 du Code de procédure entend la* réalisation *des offres, et non la consignation.*

230. *Réfutation des auteurs qui l'entendent autrement, et qui ne sont point d'accord entre eux.*

231. *La diminution survenue dans les espèces depuis les offres est à la perte du créancier.*

232. *Mais, dans tous les cas, il faut que le débiteur ait persisté dans ses offres.*

233. *Quel tems il peut laisser entre les offres et la consignation, pour qu'on n'en induise pas qu'il les a retirées.*

234. *Le débiteur peut-il retirer les deniers consignés? Plusieurs questions sur ce point.*

235. *L'augmentation ou la diminution des espèces depuis la consignation, est pour le compte de la caisse d'amortissement.*

---

187. QUAND un créancier, par quelque motif que ce soit, refuse de recevoir son paiement, ce refus injuste ne doit pas préjudicier au débiteur qui veut s'acquitter. Il peut lui faire

des offres réelles, et au refus du créancier de les accepter, consigner ou déposer la somme ou la chose offerte.

Les offres réelles, suivies d'une consignation, libèrent le débiteur; elles tiennent lieu, *à son égard*, de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier (1257).

Mais remarquez que si *les offres, suivies* de consignation, libèrent le débiteur envers son créancier; si elles tiennent lieu de paiement *à son égard*, elles ne libèrent pas ce dernier envers ses propres créanciers, qui, par des oppositions ou des saisies-arrêts, ont rendu la consignation nécessaire. Si la somme ou la chose déposée vient à périr, par force majeure ou accident fortuit, le tiers débiteur saisi qui les a déposés demeure irrévocablement libéré; mais les créanciers saisissans ou opposans conservent le droit de poursuivre personnellement leur débiteur, et de saisir ses autres biens, à moins qu'il ne les eût mis en état ou en demeure de faire procéder entre eux à la distribution de la somme consignée. et de la retirer. *V. un arrêt de la Cour de cassation, du 16 juin 1813, Sirey, an 1815, p. 300.*

Nous examinerons d'abord ce qui est nécessaire pour la validité des offres, ensuite pour la validité de la consignation.

188. Et d'abord des offres verbales, qui ne consistent que dans la déclaration du débiteur qu'il est prêt à payer, sont insuffisantes, quelqu'expresses qu'elles soient, pour constituer le créancier en demeure, quand même elles seraient consignées par écrit et signifiées en forme. Il faut des offres réelles, c'est-à-dire, accompagnées de la représentation effective des deniers ou des autres choses qu'on doit.

189. L'art. 1258 prescrit les conditions nécessaires pour que les offres réelles soient *valables*. Il faut,

« 1.° Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui »; tel que son tuteur, son mari, etc.

S'il y avait une personne indiquée par le contrat à qui le paiement pût se faire, *adjectus solutionis causâ*, les offres pourraient lui être faites : car le débiteur ayant, par la loi de la convention, le droit de payer à cette personne, il n'est pas obligé d'aller chercher le créancier. *Pothier, n.° 538.*

190. 2.° Il faut que les offres soient faites par une personne capable de payer; car celui qui n'est pas capable de payer n'est pas capable d'offrir : tels sont un interdit, une femme mariée, etc.

191. 3.° Il faut qu'elles soient de la totalité de la

somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire, à moins que la loi de la convention n'accorde au débiteur la faculté de payer par parties; sans quoi, les offres qui ne sont pas intégrales ne peuvent mettre le créancier en demeure de recevoir; car il ne peut être forcé de recevoir partiellement.

192 Il s'éleva au Conseil d'état une discussion, relativement aux frais non liquidés. Tout le monde convenait qu'il est presque impossible d'offrir et de consigner précisément le montant des frais non liquidés; mais on objectait qu'il était injuste d'accorder la libération, dans le cas où il y aurait, par exemple, pour mille écus de frais, sur l'offre d'un seul écu; de faire cesser les intérêts et d'éteindre le capital, tandis que les frais doivent être payés avant tout; qu'il fallait au moins que la somme offerte fût approchante de la vérité, et ne s'en écartât pas au-delà d'une quotité qu'on pourrait fixer. Mais M. Malleville nous apprend qu'on s'en tint à l'ancien usage, et avec raison; car le créancier doit s'imputer de n'avoir pas fait liquider les frais qui lui sont dus. Ainsi, l'offre d'une somme modique, sauf à parfaire, est suffisante.

193. Mais si les offres doivent être de *la*

totalité de la somme exigible, seront-elles nulles, si elles sont plus fortes? Denisart, verbo *offres réelles*, n.° 5, dit que des offres réelles doivent être faites au juste de ce qui est dû; qu'elles ne doivent être ni de plus ni de moins; qu'elles doivent désintéresser le créancier, et ne pas l'exposer, s'il les accepte, à une demande en restitution pour le trop payé.

Après la chute du papier-monnaie, il fut rendu quantité de jugemens, qui annulèrent des offres et des consignations, parce qu'elles contenaient quelque chose au-dessus de la somme due. Mais les principes de la matière n'étaient alors fixés par aucune loi, et l'on saisissait avec empressement le moindre prétexte pour annuler des offres qui n'étaient que de véritables vols faits à des créanciers légitimes, par des débiteurs de mauvaise foi. Cette jurisprudence ne peut se soutenir sous l'empire du Code, qui a fixé d'une manière irrévocable les conditions nécessaires pour la validité des offres. Elles sont nulles, si elles ne sont pas de la *totalité*. Or, cette condition est remplie, si la somme offerte excède cette *totalité;* car le moins est contenu dans le plus; et la nullité des offres n'étant point prononcée lorsque la somme offerte excède la somme due, les juges ne peuvent, sans s'exposer à la censure, créer une nullité qui n'existe point dans la loi. Il faut en dire

autant des autres critiques que l'on pourrait faire contre les offres, ou contre la consignation, lorsque les critiques ne sont pas fondées sur une disposition de la loi.

194. Cependant, si le procès-verbal constatait que le créancier a refusé de recevoir les offres, parce qu'elles excédaient la somme qui lui était due, et qu'il ne pourrait pas rendre l'excédant, et que, sans avoir égard à cette observation, l'huissier ou le débiteur, au lieu de faire l'appoint, avait remporté la somme pour la consigner, les offres devraient être annulées, parce que des offres retirées sans motif légitime, sont regardées comme non avenues.

Mais si, sans observer qu'il existe dans la somme offerte un excédant qu'il ne peut ni ne veut accepter, le créancier se bornait à refuser de recevoir sans en dire la raison, ou s'il se trouvait hors de son domicile au moment des offres, sans qu'on y trouvât une personne chargée de recevoir pour lui, nous ne pouvons penser que l'excès, dans les offres, soit un motif légitime pour en faire prononcer la nullité, sans s'exposer à la censure.

195. 4.° Pour que les offres soient valables, il faut que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier. Nous avons expliqué *suprà*, n.° 80, quand le terme est censé stipulé en faveur du créancier.

5.° Il faut que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée; car l'obligation n'existe pas avant l'évènement de la condition.

196. 6.° Il faut que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le paiement (1), et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement, elles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention.

197. S'il n'en a point élu, il faut assigner le créancier à personne ou domicile, devant son juge naturel, pour le faire condamner d'élire, au lieu convenu pour le paiement, un domicile où le débiteur puisse payer, faute de quoi il lui sera permis de consigner.

198. « Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci pourra obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans quelqu'autre lieu (1264) ».

(1) *Ità demùm oblatio debiti liberationem parit, si eo loco quo debetur, solutio fuerit celebrata.* L. 9, cod. *de solut.*

199. 7.° Il faut « que les offres soient faites par un *officier ministériel* ayant caractère pour ces sortes d'actes ».

Mais qu'est-ce qu'un officier *ministériel?* Ce mot n'était pas usité dans la législation antérieure, au moins dans le sens qu'on lui donne aujourd'hui. Il paraît qu'il faut entendre par officiers *ministériels* en général les fonctionnaires publics, qui sont les ministres inférieurs de la loi; ceux dont on est forcé d'employer le ministère pour certains actes, et qui ne peuvent eux-mêmes le refuser. Les officiers ministériels de la justice contentieuse sont les greffiers, les avoués et les huissiers. (*V. Merlin, nouveau Répertoire, verbo* nullité, *p. 630*). Ce sont eux que, sous le nom générique d'officiers ministériels, les art. 1030 et 1031 du Code de procédure soumettent, suivant l'exigence des cas, aux dommages et intérêts que peut entraîner la nullité des actes qu'ils font. Dans cette classe d'officiers *ministériels*, les avoués n'ont pas caractère pour rapporter un procès-verbal d'offres; les greffiers ne le pourraient faire que dans le cas d'offres réelles faites au créancier présent à l'audience, et dont les juges auraient décerné acte. Ce sont les huissiers qui ont caractère pour se transporter chez le créancier, pour lui faire des offres réelles, et pour constater son refus par un procès-verbal.

200. Le Code de procédure n'exige point qu'ils soient assistés de deux témoins, comme il l'exige pour les procès-verbaux de saisie-exécution, art. 585. Ce qui est d'autant plus étonnant que c'était l'usage ancien, et que le Code de commerce, art. 173, conforme en ce point à l'Ordonnance du commerce, l'exige pour les protêts; mais comme les nullités ne s'étendent point d'un cas à l'autre, il ne paraît pas que le procès-verbal d'offres réelles, rédigé par un huissier non assisté de recors, pût être annulé.

201. Mais les offres peuvent-elles être faites par des notaires? On a cru (1) y apercevoir du doute, fondé sur ce que des auteurs justement estimés, Pothier, Delvincourt et Pigeau, ont dit que les offres doivent être faites par un huissier ou sergent; mais remarquez que ces auteurs n'ont pas dit qu'elles ne peuvent être faites par des notaires. Dans l'ancien usage, les offres pouvaient être faites en concurrence par des huissiers ou par des notaires. Cet usage est attesté par Ferrière, sur l'art. 136 de la Coutume de Paris, gl. 1, n.° 7; par Denisart, verbo *offres*, n.° 15; par Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. 6, p. 116, n.° 156.

Les lois nouvelles ne contiennent pas de disposition qui déroge à cet ancien usage.

(1) Voyez l'ouvrage de M. Carré, sur la procédure, t. 2, quest. 2570.

Au contraire, le Code de commerce, art. 173, donne aux notaires, aussi bien qu'aux huissiers, comme le faisait l'Ordonnance de 1673, le pouvoir de faire des protêts; et quant aux offres, notre art. 1258 veut qu'elles soient faites par des officiers *ministériels*. Cette expression nous paraît comprendre les notaires, qui sont les officiers ministériels de la justice volontaire, comme le sont les huissiers de la justice contentieuse. Les notaires confèrent aux actes le caractère d'authenticité et le droit d'exécution parée. On ne voit donc pas comment on pourrait leur refuser le caractère nécessaire pour rapporter un procès-verbal d'offres : car le but du Code est uniquement d'obtenir la preuve authentique qu'elles ont été faites et refusées.

On a dit que, par un arrêt du 22 août 1809, rapporté par Denevers, an 1810, sup., p. 13, la Cour de Nîmes a décidé qu'il a été dans l'intention de la loi de désigner un huissier. Mais ce n'est point là ce qu'a jugé cet arrêt (1); il a seu-

(1) « Considérant, dit cet arrêt, que l'art. 1259 du Code exige que le procès-verbal de consignation soit dressé par un officier ministériel, ayant le même caractère que celui par lequel l'article précédent veut que les offres réelles soient faites, et que le décret contenant le tarif attribue aux huissiers, art. 59 et 60, des droits pour les originaux et les copies de ces deux sortes d'actes; d'où il résulte que l'acte de dépôt étant *l'ouvrage du receveur des consignations*, et n'ayant point été fait par l'officier ministériel, qui seul en avait reçu le pouvoir de la loi, il y a eu contravention de la part des frères Charpal, et de là suit la nécessité de prononcer l'annulation du dépôt ».

lement jugé que le procès-verbal de consignation doit être rapporté par un officier ministériel, et non par le receveur des consignations. Il annula, en conséquence, une consignation faite par les frères Charpal, sans notaire et sans huissier, et dont le procès-verbal avait été rédigé par le receveur, dans la caisse de qui les fonds furent versés.

Si le procès-verbal d'offres contenait, outre la sommation de les recevoir, une assignation à comparaître devant le juge, soit pour les faire déclarer valides, soit pour obtenir la permission de mettre en dépôt, en quelqu'autre lieu, le corps certain qui fait l'objet de l'obligation (1264), soit pour faire ordonner la consignation, et faire ordonner, en conséquence, la radiation des hypothèques, un huissier seul serait compétent, parce qu'un notaire n'a point de caractère pour donner une citation ou assignation devant un tribunal.

202. Le procès-verbal d'offres doit désigner l'objet offert, de manière qu'on ne puisse lui en substituer un autre. Si ce sont des espèces, il doit en contenir l'énumération et la qualité (C. p., 812), le nombre des pièces, ce qu'elles valent, si c'est de l'or ou de l'argent : si c'est du papier-monnaie, il faut spécifier la valeur de chaque papier, sa série et son numéro.

Si ce sont des choses fongibles, le procès-verbal doit en constater le poids ou la mesure, la nature et la qualité.

203. Le procès-verbal doit faire mention de la réponse, du refus ou de l'acceptation du créancier, et s'il a signé, refusé de signer, ou déclaré ne savoir le faire (C. p., 813).

Si le créancier accepte les offres, l'officier ministériel exécute le paiement, et se charge du titre, qui lui est remis quittancé; et dans ce cas, les frais des offres sont à la charge du débiteur (1248).

204. Si le créancier refuse les offres, le débiteur peut, pour se libérer, consigner la chose ou la somme offerte (C. p., 814); c'est-à-dire, la déposer entre les mains de l'officier public désigné par la loi ou par la justice pour recevoir le prix des meubles et des immeubles vendus judiciairement, tous les deniers et revenus saisis qui donnent lieu à des contestations; enfin, les sommes dont un débiteur veut se libérer, nonobstant les refus ou autres empêchemens qui arrêtent sa libération. On appèle cet officier receveur des consignations.

Henri III établit, au mois de juin 1578, des receveurs des consignations en titres d'offices. Cet établissement occasionna, dans les siècles suivans, un grand nombre d'édits et déclarations, pour régler les droits et les fonctions de

ces receveurs. Tous ces officiers furent supprimés par la loi du 30 septembre 1791, qui ordonna que les fonctions de receveurs des consignations seraient provisoirement exercées par des préposés nommés par les directoires de district.

Ces préposés furent supprimés par la loi du 23 septembre 1793, tit. 1, art. 1. L'art. 5 voulait qu'à l'avenir tout dépôt à faire en vertu de jugement, ou par permission de justice, fût versé, pour Paris, à la caisse générale de la trésorerie nationale, et pour les départemens, aux caisses de district, auxquelles ont depuis succédé les caisses des receveurs généraux des contributions directes.

Mais cet ordre de choses fut encore changé par la loi du 28 nivôse an 13, qui confie à la caisse d'amortissement, et aux préposés qu'elle est chargée d'établir par-tout où besoin sera, la recette des consignations *ordonnées* par la justice ou par l'autorité administrative. Elle est également autorisée à recevoir les consignations *volontaires*. C'est aujourd'hui la loi vivante (1). Elle contient des dispositions très-favorables aux créanciers. La caisse d'amortissement doit tenir compte aux ayans-droit de l'intérêt de

(1) Mais au moment où l'on imprime ceci, le Roi propose, et la Chambre des députés vient d'adopter la création d'une caisse spéciale des consignations, qui sera organisée par une ordonnance du Roi.

chaque somme consignée à raison de 3 pour 100 par an, au lieu qu'autrefois on attribuait un droit de recette aux receveurs des consignations. La caisse d'amortissement répond des sommes consignées dans la caisse de ses préposés, qui sont de plus contraignables par corps, s'ils ne remboursent pas les sommes consignées, dans dix jours après la notification de l'acte ou jugement qui autorise le remboursement. Du reste, les préposés ne peuvent exercer aucune action pour contraindre à exécuter les jugemens ou les décisions qui ont ordonné la consignation.

205. On voit, par cette loi, qu'on peut distinguer plusieurs espèces de consignations :

1.° Les consignations volontaires, faites par un débiteur qui veut se libérer, lorsque le créancier refuse de recevoir ;

2.° Les consignations ordonnées par la justice ou par l'autorité administrative ; par exemple, celles que fait un débiteur, qui veut se libérer, lorsque, par des saisies-arrêts mises entre ses mains, il est empêché de payer à son créancier. On peut les appeler consignations judiciaires.

Il faut ranger dans cette classe la consignation du prix des ventes judiciaires de meubles ; consignation que l'officier public, qui a reçu ce prix en faisant la vente, est obligé de faire à

la charge des oppositions, si, dans le mois, les créanciers ne sont pas convenus de la distribution à faire entre eux par contribution. (Art. 657, C. p.)

Les conditions et les formalités nécessaires pour la validité de ces deux espèces de consignations ne sont pas entièrement les mêmes; les dernières sont dispensées de plusieurs des formalités exigées pour les consignations volontaires dont parle l'art. 1259. Commençons donc par examiner les conditions et les formalités exigées pour la validité de celles-ci.

206. Il faut d'abord distinguer quel est l'objet de la dette. Si elle consiste dans une somme d'argent, ce qui est le cas le plus ordinaire, il n'est pas nécessaire que la consignation soit autorisée par le juge (1259).

Cette disposition ne fait que confirmer l'ancienne jurisprudence, attestée par Pothier, n.° 543, et fondée sur un arrêt du Parlement de Paris, du 11 août 1703, rapporté au Journal des audiences, dans l'ordre de sa date. La Cour de cassation a plusieurs fois rejeté des pourvois contre des jugemens qui avaient déclaré valables des consignations faites sans cette autorisation (1).

(1) Arrêts des 23 nivôse an 6 et 23 thermidor an 8; Sirey, an 10, p. 147; Denevers, t. 1, p. 489.

Cependant, comme il n'y avait pas de loi précise sur cette matière, il s'était introduit des usages contraires en différens lieux, et même à Paris ; et la Cour de cassation, par des arrêts antérieurs à la promulgation du Code, a rejeté le pourvoi contre des jugemens rendus sur ces usages locaux, ou par interprétation de quelques lois romaines, et qui avaient annulé des consignations faites sans l'autorisation de la justice (1). Mais aujourd'hui que le Code a tracé des règles uniformes et impératives, les arrêts qui annuleraient des consignations sur ce motif, pourraient être soumis à la censure.

207. Le Code a réduit à quatre les conditions nécessaires pour la validité d'une consignation volontaire de la première espèce, outre les offres dont nous avons parlé.

Il faut, 1.° qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au créancier, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte sera déposée (1259). Cette sommation se fait ordinairement par le même procès-verbal, qui contient les offres et la sommation de recevoir, à laquelle, en cas de refus, l'huissier ajoute la sommation d'être présent aux lieu, jour et heure de la consignation.

(1) Arrêts des 16 ventôse an 8, 11 prairial an 10; Sirey, an 10, p. 4; Denevers, t. 1, p. 489; le nouveau Répertoire, verbo *consignation*, n.° 24.

Le but de l'indication exigée est de laisser, jusqu'au dernier moment, la faculté de recevoir, et de prévenir la consignation. Quelqu'essentielle que soit cette formalité, elle n'était pourtant prescrite par aucune loi antérieure au Code. Pothier, n.os 543 et 544, enseignait avec raison que cette formalité est indispensable; mais cette opinion n'étant appuyée d'aucune disposition législative, ne paraissait pas suffisante pour motiver la cassation d'un arrêt qui jugeait valide une consignation, sans appeler le créancier pour y être présent, parce qu'aucune loi n'avait été violée (1).

Mais aujourd'hui, d'après les règles impératives prescrites par le Code, l'arrêt qui validerait une consignation volontaire, faite sans y avoir appelé le créancier, ne pourrait échapper à la censure. Nous verrons bientôt si cette disposition s'applique aux consignations de la seconde et de la troisième espèces.

(1) Le 20 floréal an 10, la Cour de cassation rejeta le pourvoi contre un arrêt qui avait déclaré valable une consignation à laquelle le créancier n'avait pas été appellé. Voyez le nouveau Répertoire, verbo *consignation*, n.° 26. Il est vrai qu'il s'agissait d'une consignation ordonnée par un jugement, et le débiteur avait mis le créancier à même de prévenir la consignation, en le faisant sommer d'exécuter le jugement, par lequel il était autorisé à consigner une somme de 33,000 fr., si, dans le jour, le créancier ne la retirait pas des mains du notaire chez qui elle était en dépôt. D'ailleurs, immédiatement après avoir consigné, le débiteur fit signifier le procès-verbal de consignation au créancier. Voyez les Questions de droit de M. Merlin, verbo *consignation*, § 1.

208. Il y a un cas où la consignation volontaire peut être faite sans offres précédentes et sans y appeler le créancier, parce qu'il est inconnu. C'est ce qui arrive dans les engagemens payables au porteur, ou négociables par voie d'endossement. Ce cas n'avait point été prévu par les lois antérieures à la révolution. Il peut néanmoins arriver qu'une variation importante dans les espèces, ou tout autre motif, engage le porteur d'un tel effet à ne pas se présenter, pour en réclamer le paiement au jour de l'échéance, tandis qu'au contraire le débiteur est très-intéressé à se libérer. Les règles à suivre en pareil cas sont tracées par la loi du 6 thermidor an 3 (24 juillet 1795), qui porte: « Tout débiteur de billet à ordre, de lettre de change, billet au porteur et autre effet négociable, dont le porteur ne se sera pas présenté dans les trois jours qui suivront celui de l'échéance, est autorisé à déposer la somme portée au billet, dans les mains du receveur de l'enregistrement (aujourd'hui dans les mains des préposés de la caisse d'amortissement, conformément à l'avis du Conseil d'état, du 13 octobre 1809), dans l'arrondissement duquel l'effet est payable. L'acte de dépôt contiendra la date du billet, celle de l'échéance, et le nom de celui au bénéfice duquel il aura été originairement fait. Le dépôt consommé, le

débiteur ne sera tenu que de remettre l'acte de dépôt en échange du billet. La somme déposée sera remise à celui qui représentera l'acte de dépôt, sans autre formalité que celle de la remise d'icelui et de la signature du receveur. Si le porteur ne sait pas écrire, il en sera fait mention sur les registres ».

M. Pardessus, dans son Cours de droit commercial, tom. 1, p. 209, observe fort bien que cette loi n'a été abrogée par aucune autre postérieure. Ses dispositions sont fondées en raison, et remplissent une lacune existante dans la législation antérieure. Puisque le propriétaire de l'effet négociable est inconnu, il n'est pas possible de lui faire des offres réelles. Cependant, il n'est pas juste que le débiteur, qui veut se libérer, reste dans l'incertitude, pendant tout le tems où il plaît au créancier de garder *l'incognito*. C'est pour tirer le débiteur de cet embarras, que la loi lui permet, après trois jours expirés depuis l'échéance, de consigner la somme due quand bon lui semble; et cela, lors même que le débiteur sait en quelles mains existait le billet au moment de son échéance; car il a pu depuis changer de main (1).

209. 2.° Il faut, pour la validité des consignations volontaires, « que le débiteur se soit

(1) Voyez un arrêt de la Cour de cassation, des 3 brumaire an 8, 12 février 1806; Sirey, t. 1, p. 252, et un arrêt du 7 août 1807.

dessaisi de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi (ou par le juge), avec les intérêts, jusqu'au *jour du dépôt* (1259) », ou plutôt jusqu'au jour de la réalisation des offres. (C. p., 816). (*V. n.os 220 et suiv.*).

210. « 3.° Qu'il y ait eu procès-verbal, dressé par *l'officier ministériel*, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou de sa non comparution, et enfin du dépôt (1259) ».

Le procès-verbal de la nature des espèces a pour but de constater l'identité des espèces consignées et des espèces offertes. C'est pour cela que le Code exige que le procès-verbal soit dressé par *l'officier ministériel*. La consignation pourrait donc être annulée, si le procès-verbal n'était dressé que par le receveur des consignations, ainsi que l'a fort bien jugé la Cour de Nîmes. (*V. suprà, n.° 201*).

Et comme le créancier a, jusqu'au dernier moment, le droit d'empêcher la consignation en recevant, il faut constater son refus, s'il est présent à la consignation, et son absence, s'il n'y est pas.

211. 4.° Enfin, il faut, pour la validité des consignations volontaires, « qu'en cas de non comparution de la part du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié avec sommation de retirer la chose déposée (1259) ».

212. « Si la chose due est un corps certain, qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, le débiteur peut obtenir de la justice la permission de la déposer dans un autre lieu fixé par le jugement (1264).

Il doit faire notifier ce jugement au créancier, en lui indiquant le jour et l'heure où il le fera exécuter, en transportant la chose dans le lieu désigné, où elle demeurera à ses risques, périls et charges.

On procède de la même manière, s'il s'agit d'une quotité de choses fongibles; par exemple, de dix tonneaux de vin, ou de tant de quintaux de grain, etc.

213. Après avoir expliqué ce qui concerne les consignations exécutées sur le refus du créancier qui ne veut pas recevoir, nous passons à celles qui se font lorsque le créancier ne peut recevoir à cause des oppositions ou saisies-arrêts mises aux mains du débiteur qui veut se libérer. Nous avons dit qu'on peut les appeler consignations *judiciaires*, parce que le débiteur doit les faire ordonner par la justice.

Suivant les anciens réglemens, l'adjudicataire d'un immeuble vendu judiciairement était obligé d'en consigner le prix ; et s'il ne le faisait pas, le receveur des consignations pouvait décerner une contrainte contre lui. La consignation était indispensable, toutes les fois que la distribution du prix était soumise à la justice.

Aujourd'hui la consignation n'est indispensable que lorsqu'elle est prescrite par le cahier des charges de l'adjudication. Hors ce cas, l'adjudicataire reste nanti du prix jusqu'à la clôture de l'ordre. L'art. 771 du Code de procédure civile déclare *exécutoires* contre lui les bordereaux de collocation, qui, par suite de la clôture de l'ordre, sont délivrés aux créanciers ; ce qui ne pourrait pas avoir lieu, si l'adjudicataire était obligé de consigner. *V. le nouveau Répertoire, verbo* consignation, *n.° 5*.

Et lors même que le cahier des charges oblige l'adjudicataire de consigner, tous les créanciers présens et majeurs peuvent l'en dispenser. *Ibid., n.° 10.*

214. Le prix des ventes mobilières, faites en vertu d'une saisie-exécution, doit être payé à l'officier public chargé de faire la vente. Il en est personnellement responsable. (625, C. p.)

Mais si, dans le mois, les créanciers ne sont pas convenus de la distribution à faire entre eux par contribution, l'officier qui a fait les

vente est tenu d'en consigner le prix dans la huitaine suivante, à la charge de toutes les oppositions. (C. p., 657).

Cette consignation, non plus que celle que fait l'adjudicataire du prix d'un immeuble, en vertu du cahier des charges, n'est soumise à aucune formalité. Il suffit à l'officier public ou à l'adjudicataire de rapporter la quittance du receveur des consignations.

215. L'adjudicataire d'un immeuble vendu judiciairement, qui reste nanti du prix, quand le cahier des charges ne lui impose pas la loi de consigner, n'est pas obligé de garder ce prix, il peut s'en libérer en le consignant. Il en est de même de l'acquéreur, dans le cas d'une vente volontaire, et de tout autre débiteur, lorsque les sommes qu'ils doivent sont saisies ou arrêtées entre leurs mains par des oppositions, ou lorsqu'il se trouve plusieurs créanciers inscrits. Le débiteur qui se trouve en l'un de ces cas, et qui veut se libérer, ne doit pas alors suivre la marche tracée par le Code, pour les consignations volontaires ; il ne peut faire d'offres valables à la personne du créancier qui ne peut recevoir. Il ne peut également en faire aux créanciers opposans ou inscrits, avant que la justice ait décidé dans quel ordre ils doivent recevoir. Il doit donc intervenir dans l'instance, ou appeler le créancier dont la créance est

saisie, et les créanciers saisissans, opposans ou inscrits, faire des offres réelles à l'audience, et se faire autoriser, par un jugement, à consigner la somme qu'il doit. Après ce jugement, il n'est point obligé de faire de nouvelles offres avant de consigner (1).

216. Mais est-il nécessaire en ce cas, sous peine de nullité, de sommer le créancier saisi, et les créanciers opposans ou inscrits, d'être présens à la consignation, et de leur en indiquer le lieu, le jour et l'heure? La Cour de cassation rejeta, le 18 germinal an 13, le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Rouen, qui avait jugé valide une consignation ordonnée par un jugement, mais exécutée hors la présence du vendeur et de ses créanciers, et sans les y avoir appelés.

Par un autre arrêt du 12 fructidor an 11, la Cour de cassation rejeta le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris, qui avait déclaré nulle une consignation, faute d'y avoir appelé l'une des créancières du vendeur, suivant l'usage constamment observé au Châtelet de Paris, d'appeler à la consignation tous les créanciers opposans. D'après cet usage, la Cour de cassation ne vit, dans l'arrêt attaqué, de contravention expresse à aucune loi.

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 16 ventôse an 11, rapporté dans le nouveau Répertoire, verbo *consignation*, n.° 25.

Mais, par un précédent arrêt, du 12 frimaire an 10, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi de Paul Deshaies, contre un jugement qui déclarait valable la consignation du prix d'une vente faite sans y avoir appelé le vendeur ni les créanciers, « attendu que les » lois qui parlent des consignations *forcées* n'im- » posent à celui qui les fait d'autre obligation que » de consigner, sans faire des offres réelles, sans » signification, et qu'il suffit, dans ce cas, *que* » *les deniers soient en sûreté,* et ne passent point » dans les mains du vendeur au préjudice de » ses créanciers ».

Dans l'espèce de cet arrêt, la consignation était forcée, en vertu de la loi du 5 septembre 1783. Mais M. Merlin, qui rapporte ces différens arrêts dans le nouveau Répertoire, verbo *consignation*, n.° 27, observe avec raison qu'il est indifférent que la consignation soit forcée par un jugement ou par la loi. Il ne paraît donc pas que les consignations ordonnées par un jugement puissent être annulées, lorsqu'elles ont été exécutées sans y appeler les créanciers (1). L'art. 1259, n.° 1, ne s'applique qu'aux consignations volontaires que fait un débiteur à la suite d'offres réelles faites au créancier ayant la capacité de recevoir.

(1) Néanmoins, il est plus prudent de les appeler, en leur

217. S'il n'est pas nécessaire, sous peine de nullité, d'appeler le créancier et les opposans aux consignations forcées, il semble qu'il n'est pas non plus nécessaire qu'il soit rédigé un procès-verbal de consignation par l'officier ministériel, et que la quittance du receveur des consignations peut suffire.

Enfin, il semble qu'il n'est pas indispensable de notifier le procès-verbal de consignation, ou la quittance du receveur des consignations, au créancier et à ses créanciers opposans, comme dans le cas de l'art. 1259, n.° 4. Il suffit que les deniers soient en sûreté et consignés, pour obéir à la justice.

218. La demande qui peut être intentée, soit en validité, soit en nullité des offres ou de la consignation, doit être formée d'après les règles établies pour les demandes principales; elle peut être aussi formée incidemment et par requête. (C. p., 815).

219. Les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables (1260).

faisant signifier le jugement qui ordonne la consignation, avec sommation de se trouver tel jour, à telle heure, chez le receveur, pour être présens à la consignation. Il n'est pas nécessaire, sous peine de nullité, d'observer, dans cette assignation, le délai fixé pour les ajournemens, ni que le récépissé du receveur des consignations soit notifié aux créanciers. Arrêt de la Cour de cassation, du 24 juin 1812; Sirey, an 1812, p. 289.

Cette disposition s'applique évidemment aux offres refusées et suivies de consignation. La faute du créancier, qui refuse des offres valables, doit le soumettre aux frais. C'est aussi ce que veut l'art. 525 du Code de procédure.

Au contraire, si le créancier accepte les offres, nul doute que les frais sont à la charge du débiteur, s'il était obligé de payer au domicile du créancier. C'est au débiteur de payer le mandataire qu'il envoie dans sa place porter son argent. D'ailleurs, les frais du paiement sont à la charge du débiteur (1248). C'est la règle générale.

Mais si le débiteur, qui n'était obligé de payer que chez lui, au lieu d'attendre le créancier, envoie un huissier lui faire des offres réelles, M. Delvincourt pense que les frais des offres, quoiqu'acceptées, sont à la charge du créancier, parce que, dit-il, il est *présumable* que le débiteur ne s'est porté à faire des offres que par suite d'un refus de recevoir à l'amiable. D'ailleurs, ajoute ce savant professeur, les frais de la demande sont à la charge du débiteur, même lorsqu'il paie sur l'exploit. Donc, *à pari*, les frais d'offres acceptées par le créancier doivent être supportés par le créancier.

Nous ne saurions partager cette opinion. Ce sont les offres *contestées* ou refusées que l'article 525 du Code de procédure, et l'art. 1260

du Code civil, mettent à la charge du créancier. Une simple conjecture ne suffit donc pas pour faire supporter au créancier des frais que la loi met à la charge du débiteur. Si celui-ci veut les faire supporter au créancier, il faut donc prouver qu'elles ont été refusées par ce dernier.

Quant aux frais de la demande, que M. Delvincourt met à la charge du débiteur, *même lorsqu'il paie sur exploit*, il faut distinguer : si la dette est payable au domicile du créancier, nul doute que si le débiteur ne va pas payer au terme fixé, les frais de la demande sont à sa charge, même lorsqu'il paie sur exploit. Il est en faute de ne s'être pas transporté au domicile du créancier.

Mais si, conformément à la règle commune, la dette est payable au domicile du débiteur, c'est au créancier d'aller chercher son argent, et c'est à lui de payer le mandataire qu'il envoie dans sa place. Si le débiteur offre de payer à l'huissier, celui-ci ne peut exiger les frais de son exploit ; et si, sous ce prétexte, il refusait de recevoir, le créancier demandeur serait condamné aux frais.

220. L'effet des offres réelles, relativement au débiteur, est de l'empêcher d'être constitué en demeure, ou de purger, pour l'avenir, la demeure qu'il aurait encourue.

Je vous dois 3,000 fr., payables le 1.er janvier. Je me présente au jour de l'échéance, et je vous fais des offres réelles, que vous refusez sur d'injustes prétextes. Vous me faites assigner pour voir déclarer mes offres insuffisantes, et vous demandez que je sois condamné de vous payer avec intérêts du jour de l'assignation. Votre demande doit être rejetée, si mes offres étaient valables, parce que les intérêts ne pouvaient être dus que comme une indemnité du préjudice que vous causerait mon injuste retard. Or, je n'ai pas été en retard un seul moment.

J'avais promis de vous payer 3,000 f. le 1.er janvier, et si je ne les payais pas, de vous donner le fonds cornelien. Au jour de l'échéance, je vous fais des offres réelles de 3,000 fr., que vous refusez injustement. Vous me faites assigner, pour faire déclarer mes offres nulles, et vous demandez que je sois condamné de vous donner le fonds cornelien, faute de vous avoir payé le jour de l'échéance, ou d'avoir consigné. Mais comme il n'a tenu qu'à vous de recevoir au jour fixé, je ne suis point en faute; et comme vous avez eu tort de refuser mes offres, la peine n'est point encourue contre moi. Sur ceci, les auteurs sont d'accord. *V. l. pen., ff de nautti. fæn.*, 22, 2.

221. Mais si les offres réelles suffisent sans

consignation, pour empêcher les peines conventionnelles, ou les intérêts moratoires d'être encourus, suffisent-elles pour interrompre le cours des intérêts conventionnels, qui avaient commencé de courir ?

Avant de répondre, considérons un moment l'effet des offres réelles, relativement au créancier. Elles le constituent *en demeure* de recevoir, et l'effet de la demeure est de mettre la chose aux risques de celui qui est constitué en demeure, de l'y laisser, si elle y était déjà, de le soumettre aux dommages et intérêts, de l'assujétir à indemniser l'autre partie de tout ce que la demeure lui fait perdre (1138). *(Pothier, n.° 143)*. On est encore d'accord sur ces principes.

Pour être conséquent, on doit en conclure en bonne logique, comme en équité, que les offres réelles interrompent le cours des intérêts conventionnels, comme elles empêchent les intérêts moratoires de commencer à courir : car si l'effet de la demeure du débiteur est de le soumettre à payer l'intérêt au créancier, l'effet de la demeure du créancier doit être, à plus forte raison, d'interrompre le cours des intérêts qui couraient. Les lois favorisent toujours le débiteur plus que le créancier ; et si la demeure soumet ce dernier aux dommages et intérêts du débiteur, comme on en convient,

ces dommages et intérêts consistent dans la remise des intérêts, qui auraient cessé, si le créancier avait reçu. L'équité ne permet pas qu'il retire aucun profit de la faute qu'il a faite en refusant de recevoir.

222. Si l'on s'en tenait au simple raisonnement et à l'équité, il ne semblerait donc pas qu'il dût s'élever des difficultés sur ce point. Cependant il s'en est élevé de très-sérieuses dans tous les tems; et ces difficultés, comme en beaucoup d'autres points de jurisprudence, sont venues de l'embarras de concilier quelques lois romaines. On en trouve qui disent assez clairement que les offres réelles interrompent le cours des intérêts du jour où elles ont été faites. « *Si creditrici ea quæ ex causá pignoris obligatam sibi rem tenuit, pecuniam debitam cum usuris, testibus præsentibus obtulisti; eâque non accipiente, obsignatam eam deposuisti, usuras* EX EO TEMPORE *quo obtulisti præstare non cogeris, etc.*, dit la loi 6, *cod. de usuris*, 4, 32. On peut aussi voir la loi 122, § 5, ff *de V. O.*, 45, 1.

223. Mais d'autres lois paraissent opposées, et les anciens interprètes, après s'être beaucoup tourmentés pour concilier tous ces textes, finirent par embrasser l'opinion que les offres réelles ne suffisent pas pour arrêter le cours des intérêts.

Dumoulin (1), dont le génie indépendant ne se laissait imposer par aucune autorité, embrassa l'opinion contraire, et prouva, dans son Traité *de usuris*, question 39, n.° 296, que, suivant les lois et l'équité, les offres réelles arrêtent de plein droit le cours des intérêts. Mais ni sa grande autorité, ni sa profonde dialectique, ne firent cesser la controverse. Les docteurs ont continué de disputer, et ne cesseront de le faire que lorsque, renonçant à vouloir concilier des textes inconciliables, on conviendra de s'arrêter à celui qui se trouve le plus conforme à la raison et à l'équité (2).

224. En droit français, plusieurs praticiens enseignent que, suivant l'usage ancien, les intérêts et arrérages cessaient du jour des offres réelles; mais que, par une jurisprudence nouvelle, ce n'était plus que du jour de la consignation, et non du jour des offres, que cessait le cours des arrérages et intérêts, suivant deux arrêts, des 14 février 1739 et 20 mars 1767, rapportés le premier, par Lacombe, verbo

(1) Suivi par Pothier, Traité du contrat de constitution, n.° 209. Il en donne une raison fondée sur l'équité et sur les règles de droit : *In omnibus causis, pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit, quominùs fiat.* L. 39, ff *de R. J.*

(2) Si on veut voir tout ce qui a été dit en droit romain sur la question qui nous occupe, on peut consulter, outre Dumoulin, Cujas, Voët, *de usuris*, n.° 17, lib. 22, tit. 1; Noodt, *Tractat. de fenore et usuris*, lib. 3, cap. 15, et les auteurs qu'ils citent.

consignation, n.° 1; le second, par Denisart, verbo *intérêts*, n.° 4.

On disait, pour cette jurisprudence nouvelle, que ce n'est que la consignation qui opère la libération du débiteur; que s'il continue, jusqu'à la consignation, de jouir de la somme offerte, il est juste qu'il continue d'en payer l'intérêt.

On pourrait répondre, même en supposant que le débiteur n'est libéré que par la consignation, qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit libéré du capital, pour être dégagé des intérêts; qu'il en doit être dégagé par les offres, puisqu'elles prouvent qu'il avait recueilli ses fonds, qui dès lors ont cessé d'être utilement employés à son profit, sans qu'il puisse en faire un second emploi, puisqu'ils sont destinés à être consignés; qu'il est donc injuste d'obliger le débiteur à payer les intérêts d'une somme dont il ne retire plus aucune utilité; que cette obligation peut même devenir un piége pour le débiteur le plus diligent; pour celui, par exemple, qui consigne le lendemain des offres; car rien n'est plus facile que d'oublier d'ajouter aux offres de la veille le faible prorata d'un jour d'intérêts, dont l'omission néanmoins entraînerait la nullité de la consignation.

225. Ce fut sans doute par ces raisons que,

pour faire cesser la controverse, et pour enlever à ceux qui soutenaient que les offres n'arrêtaient pas le cours des intérêts, le fondement subtil de leur opinion, nos législateurs se portèrent à rejeter le principe prétendu que le débiteur n'est libéré que par la consignation, et non par les offres.

Les offres réelles, suivies de consignation, libèrent le débiteur, dit au contraire, et très-énergiquement, l'art. 1257 du Code civil. Il ajoute qu'*elles tiennent à son égard lieu de paiement;* ce qui est conforme à la règle de droit, qui veut, dans tous les cas, qu'on répute fait tout ce que l'adversaire vous a empêché de faire. *In omnibus causis, pro facto accipitur id, in quo per alium mora sit, quominùs fiat. L. 39, ff de R. J.*

Remarquez que le Code ne dit pas *la consignation précédée* des offres *libère* le débiteur; mais LES OFFRES *suivies* de consignation. Ce sont donc *les offres réelles* qui libèrent le débiteur et lui tiennent lieu de *paiement*, parce que le paiement est censé effectué du moment où le créancier l'a empêché de le faire; *pro facto accipitur.* Le débiteur est donc libéré avant la consignation, et par conséquent, les intérêts ont cessé de courir; car il serait trop absurde de dire qu'ils continuent de courir après la libération du débiteur.

226. Cependant, par l'une de ces contradictions qui échappent trop souvent à la fragilité de l'esprit humain, l'art. 1259 porte, n.° 2, que le débiteur doit consigner la somme principale, avec *l'intérêt jusqu'au jour du dépôt.* Il y a contradiction évidente entre cette disposition et l'art. 1257; car si le débiteur est libéré par les offres suivies de consignation, les intérêts ont cessé de courir du jour de la libération ou des offres; et si les intérêts courent jusqu'au jour de la consignation du dépôt, le débiteur n'est pas libéré par les offres suivies de consignation.

227. Cette contradiction a été sentie, et pour la faire cesser, le Code de procédure, art. 816, porte : « Le jugement qui *déclare les offres va-*
» *lables*, ordonnera, dans le cas où la consi-
» gnation n'aurait pas encore eu lieu, que *faute*
» *par le créancier d'avoir reçu la somme* ou la
» chose offerte, elle sera consignée; il prononcera la cessation des intérêts, *du jour de la*
» *réalisation* ».

Il nous paraît clair que cet article déroge à l'art. 1259 du Code civil, et que sa disposition fait disparaître la contradiction que nous avons remarquée entre ce dernier article et l'art. 1257 du Code civil (1).

(1) On pourrait opposer que l'art. 814 du Code de procédure dit qu'après le procès-verbal d'offres, le débiteur peut, pour *se libérer*, consigner dans les formes prescrites par l'art. 1259 du Code

228. Cependant, des jurisconsultes d'un mérite éminent, à qui cette contradiction a échappé, n'ont aperçu de contrariété qu'entre l'art. 1259 du Code civil, et l'art. 816 du Code de procédure. Pour les concilier, ils ont soutenu que, *par le jour de la réalisation*, le Code de procédure entend *le jour du dépôt*. Le respect que nous devons à l'opinion de ces hommes savans, nous impose le devoir de peser leur opinion avec la plus grande attention.

D'abord si, comme il paraît évident, il existe une contradiction entre les art. 1257 et 1259, elle continue de subsister dans la législation, si l'art. 816 du Code de procédure est conforme à l'art. 1259. Cette contradiction disparaît en suivant notre opinion. Voyons les raisons de l'opinion contraire; et d'abord, voyons ce que le Code de procédure entend par *le jour de la réalisation*.

229. *Réaliser*, dans l'acception propre et naturelle de ce mot, c'est rendre réel et effectif

civil; mais loin d'être contraire à l'art. 1257 du Code civil, l'art. 814 du Code de procédure ne fait qu'en indiquer le mode d'exécution. Le premier dit que *les offres suivies* de consignation *libèrent* le débiteur; le second dit qu'après les *offres* faites, le débiteur doit consigner *pour se libérer*. Ainsi, correspondance parfaite entre les deux articles; car, si la consignation *ne suit pas les offres*, elles ne libèrent pas le débiteur; ce ne sont que les offres suivies de la consignation qui libèrent. L'art. 814 ne dit pas que la libération ne remonte point au jour de la *réalisation* des offres; mais l'art. 816 le dit positivement.

ce qui n'était qu'un projet. J'offre de vous payer ce que je vous dois. Il n'y a encore rien de réel dans cette offre, tandis qu'elle reste sur mes lèvres, et jusqu'à ce que je l'aie effectuée et rendue réelle, en vous présentant, en vous exhibant la chose ou la somme due, de manière à vous mettre à même de vous en ressaisir. C'est alors que mes offres labiales deviennent réelles, ou qu'elles sont *réalisées*.

Faire des *offres réelles*, ou réaliser des offres, car ce sont des expressions parfaitement synonymes, ce n'est donc pas autre chose que présenter ou exhiber effectivement la chose due au créancier, en le pressant de la recevoir, et la *réalisation* des offres n'est pas autre chose que cette présentation ou cette exhibition. Voilà ce qu'on a toujours entendu par des *offres réelles*.

Si le créancier refuse les offres ainsi réalisées, le débiteur peut consigner de suite, et sans jugement préalable. On pensait autrefois qu'il ne le pouvait pas. Il était d'usage de faire assigner le créancier à l'audience, pour voir décerner acte de la répétition des offres, et faire ordonner la consignation. L'avoué du débiteur, en prenant ses conclusions, répétait à l'audience les offres précédemment faites, en représentant de nouveau la somme offerte à deniers découverts. On appelait cette répétition

la *réalisation* des offres à l'audience, ou simplement la *réalisation*. C'était une seconde réalisation des mêmes offres.

Ainsi, ce mot avait deux acceptions entièrement analogues. Il signifiait, 1.° les offres faites à la personne ou au domicile du créancier qui les avait refusées; 2.° la répétition de ces offres à l'audience, pour faire ordonner la consignation.

Voyons maintenant ce qu'on doit entendre par le jour de la réalisation, dans l'art. 816 du Code de procédure, qui porte, comme nous l'avons vu, que le jugement qui déclarera les offres valables, prononcera la cessation des intérêts du jour *de la réalisation*.

230. M. Tarrible (1) pense qu'il faut entendre la *réalisation* du dépôt, et non la réalisation des offres. Sa raison est que l'art. 1259 du Code civil décide que les intérêts sont dus jusqu'au jour *du dépôt*, et que les offres, quoique déclarées valables, ne pouvant éteindre la dette, ne peuvent arrêter le cours des intérêts, jusqu'à la consignation, qui consomme la libération.

Nous avons répondu d'avance à ce raisonnement, en faisant voir qu'il n'est pas nécessaire que la libération soit consommée pour faire cesser les intérêts; que l'équité exige même

(1) Dans son rapport sur le livre 1.er de la seconde partie du Code de procédure, édit. de F. Didot, p. 298.

qu'ils cessent du jour des offres réelles, parce qu'elles prouvent que la somme a cessé d'être utilement employée par ce débiteur, et parce qu'enfin le paiement est censé fait, *pro facto accipitur*, du moment où il a été refusé; que c'est par ce motif que l'art. 1257 pose en principe que le débiteur est libéré par les offres jugées valables, et que la disposition du Code de procédure a eu pour objet de faire cesser la contrariété qui existe entre cet article et l'article 1259.

L'interprétation que donne M. Tarrible aux dernières expressions de l'art. 816, *du jour de la réalisation*, est contraire à la contexture de cet article; car on ne peut, sans faire violence au texte, rapporter la réalisation dont il parle qu'à la *réalisation des offres*. « Le jugement qui déclarera *les offres valables*....., prononcera, dit-il, la cessation des intérêts du jour de la *réalisation* ». C'est donc évidemment de la *réalisation* des offres que parle cette disposition.

On le nie, par la raison que le Code civil dit expressément que les intérêts doivent être payés jusqu'au jour du dépôt. Mais c'est mettre en principe ce qui est en question. Sans doute le Code civil le dit, et si l'on n'avait pas voulu dire autre chose, il eût été au moins fort inutile d'en répéter la disposition, qui se fût trouvée maintenue par l'art. 818, où il est ajouté : « *Le*

surplus est réglé par les dispositions du Code civil ».

Le Code de procédure a donc entendu ajouter ou déroger au Code civil. Il y a réellement fait plusieurs additions, en développant, dans les art. 812 et suivans, la forme du procès-verbal d'offres, et la manière d'intenter la demande, soit en validité, soit en nullité des offres. Il y a dérogé, dans l'art. 816, en ordonnant que le jugement qui déclarera *les offres valables*, prononcera la cessation des intérêts du jour de la *réalisation*. Le Code civil portait qu'ils seront payés jusqu'au jour du *dépôt*. Si l'on n'avait pas voulu déroger à cette disposition, il était inutile de la répéter, et absurde de la répéter en termes plus qu'équivoques, en termes que jamais les lois ni les auteurs n'ont employés dans cette acception : car on croit pouvoir assurer qu'on ne citera pas un seul exemple du mot *réalisation*, employé en cette matière comme synonyme de *dépôt* ou de *consignation*. Il aurait donc suffi de l'art. 818, qui porte : « *Le surplus* est réglé par le Code civil ».

Enfin, à quoi tendent les efforts que l'on fait pour tâcher d'établir, contre l'usage universel, que la réalisation et le dépôt sont une seule et même chose? à ravir au législateur l'honneur d'avoir fait au Code civil une dérogation conforme à l'équité, et nécessaire pour

mettre ses autres dispositions dans une parfaite harmonie? en un mot, pour faire cesser la contradiction existante entre les art. 1257 et 1259 du Code civil?

M. Pigeau combat l'opinion de M. Tarrible, parce qu'on a, dit-il, toujours distingué *la réalisation* de *la consignation.* En ce point, il a parfaitement raison; mais il pense que le Code de procédure n'a point dérogé au Code civil; il les concilie par une distinction, en appliquant la disposition de celui-ci aux consignations volontaires, et la disposition de celui-là aux consignations ordonnées par un jugement. Suivant son opinion, il faudrait, dans les consignations volontaires, payer les intérêts jusqu'au jour du dépôt; et dans les autres, jusqu'au jour du jugement qui donne acte au débiteur de la représentation qu'il fait en justice de la somme qu'il doit consigner. C'est ce jugement, suivant lui, que les commissaires rédacteurs ont entendu indiquer par le mot de *réalisation.*

M. Delvincourt a fort bien prouvé que cette distinction n'est fondée sur aucun motif raisonnable; mais ne voulant voir, dans le Code de procédure, de dérogation au Code civil qu'autant, dit-il, qu'elle y est *formellement exprimée*, il finit par dire, comme M. Tarrible, que par la *réalisation* dont parle la disposition de

l'art. 816, il faut entendre le dépôt ou la consignation. Nous croyons avoir prouvé que cette opinion n'est pas fondée. Nous pensons que ce mot de *réalisation* doit être pris dans son sens naturel, pour la réalisation des offres faites à la personne ou au domicile du créancier, et qu'en ce point, le Code de procédure a voulu déroger au Code civil, et en rectifier les dispositions. En ceci, le Code de procédure s'est rapproché des vrais principes, comme nous l'avons prouvé; il s'est encore rapproché de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a pensé, avec raison, que les intérêts courus depuis les premières offres, doivent être pour le compte de celui qui a occasionné le retard de la consignation, comme on peut le voir par l'espèce suivante:

La veuve Prégermain, pour se libérer du prix d'une maison qu'elle avait acquise, fit, le 15 prairial an 2, des offres réelles du prix principal de son acquisition, et des intérêts courus depuis son adjudication. Elle obtint ensuite deux jugemens contre les créanciers du vendeur; le premier par défaut; le second contradictoire, par lequel elle fut autorisée à consigner. Elle consigna en effet le 19 frimaire an 3; mais elle n'ajouta point à ses premières offres les intérêts courus jusqu'à la consignation.

Le syndic des créanciers soutint que la

consignation était nulle, parce que les intérêts étant dus jusqu'au jour du dépôt, elle n'était pas intégrale. Sa demande fut rejetée le 9 nivôse an 9, par le tribunal d'appel de Paris; et la Cour de cassation confirma ce jugement le 27 floréal an 10, par la considération « qu'il a été constaté que le retard qui avait eu lieu depuis les offres jusqu'à la consignation, ne provenait pas du fait de la veuve Prégermain, et avait été occasionné par les créanciers, qui s'étaient opposés à la consignation, et qu'il n'y a aucune loi qui prohibe aux juges de faire supporter les intérêts du retard à ceux qui y ont donné lieu ». L'arrêt est rapporté dans le recueil de Sirey, an 10, p. 301.

231. Si la demeure du créancier qui refuse des offres valables arrête le cours des intérêts, elle met aussi la chose offerte à ses risques: c'est le principal effet de la demeure, suivant la dernière disposition de l'art. 1138. Il en résulte qu'il doit supporter la diminution survenue dans les espèces.

Le 11 septembre 1810, pour demeurer quitte de 1,200 fr. que je vous devais, je vous fais offre réelle de deux cents pièces de six livres; j'y ajoute l'appoint de trois deniers à chaque livre, afin de les porter à la valeur de francs, suivant la loi du 7 floréal an 7, art. 4; et sur votre refus de recevoir, je vous somme de

vous trouver, le 15 du même mois, au bureau de la consignation, à dix heures du matin, pour y voir déposer mes deniers. Le surlendemain, 13 septembre 1810, est publié le décret qui ordonne que les pièces de six livres ne seront plus reçues que pour 5 fr. 80c.; ce qui ne m'empêche point de consigner, le 15, la somme que je vous avais offerte le 11. Nul doute que ma consignation soit valide, parce que la diminution survenue dans les pièces de six livres est au compte du créancier; car, du moment où il les a refusés sans motifs légitimes, les deux cents écus de six livres sont devenus à ses risques, comme des corps certains, *tanquàm certa corpora*, et le paiement qu'il a refusé est censé fait, *pro facto accipitur.*

232. Mais pour arrêter le cours des intérêts, et mettre les espèces au risque du créancier, il faut que le débiteur ait persisté dans ses offres réelles, et qu'elles aient été suivies de consignation : des offres retirées sont considérées comme non avenues.

233. La loi n'a point déterminé le tems où doit être faite la consignation. C'est au magistrat à juger, par les circonstances, si le tems qui s'est écoulé entre les offres et la consignation suffit pour en induire que le débiteur n'a pas persisté, et qu'il a continué d'employer à son profit la somme offerte ostensiblement.

Il nous semble qu'il faut sur cela faire une distinction. Si le procès-verbal d'offres n'est suivi d'aucune demande en nullité, ni en validité, le débiteur, qui se détermine à faire la consignation sans jugement, doit consigner de suite, sans autre délai que celui qui est nécessaire pour donner au créancier le tems de se rendre au bureau de la consignation. Si, en faisant des offres, le débiteur indiquait pour la consignation un tems évidemment trop long, un mois, par exemple, il serait évident que c'est une fraude, qui n'a eu d'autre objet que de gagner un mois d'intérêts. Le débiteur devrait donc être condamné aux intérêts du tems intermédiaire jusqu'au jour du dépôt.

Si la réalisation des premières offres est suivie d'une instance sur la demande, soit en nullité, soit en validité, et que les offres soient jugées valables, quelque longue qu'ait été l'instance, le débiteur, qui a eu le soin de répéter ses offres réelles à l'audience, n'est pas tenu de consigner pour arrêter le cours des intérêts, suivant l'art. 816 du Code de procédure. Il suffit que le débiteur ait toujours persisté dans ses offres; *si non cessasset pecuniam offerre, jure usuras non deberi*, dit la loi 122, § 5, ff *de V. O.*; et cela, quand même la première instance eût été suivie d'une seconde sur l'appel du créancier, comme dans l'espèce de la loi

citée. La raison en est qu'on ne peut reprocher au débiteur d'avoir attendu l'issue d'un procès toujours douteux, *propter aleam judiciorum*, pour déposer des deniers que le créancier est en faute de n'avoir pas reçus plus tôt.

234. L'effet des offres valables, suivies de consignation, est d'opérer la libération du débiteur aussi complètement que s'il avait remis ses deniers au créancier en personne. De là est née la question de savoir s'il peut retirer ses espèces après les avoir consignées.

Le Code a suivi sur ce point les principes que nous avons expliqués dans le sixième volume, n.° 24, relativement à la manière dont se forment les conventions. Les offres, même suivies de consignation, ne sont point suffisantes pour conférer un droit parfait contre celui qui les a faites; il peut les rétracter, tant qu'elles n'ont point encore été acceptées. Ainsi, « tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer, et s'il la retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libérés (1261) ».

Le préposé de la caisse d'amortissement, où les deniers ont été versés volontairement, doit les rendre à la première réquisition, sans pouvoir exiger autre chose que son propre récépissé, revêtu de la décharge du consignateur, à moins que la consignation n'eût été suivie

d'une acceptation, ou d'une opposition dûment notifiée au receveur de la caisse où la consignation a été faite. *V. l'avis du Conseil d'état, approuvé le 16 mai 1810, art. 1.*

Dans le cas d'une acceptation ou d'une opposition notifiée, le receveur ne peut rembourser qu'à la vue et sur la remise d'un jugement (passé en force de chose jugée), ou d'un acte notarié contenant le consentement des tiers acceptans ou opposans. *Ibid., art. 2.*

Mais « lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement *passé en force de chose jugée*, qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation, au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions (1262) ».

Il paraîtrait résulter de cet article que le débiteur peut retirer ses deniers, même après le jugement qui déclare la consignation valable, jusqu'à ce que le jugement ait acquis la force de la chose jugée. Mais cet article doit être interprété par la loi du 28 nivôse an 13, relative aux consignations, qui ordonne, art. 4, que « le remboursement des sommes consignées s'effectuera dans le lieu où la consignation a été faite, dix jours après la notification faite au préposé de la caisse d'amortissement, *de l'acte ou jugement* qui en aura autorisé le remboursement ».

Ainsi, lorsque la consignation a été faite en vertu d'un jugement ou d'une décision administrative, le consignateur ne peut la retirer, et le receveur ne peut la rembourser sur la simple remise de son récépissé, revêtu de la décharge du consignateur. Si celui-ci veut retirer ses deniers, il doit présenter un acte ou un jugement qui en autorise le remboursement.

Mais supposons que le receveur ignore le jugement qui déclare la consignation valable. Je vous fais des offres réelles que vous refusez; je me hâte de consigner; puis je vous assigne en validité des offres et de la consignation. Nul doute que cette procédure, inconnue du receveur, ainsi que le jugement intervenu, qui ne lui a point été notifié, ne peut l'empêcher de rembourser la consignation, sur la simple remise de son récépissé; mais en ce cas, les codébiteurs et cautions ne seront pas déchargés, si la consignation a été retirée, et le remboursement fait avant le jugement; car le jugement qui déclare valable une consignation qui n'existait plus, ne peut produire aucun effet.

Si, au contraire, la consignation a été retirée depuis le jugement qui la déclarait valable, et dont le receveur ignorait l'existence, il faut distinguer : les codébiteurs et cautions ont été irrévocablement libérés au moment où le

jugement a été rendu, s'il était en dernier ressort. Le retirement des deniers fait depuis ne peut donc leur nuire.

Mais ils ne sont pas libérés, si le jugement n'était pas en dernier ressort ; car il ne peut plus acquérir la force de la chose jugée, comme l'exige l'art. 1262, pour opérer irrévocablement la libération des codébiteurs et cautions.

« Le créancier qui a consenti que le débiteur retirât sa consignation, après qu'elle a été déclarée valable par un jugement qui a acquis force de la chose jugée, ne peut plus, pour le paiement de sa créance, exercer les priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés. Il n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée, aura été revêtu des formes requises pour emporter hypothèque (1263) ».

235. L'art. 1257 du Code porte que la chose consignée demeure aux risques du créancier. Il en résulte, comme nous l'avons déjà observé, que la diminution et l'augmentation dans les espèces étaient pour le compte du créancier. Nul doute sur ce point, dans l'ordre établi avant et lors de la promulgation du Code. Les deniers consignés étaient considérés comme un dépôt entre les mains du receveur des consignations. Il ne devait pas les employer à son profit; il était même payé pour la garde de ce dépôt; mais la

loi du 28 nivôse an 13 a changé cet ordre de choses : en recevant les deniers consignés, la caisse d'amortissement les fait valoir à son profit ; elle tient compte de l'intérêt à raison de trois pour cent par an. Les sommes consignées ne sont donc plus un dépôt dans cette caisse ; elle devient propriétaire des espèces, et n'est tenue qu'à rendre la même valeur : d'où il nous paraît résulter que la diminution et l'augmentation survenues dans les espèces depuis la consignation, sont pour le compte de la caisse.

§ 5.

De la Cession des Biens.

SOMMAIRE.

236. *Ce que c'est que la cession en général.*
237. *Elle est volontaire ou forcée, autrement judiciaire.*
238. *La volontaire est un contrat synallagmatique d'une nature particulière, appelé aussi contrat d'abandonnement.*
239. *Effets de la mise en possession des biens abandonnés.*
240. *Différences du contrat d'abandonnement et du contrat d'atermoiement.*
241. *Différences du contrat* d'abandonnement *et de* l'abandon, *ou don en paiement.*
242. *Différences de l'abandonnement et de l'antichrèse.*

243. *Si les biens compris dans l'abandonnement sont insuffisans, les créanciers peuvent exercer leurs droits sur les biens qui surviennent au débiteur.*

244. *Le débiteur a droit de rentrer dans la possession des biens abandonnés, en payant ce qu'il doit, avec les intérêts et frais.*

245. *Si le prix de la vente des biens abandonnés surpasse les créances, les créanciers rendent le surplus.*

246. *Les biens abandonnés font partie de la succession du débiteur.*

247. *Sa mort donne ouverture aux droits de mutation. Qui doit les payer?*

248. *Les créanciers de ceux à qui les biens sont abandonnés n'acquièrent point d'hypothèque sur ces biens.*

249. *Le contrat d'abandonnement ne donne ouverture qu'à un droit fixe au profit du fisc.*

250. *L'abandonnement n'est point le délaissement par hypothèque, ni le déguerpissement.*

251. *Si ce contrat est fait avec plusieurs créanciers, il est presque nécessaire de former une* direction *ou contrat* d'union. *Ce que c'est, et son objet.*

252. *Le contrat d'abandonnement ou d'atermoiement doit être consenti par tous les créanciers.*

253. Secùs *en matière de commerce, où la minorité des créanciers chirographaires est liée par la majorité. Quelles formalités suivre en pareil cas.*

254. *Le Code de commerce ne s'applique point à la déconfiture.*

255. *Quand le débiteur est réduit à la cession judiciaire. Ce que c'est, et son origine.*

256. *Le débiteur doit abandonner tous ses biens.*

257. *Le Code de commerce accorde, en certains cas,* au failli, *une provision à titre de secours; disposition qui ne s'applique point au cas de déconfiture.*

258. *Le bénéfice de compétence*, competentiæ, *accordé par le droit romain sur les biens acquis depuis la cession, n'est point accordé par le droit français.*

259. *Ce que doit faire le débiteur pour obtenir la cession judiciaire.*

260. *Après sa demande formée, le débiteur peut quelquefois obtenir un sursis.*

261. *Mais non faire anéantir l'effet des poursuites déjà exercées.*

262. *Les créanciers ne peuvent refuser la cession que dans les cas ordonnés par la loi. Quels sont ces cas.*

263. *L'étranger autorisé à demeurer en France n'est pas exclu de la cession.*

264. *Ce que doit faire le débiteur admis à la cession.*

265. *Son nom doit être affiché dans l'auditoire, et pourquoi.*

266. *La cession emporte une sorte d'infamie qui rend incapable d'exercer les droits politiques, à moins de réhabilitation.*

267. *Les débiteurs qui, depuis la cession, ont consenti à une remise et à un atermoiement, ne peuvent plus demander le surplus.*

268. *Le jugement qui admet la cession vaut pouvoir de vendre; il ne faut plus nommer de curateur aux biens.*

269. *On ne peut d'avance renoncer à la cession.*

---

236. LA cession des biens n'opère point immédiatement et par elle-même l'extinction de l'obligation; mais c'est un moyen de parvenir à l'éteindre. C'est par ce motif que les

dispositions relatives à cette cession ont été rangées dans la section du paiement.

En général, la cession est l'acte par lequel un débiteur, pour éviter les poursuites de ses créanciers, leur abandonne tout ou partie de ses biens, pour qu'ils puissent se payer par leurs mains, soit sur les fruits seulement, soit même, et le plus ordinairement, sur le prix des biens abandonnés.

237. La cession est volontaire ou judiciaire. (1266, 566, C. c.) On appelle celle-ci *cession forcée*, parce qu'elle a lieu contre le gré des créanciers, à la différence de la cession volontaire, où tout se fait de concert, que les créanciers acceptent volontairement, et dont les effets se déterminent par les stipulations du contrat passé entre eux et le débiteur. (1267 et 566, C. p.)

238. La cession volontaire est donc un contrat synallagmatique d'une nature particulière. On l'appèle contrat d'abandonnement. Il consiste essentiellement, d'une part, dans la renonciation des créanciers à faire aucunes poursuites contre leur débiteur, relativement aux biens compris dans l'abandonnement; de l'autre part, dans la mise des créanciers en possession des biens qui leur sont abandonnés.

239. Cette mise en possession équivaut, en quelque sorte, relativement aux créanciers, à

la saisie immobilière des biens de leur débi teur, qu'ils ont droit de faire par autorité d justice. Elle en a pour eux tous les effets utiles sans entraîner les mêmes frais, ni les même dangers. Ainsi, 1.° cette mise en possessio subsiste, comme la saisie, jusqu'à ce que l débiteur ait payé ce qu'il doit; 2.° les fruits de immeubles échus depuis l'abandonnement son immobilisés, comme le sont ceux des bien saisis réellement. (689, C. p.) Ils sont distribués, avec le prix des immeubles, d'abord par ordre d'hypothèque; le surplus par contribution entre les créanciers chirographaires. *V. le nouveau Denisart, verbo* abandonnement, *§ 1, n.° 5.*

L'abandonnement est plus favorable aux créanciers que la saisie, en ce que la possession et la jouissance des biens abandonnés passent aux créanciers, quoique la possession des immeubles saisis reste au débiteur jusqu'à la vente. (688, C. p.)

240. C'est aussi cette mise des créanciers en possession des biens, qui constitue la différence caractéristique du contrat *d'abandonnement* et du contrat *d'atermoiement.* Ce dernier est un contrat par lequel, sur l'exposé de sa situation et de ses pertes, que fait un débiteur malheureux à ses créanciers, ils lui accordent, ou

seulement un délai pour les payer, ou tout ensemble un délai et une remise.

Ce contrat diffère essentiellement de *l'abandonnement*, en ce que le débiteur, par ce dernier contrat, est dépouillé de la possession de ses biens, et qu'au contraire, par *l'atermoiement*, il reste en possession, et continue de les administrer comme auparavant.

L'atermoiement est fondé sur la conviction où sont les créanciers de la bonne foi de leur débiteur, et sur l'espérance qu'il trouvera dans son industrie les moyens de les satisfaire en totalité, ou au moins jusqu'à concurrence de la remise qu'ils lui accordent. C'est pour cela qu'ils renoncent à exercer contre lui aucune poursuite, se bornant à des actes conservatoires, pour empêcher le débiteur de vendre ses biens à leur préjudice, et sans qu'ils en aient connaissance.

241. Le contrat *d'abandonnement* diffère encore essentiellement de *l'abandon*, ou *dation en paiement*, *datio in solutum*, qui est l'acte par lequel un débiteur donne une chose à son créancier, en paiement d'une somme d'argent, ou de quelqu'autre chose qu'il lui doit. Ce dernier contrat a beaucoup de ressemblance avec le contrat de vente. La chose donnée en paiement tient lieu de la chose vendue, et la somme

d'argent ou la chose due, en paiement de laquelle se fait la *dation* ou *abandon*, tient lieu du prix. Aussi la loi 4, *cod. de evict.*, 8, 45, dit, *hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet.* Mais quoique la plupart des règles relatives à la vente lui soient applicables, il y a néanmoins quelques différences entre ce contrat et le contrat de vente. *V. Pothier, du contrat de vente, n.° 600; le nouveau Denisart, verbo* abandon.

Il suffit de remarquer ici que le premier effet de la dation en paiement est aujourd'hui de transférer au créancier la propriété de la chose reçue ou donnée en paiement, comme l'effet du contrat de vente est de conférer la propriété de la chose vendue.

Le second effet, qui n'est qu'une suite du premier, est d'opérer immédiatement la libération du débiteur; au lieu que le contrat d'abandonnement n'ôte point à celui qui l'a fait la propriété des choses abandonnées : elle continue de résider sur sa tête jusqu'à la vente. Le seul effet immédiat de ce contrat est de transférer aux créanciers la possession et la jouissance des biens abandonnés, et ordinairement le pouvoir de les vendre.

Ainsi, au lieu que l'abandon ou dation *en paiement* éteint dans l'instant le droit du créancier qui l'accepte, le contrat d'abandonnement

n'opère point par lui-même la libération du débiteur, ou l'extinction de la dette; c'est seulement un moyen d'y parvenir, mais seulement jusqu'à la concurrence de ce que les créanciers pourront retirer des fruits et de la vente des biens abandonnés, à moins que, par une clause spéciale, les créanciers ne lui aient fait remise du surplus, comme ils sont toujours libres de le faire, lorsqu'ils sont majeurs et maîtres de leurs droits.

242. Enfin, le contrat d'abandonnement diffère de l'antichrèse, en ce que ce dernier contrat ne donne point au créancier le pouvoir de vendre les biens donnés en gage, mais seulement d'en percevoir les fruits; au lieu que l'abandonnement n'a lieu que pour autoriser les créanciers à vendre, et à se payer sur les fruits et le capital.

243. Lorsqu'après le contrat d'abandonnement, dans lequel la remise du surplus de la dette n'a point été stipulée, il survient de nouveaux biens au débiteur, soit par succession ou autrement, ses créanciers peuvent exercer leurs droits sur ces nouveaux biens, pour le forcer au paiement de ce qui leur reste dû; et s'il renonçait à une succession qui lui serait échue, ses créanciers pourraient se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place (788).

244. De ce que le débiteur conserve la propriété des biens abandonnés, il résulte, 1.° qu'il a le droit, jusqu'à ce qu'ils soient vendus, de rentrer dans la possession et jouissance de ses biens, en payant tout ce qu'il doit aux créanciers mis en possession, même les frais légitimes qu'ils auraient pu faire, soit pour administrer, soit pour parvenir à la vente des biens. Mais ce n'est qu'en payant qu'il peut rentrer en possession et anéantir le contrat d'abandonnement : car lorsqu'un débiteur, dans l'impuissance de payer ses dettes, autorise ses créanciers, par un contrat, à vendre les biens qu'il leur abandonne, il ne leur accorde rien autre chose que ce qu'ils auraient pu obtenir malgré lui par la voie de la saisie-exécution. Il ne peut donc révoquer ses pouvoirs, une fois donnés, qu'en payant tout ce qu'il doit, à la différence des procurations ou mandats ordinaires (1), qui sont toujours révocables à volonté, quand ils sont faits dans l'intérêt du mandant. Mais ici les créanciers sont constitués mandataires dans leur propre affaire. Or, les lois et la raison disent que celui qui est intéressé personnellement dans une affaire pour laquelle on lui a donné une procuration, ne peut être privé du droit de disposer de la chose, conformément aux

(1) Voyez le nouveau Denisart, verbo *abandonnement*, § 2, n.° 1; le Répertoire, au même mot.

conventions. Le débiteur ne peut donc rentrer dans la possession de ses biens qu'en payant ses dettes. Si les créanciers refusaient de recevoir, il pourrait leur faire des offres réelles, même consigner, et les faire condamner à lui remettre la possession et la jouissance des biens abandonnés;

245. 2.° S'il arrivait que les biens abandonnés fussent vendus à un prix tel qu'il y eût un reliquat après toutes les créances acquittées, ce reliquat n'appartiendrait pas aux créanciers, mais au débiteur, à qui, dans tous les cas, ils doivent rendre compte;

246. 3.° La propriété des biens abandonnés fait partie de la succession du débiteur qui a fait l'abandonnement, lorsqu'il vient à mourir, les choses étant encore entières; mais la possession demeure aux créanciers, sans qu'ils soient obligés de faire déclarer le contrat exécutoire contre les héritiers. Il paraît seulement résulter de l'art. 877 du Code ~~de procédure~~, civil que si les biens ne sont pas encore vendus à l'ouverture de la succession, les créanciers ne peuvent les vendre que huit jours après la signification du contrat à la personne ou au domicile de l'héritier;

247. 4.° La mort du débiteur, survenue avant que les biens soient vendus, donne ouverture au droit de mutation en faveur du fisc; mais

les créanciers qui sont en possession de ces biens doivent acquitter ce droit, soit sur les fruits, soit sur le prix de la vente. *V. le nouveau Denisart, verbo* abandonnement, § *4, n.° 4;*

248. 5.° Ceux au profit de qui est fait un contrat d'abandonnement n'étant point propriétaires, leurs créanciers personnels, lors même qu'ils auraient une hypothèque légale ou judiciaire sur tous leurs biens, n'acquièrent aucun droit d'hypothèque sur les biens abandonnés. Ils ne peuvent donc se pourvoir contre leurs débiteurs, relativement aux biens abandonnés à ces derniers, que par la voie de l'opposition, quand la vente est finie;

249. 6.° Le contrat d'abandonnement de biens, soit volontaire, soit forcé, n'étant point translatif de propriété, ne donne point ouverture au droit proportionnel de mutation, mais seulement à un droit fixe de 5 fr. *Loi du 22 frimaire an 7, art. 68, § 4, n.° 1;*

7.° Les créanciers ne possèdent point, *pro suo*, les biens abandonnés, mais seulement pour les administrer et les vendre dans le nom du débiteur; ils n'en peuvent prescrire la propriété contre lui par aucun laps de tems. *L. 4, cod. qui bon. ced. possunt., 7, 71.*

250. Il ne faut pas confondre avec le contrat d'abandonnement le délaissement par hypothèque, et le déguerpissement, qui ne sont

point des contrats, mais qui sont des moyens d'éteindre les obligations réelles. Nous en parlerons ci-après.

251. Une seule créance pouvant être assez forte pour surpasser les facultés du débiteur, le contrat d'abandonnement peut être fait avec un seul créancier, aussi bien qu'avec plusieurs. C'est sur-tout lorsqu'il est fait avec plusieurs, qu'il devient nécessaire de régler, soit par le contrat, soit par un acte séparé, les conditions de l'abandonnement, la manière dont les biens seront administrés, vendus, etc. On a coutume d'établir, à cet effet, tant dans les cessions volontaires que dans les cessions forcées, ce qu'on appèle une *direction;* c'est-à-dire, une société ou association volontaire de créanciers, qui s'unissent pour leur intérêt commun, et qui, pour éviter les frais, confient à un ou plusieurs d'entre eux, la direction des affaires communes, tant en demandant qu'en défendant, et le soin de vérifier les créances de chaque associé, c'est-à-dire, de chaque créancier qui se présente pour entrer dans l'union. On appèle cette société *direction*, et la convention par laquelle on l'établit, contrat d'union ou de direction. On appèle directeurs ou syndics ceux à qui est confiée la gestion des affaires. Ils sont les mandataires de tous les créanciers unis; et par conséquent, tout ce qu'ils font a la

même force que s'il avait été fait par tous et par chacun d'eux, pourvu que ces syndics n'excèdent point les bornes de leur mandat.

Il est aussi presque toujours nécessaire d'établir une direction, dans le cas de l'atermoiement volontaire, dont nous avons dit un mot, n.° 240.

Les directions ont été établies pour éviter les frais des saisies, pour accélérer le paiement des créanciers, pour terminer promptement les procès et les contestations. Mais souvent il arrive que des années se passent en délibérations et discussions ruineuses, et qu'au moment où l'on croit enfin recueillir le fruit de la gestion des directeurs, on apprend avec surprise que les fonds qui composaient le gage commun sont épuisés. *V. le nouveau Denisart, verbo* direction, *§ 1, n.° 2.*

252. S'il y a plusieurs créanciers, les contrats d'atermoiement ou d'abandonnement doivent être consentis par tous; autrement, celui d'entre eux qui n'y aurait pas consenti ne serait pas lié, et pourrait exercer des poursuites contre la personne et contre les biens du débiteur. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (1165); elles ne sont une loi que *pour ceux qui les ont faites* (1184): personne n'a le droit de me contraindre à prendre pour règle la volonté d'autrui ou la sienne.

253. Cependant l'intérêt du commerce a fait

introduire une exception à ce principe d'éternelle vérité. Si celui qui se trouve en état de faillite peut parvenir, en prouvant sa bonne foi et ses pertes, à obtenir de ses créanciers, soit un atermoiement, soit un contrat d'abandonnement volontaire, soit tout autre concordat, la minorité est obligée de céder à la majorité, pourvu que le concordat soit consenti par un nombre de créanciers présens formant la majorité, et représentant en outre, par leurs titres de créance, les trois quarts de la totalité des sommes dues, selon l'état des créances vérifiées. (519, C. c.).

Mais le concordat ne lie point les créanciers inscrits ou privilégiés, ni ceux qui sont nantis d'un gage; ils sont payés de préférence aux chirographaires, dans l'ordre de leurs hypothèques ou priviléges; et par cette raison, ils n'ont point de voix dans les délibérations relatives au concordat. (520, C. c.)

Quant aux créanciers chirographaires, qui ne sont payés que par contribution au marc le franc, ceux qui sont opposans au concordat doivent faire signifier leurs oppositions aux syndics et au failli. (523, C. c.)

La cause est portée à l'audience du tribunal, qui accorde ou refuse l'homologation du concordat en connaissance de cause, c'est-à-dire, qu'il en ordonne ou refuse l'exécution; car

homologuer un acte, ce n'est pas autre chose qu'en ordonner l'exécution.

Si elle est ordonnée, si le concordat est homologué, il devient obligatoire pour tous les créanciers, et le failli est déclaré excusable.

Si l'homologation est refusée pour cause d'inconduite ou de fraude, le failli est en prévention de banqueroute, et renvoyé devant le magistrat de sûreté. S'il n'est pas déclaré banqueroutier frauduleux, il lui reste encore la ressource de la cession ou abandon forcé de tous ses biens, pour se soustraire à la contrainte par corps, et obtenir la liberté de sa personne.

254. Il n'entre point dans notre plan de développer davantage les dispositions du Code de commerce, relatives au concordat que fait le failli avec ses créanciers. Il nous suffit de les indiquer comme une exception au droit commun, et d'observer qu'elles ne sont point applicables aux personnes non commerçantes, ni même à celles qui, ne faisant point leur profession *habituelle* du commerce, deviendraient, même par suite d'opérations commerciales auxquelles elles se seraient momentanément livrées, hors d'état de satisfaire à leurs engagemens. La position de ces personnes est appelée déconfiture, par les art. 1276, 1446, 1613, 1913, 2032 et autres du Code civil. On

ne peut appliquer à la déconfiture que les seules dispositions du Code civil et du Code de procédure, relatives aux saisies, expropriations forcées, contributions, distributions, ordres, cession de biens, etc.

On ne peut y appliquer ni les dispositions du Code de commerce, relatives au concordat fait avec le failli, dans lequel la minorité des créanciers doit céder à la majorité *(Pardessus, Élémens de jurisprudence commerciale, p. 508)*, ni les dispositions relatives aux actes faits par le failli, dans les dix jours avant la faillite. *V. ce que nous avons dit tom. 6, p. 438, n.° 364.*

Mais il faut observer ici que, quelle que fût d'ailleurs la profession ou la fonction d'un individu, la multiplicité des opérations commerciales auxquelles il se serait livré pourrait le faire réputer commerçant. Ce serait aux tribunaux à apprécier les faits. *V. Pardessus, ibid.*

255. Le débiteur qui ne peut obtenir de ses créanciers ni un atermoiement, ni un abandonnement volontaire, est réduit à la triste ressource de la cession judiciaire ou forcée, qui « est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice l'abandon de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toute stipulation contraire (1268) ».

C'est des romains que nous est venu ce bénéfice. Toute dette à Rome emportait la contrainte par corps. Il fallait payer *aut in œre, aut in cute*. La contrainte par corps y était exercée d'une manière fort dure. Les malheureux débiteurs, lorsqu'ils ne pouvaient trouver ni argent ni caution, étaient remis au pouvoir de leur créancier, qui pouvait les faire travailler à son profit comme des esclaves. La dureté des patriciens abusa souvent de cette institution, déjà fort dure par elle-même. De là ces plaintes si souvent répétées du peuple romain, qui demandait l'abolition des dettes, *novas tabulas*. Ces plaintes devinrent un prétexte de sédition toujours renaissant. Jules César modéra ce que l'ancienne jurisprudence avait de trop rigoureux sur ce point, par deux lois, dont l'une accordait au débiteur qui n'avait point d'argent, la faculté de donner en paiement à ses créanciers des biens-fonds, suivant leur juste estimation. (*V. Heinecc., Antiquit., lib. 3, tit. 30, n.° 7*). Cette disposition, tombée en désuétude, fut renouvelée par Justinien, *nov. 4, cap. 3*. Nous en avons parlé *suprà*, n.° 66. Elle n'est plus en usage parmi nous.

L'autre loi de César accordait au débiteur de bonne foi, dont les biens ne suffisaient pas pour payer ses créanciers, le moyen de se soustraire à leurs poursuites, de conserver la

liberté de sa personne et de ses actions, en leur abandonnant tous ses biens. C'est ce qu'on appela, et ce que le Code appèle encore le bénéfice de cession, *beneficium cessionis. Heinecc., ubi suprà; Gellius, 10, cap. 1.*

256. Le Code exige, ainsi que le droit romain, *(l. 1, c. qui bon. ced. possunt, 7, 61)*, que le débiteur fasse l'abandon de tous ses biens; autrement, ses créanciers ne pourraient être forcés d'accepter la cession. Il ne peut donc retenir ni les usufruits, ni les rentes viagères, constituées à son profit. Il ne peut retenir que les choses déclarées insaisissables par l'art. 592 du Code de procédure (C. c., 529); car les créanciers ne doivent point d'alimens à leur débiteur qu'ils n'ont point fait incarcérer.

257. On est étonné de trouver, dans le Code de commerce, art. 530, une disposition de droit nouveau, qui autorise le failli, s'il n'existe point de présomption de banqueroute, à demander, à titre de secours, une somme sur ses biens, laquelle, sur la proposition des syndics, et sur le rapport du commissaire, doit être fixée, par le tribunal, en proportion des besoins et de l'étendue de la famille du failli, de sa bonne foi, et du plus ou moins de perte qu'il fera supporter à ses créanciers.

Cette disposition, dictée par l'humanité indulgente, mais contraire à la justice rigoureuse,

et peut-être au crédit public, ne peut être étendue aux personnes non commerçantes tombées en déconfiture. Le droit français n'a même point accordé aux débiteurs qui ont fait cession de tous leurs biens, une faveur que leur accordait le droit romain. La cession de biens ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés; et dans le cas où ils auraient été insuffisans, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'au parfait paiement (1270). C'est un principe commun aux deux législations.

258. Mais le droit romain accordait au débiteur, sur les biens acquis depuis la cession, ce qu'on appelait *beneficium competentiæ;* c'est-à-dire, le droit de retenir ce qui lui était nécessaire pour vivre honnêtement, suivant son état et sa condition. (*V. Vinnius, in instit, tit. de actionibus, § 40*). Cette faveur, pleine d'humanité, et qui pouvait être un puissant aiguillon pour exciter l'industrie des personnes tombées en déconfiture, ne leur a pas néanmoins été accordée par le droit français; d'où il résulte que les juges ne pourraient l'accorder sans excéder leurs pouvoirs, et sans s'exposer à la censure.

259. Le débiteur qui veut réclamer la cession judiciaire, doit déposer au greffe du tribunal civil de son domicile, c'est-à-dire, du domicile

qu'il avait au moment où sa déconfiture s'est ouverte, son bilan, c'est-à-dire, l'état exact de son actif et de son passif (1), ses livres, s'il en a, et ses titres actifs. (998, C. p.) Il doit ensuite faire appeler tous ses créanciers, dans la forme ordinaire, afin de faire juger la cession contradictoirement avec eux.

Le demande est communiquée au ministère public ; elle ne suspend l'effet d'aucune poursuite, sauf aux juges à ordonner, parties appelées, qu'il sera sursis provisoirement. (900, C. p.)

260. Le débiteur qui désire obtenir un sursis doit présenter requête au président, pour avoir la permission d'assigner ses créanciers à bref délai. Sur cette assignation, le tribunal, suivant les circonstances, ou prononce sur-le-champ le sursis, ou le joint au fond, ou se réserve la faculté de disjoindre.

261. Mais s'il est permis aux tribunaux, dans certaines circonstances, de surseoir provisoirement aux poursuites à faire contre le débiteur, il ne leur est pas permis d'anéantir l'effet des poursuites déjà exercées, puisque, suivant l'art. 900, la demande ne doit suspendre *l'effet* d'aucune poursuite. Le débiteur incarcéré ne peut donc obtenir provisoirement sa

(1) Voyez le nouveau Répertoire, verbo *cession*, n.° 6.

liberté, tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande en cession, ainsi que l'ont fort bien jugé les Cours de Paris et de Toulouse, par deux arrêts rendus les 11 août 1807 et 17 novembre 1808 (1).

262. Les créanciers ne peuvent refuser la cession judiciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi (1270).

Notre ancienne jurisprudence offrait beaucoup de variations, et laissait beaucoup d'incertitudes sur les cas où un débiteur pouvait être exclu du bénéfice de cession. (*V. le Répertoire, verbo* cession). La nouvelle législation a établi sur ce point des règles précises et uniformes, dont les juges ne peuvent s'écarter. L'art. 905 du Code de procédure veut qu'on ne puisse admettre au bénéfice de cession les étrangers, les stellionataires, les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour cause de vol ou d'escroquerie, ni les personnes comptables, tuteurs, administrateurs et dépositaires.

Cet article, dont les dispositions sont répétées dans l'art. 575 du Code de commerce, doit être considéré comme renfermant les seules exceptions que les juges puissent admettre

(1) Voyez l'ouvrage de M. Carré, sur la procédure, quest. 2806.

aujourd'hui contre la demande de cession judiciaire. Ce sont les complémens de l'art. 1270 du Code civil, qui veut que les créanciers ne puissent refuser la cession, si ce n'est *dans les cas exceptés par la loi.* Ce qu'il faut néanmoins entendre, soit par une disposition précise et formelle, soit par une conséquence directe de la disposition de la loi. Par exemple, on ne trouve point de disposition qui exclue formellement du bénéfice de cession le débiteur convaincu d'avoir détourné de ses biens en fraude de ses créanciers; mais les art. 1265 et 1268 exigent, pour admettre un débiteur à la cession, qu'il soit de bonne foi, et qu'il fasse l'abandon de tous ses biens; d'où résulte nécessairement qu'on doit rejeter la demande de celui qui en a détourné, et que le débiteur convaincu de mauvaise foi par un pareil recélé, doit être déclaré déchu du bénéfice de la cession, accordée dans la croyance qu'elle contenait tous les biens. Ceci est conforme à l'ancienne jurisprudence. Belordeau, lettre C, controverse 24, et lettre D, controverse 22, rapporte deux arrêts du Parlement de Bretagne, qui jugèrent qu'on ne doit pas admettre à la cession le débiteur convaincu d'avoir détourné de ses biens en fraude de ses créanciers. On peut voir d'autres arrêts cités dans le nouveau Répertoire, verbo *cession*, n.° 8.

263. Quoique le Code de procédure et le Code de commerce excluent, en général, les étrangers du bénéfice de cession, il paraît qu'on n'en doit pas exclure l'étranger admis par le Gouvernement à établir son domicile en France, suivant l'art. 13 du Code civil, sur-tout s'il a des propriétés en France. La Cour de Trèves l'a ainsi jugé, par arrêt du 24 février 1808. *V. l'ouvrage de M. Carré, quest. 2816.*

264. « Le débiteur admis au bénéfice de cession est tenu de réitérer sa cession en personne, et non par procureur, après avoir appelé ses créanciers à l'audience du tribunal de commerce de son domicile; et s'il n'y en a pas, à la maison commune, un jour de séance. La déclaration du débiteur sera constatée, dans ce dernier cas, par procès-verbal de l'huissier, qui sera signé par le maire. (901, C. p.) »

« Si le débiteur est détenu, le jugement qui l'admet au bénéfice de cession ordonnera son extraction, avec les précautions en tel cas requises et accoutumées à l'effet de faire sa déclaration, conformément à l'article précédent. (902, C. p.) ».

Ces précautions consistent en ce que le tribunal doit ordonner que le débiteur sera mis sous la garde d'un huissier, pour être conduit au lieu où il doit réitérer sa déclaration, et n'être mis en liberté qu'après avoir rempli cette

formalité. L'huissier dresse en conséquence un procès-verbal, qui constate que l'extraction a eu lieu, et que ces précautions ont été remplies. *V. l'art. 65 du tarif, et Carré, quest. 2811.*

Cette obligation de réitérer la cession, soit à l'audience du tribunal de commerce, soit à la maison commune, n'est point particulière aux négocians, marchands ou banquiers; elle est commune à tous les débiteurs qui ont fait cession, quel que soit d'ailleurs leur état, comme l'observait l'orateur du Gouvernement, le 12 avril 1806, en présentant au Corps législatif l'exposé des motifs du tit. 12, liv. 3, du Code de procédure.

265. L'art. 903 ordonne, aussi sans distinction entre le marchand et le non marchand, que « les nom, prénom, profession et demeure du débiteur, seront insérés dans un tableau public à ce destiné, placé dans l'auditoire du tribunal de commerce de son domicile, ou du tribunal de première instance, qui en fait les fonctions, et dans le lieu des séances de la maison commune ».

Ces formalités ont pour but de rendre les cessions publiques, et d'empêcher qu'on ne se porte avec la même confiance à traiter avec ceux qui ont eu recours à cette voie.

Elles ont aussi l'effet d'imprimer une humiliation méritée à l'homme peu digne d'estime

qui, par imprudence, ou d'une manière plus condamnable, a dissipé toute sa fortune. Les romains le flétrissaient de l'odieux nom de *decoctor*. Autrefois, on exigeait que ceux qui avaient fait cession de biens portassent un bonnet vert; ce qui ne s'observait plus long-tems même avant le Code.

266. Mais la cession de biens entraîne avec elle une espèce de note d'infamie, dont les effets particuliers sont que celui qui a été admis à la cession est incapable de posséder aucune charge, ni d'exercer aucun des droits politiques attachés à la qualité de citoyen. *Constitution du 22 frimaire an 8, art. 5.*

Mais lorsqu'après avoir fait cession, un débiteur vient par la suite à acquitter ses dettes en entier, il peut obtenir un jugement de réhabilitation, qui le fait rentrer dans la jouissance de ses droits. *V. le Code de commerce, art. 604 et suiv.*

267. Si, après la cession, le débiteur faisait avec ses créanciers un contrat d'atermoiement, par lequel ils consentiraient de lui remettre une partie de sa dette, ils ne pourraient plus agir contre lui pour être payés du surplus, à moins qu'ils ne justifiassent que dans la cession, qui a servi de base à l'atermoiement, il y a eu dol ou fraude de la part de leur débiteur; par exemple, s'il avait recélé de ses biens pour en dérober

la connaissance aux créanciers. Le défaut de bilan est encore une preuve de fraude, comme l'a jugé un arrêt du 27 juillet 1761. *V. le nouv. Répertoire, verbo* cession, *n.° 10, in fine.*

268. Nous avons déjà dit que, suivant le Code, la cession judiciaire ne confère point la propriété aux créanciers; elle leur donne seulement le droit de faire vendre les biens à leur profit, et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente (1269).

Il était autrefois d'usage de faire nommer, par le juge, un curateur, qui était chargé de vendre les biens abandonnés, d'en recevoir les revenus, de faire le recouvrement des créances, etc. Cet usage était venu du droit romain. *L. 2, ff de curatore bonis dando, 42, 7.*

Aujourd'hui l'art. 904 du Code de procédure, développant la disposition du Code civil, porte « que le jugement qui admet au bénéfice de cession, vaut *pouvoir* aux créanciers, à l'effet de vendre les biens meubles et immeubles du débiteur, et qu'il sera procédé à cette vente dans les formes prescrites pour les héritiers sous bénéfice d'inventaire ».

Il deviendrait donc absolument inutile de faire nommer un curateur. Le tribunal pourrait même, et devrait peut-être refuser d'en nommer un. Ce curateur ne serait plus l'homme des créanciers. Or, c'est à eux que la loi a

donné le pouvoir de vendre les biens et d'en percevoir les revenus. S'ils ne veulent pas agir tous en commun, c'est à eux de nommer un mandataire pour les représenter, et de la conduite duquel ils répondront; au lieu qu'ils ne pourraient répondre des fautes d'un curateur nommé par la justice. On ne voit donc pas quels sont les motifs de certains auteurs, qui conseillent encore, sous notre nouvelle législation, de nommer par prudence un curateur.

269. Le Code a conservé l'ancienne maxime qu'on ne peut renoncer d'avance à la cession de biens, comme on ne peut renoncer d'avance à la prescription (2219), ni à tout autre droit qui n'est pas encore acquis. Ainsi, la cession de biens est admise, *nonobstant toute stipulation contraire* (1268).

SECTION II.

De la Novation.

SOMMAIRE.

270. *Définition et nature de la novation.*

271. *C'est un contrat complexe, renfermant deux conventions, chacune desquelles est la condition de l'autre.*

272. *Il peut être passé de trois manières.*
273. *De l'expromission ou novation, par la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien.*
274. *De la novation par la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien.*
275. *De la délégation.*
276. *La novation ne se présume point.*
277. *Mais il suffit que la volonté de l'opérer soit certaine. La déclaration expresse n'est pas nécessaire.*
278. *La volonté est certaine, quand la nouvelle obligation est incompatible avec l'ancienne.*
279. *Exemples dans la conversion d'un prêt ou du prix d'une vente en dépôt.*
280. *Dans la conversion d'une somme exigible en rente viagère ou en rente perpétuelle.*
281. *Quand même celui qui aliène son capital stipulerait qu'il n'entend pas faire novation.*
282. *La volonté d'opérer la novation est encore certaine, quand l'objet de l'ancienne obligation est changé.*
283. *Exemple de novation particulière relative à la séparation des patrimoines. Art. 879; ses effets.*
284. *De la délégation. Espèce de délégation qui n'opère point de novation, et qui n'est qu'un mandat.*
285. *Autre espèce, qui n'est qu'un transport de créance.*
286. *Délégation imparfaite non acceptée par le créancier, ou indication d'un créancier à qui payer. Art. 1277.*
287. *Avantages qu'elle procure à ce dernier.*
288. *Comment le créancier délégataire doit accepter la délégation.*
289. *Il ne lui suffit pas de prendre une inscription hypothécaire.*
290. *De la délégation parfaite.*
291. *Quand le délégué a accepté la délégation, il ne peut pas opposer au délégataire les exceptions qu'il pouvait opposer au délégant. Conséquences et explications.*

292 *Quelles obligations peuvent être l'objet de la novation.*

293. *Les personnes capables de contracter peuvent seules consentir à une novation.*

294. Quid, *des mineurs, des interdits, et des femmes mariées?*

295. Quid, *des tuteurs, des maris, des administrateurs et des mandataires, etc.?*

296. Quid, *des créanciers et des débiteurs solidaires?*

297. *Effets de la novation. Elle éteint les accessoires de la dette, cautionnement, priviléges et hypothèques, arrête le cours des intérêts, etc.*

298. *Pourvu que la nouvelle obligation subsiste civilement ou naturellement.*

299. Secùs, *si la nouvelle obligation est nulle dans son principe, ou contractée sous une condition impossible.*

300. *Si la nouvelle obligation est annulée pour une cause postérieure au contrat ou imputable au créancier, les cautionnemens, hypothèques, etc., demeurent éteints.* Obligatio semel extincta non reviviscit.

301. *Application de cette règle à l'acceptation en paiement d'une chose dont le créancier est évincé. Art. 2038 développé.*

302. *Et au cas où le créancier consent à recevoir un mineur pour seul obligé dans la place de l'ancien débiteur, la restitution du mineur ne fait pas revivre l'ancienne dette.*

303. *Et au cas où le délégué accepté par le créancier devient insolvable. Art. 1276.*

304. *Et au cas du convertissement d'une dette exigible en rente constituée.*

305. *Quand même la dette serait le prix d'une vente, converti par le même contrat en rente constituée.*

306. *Conciliation de la règle qu'une obligation éteinte ne revit plus, avec l'art. 1184, qui porte que la condition résolutoire est toujours sous-entendue pour le cas où l'autre partie ne satisfera point à son obligation.*

307. *La résolution du contrat de novation ne fait pas revivre l'action contre les codébiteurs solidaires, ni les hypothèques éteintes.*

308. *Le créancier et le débiteur peuvent transférer les hypothèques de l'ancienne obligation à la nouvelle, même sans le concours des autres créanciers.*

309. *Mais elles ne sont pas transférées sans stipulation.*

310. *Elles ne peuvent être réservées que jusqu'à concurrence de l'ancienne dette.*

311. *Elles pourraient être réservées conditionnellement, si la nouvelle obligation n'était pas susceptible d'hypothèque.*

312. *Dans la délégation qui s'opère par l'intervention d'un nouveau débiteur, les anciennes hypothèques peuvent-elles être réservées sans l'intervention de l'ancien? Réfutation de l'opinion de Pothier, rejetée par le Code.*

313. *Contradiction entre l'art. 1280 du Code et l'art. 1251, n.° 3.*

314. *Le créancier ne peut réserver ses droits contre les cautions, dans le contrat de novation, à moins qu'il ne la rende conditionnelle.*

315. *La novation peut être soumise à une condition suspensive ou résolutoire. Au premier cas, les hypothèques et cautionnemens subsistent; au second, ils sont éteints.*

316. *Quand la condition n'est que résolutoire.*

317. *Développement par des exemples.*

318. *Résumé.*

319. *Effets de la novation opérée par la délégation parfaite.*

---

270. LA novation, disent les docteurs, est la substitution d'une nouvelle obligation à une

ancienne, *qui demeure éteinte. Veteris obligationis in novam translatio et confusio. (Cujas, paratit. in cod. de novat., 8, 42).* Il n'y a point de novation, si l'ancienne dette n'est pas éteinte. Ce n'est donc pas sans raison que cette matière est placée dans le 5.e chapitre, qui traite de l'extinction des obligations.

Le débiteur et le créancier sont toujours libres de faire d'un consentement mutuel, telles innovations, tels changemens que bon leur semble, à une obligation précédemment contractée, soit en y ajoutant, soit en y retranchant quelque chose, soit en la modifiant, de quelque manière que ce soit. Mais ces dérogations, ces additions ou modifications, ne détruisent pas ordinairement la première obligation, à l'égard des points auxquels on n'a pas dérogé, ou que l'on n'a pas modifiés. Ces points restent dans toute leur force, en vertu du premier acte. Si l'on y a fait des additions, il en résulte seulement qu'il y a plusieurs obligations au lieu d'une (1). Si ce sont des retranchemens, l'obligation est seulement réduite. Il n'y a donc point de novation, si l'on n'est pas convenu d'éteindre et d'anéantir la première obligation, pour lui en substituer une nouvelle.

(1) *Dùm modò sciamus novationem ità demùm fieri, si hoc agatur ut novetur obligatio : cæterùm si non hoc agatur,* duæ erunt obligationes. L 2, ff *de novat.*, 46, 2. *Ut maneat ex utrâque causâ*

271. Ainsi, l'on doit considérer deux choses essentielles dans la novation : l'ancienne obligation qu'on veut éteindre ; la nouvelle qu'on veut lui substituer. Le contrat de novation est donc toujours complexe. On y peut toujours distinguer deux conventions ; l'une d'éteindre une obligation préexistante, l'autre d'en contracter une nouvelle. Ces deux conventions sont la condition l'une de l'autre. S'il n'existait point d'obligation ancienne que l'on désirât éteindre, la nouvelle ne serait pas contractée ; d'où résulte que si l'ancienne se trouvait nulle, la nouvelle resterait sans cause.

Et si la nouvelle obligation n'existait point, si elle était nulle dans son principe, l'ancienne ne serait pas éteinte ; car l'extinction resterait sans cause.

Lorsque l'objet ou la matière de la nouvelle obligation est la même que celle de l'ancienne, on s'aperçoit à peine que le contrat soit double ou complexe. Par exemple, je vous dois 10,000 fr. sur l'hypothèque du fonds cornelien, et sous le cautionnement de Paul, payables

obligatio, dit le § 3, Inst. *quib. mod. toll. obl. Cujus rei hic effectus est*, dit Vinnius sur ce §, *quod creditor ex utrâque obligatione agere possit ; et quod in unâ deest, per aliam suppleatur..... planè, si ex unâ obligatione solutum erit ; altera quoque continuò tolletur, quia sunt obligationes unius rei. Vide quoque Donellum, Comment. juris civilis, lib. 16, cap. 20, p. 932. Actio actioni additur*, dit d'Argentré sur l'art. 273, n.° 12, de l'ancienne Coutume de Bretagne.

dans un an, en vertu d'acte du 1.er janvier. Nous convenons, le 1.er février, que je vous paierai dans six mois, et qu'à ce moyen, l'acte du 1.er janvier demeurera éteint et comme non avenu. Cette convention paraît simple au premier aspect, parce qu'elle n'a d'autre effet que d'éteindre les accessoires de l'ancienne obligation, sans toucher au fond. La nouvelle obligation, ainsi que l'ancienne, consiste dans la même somme de 10,000 fr.

Mais lorsque l'objet de la nouvelle obligation est différent, on aperçoit distinctement les deux conventions; l'une d'éteindre l'ancienne obligation, l'autre d'en contracter une nouvelle dans la place de l'ancienne. Par exemple, dans l'espèce proposée, vous acceptez le fonds sempronien en paiement des 10,000 fr. que je vous dois, au moyen de quoi l'obligation du 1.er janvier demeure éteinte. On voit là clairement deux conventions distinctes; l'une d'éteindre l'ancienne obligation du 1.er janvier, l'autre de vous transférer, ou de vous vendre le fonds sempronien.

272. La nouvelle obligation, qui est substituée à l'ancienne que l'on éteint, peut être contractée par l'ancien débiteur ou par un nouveau; elle peut l'être en faveur de l'ancien ou en faveur d'un nouveau créancier. Le contrat de novation peut donc être passé de trois manières (1271).

« 1.° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ».

Cette première espèce, qui s'appèle simplement *novation*, s'opère sans l'intervention d'aucune nouvelle personne. Nous venons d'en donner deux exemples.

273. 2.° La novation s'opère par l'intervention d'une tierce personne, « lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé par le créancier ». C'est ce qui arrive, lorsque, par exemple, voulant rendre service à mon ami, que je sais hors d'état de payer une dette d'honneur, mais n'ayant pas moi-même d'argent pour payer, j'offre au créancier de le payer dans un mois, s'il veut libérer mon ami, et m'accepter pour seul débiteur. S'il y consent, l'ancienne obligation est éteinte par la substitution de la nouvelle. Cette novation, qui se fait par la substitution d'un nouveau débiteur, peut s'opérer sans le concours du premier (1274).

Les jurisconsultes romains appelaient cette espèce de novation *expromissio*, et celui qui se rend ainsi débiteur pour un autre, *expromissor*.

Il diffère du fidéjusseur, qui, en se rendant caution pour un débiteur, ne le décharge point de son obligation, mais y accède seulement et se rend débiteur avec lui. Au reste, il est fort

rare qu'une tierce personne s'oblige ainsi po
une autre à qui elle ne doit rien. On en pe
citer pour exemple la promesse d'un père q
s'oblige de payer les dettes de son fils. Ce q
nous venons de dire suffit sur l'expromissio

274. 3.° La novation s'opère « lorsque, p
l'effet d'un *nouvel engagement*, un nouveau créa
cier est substitué à l'ancien, envers lequel le d
biteur se trouve déchargé (1271, n.° 3) ».

Pothier, n.° 549, d'où cet article est tire
doit servir à expliquer ce paragraphe un pe
obscur. Il dit que « la troisième espèce de no
vation est celle qui se fait par l'interventio
d'un nouveau créancier, lorsqu'un débiteur
pour demeurer quitte envers son ancien créan
cier, de l'ordre de cet ancien créancier, con
tracte quelqu'engagement envers un nouveau
créancier ».

Il faut supposer que le *nouvel engagement* que
le débiteur contracte envers le nouveau créan-
cier, de l'ordre de l'ancien, a un autre objet
que la première obligation : car s'il avait le
même, le nouvel engagement ne produirait
point d'autre effet que celui d'un transport de
créance, qui substitue, à la vérité, un créan-
cier à un autre, mais non pas une nouvelle
obligation à une ancienne. Par exemple, vous
me devez 10,000 fr. Je vous en tiens quitte, à

condition que vous consentirez à Paul une obligation de pareille somme.

Si, au contraire, je vous tiens quitte des 10,000 fr. que vous me devez, à condition que vous donnerez à Paul tant de tonneaux de vin, il y a substitution d'un créancier à un autre; mais il y a aussi substitution d'une obligation à une autre dont l'objet était différent, et par conséquent novation. Cette sorte de novation est extrêmement rare.

275. Mais il en existe une autre espèce très-fréquente, dans laquelle il y a toujours substitution d'un débiteur à un autre débiteur, et presque toujours en même tems, substitution d'un créancier à un autre créancier, quoique l'objet de la nouvelle obligation soit le même que celui de l'ancienne. Cette espèce de novation s'appèle *délégation*. C'est un acte par lequel un débiteur, pour s'acquitter, délègue une tierce personne, qui s'oblige en sa place envers son créancier, ou envers une autre personne indiquée par ce dernier. *Delegare est vice suâ alium reum dare creditori, vel cui jusserit. L. 11, ff de novat., 46, 2.*

Nous parlerons de la délégation après avoir expliqué la première espèce de novation, qui s'opère sans l'intervention d'une tierce personne, lorsque le débiteur contracte envers son

créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne.

276. Lorsqu'ils passent entre eux un nouvel acte, les changemens, les modifications, qu'ils conviennent de faire à l'ancienne obligation, ne sont pas censés faits pour l'éteindre, parce que le créancier n'est pas facilement présumé renoncer aux droits qui lui sont acquis. Or, la novation contient une renonciation aux droits acquis par l'ancienne obligation, une extinction de ces droits. La novation ne doit donc pas être facilement présumée : il faut que la volonté de l'opérer soit certaine ; mais comment faire la preuve de cette volonté ? Les anciens jurisconsultes romains admettaient des présomptions, qui leur paraissaient suffisantes, pour prouver la volonté de faire novation.

Justinien, croyant prévenir les contestations que faisaient naître ces présomptions, décida *(l. ult., cod. de novat., 8, 42)* que la volonté de faire novation doit être expressément déclarée, et qu'on ne peut l'admettre qu'autant que les contractans ont fait remise de la précédente obligation, en déclarant expressément qu'ils préfèrent la dernière à la première. *Nisi ipsi specialiter quidem remiserint priorem obligationem, et hoc expresserint quod secundam magis pro anterioribus elegerint.*

277. Mais cette constitution de Justinien,

sur la nécessité d'une expression spéciale pour faire novation, n'était point observée en France, dans les pays de coutume. Il suffisait, suivant Basnage (*Traité des hypothèques, part. 1, ch. 17, p. 96, édit. de 1709*) que, de quelque manière que ce fût, la volonté de faire novation parût si évidente, qu'elle ne pût être révoquée en doute. *V. aussi d'Argentré, sur l'art. 447 de l'ancienne Coutume de Bretagne, et Pothier, n.° 559* (1).

C'est cette doctrine raisonnable que le Code a consacrée dans l'art. 1273. « *La novation ne se présume pas; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte* ».

Ainsi, suivant cette disposition, si le créancier et le débiteur font entre eux quelques changemens à une première obligation, soit en y ajoutant une hypothèque, une caution, ou autre sûreté, ou en les ôtant, soit en augmentant ou en diminuant la dette, ou en donnant un terme plus long ou plus court, ou en rendant l'obligation conditionnelle, si elle était pure et simple, ou pure et simple, si elle était conditionnelle, tous ces changemens ne font que déroger à

(1) Voët, *in tit. de novat.*, 46, 2, dit, n.° 3: *Magis tamen est, ut cum aliis existimemus, etiam ex conjecturis præsumptionem novationis induci nunc posse, si illæ adeò verisimiles ac urgentes sint, ut exiis perspicuum esse possit, à primâ obligatione partes recedere, et illam in secundam transferre voluisse; ut ità tacitæ, sed satis perspicuæ, idem, qui expressæ voluntatis effectus sint.*

l'ancienne obligation, en ce qui est exprimé dans le dernier acte, sans faire une novation qui s'étende aux objets dont il ne fait pas mention (1). Car la volonté d'éteindre l'ancienne obligation, et d'opérer la novation, ne résulte point clairement de stipulations pareilles, qui ne sont point incompatibles avec l'ancienne obligation. Voyons donc quand cette volonté peut résulter de l'acte nouveau.

C'est d'abord lorsqu'on y a expressément ou équivalemment énoncé que la première obligation est éteinte, ou que le créancier en a fait remise. On ne peut douter alors qu'il y ait novation, quoique le mot ne s'y trouve point nommément exprimé. S'il était dit, par exemple, que le créancier se contente de la seconde obligation, au lieu de la première, ou autres expressions équivalentes.

278. La volonté d'opérer la novation résulte encore nécessairement du nouvel acte, lorsque la seconde obligation est en tout incompatible avec la première, c'est-à-dire, lorsqu'elles ne

(1) Voyez le nouveau Répertoire, verbo *novation*, § 5, et les auteurs qu'il cite. Ceci est conforme à la Constitution de Justinien. *Sancimus, si quis, vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem, seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit,..... nihil penitùs priori cautelæ innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere.*

peuvent subsister ensemble toutes les deux. La novation, dit Basnage (1), est suffisamment exprimée, lorsqu'il paraît, par les termes du contrat, que les parties ont eu cette intention, comme lorsque le dernier contrat ne pourrait subsister avec le premier, et que la seconde convention subsistant, il s'ensuit nécessairement que la première demeure nulle et de nul effet.

279. La conversion d'un prêt en dépôt présente un exemple de cette incompatibilité qui opère la novation. Je vous ai prêté à intérêt, par acte notarié, une somme de 3,000 fr., pour sûreté de laquelle vous m'avez donné une hypothèque et des cautions. Nous passons ensuite un nouvel acte, par lequel je vous prie de conserver, comme un dépôt, la somme de 3,000 fr. que je vous avais prêtée. Nul doute que le second acte opère la novation en éteignant la première obligation; car il est impossible que vous deviez en même tems la même somme à titre de prêt et à titre de dépôt (2). *Menoch.*,

(1) Traité des hypothèques, part. 1, ch. 17; Voët, *in tit.* ff *de novat.*, n.° 3, et les auteurs qu'il cite; Menochius, *de præsumpt.*, lib. 3, præsumpt. 134, n.° 39.

(2) Il faut en dire autant de la conversion du prix d'une vente en dépôt entre les mains de l'acquéreur; ce qui arrive assez souvent, lorsque les créanciers opposans, pour empêcher la consignation, consentent que les deniers restent en dépôt entre les mains de l'acquéreur, et sans intérêt. Il n'est même pas nécessaire qu'il soit dit expressément que l'acquéreur est constitué *dépositaire*; il suffit que cela résulte des circonstances et des termes de la convention. Comme

ubi suprà, n.° 43. La conversion du prêt en dépôt opère donc, quoique tacitement, une novation aussi réellement que si le mot avait été exprimé; car la volonté tacite, lorsqu'elle n'est pas douteuse, a autant de force que la volonté exprimée verbalement ou par écrit. La conversion du prêt en dépôt a le même effet que si le prêteur, après avoir reçu la somme qui lui était due, la remettait à l'emprunteur, pour la conserver à titre de dépôt. *V. § 44, inst. de rerum divis. L. 9, § ult., ff de reb. cred., 12, 1.* Ainsi, le cours des intérêts cesse dès le moment de la seconde convention, l'hypothèque et le cautionnement sont éteints.

Supposons, au contraire, que je vous aie prêté 3,000 fr. sans intérêt. Nous convenons, par un second acte, que vous en paierez l'intérêt légal. Cette seconde obligation de payer les intérêts est différente de l'obligation de payer le capital. Cependant il n'y a pas de novation, parce que, loin d'être incompatibles l'une avec l'autre, ces deux obligations peuvent subsister ensemble et dans le même tems; la seconde

si après les offres réelles de l'acquéreur, les créanciers opposans et le vendeur étaient convenus que les deniers resteraient aux mains de l'acquéreur sans intérêt, et qu'il serait seulement tenu de les représenter quand on les lui demanderait. C'est ce qu'a jugé la Cour de Paris, par un arrêt du 16 thermidor an 12, confirmé par la Cour de cassation, le 1.er septembre 1806. Voyez Sirey, an 1807, 1.re part., p. 46.

comme accessoire, la première comme principale. Cette dernière n'ayant éprouvé aucun changement, reste toujours la même.

280. On trouve encore un exemple de cette incompatibilité, qui suppose nécessairement la volonté d'éteindre la première obligation, et qui opère par conséquent la novation, dans la conversion d'un prêt en rente viagère. Je vous ai prêté une somme de 3,000 fr. Je consens ensuite de vous laisser cette somme, pour prix d'une rente viagère de 300 fr. Il est évident que l'obligation qui résultait du prêt de 3,000 fr. est éteinte; car l'obligation d'une rente viagère, constituée pour le même capital, est manifestement incompatible avec l'obligation d'une somme exigible de 3,000 fr. Cette dernière obligation n'existe plus; elle ne peut revivre même pour défaut de paiement des arrérages de la rente. « Le seul défaut de paiement des » arrérages de la rente, dit l'art. 1978, n'au- » torise point celui en faveur de qui elle est » constituée à demander le remboursement du » capital, ou à rentrer dans le fonds par lui » aliéné. Il n'a que le droit de saisir et de faire » vendre les biens de son débiteur, et de faire » ordonner ou consentir, sur le produit de la » vente, l'emploi d'une somme suffisante pour » le service des arrérages ».

Mais la conversion d'une dette exigible en

rente perpétuelle, opère-t-elle (1) également la novation? Pothier, n.° 559, § 3, se déclare pour la novation, 1.° parce que l'aliénation de la somme exigible en renferme nécessairement, quoiqu'implicitement, la quittance, ou, si l'on veut, la compensation avec la somme que le créancier doit donner pour la création de la rente; 2.° parce que la créance d'une rente n'est pas autre chose que la créance des arrérages, qui courent à perpétuité jusqu'au rachat, et non plus la créance du capital de la rente; capital qui, n'étant plus exigible à aucun terme, n'est plus dû dans l'acception propre de ce mot. *Est in facultate luitionis, magis quàm in obligatione.*

On peut ajouter que le capital n'étant plus exigible, l'objet de la nouvelle obligation n'est plus le même que celui de l'ancienne, la nature du contrat est changée; *mutata est causa et status obligationis.* La première obligation n'existe plus; elle est éteinte (2). Il y a donc novation;

(1) Je vends la terre de la Ville-Marie à Caius, pour 50,000 fr., que je lui laisse à titre de constitution, pour m'en faire la rente annuelle et perpétuelle de 2,500 fr. Il greve la terre de plusieurs hypothèques, et cesse de payer la rente : je puis faire ordonner le remboursement et la conversion du contrat en obligations exigibles; mais faute du paiement de cette somme, puis-je faire résoudre le contrat, et rentrer dans la propriété de la terre? Voyez *inf.*, n.° 305.

(2) On peut objecter que l'ancienne obligation n'est éteinte que conditionnellement, si le débiteur de la rente en paie les arrérages,

et la novation résulte clairement du contrat (1), comme l'exige l'art. 1273, puisque le premier contrat ne peut subsister avec le dernier ; puisque le dernier subsistant, il s'ensuit nécessairement que le premier n'existe plus ; qu'il demeure nul et sans effet ; en un mot, qu'ils sont incompatibles l'un avec l'autre, suivant la doctrine que nous avons exposée ci-dessus. « C'est donc une véritable novation qui décharge les cautions, lorsque l'on convertit une dette mobilière en une constitution de rente », dit Basnage, Traité des hypothèques, part. 2, ch. 6, pendant qu'il les paiera ; que conséquemment c'est toujours l'ancienne dette qui subsiste, sous une modification nouvelle. Nous répondrons bientôt à cette objection, en expliquant les effets de la condition mise au contrat de novation. Nous observerons seulement ici que le paiement des arrérages est véritablement une condition tacite de l'aliénation du capital, dans le contrat de constitution de rente perpétuelle ; mais que c'est une condition résolutoire, et non pas suspensive ; qu'ainsi l'ancienne obligation est éteinte au moment de la conversion de la dette exigible en rente perpétuelle ; que par conséquent, l'obligation des cautions est également éteinte. La question est donc de savoir si la résolution du nouveau contrat fait par le défaut de paiement, fait revivre leur ancienne obligation. Mais *obligatio semel extincta non reviviscit.* Voyez ci-après, n.° 300.

(1) Ainsi l'ont pensé la Cour de Riom et la Cour de cassation. Ligier-Reynouard devait aux hospitaliers de Clermont 4,600 fr., payables avec intérêts, aux termes portés dans un acte de 1762. Par acte du 11 floréal an 10, son fils approuva et ratifia l'acte ancien, et consentit qu'il fût exécutoire contre lui, au profit des hospices de Clermont, à qui cette créance avait été transférée. En conséquence, il s'obligea de payer chaque année la somme de 230 fr., sans aucune retenue, à commencer le 7 prairial an 11, et de continuer chaque année, tant qu'il sera en possession du domaine de Chezjallat, ou en demeure de faire le remboursement de la somme principale de 4,600 fr. Le

p. 117. Il rapporte deux arrêts qui l'ont ainsi jugé. On n'en peut douter, sous l'empire du Code. Ce n'est que *la simple prorogation de terme* accordée par le créancier au débiteur principal, qui ne décharge point la caution, suivant l'art. 2039 du Code. On en doit conclure que la conversion de la dette exigible, ou à terme, en rente perpétuelle, décharge les cautions; car ce n'est pas une simple prorogation de terme, c'est une aliénation du capital, et par conséquent, une extinction de la première obligation (1).

281. Le créancier qui consent à l'aliénation de son capital, stipulerait même inutilement qu'il n'entend pas faire novation, ni dégager

domaine de Chezjallat fut vendu par les créanciers personnels de Ligier-Reynouard. Les hospices de Clermont prétendirent être colloqués dans l'ordre à la date de 1762, et demandèrent la séparation des patrimoines, comme créanciers du père de Ligier-Reynouard. Mais la Cour de Riom rejeta cette prétention, par arrêt du 24 août 1811, attendu que les hospices de Clermont ont fait novation de leur titre par l'acte du 11 floréal an 10, soit en acceptant Ligier-Reynouard fils pour leur débiteur, soit encore plus en lui laissant, *à titre de rente remboursable à sa volonté, les sommes capitales qui étaient exigibles.* Le 7 décembre 1814, la Cour de cassation confirma cet arrêt, attendu que loin de violer aucune loi, l'arrêt s'y est conformé, en déclarant qu'il n'y avait pas lieu d'admettre la séparation du patrimoine, demandée par les hospices, parce qu'ils avaient fait novation de leur titre, en acceptant pour leur débiteur l'héritier Ligier-Reynouard, qui leur avait hypothéqué tous ses biens, *et en convertissant en rente remboursable à sa volonté des créances qui étaient exigibles à la leur.* Sirey, an 1815, p. 97 et suiv.

(1) Sur la conversion du nantissement en simple prêt, voyez Basnage, Traité des hypothèques, part. 1, ch. 17, p. 97.

les cautions ; car, dit fort bien Pothier, une protestation ne peut empêcher l'effet nécessaire et essentiel d'un acte ; elle pourrait seulement empêcher l'extinction des hypothèques de l'ancienne dette, et les transférer à la nouvelle ; ce qui est permis par la loi 12, § 5, ff *qui potior.*, 20, 4. Nous en parlerons en expliquant les effets de la novation.

282. La nouvelle convention est encore incompatible avec l'ancienne, et par conséquent, la volonté d'opérer la novation résulte de l'acte, lorsque l'objet de l'obligation est changé, lorsqu'il n'est plus le même que celui de l'ancienne. *Mutatâ causâ vel statu obligationis*, dit Cujas, dans ses Paratitles sur le Code. Par exemple, je vous devais une somme de 3,000 fr. que vous m'aviez prêtée, pour sûreté de laquelle je vous avais donné une caution et une hypothèque. Vous consentez à recevoir en paiement le fonds cornelien. Du moment où la vente est parfaite, la première obligation est irrévocablement éteinte, et avec elle le cautionnement et l'hypothèque, qui en étaient les accessoires, quand même vous seriez ensuite évincé du fonds cornelien. Le Code civil, art. 2038, le décide expressément à l'égard des cautions, et il y a même raison de décider, relativement à l'hypothèque. Basnage (*2.° part., ch. 7, p. 118*) rapporte plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé. La

dation en paiement opère donc une novation qui résulte nécessairement, quoique tacitement, du changement d'objet de la nouvelle obligation.

Ces principes serviront à faire connaître quand la transaction et les autres contrats opèrent une novation.

283. Nous avons l'exemple d'une espèce particulière de novation, qui s'opère sans l'intervention d'une tierce personne, par une convention faite, non pas avec le débiteur originaire, mais avec son héritier. L'art. 878 du Code donne aux créanciers d'une succession le droit de demander que le patrimoine du défunt soit séparé du patrimoine de l'héritier, afin d'être payés de préférence aux créanciers de ce dernier, sur les biens qui composent l'hérédité (1).

L'art. 879 ajoute que ce droit de séparation ne peut plus être exercé, lorsqu'il y a *novation* dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur.

Cette disposition est tirée du droit romain, qui voulait que le droit de séparation des patrimoines cessât aussitôt que les créanciers du défunt avaient, de quelque manière que ce soit,

(1) Le Code a suivi en cela l'ancien droit. Voyez Loisel, tom. 2, p. 7, liv. 3, tit. 1, règ. 8. « Qui prend obligation ou donne terme, » en dette privilégiée, la fait commune ». Changé par la Cout. de Paris, art. 177, et *ibi* Brodeau, n.° 5; Rebuff, *de litteris oblig.*, glos. 2, n.° 33.

qualiter qualiter, suivi la foi de l'héritier, en l'acceptant pour débiteur. (*V. l. 1, §§ 10, 11 et 15, ff de separat., 42, 6; Voët, in hunc tit., n.° 4; l. 2, cod. de bon. autor. jud., 7, 72*). Par exemple, s'ils avaient accepté de lui des hypothèques, des cautions, un titre nouveau; s'ils lui avaient accordé un délai, changé le mode de paiement, reçu de lui des intérêts, ils ne pouvaient plus demander la séparation des patrimoines.

Il faut bien remarquer que, pour opérer la déchéance ou la remise du droit de séparation, Ulpien, dans la loi citée, exigeait que les créanciers du défunt eussent suivi la foi de l'héritier, dans le dessein de faire novation. *Illud sciendum est eos demùm creditores posse impetrare separationem qui non novandi animo ab hærede stipulati sunt. Cœterùm, si cum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis commodum. D. l. 1, § 10.*

Mais aussi du tems d'Ulpien, on pensait que la novation s'opérait, *si quis pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem, seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit.* C'est ce que nous apprend Justinien, qui réforma cet ancien droit, et qui voulut qu'à l'avenir de pareils changemens n'opérassent point de novation, si les parties n'avaient spécialement fait remise de l'ancienne obligation, et

déclaré expressément qu'elles préféraient la seconde. *V. l. 8, cod. de novat., 8, 42.*

Pour appliquer ces nouveaux principes à la matière des séparations de patrimoines, il aurait fallu dire que les créanciers du défunt ne perdent point ce droit, en acceptant l'héritier pour débiteur, ou même en acceptant de lui de nouvelles sûretés, à moins qu'ils n'aient déclaré dans l'acte qu'ils ont voulu faire novation, ou que cette volonté ne résulte clairement de l'acte.

Cependant Pothier (*Traité des successions, ch. 5, art. 4, p. 614, édit. in-12*), d'où a été pris l'art. 879, semble enseigner que la simple acceptation de l'héritier pour débiteur suffit, sans autres circonstances, pour faire une novation, qui fait perdre aux créanciers le droit de séparation des patrimoines. C'est dans ce sens que la Cour suprême a entendu l'art. 879, dans les considérans d'un arrêt du 7 décembre 1814, dont nous avons déjà parlé, et rapporté par Sirey, an 1815, p. 97. « Attendu, porte cet arrêt, que dans les anciens principes puisés dans le texte même de la loi première, ff *de separat.*, et consacrés par l'art. 879 du Code civil, le droit de demander la séparation du patrimoine du défunt ne peut pas être exercé, lorsqu'il y a, de la part du créancier, *acceptation de l'héritier pour débiteur;* acceptation *que*

le législateur qualifie de novation en cette matière. D'où il suit que l'arrêt attaqué, loin d'avoir violé ces principes et ces lois, s'y est expressément conformé, en décidant qu'il n'y avait pas lieu d'admettre la séparation du patrimoine demandée par les hospices de Clermont, parce qu'ils avaient fait novation de leur titre, en acceptant pour leur débiteur l'héritier Ligier-Reynouard, qui leur avait hypothéqué tous ses biens ».

Mais observez que cette espèce de novation est particulière à cette matière, comme le dit fort bien la Cour de cassation; *acceptation que le législateur qualifie de novation dans cette matière.* Elle n'a donc pas d'autre effet que celui de faire perdre aux créanciers le droit de demander la séparation des patrimoines. Si donc un créancier, à qui le défunt avait donné des hypothèques ou des cautions, recevait un titre nouveau dans lequel il acceptât l'héritier pour débiteur, sans déclarer faire novation, sans que la volonté de l'opérer résultât des termes de l'acte, il aurait perdu le droit de séparation des patrimoines, mais il n'aurait pas perdu ses hypothèques ni son action contre les fidéjusseurs; car il n'y aurait ni substitution d'une dette nouvelle à une dette ancienne, ni substitution d'un débiteur à un autre, puisque l'héritier représente la personne du défunt.

284. Après la novation qui se fait entre le débiteur et le créancier, sans l'intervention d'une nouvelle personne, il nous reste à parler de la *délégation,* opérée par la substitution d'un nouveau débiteur, qui s'oblige de payer le créancier, dans la place de l'ancien débiteur, lequel est déchargé.

Cette substitution peut se faire de plusieurs manières; 1.° entre le créancier et le débiteur délégant, sans le concours du débiteur délégué. Je vous dois 3,000 fr., et pour m'acquitter envers vous, je vous délègue à recevoir la même somme que me doit Titius. L'effet d'une pareille convention dépend des termes de l'acte et de l'intention des parties. Si vous ne m'avez point déchargé de mon obligation, ce n'est qu'un mandat que je vous ai donné, et que vous avez reçu. Je n'en reste pas moins obligé envers vous, et si Titius ne vous paie pas, vous pouvez recourir vers moi, et me contraindre à vous payer les 3,000 fr. C'est le cas de tous les billets à ordre ou négociables, qu'un débiteur donne à son créancier, avec un endossement portant ordre au débiteur du billet d'en payer le montant à telle personne. Une pareille convention n'opère aucune novation : ce n'est que l'indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer en sa place (1277).

285. Mais si vous prenez, en paiement des

3,000 fr. que je vous dois, une créance de pareille somme due par Titius, que vous acceptez *pour seul débiteur*, alors il y a novation. Je suis déchargé de mon obligation ; elle est éteinte avec ses accessoires ; vous n'avez plus d'action que contre Titius. Cette convention est un véritable transport de créance, qui suit les règles tracées par le Code, art. 1689 et suivans. Je ne suis tenu à aucune garantie, si ce n'est à garantir l'existence et la réalité de ma créance contre Titius, au moment du transport (1693). Je ne réponds point de sa solvabilité, à moins que je ne m'y sois engagé (1276). Vous n'êtes saisi, à l'égard des tiers, par exemple à l'égard de mes créanciers, que par la signification du transport fait à Titius, ou par son acceptation faite dans un acte authentique (1690). C'est alors seulement qu'il devient uniquement votre débiteur personnel. Si, avant cette signification ou cette acceptation, Titius me payait, il serait valablement libéré, sauf votre recours vers moi; et si mes créanciers avaient, avant ce tems, mis une saisie-arrêt sur ce qu'il me devait, vous n'auriez eu sur eux aucune préférence, la somme se fût partagée entre eux et vous par contribution.

286. 2.° On peut substituer un débiteur à un autre, sans le concours du créancier au profit de qui la délégation est faite, et qu'on

peut appeler délégataire. Je vous vends le fond cornelien pour 10,000 fr., que je vous délègu à payer en mon acquit à Titius, à qui je do cette somme. Il n'y a point là de novation; c n'est que l'indication d'une personne qui do recevoir pour moi (1277). Une pareille déléga tion, ainsi restée imparfaite par défaut d'accep tation, n'établit aucun lien de droit entre l créancier indiqué pour délégataire et le débi teur délégué. Le délégant reste seul créancie de celui-ci. Cette délégation imparfaite n'es donc point un titre de créance en faveur du créancier indiqué. Il ne pourrait pas critique les paiemens faits au délégant ou à d'autres personnes, du consentement de ce dernier (1) car le délégant peut révoquer la délégation faite dans un acte où n'était point partie le créancier indiqué pour délégataire (1121).

287. Cette délégation procure néanmoins de grands avantages à ce dernier. 1.° L'énonciation de sa créance, dans un titre émané de son débiteur, peut lui servir pour la perpétuer, et pour repousser la prescription; 2.° s'il n'avait pas de preuve écrite de sa créance, cette énonciation pourrait lui servir de commencement de preuve par écrit (1347); 3.° et c'est le plus grand avantage que retire de la délégation

(1) Voyez l'arrêt de la Cour de cassation, du 22 avril 1807. Sirey, an 1807, p. 230.

imparfaite le créancier indiqué : il a le droit d'accepter la délégation, en déclarant qu'il veut en profiter, et alors, mais alors seulement, elle ne peut plus être révoquée ; il devient propriétaire de la créance déléguée, et seul créancier personnel du délégué. En notifiant son acceptation, il se rend partie dans l'acte de délégation ; mais tant que cette acceptation n'est pas faite, il reste étranger au débiteur délégué.

288. Il faut même que son acceptation soit faite par un acte authentique (1690), pour produire son effet à l'égard des tiers, tels que les autres créanciers du délégant. Une acceptation sous seing privé ne suffirait pas, parce que n'ayant point de date certaine (1328), le délégant et le créancier délégataire resteraient les maîtres de lui donner telle date qu'ils voudraient, au préjudice des autres créanciers.

A plus forte raison, une acceptation tacite serait insuffisante, comme si le délégué avait payé quelques sommes à valoir à la créance du créancier indiqué ; car le paiement n'est censé fait de la part du délégué que pour s'acquitter envers le délégant, et comme son mandataire.

289. L'inscription hypothécaire que pourrait prendre le créancier indiqué pour délégataire, sur les biens du délégué, loin d'être une acceptation suffisante de la délégation, serait nulle, parce qu'une inscription n'est qu'un acte

conservatoire, qui suppose un titre préexistant, mais qui ne peut en servir ni le remplacer, parce qu'elle ne peut constituer d'obligation entre celui qui l'a requise et le prétendu débiteur; parce qu'enfin, celui qui s'inscrit peut toujours faire rayer son inscription.

290. 3.° Enfin, la substitution d'un débiteur à la place d'un autre débiteur, ou la *délégation*, pour être parfaite, doit se faire par le concours de trois personnes, 1.° le délégant, qui est le débiteur; 2.° le créancier, qui accepte la délégation; 3.° le délégué, qui s'oblige d'acquitter la dette, et qui, par là, devient débiteur personnel du créancier (1).

Néanmoins, la délégation ainsi parfaite, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entend décharger son débiteur, qui a fait la délégation (1275), ou si cette décharge ne résulte des termes de l'acte;

(1) On trouve dans Denisart, verbo *loyer*, n.os 21 et suivans, quelques arrêts qui pourraient faire douter si, quand un débiteur a délégué à son créancier des fermiers ou locataires qui ont accepté la délégation, les créanciers du délégué ne peuvent pas faire saisir les mêmes sommes. On pensait alors, à Paris, que les locataires ne pouvaient payer leurs loyers d'avance, au préjudice des créanciers du propriétaire, et des saisies qui peuvent survenir. Denisart, n.° 2. Cette jurisprudence était bien étonnante : aussi le même Denisart observe-t-il, n.° 23, que le dernier arrêt qu'il rapporte eût été rendu autrement, si la délégation n'eût pas été faite sur un fermier. Quoi qu'il en soit, le Code ne fait point d'exception à l'égard des fermiers ou locataires, et nous avons déjà observé, n.° 81, qu'on ne doit pas s'arrêter à ce que dit Denisart sur ce point.

par exemple, si le créancier dit qu'il accepte le délégué pour *son seul débiteur*. C'est alors seulement que la délégation renferme une novation, et qu'elle produit tous les effets dont nous parlerons bientôt.

291. Après que le délégué, capable de contracter, s'est obligé en vertu de la délégation, il ne peut plus opposer au créancier les exceptions qu'il eût pu opposer au délégant. *Doli exceptio, quæ poterat deleganti opponi, cessat in personâ creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est in cæteris similibus exceptionibus. L. 19, ff de novat. et delegat., 46, 2.*

Ainsi, le délégué ne peut se défendre d'acquitter son obligation, en alléguant qu'il ne s'est engagé que dans la fausse persuasion qu'il était débiteur du délégant, et en prouvant qu'il ne l'était pas. Cette erreur ne peut nuire qu'à celui qui l'a commise, et non pas au créancier, qui n'a fait que retirer ce qui lui était dû par son ancien débiteur qu'il a libéré; *suum recepit.* Le délégué, dans ce cas, a seulement son recours contre le délégant. *L. 12, ff de novat., 46, 2.*

Il faut excepter le cas où celui envers qui le délégué s'est obligé, n'était point créancier du délégant, soit que celui-ci ait cru, par erreur, lui devoir, soit que, sachant qu'il ne lui devait rien, il ait voulu lui faire une libéralité. Le délégué peut, en prouvant qu'il n'était point

débiteur du délégant, se refuser au paiement du montant de la délégation. *L. 7, ff de doli except., 44, 4; l. 2, § 4, ff de donat., 39, 5.*

La raison de différence est que la personne au profit de qui la délégation est faite *certat de lucro captando*, lorsqu'elle n'est point créancière du délégant; le délégué, au contraire, *certat de damno vitando.* On doit donc le décharger de son obligation, s'il n'a point encore payé, et s'il a payé, lui accorder la répétition de ce qu'il a payé par erreur. *Pothier, n.° 566.*

292. Toutes sortes d'obligations civiles ou naturelles peuvent être l'objet de la novation. On n'en excepte que celles qui ont une cause réprouvée par la loi, non dans l'intérêt particulier du débiteur, mais par des motifs d'intérêt ou d'ordre public. *V. ce que nous avons dit tom. 6, n.° 390, p. 471, et la loi 1, ff de novat.*

293. Au reste, pour faire une novation valable, comme pour tout autre contrat, il faut être maître de ses droits et capable de contracter. Pothier *(Traité des obligations, n.° 555)* enseigne que la novation étant quelque chose d'équipolent, quant à l'extinction de la dette, au paiement qui en serait fait au créancier, il n'y a que ceux à qui on peut payer valablement qui puissent faire novation de la dette. C'est de ce principe qu'il fait dériver la décision des questions qu'on élève à l'égard des

personnes qui peuvent ou non faire novation. M. Garrau-de-Coulon, dans le Répertoire, verbo *novation*, § 4, a très-bien prouvé que ce principe manque d'exactitude, et peut conduire à l'erreur. Il proposait d'y substituer le principe, plus simple, que la novation étant un contrat qui éteint l'ancienne dette, pour lui en substituer une nouvelle, il faut, pour rendre la novation valable, que le créancier et le débiteur aient la capacité, l'un de remettre l'ancienne obligation, l'autre de contracter la nouvelle. Ce principe a été adopté par le Code, et c'est dans ce sens qu'il faut entendre l'art. 1272, qui dit que « la novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter ». Ce principe sert à résoudre toutes les questions qui peuvent s'élever sur cette matière.

294. Ainsi, pour savoir si la novation faite par un mineur, un interdit, une femme mariée, est valide, il faut recourir au principe général de l'art. 1125, qui dit qu'ils ne peuvent, pour cause d'incapacité, attaquer leurs engagemens que dans les cas prévus par la loi, et que les personnes capables de contracter ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté. Les novations qu'ils ont consenties sont donc valides, si elles rendent leur condition meilleure.

295. Ainsi encore, les novations consenties par les tuteurs, les curateurs, les maris, les mandataires, ne sont valides qu'autant que la nouvelle créance ou les changemens faits à l'ancienne, n'excèdent pas les pouvoirs qu'ils tiennent de la loi ou de leur mandat.

296. Le principe qu'il faut être capable de faire remise de l'ancienne dette et de contracter la nouvelle, pour opérer une novation valide, sert à résoudre les questions de savoir si l'un des créanciers solidaires peut encore valablement faire novation de la dette (1). L'art. 1198 dit que « la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier ». Il en résulte que la novation qu'il a consentie n'est valide que pour sa part, et qu'elle ne peut nuire aux autres créanciers.

Cependant si l'un des créanciers, l'un des associés, par exemple, avait le pouvoir de contracter au nom de toute la société, et de l'engager par sa signature, la novation qu'il consentirait serait valide, même pour la part des autres associés. Mais la faculté de recevoir ne

(1) Cette question était très-controversée dans l'ancienne jurisprudence, parce qu'il existe sur ce point deux lois romaines qui paraissent difficiles, ou plutôt impossibles à concilier. Voyez Pothier, n.° 556; Garrau-dé-Coulon, et les auteurs qu'il cite dans le Répertoire, verbo *novation*, § 4. Les dispositions du Code font cesser cette controverse.

suffit pas pour conférer le pouvoir de faire novation.

Quant à la novation consentie par l'un des débiteurs solidaires, elle libère les autres, puisque l'obligation ancienne est éteinte (1281). Mais ils ne sont point liés par la nouvelle obligation qu'il y a substituée ; il a seulement un recours contre chacun d'eux, pour leur portion dans l'ancienne dette qu'il a acquittée.

297. L'effet de la novation est d'éteindre l'ancienne obligation, et par conséquent tous ses accessoires. « Ainsi, par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés. La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions (1281) ». Ainsi, les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance sont éteints, et ne passent point à celle qui lui est substituée (1278). Les intérêts de l'ancienne obligation cessent de courir, la demeure du débiteur et la peine encourue, s'il y en avait une, sont purgées, la contrainte par corps anéantie, etc.

298. Mais pour opérer cette extinction, qui est l'effet immédiat et nécessaire de la novation, c'est-à-dire, de la substitution d'une nouvelle obligation à l'ancienne, il faut que la nouvelle subsiste civilement, ou au moins naturellement. *Dùm modò sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter. (L. 1, § 1, ff de*

novat., 46, 2). Par exemple, dit la même loi, la promesse d'un mineur sans l'autorité de son tuteur. *Si pupillus sine tutoris autoritate promiserit.* Car si l'obligation des mineurs, sans l'autorité de leur tuteur, est nulle civilement, elle subsiste naturellement. Bien plus, elle produit tous les effets civils à l'égard du créancier majeur qui a consenti à la novation, en recevant l'obligation des mineurs dans la place d'une précédente obligation. Il est civilement obligé envers eux, quoiqu'ils ne le soient que naturellement envers lui. *(V. tom. 6, n.° 105)*. Ainsi, la nouvelle obligation contractée par un mineur dans l'acte de novation, éteint, avec ses accessoires, l'ancienne obligation à laquelle elle est substituée, soit qu'il s'oblige pour dégager un précédent débiteur *(§ 3, inst. quib. mod. toll. obl., 3, 30)*, soit qu'il s'oblige pour éteindre une dette ancienne, qui lui était personnelle. En acceptant la nouvelle obligation dans la place de l'ancienne, le créancier a consenti à éteindre celle-ci, et par conséquent ses accessoires. Ce consentement l'a irrévocablement lié. Il faut en dire autant de la novation faite par la femme qui s'est obligée sans l'autorisation de son mari (1). Inutilement le créancier objecterait-il

(1) Il en serait autrement si un mineur ou une femme mariée consentait à une novation nuisible à ses intérêts, en éteignant, par exemple, une créance contre un débiteur qui avait donné des

que l'obligation de la femme et celle du mineur, sans autorisation du mari et du tuteur, sont nulles; cette nullité n'est relative qu'à eux seuls. Ce n'est qu'à lui qu'il peut imputer l'imprudence d'avoir consenti à l'extinction de l'ancienne obligation, pour en accepter une nouvelle, contractée par des personnes incapables de s'obliger civilement.

299. Mais si la seconde obligation est nulle dans son principe, si elle n'a pu produire aucun effet civilement, ni même naturellement, il en résulte qu'elle n'a point existé, et par conséquent, que l'ancienne obligation ne s'est point éteinte; car elle ne pouvait s'éteindre que par la substitution d'une nouvelle obligation civile, ou au moins naturelle. (*L. 1, § 1; l. 24, ff de novat., 46, 2; l. 5, cod. de remiss. pign., 8, 26, et ibi gloss. et Donellum*). Et comme les accessoires, tels que les cautionnemens et hypothèques, etc., ne devaient s'éteindre qu'en conséquence de l'extinction de l'ancienne obligation, et parce qu'ils ne pouvaient subsister sans

cautions, pour lui substituer un autre débiteur qui ne donne point de sûretés. En ce cas, le contrat de novation serait nul et ne produirait aucun effet; l'ancienne obligation ni ses accessoires ne seraient point éteints. Les cautions ne pourraient s'en plaindre; car si le mineur ou la femme mariée non autorisée faisait directement remise du cautionnement, cette remise serait nulle. Ils ne peuvent donc faire indirectement ce qu'ils ne pouvaient faire directement. Ce cas est tout différent de celui dont parlent la loi 1, § 1, ff *de novat.*, et le § 3, *inst. quib. mod. toll. obl.*

elle, il s'ensuit qu'ils ne sont point éteints, puis qu'elle a toujours subsisté.

Ainsi, par exemple, si la nouvelle obligation était jugée nulle pour cause de violence, d'erreur ou de dol, cette nullité étant ce qu'on appèle *radicale,* parce qu'elle remonte à la racine ou au principe de l'obligation, il en résulterait qu'elle n'a jamais existé; qu'elle n'a produit aucun effet; par conséquent, qu'il n'y a point eu de novation, et que l'ancienne obligation n'a pas cessé un moment d'exister avec tous ses accessoires.

Ainsi encore, si la nouvelle obligation était contractée sous une condition impossible, *si cœlum digito tetigeris, etc.;* si elle avait pour objet une chose absolument hors du commerce, un fait contraire aux bonnes mœurs, etc., elle serait radicalement nulle, et par conséquent, elle n'aurait point opéré de novation; l'ancienne obligation, ni ses accessoires, ne seraient pas éteints; car l'extinction était conditionnelle, en cas seulement que la nouvelle obligation fût valide.

300. Au contraire, si la nouvelle obligation venait à être annulée ou rescindée pour une cause postérieure au contrat, ou imputable au créancier, la novation n'en aurait pas moins produit son effet, elle n'en aurait pas moins éteint l'ancienne obligation avec tous ses accessoires. L'obligation des cautions, celle des

codébiteurs, non plus que les hypothèques éteintes ne revivraient point ; car, suivant une règle de droit, avouée par la raison, l'obligation, une fois éteinte, ne peut plus revivre, à moins qu'un juste motif d'équité ne force à venir au secours du créancier. *Obligatio, sive actio semel extincta non reviviscit, nisi justa causa subsit ex quâ æquitas subveniat* (1).

301. Nous trouvons l'application de cette règle dans l'art. 2038 du Code, qui porte que « l'acceptation volontaire, que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque, en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé ».

Dans l'espèce de cet article, la dation en paiement, volontairement acceptée par le créancier, a opéré une novation, qui a éteint l'ancienne dette, et avec elle l'obligation du fidéjusseur. La dation en paiement s'évanouit par l'éviction de la chose donnée. Cependant, l'obligation du fidéjusseur ne revit pas. Pourquoi cela ? Parce que le contrat est anéanti pour une cause postérieure à la novation, et parce qu'une obligation une fois éteinte, ne peut plus revivre, à moins qu'un puissant motif d'équité ne force à venir au secours du créancier.

(1) Voyez la glose et les docteurs sur la loi 98, § 8, ff *de solut.*, 46, 3, d'où cette règle est tirée ; voyez aussi la loi 4, cod. *de transact.*, 2, 4, *et ibi gloss. et doctores.*

Or, lorsqu'un pareil motif force à faire re
vivre, en faveur du créancier, l'obligation d
fidéjusseur, l'équité exige qu'on la laisse éteinte
car, on n'a rien à imputer au fidéjusseur, qui n
doit pas répondre du fait d'autrui, tandis qu'a
contraire on peut justement imputer au créan
cier d'avoir trop légèrement pris en paiemen
un fonds qui n'appartenait point au débiteur
et d'avoir ainsi fait la remise de l'obligation d
fidéjusseur : entre deux personnes à l'une des
quelles un évènement doit occasionner de la
perte, il est juste de la faire tomber sur celle à
qui on peut reprocher une faute légère, une
imprudence, ou même une simple inconsidé-
ration, tandis qu'on n'en peut reprocher au-
cune à l'autre.

D'ailleurs, et c'est une raison d'équité pé-
remptoire, cette inconsidération causerait au
fidéjusseur un préjudice irréparable, en le pri-
vant des actions qu'il aurait pu exercer contre
le débiteur, pour le contraindre à l'acquit de la
dette cautionnée; car, le débiteur poursuivi,
n'eût pas manqué d'opposer que la dette était
acquittée, au moyen de la chose qu'il avait
donnée en paiement. Cependant, ses facultés
venant à diminuer ou à périr, il pourrait de-
venir insolvable avant l'éviction de la chose
donnée en paiement, et si l'on faisait revivre
l'ancienne dette contre le fidéjusseur, celui-ci

se trouverait éprouver une perte considérable par le fait du créancier.

302. La règle qu'une fois éteinte l'obligation ne revit plus, s'applique encore au cas où le créancier a consenti à recevoir, pour seul obligé, un mineur non autorisé dans la place d'un précédent débiteur. Si le mineur se fait restituer contre son obligation, elle est anéantie pour une cause qui remonte, à la vérité, à l'origine de l'obligation, mais qui est étrangère au précédent débiteur, et qui peut être imputée au créancier. Ainsi, l'ancienne obligation ne revit pas, quoique la nouvelle soit nulle et sans effet civil. *Licèt posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollitur;..... nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. § 3 inst. quib. mod. toll. obl., 3, 30.*

303. La disposition de l'art. 1276 est encore une conséquence ou une application de la règle qu'une obligation éteinte ne revit plus (1). Il porte : « Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce délégué, si le débiteur devient insolvable ».

304. On peut encore faire l'application de la même règle, au cas de convertissement d'une

(1) L'art. 1299 en fait encore l'application à l'extinction d'une dette compensée. Voyez *infrà*.

dette exigible en rente constituée. Ce conve
tissement opère une novation, qui, en éteigna
la dette exigible, libère les cautions, éteint l
hypothèques, etc. (1) : le créancier peut co
traindre au remboursement le débiteur qui ces
de payer la rente pendant deux ans (1912
mais, dans ce cas, l'obligation des cautions,
les hypothèques ne revivent point. Ainsi,
créancier ne pourra agir contre les cautions
et il sera primé par les créanciers postérieu
au contrat de novation.

305. Ces principes nous conduisent à déc
der que le vendeur, qui convertit le prix de l
vente d'un héritage en une rente constituée
même par le contrat de vente, et, à plus fort
raison, si c'est par un second contrat, n'a point
s'il ne l'a pas réservé, le droit de faire, au pré
judice des tiers, résoudre la vente à défaut d
paiement de la rente. Le convertissement du
prix de la vente en rente constituée a opéré une
novation (*v. suprà, n.° 280*), qui a éteint la dette
ancienne, et par conséquent les droits y atta-
chés. Le vendeur n'est plus créancier du prix
de la vente, mais seulement d'une rente annuelle
et perpétuelle. Faute de paiement de cette rente
pendant deux ans, il peut en exiger le rachat
(1812); mais non pas faire résoudre la vente qui

(1) Quand elles n'ont pas été réservées. Basnage, Traité des hypothèques, part. 1, chap. 17. Voyez *infrà*, n.° 309.

a précédé la constitution de rente; car, quoique consignées l'une et l'autre dans le même acte, on n'y distingue pas moins deux contrats différens; 1.° la vente consentie pour une somme fixe; 2.° la constitution de rente, qui aliène cette somme à perpétuité, moyennant une rente annuelle et perpétuelle. *Tot sunt stipulationes quot res.* Ce dernier contrat a éteint, par la novation, la dette du prix de la vente, et par conséquent l'action résolutoire, faute de paiement de ce prix, qui n'est plus dû. Or, une action éteinte ne peut plus revivre.

306. La règle que l'obligation une fois éteinte ne revit plus paraît d'abord contraire à la disposition de l'art. 1184, qui porte que « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où *l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* ».

L'effet de la condition résolutoire, lorsqu'elle s'accomplit, est, suivant l'art. 1183, de remettre les choses dans le même état que si l'obligation n'avait pas existé; d'où l'on semblerait pouvoir conclure que, faute d'exécution de la nouvelle obligation, l'ancienne revit dans l'état où elle était, avec ses accessoires, tels que les cautionnemens, hypothèques, etc.

Mais ce principe, que l'accomplissement de la condition résolutoire remet les choses dans

le même état que si le contrat où elle a été stipulée n'avait point existé, doit être limité ou plutôt expliqué par un autre principe d'éternelle vérité, consacré dans l'art. 1165 du Code : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ». Ainsi, la condition résolutoire n'a d'effet que contre le débiteur ou ses ayans-cause, et non contre les personnes qui ne sont pas intervenues dans le contrat, telles que les cautions de l'ancienne obligation. Le cautionnement est éteint par la novation; il est éteint malgré la condition résolutoire stipulée ou sous-entendue dans le contrat de novation, qui est étranger aux cautions; il est éteint malgré la réserve qu'aurait faite le créancier de ses droits vers les cautions; car, une réserve, une protestation contraire à l'acte ne peut empêcher l'effet nécessaire et essentiel de cet acte (*Pothier, t. 2, p. 113*), sur-tout relativement à des personnes qui n'étaient pas présentes. L'obligation éteinte ne peut donc plus revivre sans le consentement du fidéjusseur. *Obligatio semel extincta non reviviscit.*

La disposition de l'art. 1184, loin d'être contraire à cette règle, n'en est que le développement. Nous avons vu que cette règle souffre exception, lorsqu'un puissant motif d'équité oblige de venir au secours du créancier. En effet, il serait contraire à l'équité qu'un

créancier de bonne foi, qui a consenti à éteindre une précédente créance pour lui en substituer une nouvelle, fût privé de ses anciens droits vers le débiteur, lorsque la seconde obligation est anéantie par un évènement dont celui-ci doit répondre. C'est par ce motif que l'art. 1184 veut que la condition résolutoire soit toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas *où l'une des parties* ne satisfera point à son engagement, et qu'il laisse à la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

Mais remarquez que ce droit de faire revivre l'ancienne obligation, par la résolution du nouveau contrat, n'est accordé que contre la partie qui ne satisfera point à son engagement. On peut donc dire qu'à l'égard de cette dernière, par exemple, à l'égard du débiteur qui a donné en paiement une chose dont le créancier est ensuite évincé, l'ancienne obligation n'était point entièrement éteinte, mais seulement assoupie, et que l'éviction de la chose donnée en paiement ne fait que la réveiller et non la ressusciter. *Mortua quidem actio non reviviscit, sed sopita ressuscitatur*; et, comme disent les docteurs, *non à morte, sed à somno resurgit.*

Or, le motif d'équité qui a fait établir la résolution du contrat contre le débiteur, lorsqu'il ne satisfait point à son nouvel engagement, exige, comme nous l'avons prouvé n.os 300 et 301, qu'on ne fasse pas revivre l'obligation du fidéjusseur par un évènement qu'on ne peut lui imputer. Ainsi, la condition sous-entendue ou exprimée dans un contrat où il n'était point partie, ne peut lui être opposée, pour faire revivre son engagement éteint.

307. Ces raisonnemens s'appliquent évidemment à l'extinction des obligations des codébiteurs solidaires, lorsque la novation s'est opérée entre le créancier et l'un d'entre eux. Il serait d'autant plus injuste de faire revivre leurs obligations par la résolution du contrat de novation, qu'ils peuvent, avant cette résolution, avoir payé leur part de la dette ancienne à celui d'entre eux qui, après avoir fait novation à leur profit, a manqué de satisfaire à son nouvel engagement envers le créancier. Celui-ci ne peut imputer qu'à lui-même de l'avoir accepté pour seul obligé.

Ces mêmes raisonnemens s'appliquent encore à l'extinction des hypothèques opérée par le contrat de novation. La résolution de ce contrat, prononcée contre le débiteur qui n'a pas satisfait au nouvel engagement, ne peut faire revivre les hypothèques éteintes au préjudice

des créanciers postérieurs à l'ancienne obligation.

308. Mais, lorsque la novation s'opère entre le créancier et le débiteur, à qui les biens hypothéqués appartiennent, ils peuvent, par le contrat, faire passer ou transférer les hypothèques (1) de l'ancienne créance à la nouvelle, même sans le consentement des autres créanciers, à qui cette translation ne cause aucun préjudice, puisqu'elle ne les empêche point de saisir les biens hypothéqués, et de les faire vendre, comme ils pouvaient le faire avant la translation. Par exemple, en convertissant en rente perpétuelle et constituée une dette exigible et hypothécaire, le créancier peut réserver les hypothèques de l'ancienne créance, et stipuler qu'elles continueront d'exister, pour sûreté du capital et de la prestation annuelle de la rente. Cette conservation ou translation des anciennes hypothèques, est, suivant Pothier, le seul effet de la clause par laquelle il serait expressément déclaré dans l'acte de convertissement que les parties n'ont pas entendu faire de novation; car, dit-il avec raison, une protestation ne peut empêcher l'effet nécessaire et essentiel d'un acte. C'est un principe constant que toute protestation (2) et réserve contraire à la substance même

(1) Voyez art. 1278; l. 3; l. 12, § 6; l. 21, ff *qui potiores*, 20, 4.

(2) *De protestatione facto contrariâ*, voyez Thomasius, tom. 2, dissert. 43, p. 306.

de l'acte où elle est contenue, n'est d'aucune considération, lorsque celui qui l'a faite pouvait agir autrement.

309. Basnage (*Traité des hypothèques, part. 1, ch. 17*), pensait même, d'après Dumoulin, que la conservation des hypothèques anciennes était de droit en ce cas, et qu'il n'était pas nécessaire de la stipuler, mais cette opinion est contraire à la règle générale établie par l'article 1278, que les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés. Si l'on admet, ce qui ne nous paraît pas douteux, que le convertissement d'une dette exigible en rente constituée opère une novation, il faut en conclure que l'ancienne hypothèque est éteinte, lorsqu'elle n'a pas été réservée.

La réserve tacite serait d'ailleurs incompatible avec le nouveau régime hypothécaire, qui, pour l'exercice et la conservation des hypothèques, exige qu'on fasse, sur le registre du conservateur, une inscription où soient référées la date et la nature du titre constitutif de l'hypothèque. Si l'acte de convertissement d'une dette exigible en rente constituée ne réservait pas les anciennes hypothèques, on ne pourrait les inscrire, ni en vertu de cet acte,

qui n'en parle point, ni en vertu de l'acte précédent, qui est anéanti par la novation.

310. Il faut remarquer que, si la nouvelle obligation est plus forte que l'ancienne, la translation de l'hypothèque à la nouvelle ne s'opère que jusqu'à concurrence du montant de la première; autrement, cette translation préjudicierait aux autres créanciers. Par exemple, dans l'espèce proposée, si la créance exigible, convertie en contrat de constitution, ne produisait point d'intérêts, la translation des hypothèques, relativement aux créanciers antérieurs au contrat, ne s'étendrait qu'au capital, et non aux intérêts de la rente.

311. Si la nouvelle obligation n'était pas susceptible d'hypothèque, le créancier ne pourrait réserver les anciennes hypothèques que conditionnellement. Il pourrait, par exemple, en prenant un fonds en paiement d'une créance exigible, stipuler qu'en cas d'éviction, il rentrera dans les droits et hypothèques que lui donnait l'ancienne créance, qu'il ne consent à éteindre que conditionnellement. Cette réserve ne nuit point aux autres créanciers, qui n'en peuvent pas moins, en attendant l'éviction, faire saisir et vendre les biens hypothéqués.

312. Si la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, Pothier, n.° 563,

pense que la translation des hypothèques anciennes à la nouvelle créance, ne peut s'opérer sans l'intervention du premier débiteur, parce que le nouveau débiteur, à qui n'appartiennent pas les biens hypothéqués, ne peut, sans le consentement du propriétaire, les affecter à la nouvelle dette.

Par exemple, si Titius s'oblige de me payer 1,000 fr. que vous me devez sur l'hypothèque du fonds cornelien, et qu'il soit dit que vous êtes libéré, sous la réserve des hypothèques, quoique la novation puisse se faire sans que vous interveniez à l'acte, la translation de l'hypothèque du fonds cornelien ne peut se faire à la nouvelle dette contractée par Titius, si vous n'intervenez à l'acte pour y consentir; le nouveau débiteur, à qui les choses hypothéquées n'appartiennent pas, ne pouvant pas, dit Pothier, sans vous, à qui elles appartiennent, les hypothéquer à la nouvelle dette.

Rien de moins concluant que ce raisonnement. Il est très-vrai que le nouveau débiteur n'a pas le droit d'hypothéquer les biens de l'ancien, sans son consentement; mais si ces biens sont déjà hypothéqués, le créancier ne peut-il pas réserver ces hypothèques, en faisant à l'ancien débiteur la remise de l'action personnelle qu'il avait contre lui, par la considération qu'un tiers se charge d'acquitter la

dette ? Tel est l'état de la question. Or, le créancier, qui peut retenir la personne de l'ancien créancier dans les liens de l'obligation première, en ne faisant pas novation, peut, à plus forte raison, retenir ses biens pour sûreté de la dette qu'un tiers se charge personnellement de payer en son acquit, et faire ainsi remise de l'action personnelle à l'ancien débiteur, en réservant contre lui l'action hypothécaire. *Non debet cui plùs licet quod minùs est non licere. L. 21, ff de R. J.*

L'opinion de Pothier nous paraît donc sans fondement et contraire aux règles de droit. Il la fonde sur la loi 30, ff *de novat.*, 46, 2. Mais quelque respect que nous ayons pour la doctrine profonde de ce grand jurisconsulte, il nous paraît évident que cette loi ne dit point qu'en acceptant un nouveau débiteur pour dégager l'ancien, le créancier ne peut pas faire la réserve de l'ancienne hypothèque, mais seulement que si elle n'a pas été réservée au moment de la novation, le nouveau débiteur ne peut plus la rétablir sans le consentement de l'ancien débiteur (1).

(1) Voici le texte de la loi : *Paulus respondit : Si creditor à Sempronio animo novandi stipulatus esset, ità ut à primâ obligatione in universum discederetur, rursùm easdem res à posteriore debitore, sine consensu debitoris prioris, obligari non posse.*

Si le créancier, dans le dessein de faire novation, avait stipulé de Sempronius (ce qui lui était dû par Mevius), de manière que la

Aussi le Code n'a point adopté la décision de Pothier, que nous venons de combattre. Après avoir posé, dans l'art. 1278, la règle générale que les hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à la nouvelle, si le créancier ne les a expressément réservées, l'art. 1279 ajoute seulement : « Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur ».

première obligation fût entièrement éteinte *in universum*, le second débiteur ne peut plus de nouveau, *rursùm*, hypothéquer les mêmes choses sans le consentement de l'ancien débiteur.

Il est évident que, dans cette espèce proposée par Paul, la novation avait été faite sans aucune réserve, *ità ut à primâ obligatione in universum discederetur.* L'ancienne obligation avait donc été éteinte en toutes ses parties, en principal et accessoires, *in universum.* On demandait si le nouveau débiteur pouvait, par une convention postérieure, faire revivre les hypothèques éteintes, en obligeant les mêmes biens, au créancier, une seconde fois, *rursùm.* Paul répond avec raison qu'il ne le peut, sans le consentement de l'ancien débiteur. En effet, lorsqu'une fois des biens ont été libérés de l'hypothèque dont le propriétaire les avait grevés, il ne peuvent plus l'être de nouveau sans son consentement, *obligatio semel extincta non reviviscit.*

Il y a plus, son consentement ne pourrait faire revivre l'ancienne hypothèque; il ne pourrait donner à la nouvelle les prérogatives de l'ancienne, ni l'antériorité sur les créanciers intermédiaires.

La seule conséquence raisonnable qu'on puisse tirer de la loi 30, ff *de novat.*, est donc que la réserve de l'ancienne hypothèque, pour sûreté de la nouvelle, ne peut se faire que par le contrat même de novation, et non par une convention postérieure : c'est une maxime applicable même aux novations qui s'opèrent entre le créancier et le débiteur, sans l'intervention d'un tiers.

En effet, quelqu'hypothèque que le nouveau débiteur donne sur ses biens, ce ne peut être l'hypothèque primitive sur les biens de l'ancien. Il ne peut conférer à cette nouvelle hypothèque, ni les priviléges qu'elle n'a point par sa nature, ni l'antériorité sur les hypothèques acquises à ses précédens créanciers. C'est un point tellement évident, qu'il était peut-être inutile d'en faire une disposition.

Mais remarquez qu'en disant que les hypothèques primitives ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur, l'art. 1279 ne dit point qu'elles ne peuvent être conservées sans le consentement de l'ancien, lorsque le créancier en a fait la réserve dans le contrat de novation.

313. Cependant, l'art. 1280 consacre une autre décision que Pothier appuie encore sur la loi 30, *ff de novat.* Cet article porte : « Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette ».

Nous croyons avoir prouvé que cette décision n'est point fondée sur la loi citée, et qu'elle est contraire aux règles de droit. C'est un motif pour ne pas l'étendre au cas où la novation s'opère entre le créancier et un tiers qui n'est

pas débiteur solidaire. Il faut appliquer ici la maxime *qui dicit de uno negat de altero*, et observer l'art. 1280 dans son cas précis, c'est-à-dire dans le cas de la novation faite avec l'un des débiteurs solidaires.

Il paraît néanmoins bien difficile de l'observer, même en ce cas; car il semble qu'il existe de la contradiction entre cet art. 1280 et l'article 1251, n.° 3. Celui-ci admet la subrogation de plein droit « au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres, au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ».

Primus et Secundus me doivent solidairement 3,000 fr., avec hypothèques sur tous leurs biens. Primus me paie la totalité de la dette : il est subrogé de plein droit dans mes droits et hypothèques, en vertu de l'art. 1251. S'il ne me paie que moitié en argent comptant et l'autre moitié en un billet payable dans un an, par lequel il est dit que je l'accepte pour seul débiteur de la somme de 1,500 fr., restant de celle de 3,000 fr. qui m'était due en vertu d'acte du..... lequel demeure annulé, Primus, quoiqu'il ne m'ait pas payé la totalité argent comptant, n'en est pas moins, en vertu de l'art. 1251, § 3, subrogé légalement dans mes droits et hypothèques contre Secundus, qu'il a acquitté par la novation, laquelle équivaut à un paiement. Secundus est donc libéré envers moi; je ne

puis plus agir personnellement contre lui; mais comme je puis exercer tous les droits de mon débiteur Primus, subrogé légalement dans les anciennes hypothèques, s'il ne me paie pas, je pourrai, même sans l'avoir réservée, exercer l'action hypothécaire contre Secundus. Il nous paraît donc qu'il existe, entre l'art. 1251 et l'art. 1280, une contradiction qu'on ne peut faire disparaître qu'en retranchant, lors de la revision du Code, l'art. 1280, dont la disposition s'accorde mal avec les règles de droit et avec la raison.

314. Si le créancier peut, dans l'acte de novation, réserver les anciennes hypothèques, pour sûreté de la nouvelle créance, il n'en est pas ainsi des droits qu'il avait vers les fidéjusseurs, qui avaient cautionné la première. Quelque réserve qu'il fasse à cet égard, les cautions de l'ancienne dette ne peuvent, sans leur consentement, être obligées à la nouvelle. La raison de différence est sensible : c'est le débiteur qui donne ordinairement les hypothèques, et comme il est presque toujours partie dans le contrat de novation, il ne peut se plaindre d'une réserve à laquelle il a consenti. Si la novation s'opère sans son concours, par la substitution d'un nouveau débiteur, il ne peut encore se plaindre de la réserve des hypothèques, puisque le créancier pouvait refuser

de le dégager, même de l'action personnelle.

Au contraire, le fidéjusseur, qui s'est rendu garant de l'ancienne dette, ne peut être forcé de garantir une nouvelle obligation ou une nouvelle personne sans son consentement. C'est pourquoi quelque stipulation, quelque réserve que le créancier puisse insérer dans le contrat de novation, en l'absence du fidéjusseur, il se fait, à l'égard de ce dernier, une extinction totale et non pas une suspension de son obligation. (*Basnage, Traité des hypothèq., part. 2, ch. 7, p. 118*). Le seul moyen qu'ait le créancier, pour conserver ses droits vers la caution, est celui qu'indique l'art. 1281, d'exiger son consentement ou son accession comme une condition suspensive du nouveau contrat. Si elle refuse d'y accéder, l'ancienne créance continue de subsister avec tous ses accessoires, parce qu'il n'y a point eu de novation : le contrat est devenu caduc; il n'a jamais existé, faute d'accomplissement de la condition.

315. Car la novation, comme tout autre contrat, peut être soumise à une condition suspensive ou résolutoire. Au premier cas, l'effet de la novation est suspendu jusqu'à l'évènement de la condition. Nous avons vu qu'il y a deux choses différentes à distinguer dans le contrat de novation, l'extinction de la première obligation, et la seconde qu'on lui substitue. Si la

seconde est soumise à une condition suspensive, l'extinction de la première est aussi nécessairement suspendue, et soumise à l'évènement de la même condition. Je vous ai prêté 1,000 fr. sous la caution de Paul; nous convenons que vous me donnerez le fonds sempronien en paiement, si dans un an tel navire arrive d'Amérique : cette obligation de vous donner en paiement le fonds sempronien est suspendue par l'évènement incertain de l'arrivée du navire, et pendant qu'elle le sera, l'extinction de l'ancienne obligation le sera également et nécessairement; car il n'y a point encore de nouvelle obligation qui puisse lui être substituée.

Au contraire, si la seconde obligation n'est soumise qu'à une condition résolutoire, l'existence de cette obligation n'est pas pour cela suspendue, mais seulement sa résolution. Elle est parfaite, elle doit être exécutée en attendant l'évènement. (*V. tom. 6, p. 649, n.° 548*). Or si elle est parfaite, si elle est exécutée, l'ancienne obligation est nécessairement éteinte, et avec elle tous ses accessoires; car l'ancienne et la nouvelle obligation ne peuvent subsister ensemble : la nouvelle a pris la place de l'ancienne. Si la nouvelle est résolue par l'évènement de la condition, il est équitable de faire revivre l'ancienne en faveur du créancier, et c'est pour

cela que la condition résolutoire est sous-entendue dans tous les contrats. Mais l'ancienne obligation peut subsister sans ses accessoires ; il n'est pas juste de les faire revivre au préjudice des tiers qui n'ont point été parties au contrat, tels que les cautions, les codébiteurs, et les autres créanciers du débiteur, lorsque, dans ce dernier cas, l'ancienne hypothèque n'a pas été réservée. Nous l'avons prouvé n.° 306.

316. Il est donc important de connaître quand la novation est soumise à une condition suspensive, puisque cette condition conserve, en suspendant leur extinction jusqu'à l'évènement, tous les droits du créancier vers les cautions, les codébiteurs et les autres créanciers du débiteur. Sur cela on peut voir ce que nous avons dit tom. 6, p. 605, n.os 509 et suiv. et sur-tout p. 617, n.os 522 et 523. Nous ajouterons seulement une observation sur ce que nous avons dit en ce dernier endroit, que la clause fréquemment insérée dans les contrats de novation sous la forme du gérondif, *ce faisant et le présent s'exécutant, au moyen de quoi, ou moyennant quoi, etc.*, forme une condition, lorsqu'elle se rapporte au futur. C'est la règle tracée par les anciens docteurs et adoptée par les plus célèbres jurisconsultes.

Mais pour développer cette règle, il faut remarquer que ces expressions, *ce faisant et le*

présent s'exécutant, moyennant, et autres semblables, peuvent signifier, 1.° si cela se fait, si le présent s'exécute ; dans ce cas elles forment, sans aucun doute, une condition suspensive, qui consiste dans l'exécution de la nouvelle obligation; 2.° ces expressions, *ce faisant, etc.,* peuvent encore signifier *pendant que cela se fera, pendant que le présent s'exécutera, etc.,* et alors elles ne forment plus qu'une condition résolutoire dont l'évènement, qui est la cessation ou la résolution de la nouvelle obligation, fait revivre l'ancienne contre le débiteur, mais non pas contre les tiers, qui ne sont point intervenus au contrat de novation, ainsi que nous l'avons dit n.° 307.

Pendant que la nouvelle obligation n'a point encore été exécutée, ou si l'on a mis un terme à son exécution, il est évident que ces expressions, *ce faisant, le présent s'exécutant, etc.,* forment une condition suspensive, dont l'accomplissement consiste dans l'exécution de la nouvelle obligation. Cette exécution est la condition *sine quá non*, qu'il faut remplir avant d'acquérir aucun droit à la libération de l'ancienne, avant que l'extinction de celle-ci soit opérée : il y a seulement espérance qu'elle sera éteinte. Les fidéjusseurs ne sont donc pas libérés ; car la condition suspensive n'a que l'effet d'un terme qui ne décharge point le fidéjusseur

(2039), mais aussi qui ne l'empêche point d'
contre le débiteur, pour le contraindre à l'ac
de la dette.

Mais aussitôt que la nouvelle obligatio
été exécutée, la condition est accomplie, l
cienne obligation est éteinte avec tous
accessoires, et si l'on veut donner enc
quelque effet aux expressions *ce faisant, moy
nant,* insérées dans le contrat de novation,
ne peut être que l'effet d'une condition réso
toire, dans le cas où la nouvelle obligation v
à être résolue ou cessât d'être exécutée.

317. Ceci deviendra sensible en l'appliqua
à l'espèce des deux arrêts que nous avons ci
tom. 6, n.° 523, d'après Dumoulin et Lou
Dans l'espèce du premier, Titius, tuteur
Caius, avait vendu sans formalité une maison
son mineur, et garanti l'acquéreur de l'évictio
devenu majeur, Caius pouvait évincer l'acqu
reur; mais il transigea avec son tuteur, qu'il ti
quitte de son administration *et du fait d'ice
maison*, pour 400 livres tournois, payables
la Saint-Remi; *et ce faisant,* Caius ratifiait
vente de sa maison.

Par ces expressions, *ce faisant, Caius,* la rat
fication était soumise à la condition du paieme
à faire à la Saint-Remi : c'est comme si l'o
eût dit: Je ratifie la vente si vous me payez

somme de 400 fr. à la Saint-Remi. La ratification était donc suspendue jusqu'à l'accomplissement de cette condition. Le tuteur n'ayant point payé, Caius revendiqua sa maison. L'acquéreur lui opposa la ratification de la vente : Caius répliqua qu'elle n'était que conditionnelle, et que le défaut d'accomplissement de la condition au tems fixé par le contrat, l'avait empêché d'exister. C'est ce que jugea le Châtelet de Paris; et nous persistons à croire qu'il jugea bien, et qu'on doit juger de la même manière sous l'empire du Code.

Voici l'espèce de l'arrêt rapporté par Louet : En 1583, contrat par lequel Lagrange échangea des rentes contre d'autres rentes; en 1592, autre contrat par lequel les contractans substituent d'autres rentes à celles échangées par le premier contrat, qui, *moyennant ce*, demeurait nul, *et de nuls effet et valeur*. En 1598, Lagrange fut évincé des rentes qu'il avait reçues par le contrat de 1592. Suivant la jurisprudence du tems, il avait pour son recours une hypothèque sur les biens de celui avec lequel il avait contracté; mais il s'agissait de savoir s'il aurait hypothèque de 1583, époque du premier contrat annullé *moyennant ce* par celui de 1592. Il fut jugé qu'il avait hypothèque de 1583, parce que la résolution du premier

contrat n'avait été que conditionnelle, comme le prouvait la clause *moyennant ce.*

Remarquons que le contrat de 1592 avait été exécuté pendant six ans. La condition que l'on trouvait dans le mot *moyennant* ne pouvait donc être qu'une condition résolutoire. Or l'évènement de cette condition devait-il produire son effet contre les créanciers intermédiaires et faire revivre à leur préjudice une hypothèque éteinte par la novation ? Il n'y avait pas d'inconvénient à la faire revivre dans l'ancienne jurisprudence, où les hypothèques occultes étaient admises; tout acte notarié emportait de plein droit, sans qu'il fût nécessaire de l'exprimer, une hypothèque sur tous les biens du débiteur; en sorte qu'en contractant, il n'avait pas de moyens pour s'assurer qu'il n'était point primé par d'autres créanciers. Dans cet ordre de choses, il n'y avait pas d'inconvénient à faire, par l'évènement de la condition résolutoire, revivre, avec l'ancienne obligation, les hypothèques éteintes avec elle par la novation.

Mais, sous l'empire du Code qui n'admet plus d'hypothèque occulte, où toute hypothèque conventionnelle doit être non seulement stipulée, mais encore *spécialisée,* et même inscrite au bureau de la conservation des hypothèques, on ne peut plus admettre que la condition résolutoire fasse revivre les hypothèques éteintes

par la novation, à moins que leur conservation n'ait été expressément réservée dans le contrat de novation; car alors elles sont plutôt assoupies qu'éteintes.

Rendons ceci encore sensible par un exemple. Vous me devez, en vertu de jugement, une somme de 10,000 fr. hypothéquée sur tous vos biens; j'accepte en paiement le fonds cornelien, sans aucune condition. Si mon hypothèque n'a pas encore été inscrite au bureau de la conservation, je ne puis plus l'y faire inscrire en vertu du jugement qui vous condamne, car je suis payé. Si elle était inscrite, vous pouvez me contraindre à faire rayer l'inscription; car je n'ai plus aucun titre contre vous.

Mais si j'ai fait insérer dans le contrat qu'en cas d'éviction du fonds cornelien, je rentrerai dans tous les droits que me donne le jugement rendu contre vous, avec réservation des anciennes hypothèques, tant pour le capital de 10,000 fr., que pour les dommages et intérêts résultant de l'éviction, non seulement vous ne pouvez pas faire rayer l'inscription que j'ai fait faire, mais je pourrai, et je devrai, pour ma sûreté, en faire faire une nouvelle, tant en vertu du jugement qu'en vertu du nouveau contrat; car on peut faire inscrire une créance éventuelle ou conditionnelle (2132 et 2148, n.° 4); mais l'hypothèque stipulée pour les

dommages et intérêts ne prendra rang que du jour de la nouvelle inscription, tandis que l'ancienne hypothèque, pour les 10,000 fr., conservera son rang du jour de sa première inscription.

En réservant ainsi les hypothèques de l'ancien contrat, en cas d'éviction du fonds cornelien, je ne cause aucun préjudice aux autres créanciers, je rends même leur condition meilleure, en rendant conditionnelle une hypothèque qui était pure et simple.

Ceci doit servir à expliquer et modifier ce que nous avons dit tom. 6, n.° 523.

Si, au lieu de réserver expressément les hypothèques, je m'étais borné, dans l'espèce proposée, à stipuler qu'en cas d'éviction du fonds cornelien, je rentrerai dans les droits que me donne, ou le jugement obtenu contre vous, ou le contrat, si c'est en vertu d'un contrat que vous êtes mon débiteur, l'ancienne hypothèque serait suffisamment réservée, quoiqu'elle ne le fût qu'implicitement; car, après une pareille stipulation, on ne pourrait me faire rayer l'inscription déjà prise. Je pourrais même la renouveller, pour la rendre conditionnelle.

318. Résumant, la condition suspensive, insérée dans le contrat de novation, en suspendant l'extinction de l'ancienne obligation,

suspend également l'extinction de ses accessoires, même à l'égard des fidéjusseurs.

La condition résolutoire, stipulée dans le contrat de novation, suspend l'extinction des anciennes hypothèques, lorsqu'elles ont été réservées, mais non pas l'extinction des obligations des fidéjusseurs et des codébiteurs.

Lorsque les anciennes hypothèques n'ont pas été réservées, l'évènement de la condition exprimée ou sous-entendue ne les fait pas revivre. *Obligatio semel extincta non reviviscit.*

319. La novation opérée par la délégation parfaite produit trois effets; 1.° elle éteint l'obligation du délégant envers son créancier délégataire; 2.° elle éteint l'obligation du délégué envers le délégant. Le délégué n'est plus débiteur que du créancier délégataire.

Si la délégation était faite sous condition, le débiteur ne serait pas libéré en attendant l'évènement; l'exécution de son obligation serait seulement suspendue. *Pothier, in tit. ff de novat., n.° 30.*

3.° Le délégué étant devenu débiteur du créancier délégataire, et obligé envers lui seul, ne peut plus lui opposer les exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant; car, en acceptant un nouveau créancier dans la place de l'ancien, il est censé renoncer aux exceptions qu'il pouvait avoir contre ce dernier; et d'un autre côté,

on ne peut rien reprocher au nouveau créancier, qui ne s'occupe que de sa propre affaire, qui ne peut savoir ce qui s'est passé entre le délégant et le délégué, ou qui, en tout cas, n'a pas dû chercher à le pénétrer, dans la crainte de paraître indiscret. *LL. 12 et 19, ff de novat., 46, 2.*

Ainsi, je vous dois 3,000 fr., et je vous délègue Titius, qui, croyant, par erreur, me devoir cette somme, s'oblige de vous la payer. Il ne pourra pas se dispenser de le faire, en prouvant qu'il ne me doit rien, en représentant, par exemple, une quittance de mon père qu'il a retrouvée. Il n'aura d'action que contre moi. *L. 13, ff de novat.*

Si mon débiteur vous a trompé en vous engageant, par supercherie, à vous obliger de me payer 3,000 fr. qu'il me doit, vous ne pouvez m'opposer l'exception de dol, car ce n'est pas moi qui vous ai trompé : vous n'avez d'action que contre lui. *L. 4, § 20, ff de dol. mal. except., 44, 4.*

Si je vous délègue Titius, qui savait ne me rien devoir, il renonce à l'exception qu'il a contre moi, en s'obligeant envers vous, *similis est ei qui donat.* S'il a promis par ignorance, il n'a point d'action contre vous; son erreur ne doit pas vous préjudicier; car vous n'avez stipulé que ce qui vous est réellement dû. *L. 12,*

ff de novat.; l. 9, § 1, ff de condict. causâ dat., 12, 4; Pothier, in tit. ff de novat. et seq., n.° 31.

Mais si, au lieu de promettre à votre créancier une somme que je croyais faussement vous devoir, je l'ai promise à Paul, à qui vous vouliez faire une donation, je pourrai lui opposer les mêmes exceptions que j'aurais pu vous opposer. *(L. 7, ff de dol. except., 44, 4).* Car c'est un gain que vous voulez faire, et c'est une perte que je veux éviter. *Certas de lucro captando, ego de damno vitando.*

Le délégué qui, ne devant rien au délégant, s'est obligé personnellement envers le créancier délégataire, peut aussi opposer à ce dernier toutes les exceptions que le délégant pouvait lui opposer. Par exemple, si croyant vous devoir une somme de 3,000 fr., je me suis obligé de la payer à Paul, à qui vous croyiez faussement la devoir, je pourrai me dispenser de la lui payer, en prouvant ~~qu'il ne vous devait~~ que vous lui deviez rien. *L. 2, § 4, ff de donat., 39, 5; l. 7, § 2, ff de dol. except., 44, 4.*

SECTION III.

De la Remise de la Dette.

SOMMAIRE.

320. *Toute obligation s'éteint par la convention de remise entre parties capables, l'une de donner, l'autre de recevoir.*

321. *Est-elle éteinte avant que le débiteur ait accepté la remise? Importance de la question.*

322. *La remise et l'acceptation peuvent-elles être tacites et prouvées par témoins jusqu'à 150 fr.?*

323. *La remise gratuite n'est point assujétie aux formalités des donations, ni à la révocation par survenance d'enfans.*

324. *La remise du titre sous seing privé fait preuve de libération.*

325. *La possession du billet fait présumer qu'il a été remis volontairement au débiteur.*

326. *La remise de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sauf au créancier à prouver le contraire.*

327. *Vice de rédaction dans les articles 1282 et 1283.*

328. *L'existence du titre ou de la grosse, entre les mains du débiteur, ne forme qu'une simple présomption qu'il a été remis par le créancier, et non une présomption légale.*

329. *La remise est censée faite tant aux héritiers qu'aux codébiteurs solidaires, si le créancier n'a pas réservé ses droits vers eux. Il doit alors déduire* la part *de celui à qui la remise est faite. Est-ce sa part virile? Voyez la note. Il doit contribuer aux insolvabilités.*

330. *La remise du gage, ni celle accordée à la caution, ne font point présumer la libération de l'obligation principale. Celle accordée au débiteur libère les cautions, si elle n'est pas forcée.*

331. *La remise faite à l'une des cautions ne libère pas les autres de leur part.*

332. *Ce que le créancier reçoit pour décharger une des cautions est imputé sur sa créance.*

333. *La remise ne peut être faite que par un créancier capable de donner, et à un débiteur capable de recevoir.*

334. *La remise faite par l'un des créanciers solidaires ne libère pas du total.*

335. *Les présomptions de remises non énoncées dans le Code sont, lorsqu'il y a commencement de preuve écrite, laissées à la prudence du juge ; par exemple, celle qui résulte d'une suite de comptes.*

336. *Nombre de circonstances nécessaires pour que cette présomption devienne une preuve.*

337. *Autre exemple de remise tacite et présumée.*

338. *Exemple où la quittance du second terme fit présumer la remise ou le paiement du premier.*

339. *Présomption résultant de plusieurs quittances consécutives de rentes, fermages, etc.*

340. *Présomption qui résulte de la cancellation du titre.*

341. *Preuve ou présomption résultant de l'écrit mis par le créancier à la fin du titre.*

---

320. Il est bien évident que les obligations conventionnelles s'éteignent par une convention contraire, et que chaque partie, en la supposant maîtresse de ses droits, et capable de contracter, peut faire remise à l'autre du droit

qu'elle avait acquis par la première convention. Les jurisconsultes romains en avaient fait une règle. Rien n'est plus naturel que de dissoudre un lien de droit de la manière dont il a été formé. *Nihil tam naturale est quàm eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est. L. 35, ff de R. J.*

Néanmoins, ils avaient soumis cette maxime raisonnable à une distinction fort singulière : les obligations qui résultaient des contrats consensuels, c'est-à-dire formés par le seul consentement des parties, s'éteignaient de plein droit par un consentement contraire; mais ce consentement n'éteignait que par exception les obligations qui résultaient des contrats réels ou de la stipulation, à moins qu'on n'eût employé pour les dissoudre la formalité de la stipulation.

Cette distinction est contraire à la simplicité du droit naturel et à nos usages. Toute obligation, quelle qu'elle soit, de quelque manière qu'elle ait été formée, s'éteint de plein droit, par la simple convention de remise entre les parties capables de contracter, et de recevoir une libéralité.

Ce principe, que toutes les obligations s'éteignent par un consentement contraire, ou par une remise réciproque, ne souffre d'exception que dans le cas où la loi, par des considérations d'intérêt public, a déclaré une obligation indissoluble, ou lorsqu'elle a du moins réglé la

forme de leur dissolution, comme dans le cas du mariage.

321. Mais si le consentement des deux parties éteint toute espèce d'obligation, la seule manifestation de la volonté du créancier, qui déclare faire remise de la dette, en opère-t-elle l'extinction avant que le débiteur ait accepté cette remise? C'est une question de théorie, qui divise les docteurs en droit naturel, et qui n'est pas sans usage dans la pratique. Je mande à mon débiteur que je lui fais la remise de la somme de 10,000 fr. qu'il me doit; mais avant qu'il m'ait répondu, j'apprends une perte considérable dans ma fortune, et je me hâte de lui écrire que je rétracte ma précédente lettre, parce que je ne suis plus en état de faire une libéralité: ou bien je meurs, il meurt lui-même avant d'avoir accepté la remise; je meurs, laissant dans mes papiers un écrit non revêtu de la forme du testament, dans lequel j'exprime la volonté de faire remise à mon débiteur de ce qu'il me doit. Dans tous ces cas et autres semblables, mon débiteur n'est pas libéré, si son acceptation est nécessaire pour opérer l'extinction de la dette.

Barbeirac (1) pense que l'acceptation ou le consentement du débiteur n'est pas nécessaire

(1) Sur Puffendorff, Droit de la nature et des gens, liv. 5, ch. 11, § 7, n.° 6, tom. 2, p. 527.

pour opérer l'extinction de sa dette, parce qu'on peut renoncer à un droit acquis. Il en conclut que si le débiteur refusait la remise du créancier, la dette n'en serait pas moins éteinte du moment de la renonciation faite par le créancier, que l'on ne peut contraindre à conserver un droit qu'il a abdiqué.

Carmichaël, professeur à l'université de Glascou, pense au contraire que, comme une simple promesse ne devient obligatoire que par l'acceptation, avant laquelle les offres peuvent être révoquées, de même la déclaration du créancier de faire remise de la dette, n'est qu'une offre qui doit être acceptée; qu'il faut, pour éteindre la dette, le consentement du créancier et celui du débiteur; que c'est par le concours des deux volontés que la dette est éteinte (1). Pothier, n.° 578, est de la même opinion; il observe avec raison qu'on ne peut supposer, dans le créancier qui fait remise de la dette, la volonté d'abdiquer son droit, indépendamment de l'avantage qu'en retire le débiteur (2), et qu'on doit plutôt supposer au créancier la volonté de gratifier ce dernier. Or, comme toute donation exige une

(1) Voyez sa note sur le liv. 1, ch. 16, § 3 du Traité de Puffendorff, *de officio hominis et civis.*

(2) Quand on lui supposerait cette volonté, il n'en serait pas moins vrai qu'il a le droit de révoquer son abdication avant que le débiteur ait, en l'acceptant, acquis un droit par cette abdication. Voyez tom. 3, n.° 340, p. 263.

acceptation de la part du donataire, comme elle peut être révoquée jusqu'au moment de l'acceptation, il faut dire aussi que la remise qui n'a point encore été acceptée par le débiteur, peut être révoquée par le créancier, et qu'elle s'évanouit, soit par la mort du créancier, soit par celle du débiteur, survenue avant l'acceptation (1).

322. Mais si la remise peut être révoquée avant l'acceptation, il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit expresse; elle peut être tacite ainsi que la remise. Elles sont même souvent présumées, elles peuvent être à plus forte raison prouvées par témoins, lorsque la chose n'excède pas la valeur de 150 fr.

323. La remise a toujours été tellement favorisée, que quoiqu'elle soit une véritable donation lorsqu'elle est gratuite, on n'a jamais, pour sa validité, exigé aucune espèce de formalité; elle peut être faite par une simple lettre missive, comme l'a jugé un arrêt du 8 février 1629,

(1) Mais quel est le moment précis où le concours des deux volontés opère l'extinction de la dette, et où le créancier ne peut plus révoquer la remise offerte? Est-il nécessaire que l'acceptation soit connue du créancier? Le savant Pardessus, Cours de droit commercial, tom. 1, p. 252 et suiv., pense qu'aussitôt l'acceptation des offres, le contrat est parfait, et qu'elles ne peuvent plus être révoquées par le créancier, quoiqu'il n'ait pas encore connaissance de l'acceptation. J'ai au contraire pensé, tom. 6, n.° 29, p. 34 et 35, que celui qui a fait les offres peut les révoquer jusqu'au moment où l'acceptation lui est connue, parce qu'une acceptation qui n'est pas

rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 24 (1); et si le créancier n'avait pas révoqué sa remise avant le tems nécessaire pour la réponse, il ne pourrait plus la révoquer sous le prétexte que le débiteur ne lui a pas fait connaître son acceptation. On présumerait que le débiteur a répondu et accepté; car il n'est pas d'usage d'accepter une remise faite par lettre missive, autrement que par une réponse également missive, laquelle demeure aux mains du créancier, qui ne doit pas rester le maître de faire revivre une créance éteinte, en supprimant la réponse du débiteur. On présume plus facilement l'acceptation de la remise d'une dette, que la remise elle-même.

324. Cependant cette remise peut résulter de certains faits qui la font présumer. Ainsi, « la » remise *volontaire* du titre original sous signa- » ture privée, par le créancier au débiteur, fait » preuve de la libération (1282) ». Cette disposition s'applique, par identité de raison, à la

connue est, en jurisprudence, comme si elle n'existait pas. J'ai suivi en cela la doctrine d'Heineccius, qui me paraît la plus exacte, et qui d'ailleurs est consacrée par le Code dans l'art. 932, puisqu'il permet au donateur de révoquer la donation jusqu'à ce qu'il ait connaissance de l'acceptation. Le lecteur peut peser les raisons de deux professeurs qui cherchent l'un et l'autre la vérité de bonne foi, sans prétendre faire prévaloir leur opinion.

(1) Cet arrêt jugea, sur les conclusions de M. l'avocat-général Bignon, qu'une libération ou donation, par lettre missive du créancier au débiteur, d'une somme de 8,000 fr., était valable, quoiqu'elle n'eût été ni expressément acceptée, ni insinuée, et qu'elle ne fût point sujette à révocation pour survenance d'enfans.

remise volontaire du brevet d'une obligation notariée, lorsqu'il n'en est pas resté de minute. (*Pothier, n.° 572*). *Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem. L. 2, § 1, ff de pactis.*

Menochius (*lib. 3, præsumpt. 140, n.° 21*) pensait, d'après plusieurs anciens docteurs, que, malgré la possession du billet, le débiteur devait prouver qu'il l'avait reçu du créancier ou d'une personne de la part de ce dernier. Pothier, n.° 573, pense, au contraire, que la possession du billet par le débiteur fait présumer qu'il a été remis par le créancier, soit comme acquitté, soit comme remis, à moins que le créancier ne prouve le contraire ; par exemple, que le billet lui a été dérobé.

325. Cette opinion paraît préférable et plus conforme à nos usages ; ainsi la remise du billet fait preuve de la libération ; c'est une présomption légale, et la possession du billet par le débiteur fait présumer qu'il a été remis par le créancier .

Mais le Code n'a point voulu ériger cette dernière présomption en règle, parce que des circonstances peuvent la faire cesser. Par exemple, si le débiteur était un facteur, un commis ou autre domestique à portée de se ressaisir facilement du billet, les juges pourraient ne pas trouver la remise suffisamment

établie par la seule possession du débiteur, qu
devrait alors être chargé du fardeau de la preuve
On peut en dire autant du voisin chez qui l
créancier aurait été obligé de porter ses papier
en cas d'incendie. Enfin, le silence du Code su
ce point laisse à la prudence du juge le soi
de décider si la seule possession du billet suffi
pour faire présumer qu'il a été volontairemen
remis au débiteur par le créancier.

326. Les docteurs (1) n'étaient pas d'accor
sur le point de savoir si la remise volontair
de la grosse du titre, dont il existe une minut
chez un notaire, doit faire présumer la remis
ou le paiement de la dette. Pothier, n.° 573
pensait que « quoique cette grosse se trouvâ
entre les mains du débiteur, il n'en résulte pa
une présomption suffisante du paiement ou d
la remise de la dette, à moins que d'autre
circonstances ne concourent; car la minute
qui demeure chez le notaire, et qui n'est pa
quittancée, réclame en faveur du créancier, à
qui la grosse a pu être volée, ou qui se fian
à la minute, a pu s'en dessaisir et la confier au
débiteur ». Ainsi, suivant cet auteur, c'était au
débiteur de prouver qu'il existait des circons-
tances qui, jointes à la remise du titre, suffi-
saient pour faire présumer la libération.

(1) Voyez Menochius, lib. 3, præsumpt. 140, n.° 10; Vinnius, Quæst. select., lib. 1, cap. 7, et *ibi laudatos*.

La commission, chargée par le Gouvernement de la rédaction d'un projet de Code, adopta cette opinion. L'art. 170 du projet porte : « La simple remise de la grosse du titre ne suffit pas pour faire présumer la remise ou le paiement ».

La commission du Conseil d'état pensa, au contraire, dans l'art. 178 du projet soumis à la discussion, que « la remise volontaire de la grosse du titre suffit pour faire présumer la remise de la dette ou le paiement ». Mais elle voulait charger le débiteur de prouver que la remise a été volontairement faite.

Cette rédaction occasionna de grands débats; on disait, pour la soutenir, que cette espèce est différente de la remise d'une obligation sous seing privé, laquelle est une preuve manifeste de libération, parce que le créancier se dépouillant entièrement du seul titre qui puisse établir son action, renonce évidemment à l'exercer.

Au contraire, comme il est possible d'obtenir une seconde grosse de l'obligation dont il reste minute, la remise de la première grosse ne renferme pas nécessairement la remise de la dette. Les conjectures qu'on en peut tirer ne forment donc pas une présomption aussi forte que la remise du billet sous seing privé. Pour que la chose soit égale, il faut que la remise

de la grosse soit soutenue par d'autres circonstances assez fortes pour que la présomption de libération soit complète. Or, comme c'est le débiteur qui invoque la présomption, c'est à lui de l'établir, en prouvant les circonstances d'où elle tire sa force.

On combattait ces raisons en disant que si l'on exigeait cette preuve du débiteur, ce serait rendre la disposition illusoire, et la reduire à l'impossible, parce que la remise se fait ordinairement de la main à la main, hors la présence d'un tiers, et qu'au contraire les accidens qui peuvent enlever au créancier son titre contre son gré, laissent presque toujours des traces qui rendent la preuve possible ; qu'ainsi, la remise de la grosse doit toujours être supposée volontaire, tant que le créancier ne prouve pas qu'il a été dépouillé malgré lui de son titre ; que d'ailleurs la grosse doit être considérée comme une pièce originale, puisqu'il est défendu au notaire d'en délivrer une seconde sans y être autorisé par le juge (1), et que la permission n'est accordée que sur la preuve que la première est égarée, et que la créance n'est pas éteinte.

Ces raisons l'emportèrent. On conserva dans l'art. 1283 du Code, le principe que « la remise *volontaire* de la grosse du titre, fait présumer

(1) Voyez l'art. 26 de la loi sur le notariat, du 25 ventôse an 11.

la remise de la dette ou le paiement ». Mais au lieu de dire, comme le projet discuté au Conseil d'état : « La preuve que la remise a été *volontaire* est à la charge du débiteur », on y substitua ces mots : « Sans préjudice de la preuve contraire »; ce qui rejette nécessairement le fardeau de la preuve sur le créancier, puisque le débiteur qui se trouve saisi de la grosse originale, ayant en sa faveur la présomption légale, n'a rien à prouver-

327. Au reste, M. Malleville a fort bien observé que la rédaction des art. 1282 et 1283 contient un vice qui se trouvait également dans toutes les rédactions précédentes. Ce vice consiste en ce que l'expression de *remise volontaire* est un pléonasme. Le seul mot de *remise* annonce essentiellement la volonté de mettre le titre dans la possession du débiteur. S'il s'est procuré la possession de ce titre d'une autre manière, on ne peut pas dire que le créancier lui en ait fait la remise ; il fallait donc retrancher l'épithète *volontaire*, et dire : *La remise du titre fait présumer la remise de la dette, etc.*

328. Mais il ne fallait pas dire, comme le propose cet illustre magistrat, *l'existence de la grosse, dans les mains du débiteur, fait présumer la remise de la dette*; car il y a deux choses à distinguer, comme nous l'avons déjà observé; 1.° la présomption de libération, par la remise

du billet; 2.° la présomption que c'est le créancier qui a fait la remise, lorsque le billet se trouve dans les mains du débiteur. La première présomption est, suivant le Code, une présomption légale, qui ne peut céder qu'à la preuve contraire; mais il n'a pas voulu ériger la seconde présomption en présomption légale; il l'a laissée au rang des présomptions simples que les juges, dans leur prudence, sont libres d'admettre ou de rejetter, tandis que la présomption légale est pour eux une règle qu'ils doivent suivre jusqu'à ce qu'elle soit détruite par une preuve contraire.

329. La remise peut n'être faite qu'à la seule personne du débiteur (1), et non à ses héritiers ou ayans-cause. Je ne vous demanderai point les 1,000 fr. que vous me devez, pendant que vous vivrez : c'est un pacte personnel.

Mais à moins que le contraire ne résulte de l'acte, la remise est toujours censée réelle, c'est-à-dire, faite tant au débiteur qu'à ses héritiers, et à tous ceux qu'il a intérêt de voir libérés. Ainsi, elle s'étend à ses codébiteurs solidaires. « *La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. Dans*

(1) Voyez l. 7, § 8, ff *de pact.*, 2, 14; l. 8, § 3, et ll. 15 et 20, ff *de liberat. leg.*, 34, 3, et ce que nous avons dit, tom. 6, des obligations réelles et personnelles, n.os 397 et suiv.

ce cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. (1285) (1).

La remise tacite faite à l'un des débiteurs solidaires, libère également les autres. *La remise du titre original sous signature privée, ou de la grosse du titre à l'un des débiteurs solidaires, a le même effet au profit de ses codébiteurs* (1284).

Pothier, n.° 581, était d'une opinion contraire:

(1) Est-ce la part virile, ou la part réelle? La question est importante. L'art. 1216 du Code porte : « Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement, ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette, *vis-à-vis des autres codébiteurs*, qui ne seraient considérés, par rapport à lui, que comme ses cautions ».

Or, posons l'espèce suivante : Primus et Secundus ont emprunté solidairement, de Titius, une somme de 4.000 fr., employée uniquement au profit de Primus, qui n'aurait pas trouvé de crédit sans la signature de Secundus. La part réelle de Primus, dans la dette, est la totalité ; sa part virile, la moitié seulement.

Supposons donc que Titius voulant gratifier Primus, lui fasse remise *de sa part* dans la dette de 4,000 fr., en réservant ses droits contre Secundus. Quelle part faut-il entendre? sa part réelle, qui est la totalité, sa part virile, qui n'est que moitié? Il faut entendre, sans contredit, la part dont Titius, donateur, a lui-même entendu faire remise. S'il ignorait que la somme de 4,000 fr. eût été employée au profit de Primus seul, il n'a pu entendre la remise qu'il faisait que de la part virile. Cela est évident, puisqu'à moins d'une stipulation contraire, la dette se divisait de plein droit entre les deux débiteurs solidaires par portions viriles. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par la réserve des droits contre Secundus, réserve qui, s'il avait entendu faire remise de la totalité de la dette, serait inutile et sans objet, pour ne rien dire de plus. Ce qui répugne aux règles d'une saine interprétation (1157).

Au contraire, si Titius savait que la part de Primus, dans la dette,

« s'il y a, dit-il, deux ou plusieurs débiteurs solidaires, la décharge accordée à un n'éteint pas la dette; elle ne libère que celui à qui elle est accordé ou son débiteur ».

En ceci Pothier s'écartait des dispositions du droit romain, auxquelles d'ordinaire il reste très-religieusement attaché. Ulpien dit positivement que la remise faite à l'un des débiteurs solidaires libère ceux qui étaient obligés avec

était la totalité, et que, sous le nom de débiteur solidaire, Secundus n'était réellement que caution, on ne pourrait douter qu'il a voulu lui remettre le tout, s'il n'a fait aucune restriction à sa remise; mais s'il y a ajouté qu'il réservait ses droits contre Secundus, il est alors certain qu'il a voulu borner sa remise à la part virile de Primus; autrement, il y aurait une contradiction palpable, qu'on ne saurait supposer, et qui disparaît, si l'on n'entend la remise que de la part virile de Primus. La réserve des droits ou actions contre Secundus a, dans ce cas, un objet réel; la remise en a également un très-important, puisque Titius ne peut plus agir contre Secundus que pour une moitié.

Si l'on prétendait qu'il faut interpréter la clause dans le sens le plus favorable au débiteur, nous répondrions que ce n'est pas interpréter un acte que de le mutiler, et d'en retrancher une clause entière; que si elle était susceptible de deux sens, on devrait plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun (1157). Enfin, nous dirions qu'il serait contre toute raison d'autoriser un donataire ingrat à soutenir, sur une prétendue équivoque, que son bienfaiteur n'avait pas le sens commun, lorsqu'il a réservé contre Secundus des droits qu'il n'avait plus, puisqu'il avait fait remise de la totalité de la dette. Le donateur peut, au contraire, reprocher à Primus son ingratitude et son avidité, et lui maintenir qu'il n'a voulu lui remettre qu'une part virile, comme le prouve la réserve des droits contre Secundus. Nous ne pouvons donc partager l'opinion d'un professeur célèbre, M. Delvincourt, qui pense, tom. 2, p. 365, note 5, que, dans la disposition finale de l'art. 1285, il faut entendre *la part* réelle, et non la part *virile* de celui à qui la remise est faite.

lui, parce que la remise a l'effet d'un paiement (1).

Ainsi, la remise faite à l'un des débiteurs solidaires en termes généraux, libère tous ceux qu'il est intéressé à voir libérés, et par conséquent ses codébiteurs, si le créancier n'a pas réservé ses droits contre eux; s'il les a réservés, il peut agir solidairement contre chacun d'eux, en déduisant la part de celui à qui il a fait la remise, et même la part que celui-ci eût supportée dans la perte occasionnée par l'insolvabilité de l'un d'entre eux : car la remise est censée comprendre tout ce que celui à qui elle a été faite pouvait être obligé de payer, à la différence du cas où le créancier n'a fait que décharger l'un des débiteurs de la solidarité: car alors la portion de l'insolvable est répartie contributivement entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier (1215). Au lieu que, dans le cas de la remise faite à l'un des débiteurs solidaires, la répartition de la part des insolvables se fait entre les autres et le

(1) *Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur, sed et hi qui secùm obligantur. Nam cùm ex duobus pluribusque ejusdem obligationis participibus uni accepto fertur, cæteri quoque liberantur : non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is qui acceptilatione solutus est. L. 16, ff de acceptil., 46, 4; voyez Voët, in tit. de duob. reis, n.° 5; Vinnius, Tract. de pactis, cap. 12, n.os 13 et seq.*

créancier qui a fait la remise, parce que n'ayant rien excepté, il est censé avoir fait la remise généralement de tout ce que pouvait devoir celui à qui elle a été faite.

L'art. 1285 exige que le créancier qui fait la remise réserve *expressément* ses droits vers les autres créanciers; mais il ne faut pas tirer cette expression à la rigueur. Par exemple, si le créancier avait fait remise à l'un des débiteurs solidaires *de sa part* dans l'obligation, cette expression contiendrait une réserve suffisante de ses droits contre les autres débiteurs; car en restreignant expressément la remise *à la part* de l'un des débiteurs, il réserve suffisamment ses droits contre les autres. *Qui dicit de uno negat de altero.* C'est ainsi, suivant l'art. 1210, qu'en déchargeant un des codébiteurs de la solidarité, le créancier la conserve contre les autres.

330. La remise de la chose donnée en nantissement est une preuve de libération du gage; mais elle ne suffit pas pour faire présumer la remise de la dette (1286), parce que l'obligation principale peut subsister sans l'accessoire. *V. Vinnius, Tract. de pactis, cap. 12, n.° 10.*

Par la même raison, la remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal (1287).

Mais au contraire, parce que l'obligation accessoire ne peut exister sans la principale, la

remise ou décharge conventionnelle, accordée au débiteur principal, libère les cautions (1287). Il faut excepter le cas d'une remise forcée ; par exemple, la remise faite par la majorité des créanciers, lors d'un atermoiement, ne libère point les cautions, qui ne profitent point aussi des effets de la cession judiciaire, ou des termes de grâce accordés au débiteur. *V. Pothier, n.° 380, et le nouveau Denisart, verbo* atermoiement, *§ 3, n.° 5.*

331. La remise accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres (1287) (1), à moins que leur cautionnement ne fût contracté solidairement entre elles ; car alors, la remise accordée à l'un des fidéjusseurs libérerait les autres, comme, suivant l'art. 1285, la remise au profit de l'un des débiteurs solidaires libère tous les autres, si le créancier n'a pas expressément réservé ses droits contre ces derniers. *V. Pothier, n.° 581, in fin.*

332. Si la remise faite à la caution n'était

(1) Ajoutez *de leurs parts*, c'est-à-dire, des parts pour lesquelles elles n'ont point de recours contre la caution déchargée ; car, d'un côté, les cautions ont toujours le bénéfice de division, lorsqu'elles n'y ont pas renoncé, en s'obligeant solidairement entre elles. Or, l'article 2037 porte que la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, *par son fait*, s'opérer en faveur de la caution. C'est ce qui arrive toujours lorsqu'il a déchargé une des cautions. Il doit donc déduire sa part en agissant contre les autres.

pas gratuite, ce que le créancier aurait reçu pour la décharger de son cautionnement doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions (1288). *V. Pothier, n.° 582.*

333. La remise gratuite étant une véritable libéralité, le seul créancier capable de disposer de ses biens ou son fondé de pouvoirs, peut seul remettre la dette, et la remise n'est valable qu'autant qu'elle est faite à une personne capable de recevoir. Par exemple, la remise faite à un médecin par son malade, dans la dernière maladie, ne serait pas valable.

334. Nous avons vu, tom 6, n.° 726, qu'à la différence du droit romain, la remise faite par l'un des créanciers solidaires ne libère pas le débiteur pour le total, mais seulement pour la part de ce créancier (1198).

335. Le Code passe sous silence beaucoup de cas où la remise tacite est présumée suivant le droit romain. Ce n'est pas que le législateur ait prétendu rejetter ces présomptions, mais il n'a pas voulu leur donner, en les rappelant, la force d'une présomption légale, de laquelle les juges ne peuvent s'écarter sans preuve du contraire. Il les a laissées dans la classe des simples présomptions non établies par la loi, et abandonnées aux lumières du magistrat,

qui peut, dans sa prudence, les admettre ou les rejetter, sans exiger d'autre preuve, ou sans en exiger une contraire.

On peut opposer que l'art. 1353 ne permet au magistrat d'admettre les présomptions qui ne sont point établies par la loi, lors même qu'elles sont graves, précises et concordantes, que *dans les cas seulement où la loi admet la preuve testimoniale.*

La réponse est que l'art. 1347 admet la preuve testimoniale dans tous les cas où il existe un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire un écrit émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qui le représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Or, il y a commencement de preuve par écrit dans la plupart des cas où le droit romain admet la présomption de remise ou de libération : il en existe un dans le cas de la célèbre loi *procula 26, ff de probat., 22, 3.* Un frère était chargé de rendre un fidéicommis à sa sœur; elle n'en exigea point la restitution tandis qu'il vécut, et ils avaient fait ensemble plusieurs comptes, dont ils avaient compensé les reliquats respectifs, sans qu'elle eût en aucun réservé le fidéicommis qu'il devait lui rendre. Il mourut, et elle prétendit alors compenser ce qu'elle devait avec le fidéicommis dû par son frère : l'empereur Commode rejetta la compensation

demandée, présumant qu'elle avait fait à son frère la remise tacite du fidéicommis.

Cette présomption peut encore être admise dans les principes du Code, parce que cette suite de comptes, émanés ou approuvés de celui qui forme la demande, établit un commencement de preuve par écrit qui rend vraisemblable la remise ou la libération. C'est au magistrat à examiner si les circonstances sont assez fortes pour établir un jugement raisonnable uniquement sur cette présomption.

336. Les docteurs, et après eux Pothier, n.° 577, exigent trois circonstances, pour qu'elle soit complète; 1.° que le créancier et le débiteur fussent unis par les liens du sang ou d'une amitié très-étroite; 2.° qu'il y ait eu entre les parties plusieurs comptes dans lesquels la dette n'avait pas été employée; 3.° que le créancier (1) soit mort sans l'avoir demandée.

(1) Pothier se trompe ici. C'était le frère *débiteur* qui était mort dans l'espèce de la loi *procula*, dont Pothier a mal rendu l'espèce dans le n.° 816. Voyez Cujas sur cette loi, dans les Questions de Papinien. Il faut donc dire : 3.° *que le créancier ne l'ait pas demandée avant sa mort ou avant celle du débiteur.* Dumoulin, Consil. 28, n.° 27, observe fort bien qu'il y a présomption de dol et de mauvaise foi contre celui qui diffère d'agir pendant que son adversaire est vivant, et qui attend à agir dans un tems où la défense des héritiers sera plus difficile.

Voici comment le judicieux Domat, section des présomptions, n.° 11, établit celle-ci : « Si deux personnes ayant eu plusieurs affaires ensemble, ont fait souvent des comptes entre eux de ce qu'ils pouvaient se devoir réciproquement, et que *l'un d'eux, après la mort*

D'autres docteurs (1) exposent d'une autre manière les trois circonstances exigées pour que cette présomption soit complète; d'autres en veulent quatre, et ajoutent que ces circonstances peuvent être suppléés par d'autres équivalentes, *per æquipollentia indicia*, dit Brunneman. Les plus sensés, tels que Domat, ne fixent ni la qualité, ni le nombre des circonstances nécessaires pour rendre la présomption complète, parce qu'en effet c'est un soin qu'il faut abandonner aux lumières et à la prudence des juges.

337. Brunneman donne une espèce où la présomption de remise ou de libération fut appliquée avec raison par la Faculté de droit de Francfort.

de l'autre, demande à ses héritiers une somme qu'il prétende avoir fournie avant tous ses comptes, et dont il n'ait jamais fait aucune demande, qu'il n'en ait pas même pris connaissance, ni fait aucune réserve dans ces comptes, on présumera, ou que cette somme n'a jamais été due, ou qu'elle lui a été acquittée, ou qu'il l'avait remise. Car, s'il avait été, ou prétendu être créancier, il aurait compté de cette somme, de même que des autres, ou il l'aurait réservée, et n'aurait pas attendu, pour la demander, la mort de cette personne, qui aurait pu faire voir qu'elle ne devait rien.

(1) *Si concurrant hæc tria*, dit la glose, *jus sanguinis, diuturnitas temporis, et multiplicata computatio*. Mornac veut ajouter, d'après le texte de la loi citée, *si videlicet is cujus intererat petere, nihil tamen moverit quandiù vixit.* Cujas, après avoir donné l'espèce de la loi, recommande d'en observer toutes les circonstances; *crebras solutiones, crebras variationes, crebro omissam compensationem fideicommissi, fideicommissum magnæ quantitatis et rationes gestas inter fratres, extra has circomstantias non est decreto locus.*

Un père avait prêté de l'argent à sa fille. Non seulement il n'avait pas demandé cet argent à l'échéance, mais il avait lui-même, long-tems après, emprunté de sa fille une somme qu'il s'était obligé de lui rendre, sans parler du prêt qu'il avait lui-même fait à cette dernière il y avait long-tems. Il mourut : la fille demanda la somme qu'elle avait prêtée à son père. On voulut la compenser avec celle qu'elle avait empruntée long-tems auparavant; elle répondit que son père lui en avait fait la remise. On décida que la présomption était en faveur de la remise, et on déféra à la fille le serment décisoire. *Brunneman, in d. l. 26, ff de probat.*

Cette espèce présentait deux des circonstances exigées par les docteurs, pour admettre la présomption, *ratio sanguinis, diuturnitas temporis*. La troisième, *multiplicata computatio*, était suppléée par le silence gardé dans le billet du père, qui portait l'obligation de rendre à sa fille la somme qu'elle lui avait prêtée. Ce billet rendait très-vraisemblable la remise ou la libération de l'ancienne dette. C'était un commencement de preuve qui eût suffi, dans les principes du Code, pour faire admettre la preuve testimoniale de la remise, sans qu'on pût opposer que, suivant l'art. 931, *tous actes portant donation doivent être passés devant*

notaires; car cet article ne s'applique point aux donations manuelles, ni aux cas de remise d'une dette.

338. Voici encore une espèce où la Cour de Colmar appliqua la présomption de remise : Le 26 nivôse an 12, le juif Isaac Leyser vendit plusieurs pièces de terre à Michel Klein, pour 2,123 fr., dont 837 furent payés comptant. Les 1,286 fr. restant payables en deux termes égaux, en brumaire ans 13 et 14.

Leyser donna, le 21 frimaire an 13, une quittance de 400 fr., puis une autre de 200 fr.; portant toutes les deux que ces paiemens avaient été faits sur le second terme. Elles ne contenaient aucune réserve du premier. Leyser mourut. Lui et ses héritiers étaient, pendant sept ans depuis ces quittances, restés dans l'inaction, lorsqu'ils formèrent à Klein une demande de 686 fr., prétendant que c'était par erreur du rédacteur que les quittances portaient que les paiemens avaient été faits sur le second terme, sans justifier cette erreur, autrement que par l'impuissance où se trouvait Klein de rapporter la quittance du premier : celui-ci soutenait, au contraire, qu'en recevant sur le second terme, le juif Leyser lui avait fait rendre la quittance du premier, parce qu'elle était sur papier libre, et qu'il suffisait de produire les quittances du second terme, qui faisaient

suffisamment présumer que le premier se trouvait acquitté. C'est ce que jugea la Cour de Colmar, le 22 mai 1812, en déférant le serment *supplétoire* à Klein, par le motif que les deux quittances formaient un commencement de preuve par écrit, suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale de la libération, et par conséquent pour autoriser les juges à se décider par la présomption (1).

En effet, si le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, *sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général,* est présumé, comme le porte l'art. 1211,

(1) Les circonstances pour et contre la présomption étaient balancées. Mais Leyser était juif, et il est possible que la réputation de ce dernier ait influé sur la détermination des juges; car on ne peut se dissimuler qu'il est resté dans les esprits des préjugés assez forts contre la délicatesse des juifs, en matière d'intérêts pécuniaires, et ces préjugés ont souvent influé même sur la législation. Un décret du 17 mars 1808, concernant les Juifs, autres que ceux de Bordeaux et des départemens des Landes et de la Gironde, porte, entre autres dispositions, par dérogation à l'art. 1132 du Code civil : « Aucune » lettre de change, aucun billet à ordre, *aucune obligation ou pro-* » *messe,* souscrits par un de nos sujets *non commerçant*, au profit » d'un juif, ne pourra être exigé sans que le porteur prouve que la » valeur en a été fournie entière et sans fraude ».

Nous sommes loin de penser que cette disposition illégale, puisque Napoléon Bonaparte, partageant alors l'autorité législative avec le corps des Représentans de la Nation, ne pouvait, par un décret, déroger au Code civil, doive servir de règle aux juges. Mais il est certain que la mauvaise réputation de l'une des parties peut ajouter beaucoup de force à la présomption de libération, et contribuer à déterminer les juges. C'est une des raisons qui ont fait abandonner les présomptions à leurs lumières et à leur prudence.

renoncer à la solidarité à l'égard de ce débiteur, on peut aussi présumer que le créancier qui donne deux quittances sur le dernier terme, a été payé, ou a fait remise du premier qu'il n'a point réservé.

339. Car il est ordinaire d'exiger les premières dettes avant les dernières. C'est sur cette observation qu'est fondée la décision de la loi 3, cod. *de apoch. public.*, 10, 22, suivant laquelle la représentation des quittances de trois années consécutives des contributions publiques, fait présumer le paiement des années précédentes : présomption que l'on a étendu aux arrérages de rentes foncières ou constituées, aux loyers et fermages, et autres dettes annuelles.

La loi citée exige les quittances de trois années consécutives, *si trium cohœrentium annorum apochas protulerit.* La fréquence des paiemens faits sans réserve donne en effet plus de force à la présomption de libération ou de remise. Néanmoins, c'est une disposition arbitraire qui, n'étant répétée dans aucun de nos Codes, reste dans la classe des simples présomptions abandonnées aux lumières et à la prudence des juges, qui peuvent rejetter la présomption, quoiqu'il existe trois ou quatre quittances des trois ou quatre dernières années consécutives, comme aussi ils peuvent l'admettre, quoiqu'il n'y

ait que deux quittances (1) sans réserve. Pothier, n.° 812, nous apprend même qu'il y a des auteurs qui prétendent que les quittances d'une seule année sans réserve doivent faire présumer le paiement de toutes les précédentes. Il ajoute que ce sentiment ne paraît pas autorisé; et en effet, s'il n'existait pas d'autres circonstances, les juges s'exposeraient à de grandes erreurs, en admettant une présomption (2) sur ce fait unique.

(1) C'est le nombre exigé par le Code prussien, 2.e part., tit. 16, sect. 2, du paiement, art. 133 et suiv., où cette présomption est érigée en présomption légale. « Lorsqu'en fait de paiement, ou de » prestation à terme, il peut être prouvé par quittances, ou autre- » ment, que le débiteur y a satisfait pour deux termes consécutifs, » et que le créancier les a reçus sans réserve, il est présumé que les » termes antérieurs sont aussi acquittés ».

134. « Cette présomption a lieu, quand même les deux termes se- » raient soldés, non par paiement, mais par compensation ou par » remise de la dette, pourvu qu'ils le soient sans réserve ».

135. « La même présomption n'est nullement affaiblie, quoique la » somme portée dans les quittances ne s'accordent pas avec ce qui a » proprement dû être payé ».

136. « Pour fonder cette présomption, en droit, il faut que les quit- » tances aient réellement été données en différens tems ».

Il faut voir les articles suivans.

(2) Pothier, n.° 577, prétend qu'elle est rejetée par la loi 29, ff *de obl. et act.*, 44, 7. « Le défaut de réserve d'une dette, dans la quit- » tance que le créancier donne d'une autre dette, ne forme point de » présomption de la remise de la dette dont il n'y a point de réserve. » L. 29, de *obl. et act.* »

Pothier se trompe. Ce n'est point là l'espèce de la loi. La voici : Il était dû à Lucius-Titus une somme, en vertu d'un jugement. Il prêta une seconde somme au même débiteur, et ne fit point insérer, dans le billet, que celui-ci lui en devait une première, *ex causâ judicati*. La question était de savoir si, malgré le silence du billet sur la

Mais s'il existe d'autres circonstances précises et concordantes, les juges pourraient, sans excéder leurs pouvoirs, se décider par la présomption; car cette quittance sans réserve, quoique seule, est une pièce émanée du créancier, qui rend vraisemblable la libération des termes précédens, et qui, en formant un commencement de preuve par écrit, autorise les juges à se déterminer par de simples présomptions (1353). La loi ne leur prescrit point le nombre ni la qualité des circonstances qui doivent les déterminer; elle leur ordonne seulement de ne prendre de simples présomptions pour règle de leurs jugemens que dans les cas où la preuve par témoins pourrait être admise. Il en résulte que, dans les affaires dont l'objet est au-dessous de 150 fr., les juges peuvent toujours se déterminer par des présomptions. C'est à les bien apprécier que consiste en grande partie la science du magistrat.

340. Le droit romain mettait la cancellation du titre de créance au nombre des présomptions légales de paiement ou de remise, sauf, néanmoins, la preuve du contraire (1).

première somme, Lucius-Titus pourrait les demander toutes les deux. Paul répond qu'il n'y a pas de raison d'en douter.

(1) L. 24, ff *de probat.*, 22, 3; Vinnius, Tract. *de pactis*, cap. 12, n.° 10; Menoch., lib. 3, præsumpt. 141. Voyez aussi ce que nous avons dit, tom. 5, p. 648, sur la rature et lacération des testamens, et, enfin, Domat, titre des présomptions, n.° 12. Le Code prussien

Domat donne à cette présomption la même force qu'à la remise du billet au pouvoir du débiteur. Il nous paraît qu'elle en a davantage; car le titre est détruit, lorsqu'il est raturé ou déchiré; il ne forme plus qu'un commencement de preuve par écrit, qui autorise le créancier à prouver que le titre n'a été mis en cet état que par quelque violence, quelque cas fortuit ou autre évènement. Un arrêt du 6 août 1759, rapporté par Denisart, au mot *paiement*, n.° 35, déclara nulle, comme acquittée, une obligation qui avait été déchirée, et dont les morceaux avaient été recolés.

341. L'art. 1332 du Code veut que l'écriture mise par le créancier, à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fasse foi, quoique non signé ni daté par lui, lorsqu'elle tend à établir la

admet aussi cette présomption légale. Le tit. 16 de la 2.e part., sect. du paiement, n.° 102, porte : « Lorsque, du vivant du créancier, » ou dans sa succession, le billetse trouve déchiré, coupé ou can- » cellé d'une façon quelconque, il y a présomption légale que la » créance fondée sur ce titre a été elle-même éteinte d'une ou » d'autre manière ».

Art. 103. « Cette présomption cesse, dès qu'il peut être prouvé » que le dommage est un pur accident, ou qu'il vient des faits du » débiteur même, ou d'un tiers, sans approbation ou participation » du créancier ».

Nous citons assez souvent le Code prussien, parce que ce Code étant l'ouvrage d'un profond jurisconsulte, son autorité est toujours d'un grand poids. D'ailleurs, l'esprit s'éclaire par la comparaison de ce qu'on pense sur un point de droit chez les autres nations.

libération du débiteur. Pothier, n.° 726, pense que cette écriture ne laisserait pas de faire foi, quand elle serait barrée ou raturée, parce qu'il ne doit pas être au pouvoir du créancier, en la possession duquel est l'acte, ni moins encore au pouvoir de ses héritiers, de détruire, en barrant cette écriture, la preuve du paiement qu'elle renferme.

SECTION IV.

De la Compensation et de la Reconvention.

SOMMAIRE.

342. *Définition de la compensation et étymologie du mot.*
343. *Nature de la compensation.*
344. *La loi la suppose faite. Elle s'opère à l'insu du débiteur et de plein droit.*
345. *Deux espèces de compensations; l'une qui produit son effet de plein droit,* ipso jure *; l'autre, par voie d'exception,* exceptionis ope.
346. *Celle-ci peut être proposée par voie de simple exception, ou par voie de reconvention.*
347. *Trois espèces de compensations. Compensation légale, par voie de simple exception, par voie de reconvention.*
348. *Ce que c'est que la reconvention.*
349. *Il y en a plusieurs espèces; l'une pour demander ce qui reste dû au défendeur, après la compensation légale opérée.*

350. *L'autre, qui est une action réciproque formée par le défendeur, pour parvenir à une compensation.*

351. *La troisième, qui n'a pour objet que de proroger la compétence du tribunal.*

352. *Les deux premières, ni la compensation, n'étaient pas reçues dans l'ancien droit romain.*

353. *Comment la seconde espèce de reconvention y fut introduite, et sur quels motifs.*

354. *Elle fut reçue d'abord dans le cas de connexité de la reconvention avec la demande principale.*

355. *Enfin, la troisième espèce de reconvention fut reçue par les interprètes et par le droit canonique, même sans connexité, et uniquement pour proroger la compétence des juges.*

356. *Raisons qui s'opposèrent, en France, à l'admission de la reconvention, et même de la compensation.*

357. *Comment la compensation fut reçue en France.*

358. *Comment, et avec quelle modification, la seconde espèce de reconvention y fut reçue.*

359. *La disposition de la Coutume de Paris, sur la reconvention, devenue le droit commun de la France.*

360. *Elle continue d'être la loi vivante en cette matière, dont la législation nouvelle ne s'est point occupée, quoique la Cour de cassation, dans ses observations sur le projet de Code de procédure, eût averti de s'en occuper.*

361. *Division de ce qui reste à dire.*

362. *Quatre choses nécessaires pour la compensation légale.*

363. *1.° Identité dans les choses respectivement dues, quoique provenant de causes différentes.*

364. *Il y a identité dans les dettes d'une quantité de choses fongibles de même espèce.*

365. *Dans la dette de choses indéterminées d'une certaine espèce.*

366. *Dans la dette de parties indivises d'un corps certain et déterminé.*

367. *Dans la dette de prestations en grains, dont la valeur est déterminée.*

368. *Mais il faut qu'elle le soit par les mercuriales.*

369. *2.° Que les dettes à compenser soient liquides et certaines. Ce qu'on entend par là.*

370. *Une dette peut être certaine sans être liquide. Exemp.*

371. *C'est au magistrat à décider si une dette est liquide.*

372. *3.° Il faut que les dettes à compenser soient également exigibles.*

373. *Mais le terme de grâce ne met point obstacle à la compensation.*

374. *Une dette soumise à une condition suspensive ne peut entrer en compensation.* Secùs *de celle qui est soumise à une condition résolutoire.*

375. *4.° Il faut que les créances et les dettes à compenser soient personnelles à celui qui oppose, ou à qui est opposée la compensation. Exemples.*

376. *Exception en faveur de la caution.* Quid, *si elle s'est obligée solidairement? A la note.*

377. *Comment le débiteur solidaire peut opposer la compensation. Imperfection dans la rédaction de l'art. 1294.*

378. *Les dettes de la société n'entrent point en compensation avec les dettes particulières de chaque associé, et* vice versâ.

379. *Comment la compensation peut être opposée à l'Etat.*

380. *De la compensation dans le cas du bénéfice d'inventaire. Plusieurs questions.*

381. *De la compensation en cas de faillite. Plusieurs questions.*

382. *Cas où la compensation n'est point admise. 1.° Demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé.*

383. 2.° *Restitution d'un dépôt et d'un prêt à usage. Explication de l'exception relative au prêt à usage.*

384. *Vice dans la rédaction de l'art. 1885.*

385. *Explication de l'exception relative au dépôt.*

386. 3.° *Dette pour cause d'alimens insaisissables.*

387. *Effets de la compensation. Conséquences du principe qu'elle s'opère* ipso jure. *1.° Elle fait cesser les intérêts; ainsi, les comptes et les calculs doivent se faire année par année.*

388. 2.° *Elle peut être opposée comme une quittance, à l'exécution du jugement.*

389. 3.° *Elle arrête la prescription.*

390. 4.° *Elle donne lieu à la répétition de la somme payée par erreur.*

391. 5.° *Elle éteint les priviléges et hypothèques. Conséquences importantes de cette maxime. Art. 1299.*

392. 6.° *La créance compensée ne peut plus être cédée. Conséquences.*

393. *On ne peut renoncer d'avance à la compensation, mais seulement lorsqu'elle est acquise.*

394. *La renonciation à la compensation ne peut nuire aux droits des tiers. Exemples.*

395. *La renonciation peut être tacite. Exemples dans l'art. 1295.*

396. *Transition à la compensation requise par voie de simple exception, ou de reconvention.*

397. *Quand elle peut être requise par voie de simple exception, et de quel jour elle produit son effet.*

398. *Le déposant peut requérir la compensation de la somme déposée.*

399. *Autres exemples de compensations requises par voie de simple exception.*

400. *Les mêmes principes s'appliquent au cas de deux dettes compensables, mais payables en lieux différens. Art. 1296.*

401. *Au cas d'une dette de denrées de telle espèce, et d'une dette de mêmes denrées* in genere.

402. *Au cas d'une dette alternative.*

403. *Au cas d'un tuteur, d'un mandataire, etc.*

404. *Au cas du débiteur d'une rente perpétuelle, qui peut requérir la compensation du capital.*

405. *Pourvu qu'il offre le surplus, en cas que la somme demandée soit inférieure, et pourquoi.*

406. *Deux débiteurs de deux rentes perpétuelles égales et de même espèce, ne peuvent compenser que d'un consentement mutuel.*

407. *Quand la somme dont on requiert compensation est contestée, il faut la demander par voie de reconvention.*

408. *Le défaut de connexité n'empêche pas d'admettre la demande reconventionnelle, quand elle tend à parvenir à une compensation.*

409. *Quand elle doit être proposée; quand elle doit être instruite et jugée séparément.*

410. *Elle ne doit pas être admise, lorsqu'elle est proposée au moment de l'exécution.*

411. *L'effet de la reconvention est de retarder le jugement de la demande principale, pour ne la juger qu'avec la demande reconventionnelle.*

412. *Facilité d'abuser de la reconvention. Il est ordonné aux juges de la rejeter, quand elle entraîne des involutions de procès, et qu'elle retarde le paiement d'une dette non contestée ou prouvée. En tout cas, ils doivent disjoindre et juger séparément la demande principale.*

413. *Importance de cette règle. Exemple. Difficulté de tracer, sur ce point, une règle précise aux juges.*

414. *C'est une règle générale, que si la demande principale est au nombre des matières sommaires, il*

ne faut pas admettre une demande reconventionnelle qui n'y est pas, mais l'instruire et la juger séparément.

415. *Reconvention sur reconvention ne vaut.*

416. *La reconvention n'est pas recevable, si le juge est incompétent* ratione materiæ, *pour en connaître.*

417. *Application de cette règle aux reconventions formées devant les tribunaux de commerce et les juges de paix.*

418. *Il faut cumuler la demande principale et la reconventionnelle, pour savoir si le jugement doit être en dernier ressort.*

419. *De la reconvention entre personnes* ejusdem fori. *Si elle est sans connexite avec la demande principale, elle ne doit pas être admise sans essai de conciliation.*

420. *Différence de la compensation et de la retention. Renvoi.*

---

342. CETTE section devrait naturellement venir à la suite du § qui traite de l'*imputation;* ou plutôt ces deux matières dévaient être fondues en une seule et même section; car, la compensation n'est pas autre chose que *l'imputation réciproque de ce que l'un doit à l'autre* (1);

(1) Compenser, *pensare rem aliquam cum aliquâ*, signifie proprement peser dans la balance une chose avec une autre, pour s'assurer si leur poids est égal, ou si l'une l'emporte sur l'autre, et de combien.

Long-tems avant l'invention de la monnaie, on avait pris les métaux pour mesure commune de la valeur des choses; mais le poids et la pureté des métaux n'étant attestés par aucun signe public et

ou, comme dit le jurisconsulte Modestin, *debiti et crediti inter se contributio. L. 1, ff de compens., 16, 2.*

343. Lorsque, pour quelque cause que ce soit, je deviens le créancier de celui dont j'étais le débiteur, j'ai le droit d'imputer la somme qu'il me doit sur celle que je lui dois moi-même. Vous m'avez vendu le fonds cornelien 3,000 fr., et je trouve dans la succession de mon père, dont je suis le seul héritier, un billet de 3,000 fr. que vous lui devez; au lieu de vous payer le prix du fonds cornelien, je l'impute sur la somme que vous deviez à mon père, et nous nous trouvons quittes. Voilà ce qu'on appelle compensation.

Cette opération serait toujours sensible, si chaque citoyen avait la prudence de faire ce que la loi ordonne à tous les commerçans, de tenir un livre de recettes et de dépenses, *tabulas accepti et expensi*, et d'y porter exactement tout ce qui lui est dû, et tout ce qu'il doit. J'étais votre créancier d'une somme de 10,000 fr. dont je vous avais *débité* sur mon livre, pour

authentique, on était réduit à les peser dans une balance. Cet usage ne se perdit point entièrement depuis l'invention de la monnaie. Pline et Varron (voyez Heinecc., Antiq., liv. 3, tit. 15, n.° 2), nous apprennent que les banquiers romains pesaient souvent l'argent au lieu de le compter; ce qui se fait encore quelquefois chez nos banquiers : lorsqu'il s'agit de sommes considérables, on pèse les sacs au lieu de les compter.

employer l'expression énergique usitée dans le commerce. Je deviens votre débiteur d'une somme de 8,000 fr.; je vous en *crédite* sur le même livre. En déduisant cette somme de la première, il est évident que vous ne me devez plus que 2,000 fr.; le surplus de ma créance est éteint par la compensation, ou par l'imputation qui en a été faite le jour même où vous êtes devenu mon débiteur. Elle a été éteinte de la même manière que si vous m'aviez réellement compté la somme de 8,000 fr. en numéraire; aussi dit-on que la compensation tient lieu de paiement. *Solutionis vicem obtinet. Voët, de compens., n.° 2; l. 4, cod. de compens., 4, 31; l. 4, ff qui potiores, 20, 4.*

344. La compensation est également avantageuse aux deux parties. Car il vaut mieux se payer par retention, que de donner une somme, pour la redemander ensuite. *(L. 2, ff eod.)*. C'est pourquoi la loi suppose toujours au créancier et au débiteur la volonté de compenser ce qu'ils se doivent réciproquement. Elle supplée cette volonté, en faisant d'elle-même, ou en supposant fait ce qu'ils devaient l'un et l'autre faire réciproquement sur leurs livres; en sorte qu'aussitôt que deux personnes se trouvent créancières et débitrices l'une de l'autre, quoique pour des causes différentes, il s'opère entr'elles de plein droit,

par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs, une compensation qui éteint réciproquement les deux dettes à l'instant précis où elles se trouvent exister à la fois, et jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives (1289 — 1290).

Il n'est donc nécessaire d'opposer la compensation que pour instruire le juge d'un fait qu'il ne peut deviner; savoir : que les deux parties étaient réciproquement créancières et débitrices, et que, par conséquent, les deux dettes sont éteintes, comme on est obligé d'opposer et de représenter la quittance à celui qui forme la demande d'une dette acquittée. Mais on dit que la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, parce que l'extinction respective des deux dettes ne produit pas son effet du jour seulement où la compensation est opposée en jugement, ou déclarée par le juge; mais du jour où les parties sont devenues réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre.

345. Il est néanmoins des cas où la compensation ne peut s'opérer de plein droit, par la seule force de la loi, et où, par conséquent, elle ne produit son effet que du jour où elle a été proposée par voie d'exception, ou même par voie d'action réciproque ou reconventionnelle.

On doit donc distinguer d'abord deux espèces de compensations bien différentes, l'une qui produit son effet de plein droit, *ipso jure*, à l'insu des parties, et même contre leur volonté, en ce qui concerne l'intérêt des tiers; et cela du jour où elles sont devenues réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre : on peut l'appeller compensation légale.

L'autre, qui ne peut produire son effet que par voie d'exception, *exceptionis ope*, du jour où elle a été opposée.

346. Mais elle peut l'être de deux manières; ou par *voie de simple exception;* par exemple, dans le cas d'une créance privilégiée, comme la restitution d'un dépôt que le dépositaire ne peut, comme nous le dirons bientôt plus amplement, faire entrer en compensation avec une somme égale et liquide, que lui doit le déposant (1293). Néanmoins, comme ce privilége n'est établi qu'en faveur de ce dernier, il peut opposer la compensation, s'il le juge à propos, parce qu'on peut toujours renoncer au droit introduit en sa faveur, et elle s'opère du moment où il la propose. Vous avez déposé chez moi une somme de 3,000 fr.; j'hérite de mon père, à qui vous deviez une somme de 3,000 fr., produisant des intérêts; la compensation de ces deux sommes liquides ne se fait pas *ipso jure*, du jour de la mort de mon

père, époque à laquelle je suis devenu votre créancier; mais si je vous demande la somme que vous deviez à mon père, avec les intérêts, et que vous m'opposiez en compensation la somme que vous avez déposée chez moi, la compensation s'opérera, *exceptionis ope*, du jour où vous me l'aurez opposée, et les intérêts cesseront de la même époque et non auparavant, parce que ce n'est qu'à cette époque que j'ai eu la liberté de disposer de vos fonds.

La compensation peut encore s'opérer par voie de reconvention (1), *per viam reconventionis*, dans le cas où l'une des dettes n'est pas liquide. Je vous demande une somme de 600 fr., en vertu d'un acte sous seing privé. Vous répondez que vous avez fait pour moi différens ouvrages, dont vous évaluez le prix à 600 fr.; vous demandez, par voie de *reconvention*, qu'ils soient constatés et que le prix en soit liquidé, afin de le compenser avec la somme que je vous demande.

(1) Les jurisconsultes romains l'appelaient demande ou action réciproque, *mutua actio, mutua petitio*. L. 11, § 1, ff *de jurisdict.*, 2, 1; l. 1, § *ult.*, ff *de extraordin. cognit.*, 50, 13; l. 1, *cod. rerum amot.*, 5, 21; l. 6, *cod. de compens.*, 4, 31. On trouve dans les Décrétales de Grégoire IX, lib. 2, tit. 4, un titre de *mutuis petitionibus;* c'est le siège de la matière. Il faut voir les commentateurs, et sur-tout Pirhing, sur ce titre. Voyez aussi Voët, in tit., ff *de judic.*, n.os 78 et seq.; Huberus, in tit., ff *de quibus reb. ad judicem eatur*, 11, 2; Perezius, *in cod., tit. de sentent. et interloc.*, 7, 45; Brunneman et les docteurs, sur la loi 14, *cod. eod.*

347. Ainsi, trois espèces de compensations
la compensation légale, la compensation pa
la voie de simple exception ; la compensatio
par voie de *reconvention.*

348. Il faut expliquer ce mot (1), parce qu'
y a aussi plusieurs espèces de *reconventions.*

En général, la reconvention est la demand
que le défendeur cité en justice forme à so
tour devant le même juge contre le deman
deur, soit pour cause de connexité avec l
demande originaire, soit même pour une affair
différente et sans connexité. *Reconventio est pe
titio quâ reus vicissìm quid ab actore petit e
eâdem vel diversâ causâ. Voët, in tit. de judi
ciis, n.° 78* (2).

349. Il y a donc plusieurs espèces de re
conventions ; et d'abord il arrive presque tou
jours que les deux sommes à compenser n
sont point égales. Si c'est au demandeur qu'es
due la plus forte somme, il ne doit demande
que l'excédant de sa créance sur celle du dé

(1) Ce mot vient du latin *convenire*, citer en justice, *vocare in jus*
D. L. 45, ff *de rei vindic*, 6, 1. De *convenire* est venu *conventio*
citation en justice, *vocatio in jus.* Le reduplicatif *reconvenire*, si
gnifie donc *iterùm convenire*, et, en matière de compensation, *con
venire vicissìm apud eumdem judicem.*

(2) Il y a toujours deux procès distincts, dans le cas de la recon
vention, dit fort bien M. Henrion-de-Pansey, dans son excellen
Traité de l'autorité judiciaire, p. 194, *duplex negotium, alterum
diversum ab altero, sunt enim in mutuis petitionibus duæ hypotheses
vel causæ, duæ negotia vel judicia.*

fendeur; autrement il demande plus qu'il ne ne lui est dû. *Paul, sentent. recept., lib. 2, tit. 5, § 3; l. 4, ff de compens., 16, 2.* Je vous dois 3,000 fr. que vous m'aviez prêtés. J'hérite de mon père, à qui vous devez 6,000 fr.; je ne puis vous demander que 3,000 fr.; autrement, je vous demande évidemment plus qu'il ne m'est dû, ma créance de 6,000 fr. étant réduite à 3,000 fr. par la compensation, qui a éteint le surplus de plein droit.

Si c'est au défendeur que la somme la plus forte est due, il peut non seulement opposer la compensation comme une exception légale contre la demande qui lui a été formée, mais il doit et peut encore demander par reconvention le surplus de sa créance.

Vous me citez en justice pour vous payer 3,000 fr. que je vous dois; je réponds que je ne vous dois plus rien, et qu'au contraire vous me devez 3,000 fr., parce que je suis seul héritier de mon père, à qui vous deviez une somme de 6,000 fr., réduite à 3,000 fr. par la compensation, qui s'est opérée de plein droit. Je demande, en conséquence, que vous soyez condamné de me payer cette somme; on aperçoit dans cette défense deux choses très-distinctes : 1.° l'exception de la compensation légale qui a éteint, *ipso jure,* la moitié de ma créance; 2.° la *reconvention* par laquelle je

demande le surplus. Voilà une première espè
de reconvention, qui n'est pas autre chose qu
la demande de ce qui reste dû au défendeu
originaire, après la compensation légale de s
créance avec celle du demandeur.

350. Il y en a une seconde que nous avon
déjà indiquée, et qui n'est que l'action récipro
que formée préparatoirement par le défendeu
originaire, pour parvenir à la compensatio
d'une créance non encore liquide avec un
dette liquide. C'est la défense qu'il oppose
l'action du demandeur originaire, comme dan
le cas où je vous demande une somme liquide
tandis que vous prétendez que je vous en dois
une qui n'est point liquide à la vérité, mais que
vous demandez à faire liquider préalablement,
afin de la compenser avec ce que vous devez.

351. Enfin on connaît en droit une troisième
espèce de reconvention, qui n'a pour objet ni
de demander ce qui reste dû après la compen-
sation de deux créances inégales, ni de par-
venir à la compensation d'une créance non
encore liquide, avec une dette liquide; mais
uniquement de rendre le tribunal, où la pre-
mière demande a été portée, compétent pour
instruire et juger, en même tems s'il est possi-
ble, en tout cas séparément, toute prétention
que le défendeur veut y porter à son tour,

quoiqu'elle n'ait pas de connexité avec la demande originaire, et sans que le demandeur puisse opposer l'incompétence du tribunal (1).

352. Les deux premières espèces de reconvention sont fondées sur des motifs d'équité assez évidens par eux-mêmes. Cependant elles n'étaient point reçues dans l'ancien droit romain. La compensation de liquide à liquide n'y était même admise que dans les actions appellées de bonne foi (2), *in bonæ fidei judicis*. La force de la raison et l'autorité des jurisconsultes la firent admettre dans les actions de droit étroit, *in stricti juris judicis*.

353. La seconde espèce de reconvention fut introduite par le célèbre Papinien, dont les opinions toujours fondées sur la raison et l'équité, imprimaient un tel respect, qu'il fut dans la suite défendu aux juges de s'en écarter. L'admission de cette reconvention, qui a pour objet de faire liquider une créance, afin de la faire entrer en compensation avec une somme liquide, fut consacrée par les empereurs et sur-tout par Justinien, qui lui donna plus d'étendue qu'elle n'en avait avant lui. Ils

(1) Par exemple, Titius assigne Mævius en paiement d'un billet de 1,200 fr. Mævius, à son tour, assigne Titius en délaissement de la maison qu'il occupe.

(2) Voyez § 30, inst. *de act.*, et Ragueau, *in l. ult., cod de compens.*

la fondaient sur un double motif d'équité. D'abord ils ne trouvaient pas juste que le demandeur pût se faire payer ce qui lui était dû, avant de répondre à la demande reconventionnelle, lorsqu'elle pouvait être promptement liquidée ; *compensationis æquitatem jure postulas : non enim priùs exsolvi quod debere te constiterit æquum est, quàm petitioni mutuæ responsum fuerit. L. 1, cod. rerum amot., 5, 21 ; l. 6, cod. de compens., 4, 31.*

D'ailleurs, ils trouvaient également injuste que le demandeur refusât pour juge de la demande reconventionnelle celui qu'il avait choisi pour juger la demande originaire ou principale : *cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere, et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur. L. cum papinianus 14, cod. de sentent. et interloc., 7, 45.*

Pour bien entendre la force de cette raison, il faut se souvenir que les grands magistrats, tels que les préteurs, les gouverneurs de province, etc., à qui le pouvoir judiciaire était confié à Rome, ne jugeaient point par eux-mêmes les procès élevés entre les particuliers, si ce n'était en certaines causes extraordinaires, que par ce motif on appellait *cognitiones extraordinarias* (1). Dans les autres affaires, et

(1) Voyez tit., ff *de extraordinariis cognit.*, 50, 4, et *ibi interpretes.* Heinecc., Antiq., lib. 4, tit. 6, etc.

même dans plusieurs des causes dont la connaissance leur était réservée, ils nommaient, pour les instruire et les décider, des délégués qu'on appellait juges pédanées, *iudices pedaneos*. Ces juges étaient nommés à la demande et du consentement des deux parties. Le demandeur, *actor*, commençait par proposer, le défendeur, *reus*, pouvait récuser arbitrairement sans autre motif que sa volonté : *Nolo eum eligere. V. Heinecc. Antiq., lib. 4, tit. 6, n.° 40.* Lorsqu'enfin le défendeur avait accepté un des proposés par le demandeur, le préteur donnait à ce juge un mandement ou une commission pour juger le différend. Ces juges étaient donc véritablement choisis par les parties, et sur-tout par le demandeur, qui avait l'initiative du choix. On trouva juste qu'après avoir choisi un juge pour prononcer sur sa demande, le demandeur ne pût le récuser pour juge de la demande reconventionnelle.

354. Mais Papinien eut la sagesse de n'étendre cette conséquence qu'aux cas de connexité avec la demande originaire, *in eodem negotio*, dit la loi *cum papinianus* (1). Cependant les interprètes, en convenant que Papinien ne permettait la reconvention que dans les cas connexes, *in*

(1) Voyez Coquille, quest. 307 ; Legrand, sur Troyes, art. 200, n.° 5, et les auteurs qu'il cite ; Bacquet, des droits de justice, ch. 8, n.° 10.

eâdem causâ tantùm (1), crurent voir que Justinien avait par cette loi étendu la reconvention à tous les cas, même non connexes, *etiam pro causâ separatâ à causâ conventionis;* qu'en tout cas, il l'avait admise par la novelle 96, n.° 2 : c'est un point assez inutile à éclaircir.

355. Car, quoi qu'il en soit, la doctrine de la reconvention, dans les cas non connexes, prévalut dans les écrits des interprètes, et passa dans le droit canonique, où presque toutes les causes étaient, comme dans le droit romain, renvoyées à des juges délégués nommés le plus souvent sur l'indication du demandeur. On y fonda donc cette reconvention sur le même principe d'équité. *Æquum est* (2), dit un canoniste estimé, *ut actor qui spontè sibi elegit judicem contra adversarium, vicissìm etiam patiatur ut adversarius contra ipsum eumdem sibi judicem petere et eligere possit.*

Mais la reconvention n'y était point admise, comme l'enseigne le même auteur, n.° 3, dans les cas où les juges délégués avaient été nommés par le prince, de son propre mouvement, *proprio motu*, sans doute parce qu'alors le motif qui l'avait fait introduire n'existait plus.

(1) Voyez la glose sur la loi citée, note M et note P; Brunneman, sur cette loi, etc.

(2) Pirhing, in tit. *de mutuis petit.* X, lib. 2, tit. 4, n.° 1.

Le demandeur n'avait ni choisi ses juges, ni approuvé leur choix (1).

356. Le même motif ne pouvait exister en France, où jamais les parties n'eurent le droit de choisir leurs juges. Les procès étaient portés devant les juges royaux, qui rendaient la justice en personne, et non par délégués, chacun dans l'étendue de son territoire. Les seigneurs étaient extrêmement jaloux du droit de juger, ou de faire juger par leurs officiers les procès de leurs vassaux. Ce n'était pas pour eux seulement un droit honorifique, usurpé sur la couronne, c'était encore, sur-tout anciennement, une branche considérable de revenus; car, dans chaque procès, ils s'attribuaient autrefois une partie de la valeur des choses qui faisaient l'objet de la contestation (2). Dans des tems plus rapprochés, il y avait des droits de greffe que les seigneurs affermaient; ils vendaient les offices de juges, de procureur fiscal. Ils regardèrent donc les jurisdictions comme patrimoniales, et souffraient si peu qu'on y por-

(1) C'est sans doute par cette raison qu'on avait douté à Rome que le reconvention fût admise, lorsque le gouverneur de la province jugeait lui-même une affaire. *Videamus*, dit Ulpien, *an de mutuis petitionibus possint præsides cognoscere? Et putem debere admitti.* L. 11, § ult., *de extraordin. cogn.*, 50, 13.

(2) En certains endroits, cette partie, attribuée au fisc du seigneur, s'élevait jusqu'au cinquième. Voyez l'introduction à l'histoire de Charles-Quint, par Robertson, sect. 1, note Z, et les auteurs qu'il cite.

tât atteinte, que la faculté de revendiquer le jugement des procès portés dans une autre jurisdiction, était un droit commun connu en Bretagne sous le nom de *retrait de barre* (1), et ailleurs *revendication de cause*.

Un pareil ordre de choses ne permettait pas d'admettre la reconvention proprement dite; c'est-à-dire, la reconvention qui n'avait point de connexité avec la demande originaire, *pro causâ separatâ à causâ conventionis;* en un mot, la reconvention qui n'avait d'autre objet que de rendre le tribunal où la première demande avait été portée compétent pour instruire et juger une demande reconventionnelle, étrangère à la demande originaire (2).

(1) Voyez Bacquet, des droits de justice, ch. 8; l'art. 26 de la Coutume de Bretagne; Normandie, art. 15; Anjou, art. 65; Poitou, art. 417, etc., etc., et les commentateurs.

(2) Le défendeur n'aurait pu porter cette demande devant les mêmes juges, quand même le demandeur y eût consenti. Les juges de ce dernier auraient pu, en ce cas, exercer *LE RETRAIT de barre* ou la *revendication* de cause. Car, en France, à la différence du droit romain, c'était un principe du droit coutumier, que *la prorogation* de jurisdiction n'était point admise, parce que les justices étaient patrimoniales. Voyez Loiseau, des seigneuries, ch. 14, n.os 14 et 15; Bacquet, des droits de justice, ch. 8, n.° 8.

L'art. 10 de la Coutume de Bretagne admit la prorogation par exception au droit général. Aussi, cette exception fut vivement combattue par le baron de Vitré et autres seigneurs. *Inani prætextu jurisdictionalis emolumenti,* dit d'Argentré, dans son aitiologie sur cet article. Voyez aussi le procès-verbal de réformation de l'an 1580, p. 73 et 130, imprimée en tête du Commentaire de Duparc-Poullain, sur la Coutume de Bretagne.

Le vain prétexte que les jurisdictions étaient patrimoniales empêchait même d'admettre la compensation légale de liquide à liquide, quoique fondée sur une équité évidente. On tenait pour maxime qu'*une dette n'empêche pas l'autre. (Loisel, liv. 5, tit. 2, règ. 3)*. C'est-à-dire que celui qui doit une somme est obligé de la payer à son créancier qui le poursuit, sauf à poursuivre à son tour son créancier qui lui doit pareille somme, mais devant les juges de ce dernier, sans pouvoir ni l'un ni l'autre user de compensation. *Compensation n'a point lieu en cour laye*, dit la Coutume de Lorris, tit. 21, art. 10, et *ibi* la Thomassière et de l'Hoste.

357. Les notions de justice et d'équité naturelle, que l'étude du droit romain et du droit canonique (1) répandit en France et dans toute

(1) Quelques lecteurs superficiels, ou imbus des préjugés du tems, trouveront étrange de voir citer le droit canonique, comme l'une des législations qui ont contribué à éclairer l'Europe et à perfectionner sa jurisprudence. Je les renvoie à la sect. 1 de l'introduction à l'histoire de Charles-Quint, par Robertson, qui n'était pas un homme à préjugés. Les formes de procéder, dans presque toute l'Europe, ont été puisées dans le droit canonique. Au fond, ses principes se rapprochèrent de la raison et de l'équité naturelle, et beaucoup plus, en certains points, que les lois romaines, dont il corrigea plusieurs subtilités. Son étude même, encore aujourd'hui, peut répandre beaucoup de lumières sur plusieurs parties de la jurisprudence. Il est à regretter que cette étude ait été totalement bannie des écoles de droit. Elle tient à la connaissance des antiquités du moyen âge, beaucoup plus utile pour remonter à l'origine de nos lois et de nos usages, que la connaissance des antiquités grecques ou orientales.

l'Europe, firent sentir vivement l'injustice d'une jurisprudence qui rejettait la compensation de liquide à liquide, et faisait ainsi deux procès au lieu d'un, uniquement pour ménager aux seigneurs de fiefs, ou à leurs greffiers, des droits odieux par leur nature. Les docteurs, que les tribunaux écoutaient comme des oracles, proclamèrent hautement la doctrine équitable de la compensation, qui s'était conservée dans les pays de droit écrit, où les lois romaines avaient force de loi. On s'efforça de la faire recevoir dans les pays de coutume, et l'on y parvint. Les rois, dont l'autorité s'affermissait chaque jour, et qui ne négligeaient aucune occasion de ressaisir peu à peu les prérogatives usurpées sur la couronne, firent délivrer, par leurs chancelleries, des lettres de compensation (1), comme on y délivrait des lettres de dispense, de grâce, de restitution, etc.

Enfin, dans la réformation des coutumes, qui fut confiée à des hommes distingués par leur mérite et par leurs connaissances dans l'un et l'autre droit, la doctrine de la compensation prévalut, l'art. 74 de la Coutume de Paris, réformée en 1510, porte que « la compensation *n'a point de lieu*, si ce n'est d'une

(1) Voyez Bouteillier, Somme rurale, tit. 27; Coquille, question 306, et les commentateurs de la Coutume de Paris, art. 106.

dette claire et liquide à une autre pareillement claire et liquide ».

Cette rédaction présentait encore la compensation comme une exception à la règle. La nouvelle réformation, faite en 1580, art. 105, la présenta comme règle générale. « Compensation a lieu d'une dette liquide à une autre pareillement claire et liquide, et non autrement ».

La compensation s'opéra donc, depuis ce tems, de plein droit et par la seule force de la loi, comme à Rome, sans qu'il fût nécessaire d'obtenir des lettres-royaux. Cette disposition devint le droit commun de la France.

358. Les motifs qui empêchèrent d'admettre la compensation firent, à plus forte raison, proscrire la reconvention dans les pays de coutumes. *La reconvention n'a lieu en cour laye,* disent nos anciennes coutumes et nos vieux praticiens (1). Cette disposition fut conservée

(1) Coutume de Lorris, art, 9; de Bourbonnais, art. 88, et *ibi* Auroux, etc.; Desmares, art. 187; Coutumes notoires du Châtelet, art. 111 et 120. La Coutume de la Marche, art. 101, contient une exception qui résultait de l'esprit des Coutumes. « Reconvention n'a point de lieu, sinon que les parties soient *ejusdem fori*, où elle a lieu sans nouvel ajournement ».

Mais l'annotateur observe fort bien que si la reconvention a lieu pour une demande distincte et séparée, qui n'ait aucune connexité avec la première demande, il les faut instruire et juger séparément, et non pas les joindre.

dans l'art. 75 de la Coutume de Paris, réformée en 1510. Ce ne fut qu'à la nouvelle réformation, en 1580, que la reconvention fut admise, mais avec une modification remarquable. « Reconvention n'a lieu, dit l'art. 106, si elle *ne dépend de l'action*, et que la demande en reconvention soit *la défense contre l'action premièrement intentée* », ou, comme dit Loisel (*liv. 5, tit. 2, règ. 2*), « reconvention n'a point de lieu, fors de la même chose dont le plaid est ».

Cette disposition s'accorde parfaitement avec l'opinion de Papinien, qui, comme nous l'avons vu, n'admettait la reconvention que dans le cas de connexité avec la demande originaire, *in eodem negotio*. La reconvention ainsi modifiée, paraît conforme à l'équité. Je dois à un homme peut-être insolvable et dissipateur, une somme liquide de 3,000 fr. qu'il me demande et qu'il veut me faire payer, quoiqu'il m'en doive une égale ou plus forte, qui peut être promptement liquidée. Est-il juste que je sois forcé de payer, pour être ensuite réduit à répéter, peut-être inutilement, la somme qui m'était due, et que je pouvais faire entrer en compensation? Si, dans le droit rigoureux, la demande reconventionnelle devait, en conformité de la règle *actor sequitur forum rei*, être portée devant le juge du demandeur originaire,

devenu défendeur à cette nouvelle action, la loi le soumet à l'autorité qu'il a invoquée contre son adversaire; elle proroge cette autorité et l'étend jusque sur lui, dit fort bien M. Henrion-de-Pansey (*Traité de l'autorité judiciaire, p. 195*).

359. La disposition de la Coutume de Paris était donc devenue, et a continué d'être le droit commun de la France, jusqu'à la promulgation des lois nouvelles, quoique les juges se permissent quelquefois de s'en écarter (1), en admettant, sous le prétexte d'une équité imaginaire, des demandes reconventionnelles ou incidentes, *sans connexité avec la demande originaire* ou principale. M. le Camus, lieutenant civil du Châtelet de Paris, avait même pris pour un usage ces infractions à la règle. Dans ses observations sur l'art. 106 de la Coutume de Paris, qui porte que « reconvention n'a lieu si *elle ne dépend de l'action*, et que la demande en reconvention soit *la défense de l'action premièrement intentée* », ce savant magistrat, qui vivait au commencement du dernier siècle, dit que « l'usage a prévalu à la disposition de cet article; qu'on a admis enfin la reconvention en toutes sortes de causes ». Mais il paraît certain que M. le Camus prenait

(1) Voyez Camus, sur l'art. 106 de la Coutume de Paris, et Denisart, verbo *reconvention*.

un abus passager pour un usage; car tous les auteurs qui ont écrit depuis attestent que l'article 106 de la Coutume de Paris continuait d'être en pleine vigueur, et qu'il était le droit commun de la France.

M. Pigeau, l'un des plus exacts, l'un des plus savans auteurs qui aient écrit sur la pratique, dans son Traité de la procédure civile du Châtelet de Paris, édit. de 1779, tom. 1, p. 336 et 337, dit qu'on peut former une demande incidente, « pour faire anéantir l'effet de la demande principale ou la faire restreindre. Tel est le cas où le défendeur étant assigné pour une dette, oppose la compensation d'une somme qui lui est due par celui qui l'assigne. Par exemple, Pierre, assigné par Paul en condamnation d'une somme de 600 liv. que celui-ci lui a prêtée, a fait pour Paul des ouvrages pour 250 liv. Il en demande la condamnation contre Paul, et conclut en conséquence à ce que les 250 liv. soient imputées sur les 600 liv., à l'effet de quoi il se constitue incidemment demandeur. C'est ce que les praticiens appellent reconvention ».

Pigeau ajoute : « Suivant l'art. 106 de la Coutume de Paris, *dont la disposition est généralement suivie*, la reconvention n'a lieu si elle ne *dépend de l'action*, et que la demande en reconvention soit *la demande contre l'action*

premièrement intentée. Ainsi, elle est admise dans le cas ci-dessus, et dans tous ceux où l'on peut imputer l'objet demandé par l'assigné sur celui de la demande principale. Elle a lieu aussi toutes les fois que cette seconde demande tire son principe de la même cause que la première, ou procède de la même affaire, ou de la même convention; ainsi, supposé qu'un propriétaire demande que son locataire soit tenu de garnir les lieux, celui-ci peut se défendre en demandant que le propriétaire fasse faire auparavant les réparations nécessaires : ces deux demandes tirent leur principe de la même cause, qui est le bail ». *Ex eodem negotio*, comme dit Papinien.

« Mais, ajoute encore Pigeau, si la demande qu'a droit de former l'assigné n'a pas de relation avec celle du demandeur, *il n'y a pas lieu à reconvention ;* par exemple, si Pierre demande à Paul une somme qu'il lui a prêtée, et que Pierre prétende que Paul détient une maison qui lui appartient, il ne pourra se défendre de la demande du prêt, en réclamant cette maison, parce que ces deux affaires n'ont aucun rapport. Il sera donc obligé de payer, sauf à lui à actionner Paul pour se faire rendre sa maison ».

Les auteurs qui ont écrit dans le même tems que Pigeau attestent comme lui que l'art. 106 de la Coutume de Paris était généralement observé. Pothier (*Traité de la procédure civile*,

tom. 1, p. 92, édit. in-12), en fait l'observation, et il en donne pour raison, d'après Coquille (1), que « celui qui aurait été convenu en une action » d'expédition aisée, pourrait sans cela mettre » en avant une action de grande longueur et dif- » ficulté, pour empêcher et retarder l'autre ». Duparc-Poullain, dans ses Principes, t. 9, p. 124, atteste, ainsi que Pigeau et Pothier, que l'article 106 de la Coutume de Paris était généralement suivi, comme droit commun en France.

On pourrait facilement multiplier les citations sur ce point. Celles-ci suffisent pour établir que l'art. 106 de la Coutume de Paris était généralement observé avant la révolution.

360. Les lois nouvelles ont gardé le silence sur la reconvention. C'est une lacune dont le Conseil d'état fut averti par les observations préliminaires (2) que fit la Cour de cassation sur le projet du Code de procédure. On n'eut point d'égard à ces observations, quoiqu'elles contiennent une foule de dispositions non seulement sages, mais même nécessaires, et auxquelles on sera contraint de revenir, si l'on veut compléter notre législation.

(1) Voyez questions, réponses et méditations sur les articles des Coutumes, quest. 307, tom. 2, p. 19, édit. de 1665.

(2) Elles sont imprimées dans le recueil de Sirey, an 9, p. 1 et suivantes.

Mais, à l'égard de la reconvention, ces observations, par un droit absolument nouveau en France, au moins dans les pays de coutumes, proposaient d'admettre la reconvention, dans tous les cas où elle n'est pas défendue par la loi, et telle qu'elle était admise par le nouveau droit romain et par le droit canonique; c'est-à-dire, comme un moyen de proroger la compétence d'un tribunal, et de soumettre à son jugement toutes les *contre-prétentions* du défendeur, mêmes non connexes à la demande originaire ou principale (1).

L'admission de cette législation nouvelle, contraire à l'opinion de Papinien, le prince des jurisconsultes, entraînerait, à notre avis, de grands inconvéniens et même une véritable injustice, sans aucune utilité réelle. On ne pourrait, sans les embrouiller toutes les deux, instruire et juger simultanément deux affaires qui n'ont entre elles nulle connexité, et si on les instruisait et jugeait séparément, comme la raison l'exige, pourquoi enlever injustement à ses juges naturels le demandeur originaire, devenu défendeur en reconvention? Tout doit être égal entre lui et le défendeur originaire. Il a été contraint d'assigner ce dernier devant ses juges naturels; si celui-ci veut à son tour

(1) La plupart de ces observations sont puisées dans Voët, sur les Pandectes, tit. *de judiciis*, n.° 78.

exercer une action qui n'a pas de connexit avec la première, il doit également suivre l jurisdiction de son adversaire. *Actor sequitu forum rei :* c'est une règle de justice établie e faveur de tous.

Quoi qu'il en soit, les lois nouvelles ayan gardé le silence sur la reconvention, l'ancienn loi reste dans toute sa vigueur. La reconventio ne peut être admise que dans les cas de connexité, comme nous l'expliquerons dans la suite, et les juges qui l'admettraient hors ces cas, entre personnes qui ne sont pas *ejusdem fori*, excéderaient leurs pouvoirs et violeraient les dispositions du Code de procédure sur la compétence des tribunaux.

361. Après avoir expliqué la nature de la compensation, combien il y en a d'espèces, comment elle a été reçue en France, ainsi que la reconvention, qui n'est dans nos principes qu'un moyen de parvenir à la compensation, ou de se défendre contre l'action originaire, il nous reste à voir d'abord dans quels cas la compensation légale est admise et quels en sont les effets. Nous parlerons ensuite de la compensation par voie de simple exception, et de la reconvention.

362. Pour que deux dettes puissent être compensées de plein droit et par la seule force de la loi, quatre choses sont nécessaires;

1.° Que l'objet de l'une et de l'autre soit de la même espèce;

2.° Qu'elles soient liquides l'une et l'autre;

3.° Qu'elles soient également exigibles;

4.° Que la dette ou la créance à compenser soit due par la même ou à la même personne, qui en oppose, ou à qui la compensation est opposée.

363. La compensation est un véritabe paiement fait d'avance, ou au moins elle en tient lieu. Or, le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande (1243). *Aliud pro alio, invito creditori, solvi non potest. L. 2, §_1, ff de R. cred., 12, 1.*

Ainsi, pour compenser une dette avec une autre, à l'insu, ou même contre le gré de l'un des débiteurs, il faut qu'il y ait identité dans les choses réciproquement dues; c'est-à-dire qu'elles soient de la même espèce, quoique les deux dettes procèdent de causes différentes. *Compensatio debiti ex pari specie, licet ex causâ dispari, admittitur* (1). *Paul, sent., lib. 2, tit. 5, n.° 3.*

(1) *Veluti si pecuniam tibi debeam, et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cætera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare, vel deducere debes. Si totum petis, plùs petendo causâ cadis.*

364. Ainsi, le plus souvent, la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles (1) de la même espèce (1291). Par exemple, une certaine quantité de bled, de vin, d'huile, etc., *in genere*, et non pas de tel vin, de telle huile, etc. Car, entre *telle* et *telle* chose, quoique l'une et l'autre fongibles de leur nature, il y a toujours quelque différence. Si l'une des dettes était d'une certaine quantité de vin de telle année, de tel crû, elle ne serait pas susceptible de compensation avec la dette d'une même quantité de vin, *in genere*. Vous m'avez vendu six tonneaux de vin de tel crû de Médoc, de la récolte de telle année. Je recueille la succession de mon père, qui vous avait vendu six tonneaux de vin, *in genere*, ou de vin de Médoc, de telle année. Les deux dettes ne peuvent se compenser de plein droit l'une avec l'autre, et vous n'en pouvez obtenir la compensation malgré moi; ce serait me forcer à recevoir une chose au lieu d'une autre, une chose qui ne peut tenir lieu de celle qui m'est due : *quæ vice rei debitæ fungi non potest.*

365. La dette d'une chose indéterminée d'une certaine espèce, quoique non fongible,

(1) *Quarum alia alterius vice fungitur.*

est susceptible de compensation légale avec une autre dette de même nature. Par exemple, si je vous ai vendu un cheval, un bœuf, sans déterminer l'individu, et qu'ensuite vous deveniez l'unique héritier d'une personne qui m'a légué un cheval, un bœuf, aussi sans déterminer l'individu, ces deux dettes se compensent de plein droit; car aucun des deux débiteurs n'en pouvait empêcher la compensation.

366. La dette d'un corps certain et déterminé peut même être susceptible de compensation, lorsque l'objet respectif des dettes consiste dans une partie aliquote d'un corps indivis. Par exemple, vous m'avez vendu le tiers du fonds cornelien que vous possédiez par indivis avec Primus et Secundus. Primus vous vend ensuite son tiers indivis, et meurt après m'avoir fait son légataire universel, le tout avant le partage du fonds cornelien. Vous m'en devez un tiers par indivis, que vous m'avez vendu; je vous en dois un tiers aussi par indivis, comme légataire de Primus : il y a identité parfaite entre ces deux dettes; ainsi elles se compensent de plein droit (1). *Pothier, n.° 588, in fin.*

(1) Mais, sans préjudice des hypothèques acquises avant la compensation, laquelle, dans l'espèce proposée, s'opère à l'instant de la mort de Primus. Car, *la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers* (1298). Mais aussi, par la même raison, les hypothèques créées depuis la mort de Primus seraient nulles.

Hors ces cas, infiniment rares, peut-être sans exemple, la dette d'un corps certain ne se compense point avec la dette d'un autre corps certain, ni la dette d'une chose d'une certaine espèce avec celle d'une chose d'une autre espèce; celle d'une quantité de choses fongibles avec une somme d'argent.

367. Cependant les prestations non contestées en grains ou denrées, dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles (1291); ce qui ne doit pas, à l'égard de la compensation légale (1), s'entendre du capital d'une rente en grains, mais seulement des arrérages échus, et même des arrérages autres que ceux de la dernière année, laquelle étant toujours payable en nature, ne peut jamais être compensée avec une somme d'argent.

Au contraire, les arrérages des années précédentes ne pouvant être exigés qu'en argent, comme nous l'avons déjà vu *sup.*, n.ºs 62 et 63, il se trouve qu'il y a identité parfaite dans l'objet des deux dettes, dont l'une consiste dans une somme de 300 fr., par exemple, l'autre

(1) Car, la compensation facultative du capital d'une rente en grains peut être demandée par le débiteur, quoiqu'elle ne puisse lui être opposée, parce qu'il ne peut être contraint de la racheter, comme nous le dirons ci-après.

dans les arrérages de deux années arriérées d'une rente de cinquante mesures de froment. La dernière année ne pouvant être exigée ni payée qu'en nature, elle ne peut se compenser légalement avec la créance de 300 fr., mais l'avant-dernière se compense de plein droit, parce qu'elle n'est exigible ni payable qu'en argent, et qu'ainsi il y a identité dans l'objet des deux dettes. La quotité de la première, contractée originairement en argent, est déterminée et connue, c'est une somme de 300 fr. La quotité de la seconde est aussi déterminée, puisqu'elle est invariablement fixée dans des registres publics, que chacun peut consulter, et où se trouve déterminé le prix des grains de chaque saison de l'année. Ainsi, pour connaître le montant de la seconde dette, il suffit de multiplier ce prix commun par le nombre des mesures de froment arrérages, opération qui peut être faite en un instant. La compensation s'opère donc de plein droit à l'époque où l'année d'arrérages cesse de pouvoir être exigée et payée en grains; c'est-à-dire, au moment de l'expiration du terme de la seconde année et ainsi de suite.

368. Mais remarquez que l'art. 1291 n'admet la compensation légale des prestations en denrées avec une somme d'argent, que dans les cas où le prix de ces denrées *est réglé par les mercuriales*. S'il ne l'était pas, s'il était nécessaire

de le faire régler par des experts, la compensation ne pourrait s'opérer de plein droit.

369. Ce n'est pas assez qu'il y ait identité dans l'objet des deux dettes, il faut encore qu'elles soient liquides (1); c'est-à-dire, claires et constantes, et qu'elles ne puissent être *légitimement* contestées. *V. d'Argou.*

« Une dette contestée n'est donc pas li-
» quide et ne peut être opposée en compen-
» sation, à moins que celui qui l'oppose
» n'en ait la preuve à la main, et ne soit en
» état de la justifier promptement et som-
» mairement ». *Pothier, n.° 592, p. 174.*

Une dette est liquide, dit avec raison Pothier, n.° 591, quand il est constant qu'il est dû et combien il est dû : *cùm certum est an et quantùm debeatur.*

Ainsi, une dette liquide est plus qu'une dette dont l'objet est déterminé. L'objet d'une dette est déterminé, quand on en connaît l'espèce, la quotité et la quantité, *quid, quale, quantùmque sit. (L. 74, ff de V. O., 45, 1;*

(1) Ce mot vient du verbe *liquet*, il est clair, il est constant, il est évident. *Liquidum est*, dit Donat, *in Eunuch., act. 2, scen. 3, constans et manifestum et certum..... et est LIQUET verbum juris, quo utebantur Judices, cùm AMPLIUS pronunciabant obscuritate, commoti causæ magis quàm simplicitate causæ.*

Ampliùs pronunciare, ordonner une plus ample instruction, prononcer un jugement interlocutoire, un appointement à écrire et produire une enquête.

v. sup., tom. 6, p. 154). Mais pour qu'une dette soit liquide, il faut de plus que son existence soit certaine et évidente. Deux choses sont donc nécessaires pour rendre une dette liquide; 1.° la certitude de son existence; 2.° la détermination de sa quotité ou de la somme à laquelle elle s'élève.

Si l'une des dettes dépendait d'un compte à régler entre les parties, comme c'est du réglement que dépend, non seulement la quotité, mais encore l'existence de la dette, elle n'est pas liquide; elle ne peut être l'objet d'une compensation légale, qui doit se faire de plein droit, par la seule force de la loi.

Une prétention douteuse, dont l'objet est déterminé, mais qui est soumise à la décision des tribunaux, ne peut être regardée comme liquide, parce que son existence n'est pas certaine; à plus forte raison une créance conditionnelle.

370. Une dette d'ailleurs certaine, mais dont la quotité dépend d'un réglement, ou d'une estimation, n'est pas liquide dans le sens de la loi (1). La quotité ou le *quantùm* n'en est ni certaine, ni connue. Par exemple, la créance d'un avoué, qui a occupé pour moi, est certaine; il est constant qu'il lui est

(1) C'est ce qui résulte de l'art. 1291; voyez *suprà*.

dû ; mais la quotité ou le *quantùm* de sa créance ne sera liquide que par le réglement que doit en faire le président du tribunal.

La créance des dommages et intérêts, que j'ai été condamné de payer *à dire d'experts*, est constante; mais elle ne devient liquide que par l'estimation des experts : c'est alors seulement que l'on connaît à quelle somme elle s'élève, *quantùm debeatur*, et c'est aussi seulement alors que la compensation légale peut s'opérer de plein droit, entre cette dette et une autre dette certaine et liquide.

371. Mais il ne suffit pas de soutenir qu'une dette n'est pas liquide pour empêcher l'effet de la compensation ; et quand Pothier dit qu'une dette contestée n'est pas liquide, cela ne doit s'entendre que d'une contestation fondée sur des motifs raisonnables, qui rendent la dette vraiment douteuse ; autrement la chicane ne manquerait jamais d'éluder la compensation par des contestations sans fondement. C'est à la sagacité du magistrat de discerner si la dette offerte en compensation est liquide ou non, et si la compensation légale doit être admise ou rejettée (1).

(1) *Liquidi ad non liquidum an compensatio fiat, vel non fiat, officio judicis definitur*, dit la glose, sur la loi dernière, cod. *de compens.*, 4, 31 ; Menoch., *de arbitr. judic.*, cent. 1, cas. 14.

Si la contestation élevée (1) sur le point de savoir si l'une des dettes est ou n'est pas liquide, ne se trouve ni compliquée, ni d'une longue discussion, nul doute que le juge doit la décider de suite, et si la contestation n'était pas fondée, prononcer que la compensation s'est opérée nonobstant la contestation, ou qu'elle ne s'est pas opérée, et qu'elle ne doit pas être admise.

Mais si cette contestation se trouve d'une longue discussion, *multis ambagibus innodata*, le juge doit-il retarder le jugement au préjudice du créancier dont la dette est liquide, ou bien doit-il condamner de la payer de suite, sauf à faire droit par un jugement séparé sur la compensation demandée? Nous examinerons

(1) 359. « Si la créance de l'un lui est adjugée, ou qu'autrement » elle soit claire et liquide, tandis que celle de l'autre est contestée » par la partie adverse, la compensation n'a lieu qu'autant que la » créance contestée peut, d'après les règles de la procédure, être » rendue liquide sans aucun délai ».

360. « Si cela ne peut se faire, le débiteur de la dette liquide doit » la payer, et il ne peut être admis à consigner son paiement, sous » prétexte du peu de solvabilité de sa partie adverse, que dans les » cas spécifiés en la sect. 1, § 4, *de la consignation* ».

361. « Mais, si la créance contestée devient claire et liquide dans » la suite, ce qui est prescrit relativement à l'époque où la compen- » sation s'opère, et où la créance de l'autre partie s'éteint en consé- » quence, reçoit son application ».

Code prussien, sect. de la compensation, tom. 1, 2.e part., p. 141.

L'application de ce dernier article peut devenir très-intéressante, relativement à la cessation des intérêts et à la prescription.

cette question ci-après, en parlant de la reconvention.

372. 3.° Pour que deux dettes puissent être compensées de plein droit, il faut qu'elles soient également exigibles (1291). *Quod in diem debetur, non compensabitur antequàm dies veniat. L. 7, ff de compens.*

La compensation est un paiement réciproque. Or, le débiteur n'est point tenu de payer avant le terme fixé par la convention, suivant la maxime *qui a terme ne doit rien.* Il ne peut donc être forcé d'admettre la compensation d'une dette à terme avec une créance naturellement exigible.

373. Mais le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation (1292). Si donc mon débiteur, en vertu de l'art. 1244, a obtenu un terme ou un délai de trois mois pour me payer 1,000 fr. que je lui aiprêtés, je pourrai néanmoins lui opposer la compensation d'une pareille somme de 1,000 fr. dont je suis devenu son débiteur, le lendemain du jugement; car, s'il a obtenu un délai par la considération qu'il était dans l'impuissance de me payer, cette impuissance cesse au moment où je deviens son débiteur. *Aliud est diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratiâ tempus indulgeri solutionis. L. 16, § 1, ff de compens.*

Ceci peut encore s'appliquer aux colons de

Saint-Domingue, à qui différens décrets ont accordé des délais jusqu'à l'expiration desquels ils ne peuvent être poursuivis.

374. Celui dont la créance est soumise à une condition suspensive, ne peut compenser cette créance conditionnelle avec ses dettes pures et simples; car, loin qu'elle soit exigible, il est incertain si elle existera; son existence est seulement espérée, *spes est debitum iri.*

Au contraire, celui dont la créance est soumise à une condition résolutoire, peut la compenser avec ses dettes non conditionnelles, puisqu'il a droit d'en exiger le paiement nonobstant la condition qui y est opposée.

375. 4.° Pour opérer la compensation légale, il faut que les créances et les dettes à compenser soient personnelle à celui qui oppose, ou à qui est opposée la compensation; *ejus quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest (l. 9, cod. de compens, 4, 31);* comme aussi il est nécessaire que la dette opposée en compensation soit personnelle à celui à qui on l'oppose : sans ces conditions, les deux qualités de créancier et de débiteur ne se trouvent point réunies dans les mêmes personnes; et c'est le concours de ces deux qualités qui peut seul opérer de plein droit la compensation des deux dettes, jusqu'à due concurrence.

La compensation de ce que je dois à mon créancier personnel ne peut donc se faire de plein droit avec ce qu'il doit à mes enfans, aux mineurs dont je suis le tuteur, à ceux dont j'administre les biens, et dont je suis l'agent ou le mandataire, à ma femme, séparée de biens, ou dont les créances sont exclues de la communauté : mais je puis opposer la compensation de ce qui était dû à celui qui m'a cédé ses droits; car, par la cession, je suis devenu propriétaire de sa créance (1).

Je ne puis aussi opposer en compensation à mon créancier personnel, ce que me doivent son père, ses enfans, ceux dont il est l'agent ou le mandataire, sa femme séparée de biens, ou dont les dettes sont exclues de la communauté, par une clause de séparation de dettes, pourvu qu'en ce dernier cas, il justifie, par un inventaire, qu'il ne lui reste entre les mains aucuns deniers, aucuns meubles appartenans à sa femme; autrement il serait tenu des dettes de cette dernière, sur tous les biens

(1) L. 18, ff *de compens.*, 16, 2. Papinien, dans le § 1 de cette loi, décide que mon créancier n'est pas obligé d'accepter la compensation de ce qu'il doit à un autre que moi, quoique son créancier consente à la compensation. Barbeirac, sur Puffendorff, Droit de la nature et des gens, liv. 5, ch. 11, § 5, note 3, observe avec raison que c'est pousser trop loin la subtilité. Car, au fond, c'est la même chose que si le créancier avait cédé sa créance au débiteur qui l'oppose en compensation. Voyez aussi Pothier, n.° 594.

de la communauté (1510), et obligé d'en souffrir la compensation.

De même si, en qualité de tuteur, d'administrateur, préposé, agent ou mandataire, Titius me demande ce que je dois aux personnes dont il exerce les droits, je ne pourrai lui opposer en compensation que ce qui m'est dû par les personnes au nom desquelles il agit, et non ce qu'il me doit personnellement.

376. Par exception aux principes que nous venons d'établir, la caution ou le fidéjusseur peut, indépendamment de ses droits personnels, opposer la compensation de tout ce que le créancier doit au débiteur principal (1294). (*L. 5, ff de compens*). Car, il est de la nature du cautionnement que le fidéjusseur puisse opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal (2036) (1).

(1) *Quid*, si la caution s'est obligée solidairement avec le débiteur principal? L'art. 2021 dit qu'en ce cas, l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. Or, l'art. 1294 porte que le *débiteur solidaire* ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. D'où il semble qu'on devrait rigoureusement conclure que le fidéjusseur qui est obligé solidairement, ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. Nous ne pensons pas que tel soit l'esprit du Code, et il nous paraît, au contraire, qu'il faut modifier, par l'art. 2036, qui accorde à la caution toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, la rédaction trop générale de l'art. 2021, qu'il sera à propos de corriger, lors de la revision du Code, ou plutôt, il faudra changer la disposition finale de l'art. 1294, comme nous l'observons dans le texte, n.° 377.

Mais le débiteur principal ne peut oppos
la compensation de ce que le créancier d
à la caution (1294).

377. Il n'est pas douteux que le débite
solidaire, quoiqu'il ne doive de son chef qu'u
tiers, par exemple, de la dette commune, pe
opposer la compensation de ce qu'il doit av
la totalité de la créance, pour le paiement
laquelle il est poursuivi.

Mais il ne peut, suivant la disposition fina
de l'art. 1294, opposer la compensation *de*
que le créancier doit à son codébiteur. Cette di
position paraît conforme à l'opinion de Pap
nien, dans la loi 10, ff *de duobus reis*, 45, 2
et au principe général que les exceptions pe
sonnelles à quelques-uns des coobligés sol
daires, comme minorité ou changement d'éta
n'empêchent point l'effet de la solidarité à l'égar
des autres; car ces exceptions et ces chang
mens n'éteignent point la dette, et chaque d
biteur la doit toute entière. Mais le savant
judicieux Domat (*part. 1, liv. 3, tit. 3, sect.*
n.° 8) a fort bien observé que si un des déb
teurs solidaires avait une exception personnel
qui éteignît la dette pour sa portion, cette ex
ception servirait aux autres *pour cette portion*
qu'ainsi, par exemple, si un des débiteurs s
trouvait de son chef créancier du créancie
commun, ses coobligés pourraient demand

la compensation, jusqu'à la concurrence *de cette portion ;* mais que, pour le surplus de ce qui serait dû par leur créancier à ce coobligé, ils ne pourraient en demander la compensation, à moins qu'ils n'eussent, d'ailleurs, le droit de ce coobligé.

Il ajoute en note que c'est en ce sens qu'il faut entendre la loi 10, ff *de duobus reis.* Car, dit-il, il ne serait pas juste de contraindre un des obligés à payer la portion de celui qui a une compensation à faire avec le créancier, puisque, si cette compensation ne se faisait point, et que le débiteur qui pouvait la faire de son chef se trouvât insolvable, ceux qui auraient payé pour lui seraient sans ressources, pour avoir payé ce qu'il ne devait pas.

Pothier, n.° 274, quoiqu'il pense que l'opinion de Papinien soit plus conforme à la subtilité du droit, *apicibus juris*, se range néanmoins à l'opinion de Domat, comme plus équitable. Or, on sait que Pothier a été le principal guide des rédacteurs du Code. Nous pensons donc, comme nous l'avons déjà dit, tom 6, n.° 733, que c'est dans le sens de Domat et de Pothier qu'il faut entendre la disposition finale de l'art 1294, qui porte que « le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation *de ce que le créancier doit à son débiteur*, et qu'il faudra dans la revision du Code, y ajouter ces

mots, *si ce n'est pour la portion de ce débiteur*

Supposons que Primus, Secundus et Tertius me doivent solidairement 3,000 fr.; cette dette quoique contractée solidairement envers moi se divise de plein droit entre eux. Ils n'en sont tenus chacun que pour leur part et portion (1213). Si Primus devient mon créancier d'une somme de 1,000 fr., sa portion est éteinte par la seule force de la loi, dès l'instant où les deux dettes se sont trouvées exister à la fois (1290). Je ne puis donc plus lui demander que les 2,000 f.; et si ma créance produisait des intérêts, ils ont cessé de courir de plein droit pour les 1,000 fr. éteints par compensation, et du jour où elle s'est opérée. Je ne puis plus demander à Primus que le capital restant de 2,000 fr., avec les intérêts de ce capital. Si pour éviter une compensation si évidemment équitable, je m'adresse à Secundus, pour lui demander la somme entière de 3,000 fr., je fais une injustice. On ne peut lui refuser le droit, non pas de m'opposer la compensation de *ce que je dois à Primus*, c'est-à-dire de 1,000 f. mais que ma créance est réduite à 2,000 fr. par l'effet de la compensation qui s'est opérée entre Primus et moi.

Si, s'attachant trop littéralement aux mots, je lui objecte que l'art. 1294 lui défend de m'opposer la compensation *de ce que je dois à Primus*, son codébiteur, il me répliquera avec

raison qu'il ne m'oppose point la compensation des 2,000 fr., à laquelle est réduite ma dette envers Primus ; mais que je ne puis, moi, lui demander les 1,000 fr. dus par Primus, puisque cette portion de la dette commune est éteinte par compensation, et qu'en persistant à la demander, je fais une injustice. Ainsi, l'art 1294 bien entendu n'a rien de contraire à l'opinion de Domat et de Pothier. Il en résulte seulement que Secundus ne peut m'opposer la compensation *de ce que je dois* à Primus, c'est-à-dire, de la somme de 2,000 fr., à laquelle ma dette est réduite.

Néanmoins, pour rendre cet article plus clair, il sera bon, lors de la revision du Code, d'en corriger la rédaction, et de dire : « Le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur, *si ce n'est pour la portion de ce débiteur* ».

378. Une société est une personne morale, différente de la personne naturelle de chaque associé individuellement. Les créances de la société ne peuvent donc être compensées avec les dettes de chaque associé, lorsque ces dettes n'ont point été contractées pour le compte de la société, mais pour son compte particulier, *et vice versâ*.

379. La compensation peut être opposée à l'état, c'est-à-dire, au fisc ou au trésor public,

pourvu néanmoins que les deux dettes qu'il s'agit de compenser dépendent l'une et l'autre de la même régie, du même bureau (1). Les créances sur une caisse de l'état ne peuvent jamais entrer en compensation avec des paiemens dont on est comptable à une autre. Chaque caisse est comme une personne distincte.

380. L'héritier représente la personne du défunt. Il est, au moment même de l'ouverture de la succession, saisi de plein droit de tous ses droits actifs et passifs, qui se trouvent alors confondus en sa personne, pour la totalité, s'il est seul héritier, pour sa part virile, s'il y en a plusieurs. La compensation de ce qui est dû au défunt ou pour le défunt avec ce qui est dû par l'héritier ou à l'héritier, s'opère donc de plein droit à l'instant de la mort, époque à laquelle remonte toujours l'adition d'hérédité.

Mais, quoique celui qui accepte sous bénéfice d'inventaire soit aussi réellement héritier que l'héritier pur et simple, cependant, comme il ne confond point ses biens personnels avec ceux de la succession, et qu'il conserve contre elle le droit de réclamer le paiement de ses

(1) *Et senatus censuit, et sæpè rescriptum est, compensationi in causâ fiscali, ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat quæ petit.* L. 1, *cod. de compens.*, 4, 31.

In eâ, quæ reipublicæ te debere fateris, compensari ea quæ invicem ab eâdem tibi debeatur, is cujus de eâ re notio est, jubebit. L. 3, *eod.*

créances (802), la compensation de ses dettes ou de ses créances personnelles, avec les créances ou les dettes des créanciers ou débiteurs de la succession, ne peut s'opérer de plein droit. Mais cette disposition, qui empêche la confusion des droits de l'héritier bénéficiaire avec ceux de la succession, n'est établie qu'en sa faveur : il peut y renoncer et demander la compensation, qui ne pourrait lui être opposée.

Ainsi, l'héritier bénéficiaire, créancier personnel d'un créancier de la succession, peut exiger son paiement de ce créancier, sauf à ce dernier à former son opposition pour la conservation de ses droits dans le bénéfice ; mais l'héritier peut opposer la compensation de son crédit personnel avec ce qui est dû à son débiteur par la succession. Cette compensation procure même un avantage à ce débiteur, en lui ôtant l'embarras des poursuites qu'il serait tenu de faire, et dont l'issue est incertaine. C'est alors une compensation facultative opposée par l'héritier, qui se trouve, à ce moyen, subrogé de plein droit dans les droits de son débiteur, vers la succession (1251, n.° 4).

Je dois 3,000 fr. à Caius, qui me les demande ; il doit lui-même 3,000 fr. à la succession de mon père, dont je suis héritier sous

bénéfice d'inventaire; je puis lui opposer la compensation de cette somme, puisque je puis le contraindre à la payer; je deviens alors débiteur de la succession, comme il l'était lui-même.

Mais le débiteur d'une succession bénéficiaire peut-il compenser ce qu'il doit avec ce qui lui est dû, lorsque la compensation ne s'est point opérée avant l'ouverture de la succession? Je devais au défunt 3,000 fr. exigibles; il me devait 3,000 fr. payables dans un mois, ou sous une condition suspensive, accomplie seulement depuis son décès; l'héritier me demande les 3,000 fr. que je dois à la succession : puis-je lui opposer la compensation des 3,000 fr. qu'elle me doit?

Il faut distinguer : s'il y avait des créanciers opposans, je ne pourrais pas forcer l'héritier à la compensation; je serais obligé de payer, sauf à me faire payer moi-même de la manière réglée par le juge (808). S'il n'y avait point de créanciers opposans, je pourrais contraindre l'héritier à compenser ma dette avec ma créance, parce qu'il est obligé de payer les créanciers à mesure qu'ils se présentent (art. 808); et les créanciers qui se feraient connaître depuis que j'ai opposé la compensation, ne pourraient pas plus l'empêcher,

qu'ils ne pourraient me faire rapporter tout ou partie du paiement que j'aurais effectivement reçu; car la compensation est un paiement. (*V. ce que nous avons dit tom. 4, n.° 366*). Si l'héritier tardait à me demander les 3,000 fr. que je dois à la succession, comme j'ai un grand intérêt d'opposer la compensation avant que les autres créanciers se soient fait connaître, je pourrais l'assigner pour demander que la compensation fût prononcée.

Cette distinction est également applicable à l'espèce converse. Le défunt me devait 3,000 f. exigibles; je lui devais 3,000 fr. payables dans un mois, ou sous une condition suspensive accomplie depuis son décès; l'héritier bénéficiaire me demande cette somme: je pourrai la compenser avec les 3,000 f. qui me sont dus, s'il n'y a point de créanciers opposans; s'il y en a, je ne pourrai demander la compensation.

La même distinction est encore applicable à l'héritier bénéficiaire créancier et débiteur de la succession, mais à une condition qu'il est bon d'indiquer : je suis héritier bénéficiaire de mon oncle, qui me devait 3,000 fr. exigibles, et à qui je devais aussi 3,000 fr., mais payables dans un mois, ou sous une condition suspensive accomplie depuis son décès. S'il n'y a point de créanciers opposans, je puis demander la compensation de ces deux sommes;

mais comme elle ne peut s'opérer de plein droit, je dois la demander, en dirigeant ma demande contre mes cohéritiers, et si je suis seul héritier, contre un curateur au bénéfice d'inventaire, nommé dans la même forme que le curateur à la succession vacante. (*V. tom. 4, n.° 339, p. 351*). Si je négligeais d'exercer mes droits, et de faire nommer un curateur pour demander la compensation, je ne pourrais la demander aux créanciers qui se présenteraient dans la suite. Ils seraient payés en concurrence avec moi, par contribution, au marc le franc, en cas que les biens de la succession fussent insuffisans pour payer toutes les dettes.

Dans l'espèce converse, je devais à mon oncle 3,000 fr. exigibles; il me devait 3,000 fr. exigibles dans un mois, ou sous une condition accomplie depuis son décès. Je puis demander la compensation à mes cohéritiers, ou faire nommer un curateur pour la lui demander.

Ce que nous venons de dire sur la compensation en bénéfice d'inventaire, doit servir d'explication nécessaire à ce que nous avons dit tom. 4, n.° 377, où les principes de cette matière ne sont pas suffisamment développés.

381. Ceci nous conduit naturellement aux

principes de la compensation en cas de faillite : car, en prenant la succession sous bénéfice d'inventaire, l'héritier la déclare en quelque sorte en faillite. La compensation opérée, même à son insu, en faveur de celui qui est en même tems créancier et débiteur du failli, conserve tout son effet après la faillite; nul doute sur ce point.

Mais la compensation n'est point admise en faveur de celui qui étant créancier ou débiteur du failli, avant l'ouverture de la faillite, est devenu depuis son débiteur ou son créancier de quelque manière que ce soit. Car, cette compensation porterait préjudice aux droits acquis par les autres créanciers; ce que ne permettent ni l'équité, ni la loi (1298). Il doit donc payer ce qu'il doit, sauf à se faire colloquer au marc le franc, dans la contribution avec les autres créanciers de la faillite.

Néanmoins, la compensation pourrait s'opérer depuis la faillite, si, avant son ouverture, le failli était convenu, sans fraude et par un acte dont la date serait assurée, qu'une créance ou une dette exigible serait compensée avec une dette non encore exigible ou conditionnelle, au moment de son échéance ou de l'accomplissement de la condition, parce qu'alors le droit de compenser serait acquis antérieurement à la faillite.

Par exemple, il est reconnu dans un bail que le fermier ou locataire a avancé au propriétaire une somme de 3,000 fr., dont il aura reprise par compensation, sur le prix de la dernière année de ses fermages ou loyers : la compensation s'opérera après la faillite du propriétaire.

Bien plus : si le fermier ou locataire avait fait des réparations nécessaires ou des améliorations, la faillite du propriétaire ne l'empêcherait point d'en retenir le prix par compensation, sur ses fermages ou loyers; car, la masse des créanciers n'a pas d'autres droits que ceux du failli, dont ils sont les ayans-cause; ils ne peuvent s'enrichir aux dépens de celui qui a augmenté la valeur de leur gage.

Mais le fermier, créancier du propriétaire, ne pourrait, sans une convention antérieure à la faillite, compenser sa créance, ni avec les fermages échus postérieurement à la faillite, ni avec les détériorations qu'il aurait faites.

382. Le Code, qui a voulu que la compensation ait lieu quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre des dettes, lorsqu'elles sont d ailleurs également liquides et exigibles, a néanmoins excepté plusieurs cas où elle n'est point admise (1293). Ces cas sont :

1.° La demande en restitution d'une chose

fongible, dont le propriétaire a été injustement dépouillé.

Caius me doit une somme de 1,200 fr. J'entre chez lui et j'y trouve un sac de pareille somme. Je m'en saisis à son insu ou contre son gré. Il me la redemande en justice : je réponds qu'il me devait cette somme en vertu d'un billet authentique que je représente, et dont je demande la compensation. Mon exception doit être rejetée, quand même je prouverais que la restitution de la somme m'expose à une perte évidente, par l'insolvabilité de Caius et la saisie de tous ses biens, survenue pendant la litispendance.

Cette disposition est une juste conséquence de l'une des premières lois de l'état civil, où personne ne peut se rendre justice à soi-même; il faut, pour l'obtenir, s'adresser aux magistrats, chargés de la rendre à tous : c'est par leur autorité seule que nous devons être autorisés à nous ressaisir des choses même qui nous appartiennent, lorsque celui qui les possède refuse de nous les rendre volontairement.

383. 2.° La seconde exception est relative à la demande en restitution d'un dépôt, *et du prêt à usage.*

On s'est étonné de la disposition qui exclut de la compensation *le prêt à usage*, dont l'objet consiste presque toujours en choses qui

ne se consomment point par l'usage, et qui, par leur nature, ne sont point susceptibles de compensation. Mais on n'a pas fait attention que les choses fongibles peuvent être et sont en effet quelquefois l'objet d'un prêt à usage, lorsque l'usage pour lequel elles sont prêtées n'en opère point la consommation. Les lois romaines le décident expressément : *non potest commodari id quod usu consumitur, nisi fortè ad pompam et ostentationem quis accipiat. L. 3, § 6, ff commod., 13, 6.*

Pothier *(Traité du prêt à usage, n.° 17)*, en donne pour exemple ce qu'ont coutume de faire certains receveurs, qui empruntent des sacs d'argent, lorsqu'ils savent qu'on doit visiter leur caisse, afin qu'elle paraisse remplie, et qui rendent les mêmes sacs aussitôt que la visite a été faite.

On peut encore donner pour exemple le cas où un officier ministériel, chargé de faire des offres réelles qu'il sait devoir être refusées, emprunte une somme pour réaliser les offres, et la rendre après le refus.

C'est à ces cas, et autres semblables, que s'applique notre disposition.

M. Delvincourt *(tom. 2, p. 367, note 10, et p. 714, note 7)* pense, au contraire, qu'elle ne peut s'appliquer qu'au cas où la chose prêtée ayant péri par la faute du commodataire ou de

l'emprunteur, il est obligé d'en rendre la valeur en argent. Cependant, cette disposition ne parle que de la demande *en restitution du prêt à usage*, et non de la demande en dommages et intérêts contre l'emprunteur qui a laissé périr la chose prêtée, ce qui est tout différent. M. Delvincourt l'a fort bien vu : aussi ne s'est-il déterminé à faire à cette dernière demande l'application de l'art. 1293, n.° 2, que par la nécessité où il croyait être de donner un sens à cette disposition. Il pensait « *qu'en l'appliquant au cas où la chose existe, ce serait faire dire au législateur une absurdité, ou au moins une inutilité, puisqu'en supposant même que cet article n'existe pas, la compensation ne pourrait davantage avoir lieu à l'égard du corps certain, qui est nécessairement l'objet du commodat. Cet article ne peut donc*, ajoute-t-il, *être entendu que du cas où la chose n'existant plus, le prix en est dû par le commodataire* ».

Dès lors que les choses fongibles et même l'argent peuvent être, comme nous l'avons prouvé, l'objet d'un prêt à usage, lorsque ce prêt est fait *ad pompam et ostentationem*, il n'est plus nécessaire, pour donner un sens à l'art. 1293, n.° 2, d'en forcer les termes, pour l'appliquer au cas où la chose prêtée ayant péri, l'emprunteur est tenu d'en rendre la valeur. Dans ce cas, comme l'enseigne fort bien

Pothier (*Traité du prêt, n.° 44*), l'obligation de l'emprunteur est convertie en une dette de dommages et intérêts liquidés à une somme d'argent, et susceptible de compensation, de même que les autres dettes de sommes d'argent (1).

384. L'art. 1885 exclut même la compensation à l'égard des corps certains, qui n'en sont pas susceptibles par leur nature. Il porte : *L'emprunteur ne peut pas retenir la chose, par compensation de ce que le prêteur lui doit.*

M. Delvincourt a fort bien observé qu'il y a ici un vice de rédaction, puisque la compensation ne peut avoir lieu qu'à l'égard des créances de choses fongibles ; mais l'emprunteur, sous le prétexte que le prêteur lui doit d'ailleurs une somme liquide, peut-il, jusqu'à ce qu'il soit payé, se refuser à la restitution de la chose prêtée, et la retenir comme une sorte de gage, quoiqu'elle ne lui ait été confiée qu'à titre de prêt ? C'est cette question que résout négativement l'art. 1885, dont la disposition est tirée de la loi dernière, *cod. commod.*, 4, 23. *Prætextu debiti, restitutio commodati non probabiliter recusatur.* Il faudra donc corriger la rédaction

(1) C'est aussi ce que décide le Code prussien, 1.re part., tit. 16, sect. 6 de la compensation, n.° 363. « La valeur remboursable de la » chose prêtée peut se compenser avec d'autres créances », lorsque l'emprunteur est dans l'impossibilité de la rendre en nature.

et dire : L'emprunteur ne peut pas retenir la chose prêtée, *sous le prétexte* que le prêteur lui doit, ou en gage de ce que le prêteur lui doit

Cette retention serait contraire à la bonne foi. Elle n'est autorisée qu'à l'égard des impenses que l'emprunteur a faites pour la conservation de la chose prêtée. *L. 15, § ult., et l. 59, ff de furt., 47, 2; Pothier, du contrat de prêt, n.os 43 et 80; Vinnius, Quæst select., lib. 1, cap. 5.*

Voët *(in tit. commod., n.° 10)* combat cette retention, et prétend que la loi dernière, *cod. commod.*, a dérogé aux lois contraires qu'on trouve dans le digeste, parce qu'il a paru dur de priver le prêteur de l'usage de la chose prêtée, sous le prétexte d'impenses faites pour sa conservation.

385. L'exception relative à la restitution d'un dépôt, à laquelle on ne peut opposer aucune compensation, est aussi tirée du droit romain (1). Le dépôt est un acte de confiance, quelquefois de nécessité. Il a paru contraire à la bonne foi d'autoriser le dépositaire à refuser

(1) *Exceptâ depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi sacre iniquum esse credimus; ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quisquis ex actione defraudetur.* § 30, inst. *de action.*

ou à retarder la remise du dépôt sous le prétexte d'une compensation. Si les choses déposées étaient ou des corps certains, ou des sacs d'argent cachetés et étiquetés, il serait inutile d'en défendre la compensation, puisque les corps certains n'en sont pas susceptibles. Pothier en conclut que cette défense doit s'entendre du dépôt irrégulier dont parlent les lois 24, 25, § 1, ff *deposit.*, 16, 3, lorsqu'on donne en garde à quelqu'un une somme d'argent pour rendre non précisément les mêmes espèces, mais la même somme. Vous avez remis ou déposé chez moi une somme de 3,000 fr., sans qu'il soit dit en quelle espèce. Je me suis obligé de vous les rendre à votre première réquisition.

Je trouve dans la succession de mon père, dont je suis seul héritier, un billet exigible par lequel vous reconnaissez lui devoir 3,000 f. avec intérêt à cinq pour cent. Six mois après la mort de mon père, vous me demandez les 3,000 fr. que vous avez déposés chez moi. Je vous réponds que vous êtes payé d'avance puisque vous me devez 3,000 fr., avec les intérêts depuis la mort de mon père. Vous me répliquez, avec l'art. 1293, que la compensation n'a pas lieu dans le cas de la demande en restitution d'un dépôt; qu'ainsi, avant d'examiner si réellement vous me devez les 3,000 f.

du billet, je dois être condamné de vous rendre les 3,000 fr. déposés.

Vice versâ, je vous demande les 3,000 fr. que vous deviez à mon père, avec les intérêts depuis sa mort. Vous me répondez que vous êtes quitte envers moi, et que les intérêts ont cessé, puisque j'ai à vous une somme de 3,000 fr., long-tems avant la mort de mon père. Je réplique que la compensation n'a point lieu dans le cas du dépôt; qu'ainsi, les intérêts n'ont cessé de courir que du jour où vous avez déclaré vouloir compenser la somme déposée avec celle que vous me devez (1).

Si le dépositaire s'était mis par sa faute dans l'impossibilité de rendre la chose déposée en nature, l'action en restitution du dépôt se convertirait en action de dommages et intérêts, et la valeur de ces dommages et intérêts une fois fixée, pourrait être compensée avec d'autres créances (2), comme nous l'avons dit à l'égard du prêt à usage.

Lorsque le dépositaire a fait des impenses

(1) Cela est conforme à la loi. Mais cette loi est-elle bien juste ?

(2) Le Code prussien, sect. de la compensation, n.° 364, contient une disposition contraire; et cette disposition est fondée en raison, et conforme à l'opinion de Brunneman, sur la loi *ult., cod. de compens.*, 4, 31. ***Si dolo debita res perierit et ità agatur ad æstimationem, non tamen locum habebit compensatio, tum ob fidem quæ hîc exuberat, tùm ne depositarius suo dolo, vel lata culpa, sibi jus compensandi acquirat.*** Brunneman, n.° 10.

pour la conservation de la chose déposée, il peut la retenir, par droit de retention, *quasi jure pignoris*, jusqu'à ce qu'il soit remboursé. *Pothier, n.° 589; v. contrà Voët, in tit. de compens., n.° 15.*

386. L'art. 1293 du Code fait une troisième exception à la compensation, dans le cas *d'une dette qui a pour cause des alimens déclarés insaisissables.*

Cette exception, proposée par les docteurs, et adoptée par Pothier, n.° 589, est fondée sur ce que le débiteur de la pension alimentaire ne doit pas être de meilleure condition que les autres créanciers de celui à qui la pension est due.

Mais si le débiteur de la pension ne peut opposer la compensation, ne peut-il pas du moins alléguer pour exception que la créance qu'il oppose a été employée au soutien de la personne qui a droit aux alimens? L'affirmative n'est pas douteuse, s'il s'agit des termes arriérés de la pension : ce serait alors un à-compte qui a été payé. Mais on peut douter (1) que cette exception fût admise, s'il s'agissait de paiemens faits d'avance, avant l'échéance des termes; car, si ces paiemens pouvaient être opposés par exception, il en

(1) Le Code prussien, section de la compensation, n.° 367, rejette cette exception.

résulterait qu'on pourrait faire consommer d'avance à la personne les sommes destinées à sa subsistance, pendant le tems qui s'écoule d'un terme à l'autre, et la laisser ainsi sans secours pour l'avenir. La décision pourrait dépendre des circonstances et des termes de l'acte constitutif de la pension alimentaire.

387. Après avoir examiné dans quels cas a lieu la compensation légale, il faut voir quels en sont les effets. Nous avons dit qu'elle s'opère de plein droit, à l'insu même des débiteurs, du jour où les parties sont devenues réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre.

Il en résulte, 1.° que si l'une des créances produisait des intérêts, ils cessent de courir de plein droit, *ipso jure*, quoique l'autre créance n'en produise point. *(L. 21, ff de compens., 16, 2; l. 4, cod. eod., 4, 31)*. Mais comme les intérêts doivent être acquittés avant le capital, on les y réunit, et on compense le tout jusqu'à due concurrence, avec le capital dont l'autre partie est débitrice. S'il reste quelque chose du capital, qui produisait des intérêts, il continue d'en produire pour le résidu.

Car la règle que le créancier ne peut être forcé de recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible (1244), ne s'applique

point au paiement qui se fait par compensation.

De ce que la compensation fait cesser les intérêts de plein droit, il s'ensuit qu'entre personnes qui se doivent réciproquement, comme entre un tuteur et son mineur, entre cohéritiers, associés et autres, s'il y a des sommes qui produisent des intérêts, les comptes et les calculs doivent se faire année par année, et de sorte qu'on fasse les compensations et les déductions dans les tems où les sommes se trouvent concourir pour les compenser, afin que les intérêts courent ou cessent de courir, selon les changemens que les compensations et les déductions peuvent y apporter. *L. 4, cod. de compens., 4, 31; l. 7, cod. de solut., 8, 43; Domat, tit. de la compensation, n.° 5.*

388. 2.° Du principe que la compensation s'opère de plein droit, comme s'il y avait eu un paiement effectif et réciproque, il résulte que si l'on a omis d'opposer la compensation, on peut néanmoins l'opposer à l'exécution du jugement même rendu en dernier ressort, qui condamne à payer la dette compensée, comme on peut opposer une quittance oubliée ou retrouvée à l'exécution d'un jugement qui condamne à payer une dette acquittée. *Eum qui judicati convenitur compensationem sibi debitæ*

pecuniæ, implorare posse nemini dubium est. L. 2, cod de compens., 4, 31.

389. 3.° Il résulte que si, à l'époque de l'instance formée au sujet d'une dette, la créance qu'on oppose se trouve prescrite, la compensation n'en a pas moins produit son effet, pourvu qu'à l'époque où la dette était payable la prescription ne fût pas consommée.

390. 4.° Il résulte que si, nonobstant la compensation qui a éteint de plein droit nos créances respectives, j'ai par erreur acquitté une dette compensée, je puis répéter, comme n'étant pas due, la somme que j'ai payée. C'est ce que décide la loi 10, § 1, ff *de compens.*, 16, 2. *Si quis compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto ;* ce qui est conforme aux principes du Code (1376).

391. 5.° La dette étant, *ipso jure,* éteinte par la compensation, les priviléges et hypothèques qui en étaient l'accessoire, sont également éteints du jour de l'extinction de l'obligation principale ; d'où résulte que si j'ai payé une dette éteinte par la compensation, je ne puis plus, en réclamant la créance dont je n'ai point opposé la compensation, me prévaloir au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés (1299). Car une obligation ou une action éteinte ne peut

plus revivre : *obligatio semel extincta non reviviscit ;* à moins qu'un puissant motif d'équité ne force à venir au secours du créancier : *nisi justa causa subsit ex quâ æquitas subveniat.*

Ce motif existe, si celui qui a payé une dette avait une juste cause d'ignorer la créance qui avait éteint cette dette par la compensation. C'est aussi l'exception que fait l'art. 1299, au principe que la dette éteinte par compensation, ni les priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, ne peuvent revivre au préjudice des tiers. Je vous dois 10,000 fr. que vous m'aviez prêtés. D'un autre côté, vous deviez pareille somme à mon père, mort en Amérique, qui vous avait vendu le fonds cornelien. Dès le moment de sa mort, cette créance s'est, *à notre insu* (1290), compensée avec les 10,000 f. que vous m'aviez prêtés, et dès ce moment aussi s'est éteint le privilége que j'avais sur le fonds cornelien, comme seul héritier de mon père vendeur. Mais, ignorant son décès, je vous paie, le 1.er février, les 10,000 fr que je vous devais. J'apprends dans la suite que mon père était mort dès le 15 janvier précédent, et je vous demande les 10,000 fr. que vous deviez ; mais il se trouve que vous êtes insolvable, et que vous avez hypothéqué le fonds cornelien pour des sommes supérieures à sa valeur. Je prétends ou primer les créanciers inscrits, en

vertu du privilége accordé au vendeur, ou faire résoudre la vente, faute de paiement du prix. Les créanciers objectent que ce prix n'est plus dû ; que ma créance s'est éteinte par compensation, de plein droit, à la mort de mon père ; qu'une action éteinte ne peut plus revivre, et qu'il ne me reste que la voie de répéter, *conditione indebiti*, ce que j'ai payé mal à propos. Je réponds que le principe est vrai ; mais que je suis dans le cas de l'exception, et que la loi, d'accord avec l'équité, fait revivre mon privilége ou mon action, en faveur de l'ignorance où j'étais, lorsque je vous ai payé. J'avais une juste cause d'ignorer la créance, qui s'était compensée avec ma dette.

J'étais dans l'impossibilité de connaître cette créance, et la loi n'exige pas cette impossibilité ; elle exige seulement que, pour faire revivre son hypothèque ou son privilége, le créancier prouve, 1.° son ignorance ; 2.° que cette ignorance avait une juste cause : c'est au magistrat à juger ces deux points de fait ; s'ils sont prouvés, il est juste de faire revivre l'hypothèque ou le privilége. Car, en prononçant que les dettes respectives sont éteintes par compensation, *même à l'insu des débiteurs*, la loi a voulu les favoriser, et non leur tendre un piége que leur ignorance les empêcherait d'éviter.

Mais, hors le cas d'une ignorance prouvée et fondée sur une cause juste, la créance, éteinte par compensation, ni les priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, ne sauraient plus revivre au préjudice des tiers.

392. 6.° Du principe que la créance est éteinte de plein droit par la compensation, il en résulte qu'elle ne peut plus être cédée, si ce n'est pour ce qui reste après la compensation (1), et qu'on peut, nonobstant la cession, opposer au cessionnaire la compensation des sommes dues par le cédant, pourvu néanmoins que la dette fût antérieure à la cession, ou plutôt à la notification de la cession de transport au débiteur, ou à son acceptation; car le cessionnaire, dans les principes du Code, n'étant saisi, à l'égard des tiers, que par cette signification ou acceptation (1690), il en résulte que toute créance, acquise par le débiteur contre son créancier, avant la signification de la cession, éteint la dette de plein droit par la compensation, sauf le cas de fraude, de la même manière que si le débiteur avait acquitté la dette cédée par un paiement effectif, avant la signification ou l'acceptation du transport (1691).

Bien plus : supposons que Primus doive à Secundus une somme de 10,000 fr. exigible,

(1) Sur ce numéro et sur le suivant, voyez Voët, in tit. *de compensationibus*, n.os 4 et 5, ff 16, 2.

et que celui-ci devienne débiteur de Primus d'une même somme de 10,000 fr., exigible dans un an seulement, ou même suspendue par une condition, avec stipulation expresse que les deux sommes seront compensées à l'échéance du terme, ou lors de l'évènement de la condition. Si Secundus, après une telle convention, transporte sa créance exigible à Tertius, Primus, nonobstant la cession, pourrait opposer à Tertius la même exception qu'il pouvait opposer à Secundus, et lui faire attendre l'échéance du terme ou l'évènement de la condition, quoique, comme nous l'avons dit *suprà*, une créance à terme ou sous condition ne puisse être compensée avec une dette exigible; car Secundus n'a pu transporter des droits plus étendus que ceux qu'il avait lui-même (*L. 54, ff de R. J.*). La créance transportée, quoiqu'exigible dans l'origine, avait cessé de l'être; elle était, au moment du transport, suspendue par un terme ou par une condition. Il n'a donc pu la transporter que soumise aux mêmes exceptions auxquelles il l'avait lui-même affectée; car c'est une règle générale, que les exceptions que l'on peut opposer à celui avec lequel on a contracté, peuvent l'être à ses successeurs à titre universel ou particulier. *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.* (*L. 143, ff de R. J.*).

Secundus n'a pu, par un transport frauduleux, enlever à Primus le droit acquis de compenser sa dette de 10,000 fr. à l'échéance du terme, ou à l'évènement de la condition. *Voët, n.° 5, ubi suprà.*

7.° S'il y a plusieurs dettes susceptibles de compensation, elle se fait suivant les règles établies pour l'imputation, par l'art. 1256; c'est-à-dire sur la plus onéreuse, entre celles qui sont antérieures à la créance qu'il s'agit de compenser. *Pothier, n.° 602.*

393. Quoique la compensation se fasse de plein droit et par la seule force de la loi, le débiteur peut renoncer à l'avantage qu'elle lui procure; mais il ne peut y renoncer d'avance, et avant que le droit en soit acquis. C'est ainsi qu'on ne peut d'avance renoncer à la prescription, quoiqu'on puisse renoncer à une prescription acquise. J'ai emprunté de vous une somme de 1,200 fr., et je me suis obligé de vous la rendre dans un an, sans pouvoir vous opposer aucune compensation. Avant l'année révolue, j'hérite d'un oncle à qui vous deviez une pareille somme; je puis, malgré la clause insérée dans le billet que je vous ai consenti, vous opposer la compensation, parce que je n'ai pu renoncer à un droit qui n'était pas encore acquis.

Mais lorsque le droit est acquis, on peut

y renoncer et payer, par exemple, une dette éteinte par compensation, sans qu'on soit par ce paiement exclu du droit de poursuivre la créance qui doit entrer en compensation. On peut même y renoncer au moment même où le droit est acquis. Par exemple, vous me devez 10,000 fr. pour argent prêté; vous me vendez le fonds cornelien pareille somme de 10,000 fr., avec stipulation que cette somme ne pourra entrer en compensation avec celle de 10,000 fr. que je vous ai prêtée. Cette stipulation est valable, elle fait partie du prix de la vente.

394. Cependant, la renonciation à la compensation ne saurait préjudicier aux droits acquis à des tiers. L'art. 1299 nous en offre un exemple, dont nous avons parlé *suprà*, *n.° 591.*

L'art. 1298 en offre un second exemple. Celui qui étant débiteur est devenu créancier depuis la saisie-arrêt, faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice des saisissans, opposer la compensation.

Autre exemple : ainsi un acheteur qui a promis d'employer le prix de son acquisition au paiement de certaines dettes du vendeur, ne peut, de concert avec celui-ci, en faire

compensation avec d'autres créances qu'il aurait à répéter, si les créanciers délégués ont déclaré vouloir profiter de la délégation. *Voyez art. 1121.*

Et quand même les créanciers n'auraient pas déclaré vouloir profiter de la délégation, l'acquéreur ne pourrait, contre le gré du vendeur, opposer d'autres créances en compensation du prix de son acquêt, lorsqu'il s'est obligé d'en payer le prix aux créanciers, parce que, par cette obligation, il a renoncé tacitement à la compensation.

395. Car cette renonciation peut être tacite. Nous en trouvons un exemple dans l'art. 1295, qui porte : « Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant » ; car cette acceptation contient une renonciation tacite à la compensation.

« A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été seulement signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification (1295) ».

Ce qui précède s'applique à la compensation légale; c'est-à-dire, aux cas où la compensation s'opère de plein droit, *ipso jure*, parce qu'aucun

obstacle ne s'oppose à l'action de la loi. Il nous reste à parler de la compensation qui ne peut s'opérer sans être demandée, soit par voie de simple exception, *exceptionis ope*, soit par voie de *reconvention*.

396. Quand l'obstacle qui s'oppose à la compensation de plein droit, n'est établi qu'en faveur du demandeur, ou de la personne qu'il représente, il peut le faire cesser par un simple acte de sa volonté, par la déclaration qu'il ne veut point user du droit établi en sa faveur. Il lui suffit de manifester sa volonté par voie de *simple exception*. Dès ce moment l'action de la loi, suspendue en sa faveur, reprend toute sa force et toute son énergie; la compensation s'opère comme si l'obstacle n'avait point existé, mais du jour seulement où il a cessé d'exister. A compter de ce jour, l'effet de la compensation est irrévocablement produit, sans que celui qui pouvait l'empêcher puisse désormais changer de volonté, même du consentement de l'autre partie, en ce qui concerne l'intérêt des tiers.

397. J'avais déposé chez vous une somme de 3,500 fr.; vous héritez d'un oncle à qui je dois 3,000 fr., cautionnés par Caius, produisant intérêt, et hypothéqués sur le fonds cornelien. La compensation de ces deux sommes ne s'opère pas de plein droit : la loi en arrête

l'effet uniquement en faveur des déposans, et afin d'empêcher les dépositaires de mauvaise foi d'abuser du prétexte de la compensation, pour retarder la restitution d'un dépôt. Le déposant est donc libre de renoncer au droit établi en sa faveur. Si vous me demandez les 3,000 fr. que je devais à votre oncle, avec les intérêts jusqu'au jour du paiement, je puis faire cesser l'effet de votre demande, en vous opposant, par voie de simple exception, la compensation (1) des 3,500 fr. que vous avez en dépôt; et de ce jour cesseront de courir, *ipso jure*, les intérêts de la somme de 3,000 fr. que je devais à votre oncle, comme aussi de ce jour seront éteints, de plein droit, les hypothèques et cautionnement donnés pour sûreté de la dette.

Ces principes s'appliquent au cas des dettes privilégiées pour la restitution du prêt à usage, et pour cause d'alimens déclarés insaisissables, dont nous avons ci-devant parlé.

Ils s'appliquent au cas du bénéfice d'inventaire, qui empêche, en faveur de l'héritier, la confusion de ses droits personnels avec ceux

(1) Un célèbre professeur de Paris, M. Delvincourt, a nommé cette espèce de compensation *facultative*, nom qui lui convient parfaitement. Cependant, nous avons préféré, comme plus complète, la division de la compensation en trois espèces : compensation légale, compensation par voie de simple exception, et compensation par voie de reconvention.

de la succession. Vous me devez une somme liquide de 3,000 fr. sans intérêts; mon père, dont je suis héritier sous bénéfice d'inventaire, vous devait une somme égale, produisant des intérêts, et hypothéquée sur ses biens.

La compensation de ces deux sommes est suspendue en ma faveur. Le bénéfice d'inventaire empêche que mes droits soient confondus dans la succession de mon père; mais je puis renoncer à ce bénéfice, et si vous me demandez les 3,000 fr. que je vous dois, je puis, par voie de simple exception, vous opposer la compensation des 3,000 fr. que vous me devez. Cette exception fera cesser les intérêts, et éteindra les hypothèques *ipso jure*; mais je serai subrogé dans vos droits, comme nous l'avons dit ailleurs.

Le débiteur d'une succession bénéficiaire peut aussi, par voie d'exception, opposer la compensation de ce qu'il doit avec ce qui lui est dû, lorsqu'il n'y a point de créanciers opposans. *V. sup., n.° 380.*

400. Les mêmes principes s'appliquent encore au cas de deux dettes, d'ailleurs compensables, mais qui ne sont pas payables au même lieu. On n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise (1296). *(L. 15, ff de compens., 16, 2).* Cette compensation ne produit donc son effet

que du jour où elle est *opposée*, avec offr
d'une somme pour frais de remise. Vous m
devez une somme payable à Rennes; je vou
en dois une payable à Rome. La compensatio
de ces deux sommes ne se fait pas de plei
droit; mais si je vous demande les 1,000 fr
que vous devez payer à Rennes, vous pouve
m'opposer la compensation des 1,000 fr. qu
je vous dois à Rome, en offrant l'escompte né
cessaire pour faire passer cette somme à Rome

401. Ils s'appliquent au cas où vous m'ave
vendu six tonneaux de vin de tel crû, d
telle année, et où j'hérite de mon père, qu
vous avait vendu six tonneaux de vin, *i*
genere. Nous avons vu *sup.*, n.° 364, que la
compensation de ces deux dettes ne peut se
faire de plein droit, parce que vous ne pouve
l'obtenir malgré moi; mais je puis l'opposer
car, ne vous devant que six pièces de vin
in genere, je puis vous donner en paiement le
vin que vous me devez (*Pothier, n.° 590*).
C'est dans mon intérêt que la compensation ne
pouvait se faire de plein droit; je puis lever
cet obstacle, en renonçant au droit introdui
en ma faveur.

402. Ces mêmes principes s'appliquent en-
core au cas d'une dette alternative d'un côté,
et non de l'autre. Je vous dois une somme
de 1,000 fr., produisant intérêts. Vous héritez

d'un oncle qui m'a légué deux chevaux d'attelage ou une somme de 1,050 fr., en me laissant le choix; si je choisis les 1,050 fr., la compensation s'en fera *ipso jure*, avec la somme que je vous dois, du jour où j'aurai manifesté mon option et non auparavant. C'est de ce jour que cesseront de courir les intérêts de ma dette.

403. Ces principes s'appliquent au cas d'un tuteur ou d'un mandataire, auquel on ne peut opposer la compensation de ce qu'il doit personnellement, avec ce qui est dû à ses mineurs ou à son mandant, etc. Mais ayant qualité pour recevoir ce qui est dû à ces derniers, ils peuvent l'opposer en compensation de ce qu'ils doivent personnellement. C'est comme s'ils consentaient une quittance.

404. Enfin, ces principes reçoivent une application qui mérite d'être développée, dans le cas d'une rente perpétuelle. Le capital n'en étant point exigible, celui à qui elle est due ne peut la faire entrer en compensation avec ce qu'il doit lui-même au débiteur de cette rente. Mais celui-ci étant toujours libre de la rembourser, il peut en opposer le capital et les arrérages échus, en compensation d'une somme ~~qu'il doit au~~ qu'il en soit parle créancier de cette rente.

Vous me devez 3,150 fr. exigibles; je vous dois une rente perpétuelle de 150 fr.,

remboursable pour un capital de 3,000 fr. J
vous demande les 3,150 fr. dont vous êtes mo
débiteur. Vous ne pouvez m'opposer en com
pensation le capital de la rente que je vou
dois, parce que je ne puis être obligé de
rembourser.

Mais si vous me demandez l'année d'arré
rages qui vient d'échoir, je puis vous oppose
en compensation des 3,150 fr. que vous m
devez, le capital et les arrérages de la rent
que je vous dois, et du jour où je vous mani
feste ma volonté, la rente est éteinte de plei
droit, *ipso jure*, comme l'enseigne Dumoulin
(de contract. usur., quœst. 43, n.° 325,) parc
que la compensation n'a pas moins de forc
qu'une consignation, qui éteindrait la rente d
plein droit. Elle en a même davantage, puisqu
le créancier a d'avance la somme en sa posses
sion, et qu'en ne me la payant point, il m'em
pêche de la consigner.

405. Observez que si la somme dont l
débiteur de la rente demande la compensatio
était inférieure aux arrérages échus, et au ca
pital de la rente, offerts en compensation,
devrait offrir réellement de payer le surplus
afin de rendre le remboursement complet; au
trement la compensation pourrait être refusé
par le créancier de la rente, qui ne peut être
forcé d'en recevoir le remboursement partiel

Vous me devez 3,150 fr. exigibles ; je vous dois une rente de 200 fr., remboursable pour un capital de 4,000 fr. ; il est échu une année d'arrérages, et vous me la demandez. Je ne puis vous contraindre d'accepter la réduction de ma rente à 50 fr., et compenser le surplus avec les 3,150 fr. que vous me devez. Je dois vous offrir en outre 1,000 fr., afin de compléter le remboursement du capital de la rente que je vous dois.

Inutilement voudrais-je objecter que la règle que le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, ne s'applique point au cas de la compensation, *(v. sup., n.° 387, et l. 21, ff de reb. cred., 12, 1)*, parce qu'en ce cas, le créancier ayant d'avance par devers lui-même la partie compensée, ne peut plus demander que le résidu ; ce principe ne s'applique qu'à la compensation proprement dite ; c'est-à-dire, au cas de deux dettes mutuellement exigibles. Mais lorsque le débiteur d'une rente en offre le capital en compensation à celui à qui elle est due, et qui est en même tems son débiteur, ce n'est point la compensation proprement dite dont parlent les lois ; ce n'est point l'imputation réciproque de ce que l'un doit à l'autre, *debiti et crediti mutua contributio*, puisque le débiteur de la rente n'est pas débiteur du capital, qu'il ne peut être

contraint de rembourser; ce n'est point le paiement d'une dette, c'est une offre volontaire et de pure faculté, que le créancier ne peut être forcé d'accepter, si elle n'est pas de la totalité de la somme. *V. Dumoulin, de contract. usur., quæst. 43.*

406. Ceci conduit à la résolution d'une autre question. C'est qu'en supposant deux individus réciproquement créancier et débiteur l'un de l'autre, d'une rente perpétuelle de même qualité et quantité, rachetable pour une même somme, la compensation ne peut s'en faire que d'un consentement mutuel. Chacun des deux peut dire à l'autre : j'ai besoin de fonds, je ne veux point rembourser; je veux vendre la rente que vous me devez, pour jouir du prix de la vente; je continuerai de vous payer celle que je vous dois.

Quant aux arrérages de rentes, à l'exception des rentes alimentaires, ils se compensent de plein droit, lorsqu'ils sont échus, avec toute espèce de dettes.

407. Lorsque l'obstacle qui s'oppose à la compensation légale n'existe pas seulement en faveur du défendeur, lorsque la créance qu'il prétend compenser avec la demande n'est ni claire ni liquide; en un mot, quand elle est contestée, il est bien évident que sa volonté seule ne suffit plus pour opérer la compensation; il faut

non seulement qu'il la demande, mais encore qu'il fasse préalablement juger la légitimité de sa créance, et qu'il la fasse liquider, si elle ne l'est pas. Ce n'est plus alors une simple exception; c'est une véritable action (1); c'est une demande qu'il forme à son tour; *mutua petitio, mutua actio*. On appelle cette demande *reconvention*: nous en avons ci-dessus, n.os 348 et suiv., expliqué la nature et recherché l'origine. Il nous reste à examiner quand la reconvention doit être admise, quand elle doit être proposée, quels en sont les effets.

408. Nous avons vu que les lois nouvelles ayant gardé le silence sur la reconvention, la Coutume de Paris, qui était devenue le droit commun de la France, est encore aujourd'hui la loi vivante en cette matière. L'art. 106 n'admet point la reconvention « si elle ne dépend de l'action, et que la demande en reconvention soit la défense contre l'action premièrement intentée ».

Ce texte semble exiger cumulativement deux conditions pour admettre la reconvention : l'une, qu'elle *dépende de l'action*; c'est-à-dire, qu'il y ait connexité entre la demande premièrement intentée, et la demande reconventionnelle.

L'autre, qu'elle soit la défense contre l'action.

(1) Codex Fabrianus, lib. 2, tit. 2, § 1, defen. 6.

Or, l'une de ces conditions peut exister sans l'autre. Lorsqu'il y a connexité, la demande reconventionnelle est presque toujours la défense à l'action principale. Mais la reconvention peut être la défense à l'action principale, quoiqu'il n'y ait pas de connexité. C'est ce qui arrive toujours, lorsque le défendeur allègue pour ses défenses qu'il lui est dû une somme *ex diversâ causâ*, et qu'il demande que cette somme soit préalablement liquidée, pour la compenser avec la demande.

Mais soit que les rédacteurs de la Coutume de Paris aient, par inattention, comme il arrive quelquefois (1), employé la copulative *et* au lieu de la disjonctive *ou;* soit que depuis on se soit relâché de la rigueur de cette disposition, il est certain que, dans l'usage, le défaut de connexité n'empêche point d'admettre la demande reconventionnelle, quand elle a pour objet de parvenir à une compensation: ce qui est conforme aux principes, puisque la compensation a toujours été admise *ex causâ dispari.*

(2) La reconvention ayant pour objet de parvenir à une compensation, elle doit être rejettée dans tous les cas où la demande re-

(1) Voyez ll. 29 et 53, ff *de V. S.;* l. 4, cod. *de V. S.*, 6. 38.

(2) Le numérotage de cet alinéa a été oublié dans le sommaire. Il fallait un numéro de plus entre le 408.e et le 409.e Ce numéro devrait porter : *Elle doit être rejetée, quand elle ne peut entrer en compensation.*

conventionnelle ne peut entrer en compensation avec la demande principale. C'est une règle fondamentale en cette matière : *mutuæ petitionis objectio* (l'objet), *compensatio est, et proindè quarum rerum inter se compensatio non est, nec retentio, nec mutua petitio est* (1).

La reconvention n'est point reçue ès choses où la compensation n'a point de lieu, dit Brodeau, sur l'art. 106 de la Coutume de Paris.

Ainsi, le dépositaire, l'emprunteur, le débiteur d'une rente ou pension alimentaire insaisissable, ne peuvent former de reconvention contre la demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage, contre la demande de la pension alimentaire.

Ainsi, lorsque le demandeur n'agit qu'au nom d'autrui, comme mandataire, par exemple, comme tuteur, etc., la reconvention pour une dette qui lui est personnelle ne saurait être admise, *et vice versâ*. Lorsqu'il agit en son nom, la reconvention ne doit pas être admise, si elle

(1) Godefroy, sur la loi 1, *cod. rerum amot.*, 5, 21. Voët, *in tit. de judiciis*, n.° 86, combat cette règle, parce qu'il ne considère la reconvention que comme un moyen de rendre compétent le tribunal où l'action principale a été portée. Mais, en France, où cette espèce de reconvention est rejettée, si ce n'est entre personnes *ejusdem fori*, notre règle est suivie dans toute son étendue. Voyez les commentateurs sur l'art. 106 de la Coutume de Paris; Brodeau, Ferrière, etc.

a pour objet ce qui est dû par une personne dont il est mandataire, tuteur, etc. *V. Voët, in tit., ff de judic., n.° 81.*

En un mot, il faut appliquer à la reconvention ce que nous avons dit, n.os 382 et suiv., sur les cas où la compensation est ou n'est pas admise.

409. Voyons maintenant quand la reconvention doit être proposée. L'art. 106 de la Coutume de Paris veut qu'elle le soit immédiatement après l'action principale, et par les défenses qu'on y oppose. Après avoir dit que la reconvention n'a point de lieu, si elle ne dépend de l'action, et que la demande en reconvention soit la défense contre l'action premièrement intentée, l'art. 106 ajoute : « En ce » cas, le défendeur, *par le moyen de ses dé-* » *fenses*, se peut constituer demandeur ».

On en concluait, et avec raison, ce semble, que la reconvention ne doit pas être admise après la contestation en cause (1). *(Voyez Ferrière, n.° 12)*. Ce qui paraît conforme à la novelle 96, ch. 2, § 1, où Justinien dit : *Sancimus igitur, si quis obnoxium arbitratur habere eum, qui contra se conventionem exposuit, non apud alium judicem, sed apud eum mox à prin-*

(1) Le mot de contestation en cause ne se retrouve point dans le Code de procédure. Mais la chose existe. Voyez, dans le nouveau Denisart, verbo *contestation en cause*, ce qu'on entend par cette expression. Voyez aussi Duparc-Poullain, tom. 9 de ses Principes, p. 129.

cipio convenire, et eumdem esse judicem in eodem negotio.

C'est de là qu'est venue la maxime universellement enseignée par les interprètes, tant du droit romain que du droit canonique, et par les docteurs, que la reconvention ne doit pas être admise après la contestation en cause, ou du moins, ce qui revient à peu près au même, que la reconvention proposée depuis la contestation en cause, ne doit retarder ni l'instruction, ni le jugement de la demande principale; mais qu'elle doit être instruite et jugée séparément (1).

Le président Favre (*in cod. fabr., lib. 3, tit. 1, def. 25*) enseigne qu'elle ne peut être admise après le jugement prononcé par défaut, contre le défendeur qui vient ensuite former son opposition, *ne alioquin per contumaciam*

(1) C'est en ce point seulement que diffèrent entre eux les interprètes et les docteurs. Les uns pensent qu'il faut rejeter la reconvention, lorsqu'elle est proposée après la contestation en cause. De ce nombre est Dumoulin, sur la loi 3, cod. *de edendo*, t. 3, opp., et les auteurs cités par Voët, *in tit.*, ff *de judic.*, n.° 80. Les autres pensent qu'on doit admettre la reconvention; mais qu'en ce cas, elle n'a d'autre effet que de rendre le tribunal compétent pour prononcer sur la demande reconventionnelle, qui doit alors être instruite et jugée séparément de la demande principale. De ce nombre sont Voët, *ubi suprà*; Brunneman, sur la loi 14, cod. *de sentent. et interloc.*, 7, 45; les interprètes du droit canonique. Voyez Pyrhing, n.° 17, *in tit. de mutuis petit.*, X; Boëhmer, sur le même titre; Huberus, *in tit.*, ff *de quibus rebus, ad eumd. jud.*, 11, 2; le président Favre, cod. fabrian., lib. 3, tit. 2, *de fin.*, 11 et 24.

melior conditio fiat, quæ deterior potiùs fieri deberet. Il cite un arrêt de 1593, qui l'a ainsi jugée. Cette décision nous paraissait conforme à la justice et à la raison. L'un des moyens le plus fréquemment employés par la chicane, pour gagner ou pour acheter du tems, est de laisser d'abord défaut, pour venir ensuite, avant l'expiration du délai accordé par la loi, former une opposition.

L'expérience de tous les tems prouve que les reconventions tardives, les incidens dont on surcharge un procès, sont le plus souvent imaginés par un plaideur subtil et déterminé, pour embrouiller une affaire dont le succès paraît douteux ou désespéré, et pour en retarder le jugement.

Mais le Code de procédure s'est écarté de l'ancienne doctrine; l'art. 464 porte : « Il ne » sera formé en cause d'appel aucune nou- » velle demande, à moins qu'il ne s'agisse de » compensation, ou que la demande nouvelle » *soit la défense à l'action principale* ».

Ces dernières expressions, empruntées de la Coutume de Paris, prouvent bien qu'il s'agit ici de la reconvention. La compensation de liquide à liquide, qui se fait de plein droit, a toujours été proposable en cause d'appel, et même après le jugement, parce qu'elle tient

lieu de paiement, ou plutôt qu'elle est un véritable paiement; mais recevoir en cause d'appel une reconvention qui est un procès nouveau, et un procès qui retardera nécessairement le jugement définitif, ne fût-ce qu'en embrouillant l'affaire, c'est une disposition non seulement contraire à l'ancienne et sage doctrine établie sur une longue expérience, mais encore aux principes de la législation actuelle, puisque c'est priver le défendeur en reconvention d'un degré de jurisdiction; enfin, c'est ouvrir la porte à un nouvel abus. Un plaideur déterminé, repoussé en première instance, pourra se faire céder contre l'intimé un crédit susceptible d'une discussion étendue, puis venir, comme subrogé, proposer sa reconvention, afin d'entraver la cause d'appel, et d'en retarder le jugement. Quoi qu'il en soit, il faut bien observer la loi, jusqu'à ce qu'elle soit soumise à une revision; mais les juges peuvent obvier aux inconvéniens qu'entraînerait son exécution trop littérale, en disjoignant la demande reconventionnelle, si elle n'est pas prête à recevoir jugement en même tems que la cause d'appel, et en jugeant celle-ci séparément : c'est même entrer dans l'esprit du Code. C'est ainsi que si la demande en garantie est proposée après les huit jours accordés par l'art. 175, cette demande est néanmoins reçue, et le garant poursuivi;

mais, dit l'art. 178, *sans que le jugement de la demande principale en soit retardé.* C'est en observant cette règle avec sévérité, que les magistrats empêcheront les procès de s'éterniser.

410. Si la reconvention doit être admise en cause d'appel, elle ne doit pas l'être après le jugement, lorsqu'elle est proposée au moment de l'exécution (1). Elle diffère en cela de la compensation d'une somme liquide, ou qui peut être liquidée sans aucun retardement; par exemple, par la délation du serment. Une telle compensation peut être proposée, même après le jugement passé en force de chose jugée; *quia vice solutionis obtinet.* Il en est autrement de la reconvention; c'est une véritable action, dont l'instruction retarderait le paiement d'une somme liquide, au grand préjudice du demandeur.

411. L'effet principal, et aujourd'hui presque le seul effet de la reconvention, est de faire instruire et juger en même tems la demande principale et la reconventionnelle. C'est ce que les docteurs appellent *processus simultaneus.* En sorte que, quoique la demande principale soit juste et vérifiée, quoique la légitimité n'en soit pas contestée, le juge doit suspendre la

(1) Ainsi l'enseignent le président Favre, dans son code, lib. 8, tit. 24, *defin.* 2, et les canonistes. Voyez Pyrhing, n.° 16, *in tit. de mutuis petit.*, X, 2, 4.

condamnation, jusqu'au tems où la demande reconventionnelle sera instruite, pour prononcer sur le tout par un seul et même jugement. (*L. 1, § ult. ff quæ sentent. sine appell., 49, 8; l. 6, cod. de compens., 4. 31.; l. 1, cod. rerum amot., 5, 21*).

412. Il est donc facile d'abuser de la reconvention, pour retarder la condamnation et le paiement d'une dette légitime, par une demande en reconvention d'une discussion longue et embarrassée. Justinien, qui donna tant d'étendue à la reconvention, prévit cet inconvénient, et tâcha d'y remédier; il ne voulut point faire aux juges une loi d'admettre indifféremment la reconvention, quoiqu'elle eût pour but de parvenir à une compensation; au contraire, il leur ordonna de la rejetter, lorsque, ne pouvant pas être promptement et facilement terminée, elle entraînerait de grandes involutions de procédures, et retarderait le paiement d'une dette dont la légitimité est avouée ou prouvée. *Ità tamen compensationes objici jubemus, si causa ex quâ compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui præstare. (L. ult., cod. de compens., 4, 31)*. Car il serait, dit-il, très-malheureux de voir un plaideur retarder sa condamnation, en opposant à une dette déjà certaine et indubitable une prétendue compensation, qui ne

peut être jugée qu'après une instruction longue et embarrassée: *satis enim miserabile est... opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condamnationis excludi.*

Il recommande donc aux juges de se rendre très-sévères dans l'admission des reconventions. *Hoc itaque judices observent, et non procliviores ad admittendas compensationes existant, nec molli animo eas suscipiant; sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent: litem autem pristinam jam penè expeditam sententiâ terminali componat. Ubi sup.*

413. Telle est la règle que les magistrats doivent sans cesse avoir devant les yeux (1), parce que c'est l'une de celles qui contribuent davantage à simplifier les procès et à les abréger. L'expérience de tous les tems prouve que si les juges commencent par décider les chefs principaux d'un procès qu'on cherche à compliquer, il est rare que les parties ne s'arrangent pas sur les autres, qui souvent ne sont mis en avant que pour retarder le jugement des premiers.

(1) C'est aussi celle que donne M. Henrion-de-Pansey, dans son *Traité de l'autorité judiciaire*, p. 195. « Si la demande reconvention-» nelle présentait des difficultés sérieuses et de nature à entraîner » des longueurs considérables, il serait de la sagesse du tribunal de » la renvoyer devant son juge naturel, et de statuer définitivement » sur l'action originaire ».

Le judicieux Coquille (*quæst. 307*), a fort bien observé « que la permission d'étendre la » reconvention donnerait occasion de rendre » tous procès sans fin, ou les mettrait en lon- » gueurs et difficultés, en tant que celui qui » serait convenu en une action dont l'expédi- » tion de sa nature serait aisée, pourrait mettre » en avant une action de grandes longueurs » et difficultés, et serait l'une empêchée pour » l'autre ».

Il est donc du devoir des juges, lorsqu'ils s'aperçoivent qu'une reconvention paraît formée dans le dessein de retarder malicieusement la condamnation du défendeur, et le paiement d'une dette claire et liquide, de rejetter la demande reconventionnelle, sauf au défendeur à se pourvoir; en tout cas, de disjoindre les deux affaires, et de prononcer définitivement sur la demande originaire, en renvoyant le jugement de la reconventionnelle après qu'elle sera instruite. C'est aussi ce que les juges doivent faire toutes les fois qu'ils voient que, sans qu'on puisse taxer le défendeur de malice, le concours simultané des deux instructions entraînera une grande involution de procédure. Par exemple, je vous demande une somme de 1,000 fr., en vertu d'un billet que vous m'avez souscrit. Vous me répondez que je vous dois, du chef de mon père, une

somme plus considérable, en vertu d'un ancien compte qu'il vous devait, et vous demandez que je sois préalablement condamné de vous rendre ce compte, afin d'en compenser le reliquat avec les 1,000 fr. que vous me devez. Les tribunaux, sans égard pour cette demande reconventionnelle, dont ils doivent renvoyer l'instruction et le jugement à un autre tems, doivent juger préalablement la demande originaire, suivant le précepte de Justinien, dans la loi 6, *cod. de compensationibus*, dont nous venons de rapporter le texte énergique (1).

Il est presque impossible de tracer une règle précise, pour déterminer invariablement les cas où les magistrats doivent rejetter la reconvention, ou disjoindre la demande reconventionnelle, pour juger préalablement la demande originaire. C'est un point que Justinien abandonne à leur prudence, en leur recommandant une juste et rigoureuse sévérité dans l'admission des reconventions : *Jure stricto utentes, nec molli animo eas suscipiant.*

414. Il est pourtant une règle généralement admise par les interprètes et les docteurs, et

(1) Voët, *in tit. de judiciis*, n.° 88, dit aussi qu'il faut disjoindre et juger de suite la demande principale, si la demande reconventionnelle entraîne des longueurs. *Putà, si judici priùs evidenter liqueat de unâ causâ, cùm altera illiquida prorsùs esset, multisque ambagibus etiam num involuta.*

qui n'est que la conséquence ou le développement des principes déjà posés. Si la demande principale est du nombre des matières sommaires, pour lesquelles on a établi une procédure particulière plus simple, et que la demande reconventionnelle n'en soit pas, il ne faut pas les joindre, mais les instruire et juger séparément. *Non habet locum in summariis reconventio processus ordinarii, vel talis per quam summaria conventio retardaretur. Huberus, n.° 7, in tit. ff de quib. rebus ad eumd. judic., 11, 2; Voët, in tit. ff de judic., n.° 86; Pyrhing, n.° 14, in tit. de mut. petit., X 2, 4; Bartolus; ibi laud., etc.*

Cette règle est conforme à la raison et à l'équité. Il en résulte que la reconvention ne doit pas être admise contre les demandes fondées sur un titre non contesté, à quelque somme qu'elles puissent monter, contre les demandes formées sans titre, lorsqu'elles n'excèdent pas 1,000 fr.; contre les demandes en paiement de loyers et fermages et arrérages de rentes, ni contre celles qui requièrent célérité *(v. le Code de procédure, art. 404)*, à moins que la demande reconventionnelle ne soit elle-même au nombre des matières sommaires.

415. C'est encore une règle universellement reçue par les docteurs (1) en cette matière,

(1) Voyez Huberus, n.° 4, in tit. ff *quib. rebus ad eumd.*

que reconvention sur reconvention ne vaut; c'est-à-dire que le défendeur ayant formé une demande reconventionnelle, le demandeur primitif ne peut, à son tour, intenter une reconvention nouvelle, qui ne serait pas tirée du titre qui sert de fondement à l'action en reconvention du défendeur.

416. « La reconvention n'est pas recevable, si le juge est incompétent à raison de la matière qui fait l'objet de la reconvention ». De là,

417. 1.° Si la reconvention est formée devant un tribunal de commerce, et que son objet ne soit pas du ressort d'un pareil tribunal, il sera obligé, même d'office, de se déclarer incompétent, quant à la demande reconventionnelle;

2.° Si la reconvention ayant pour objet une affaire de commerce, est formée devant un tribunal de première instance, ce tribunal la jugera;

3.° Si la reconvention est formée devant un juge de paix, dans une instance dont l'objet principal n'excède pas les bornes de sa juridiction, tandis que l'objet de la reconvention

Voët, *in tit., ff de judic.*, n.° 89. *Illum qui mutuâ actione reconventus est, non posse rursùs adversarium iteratâ infectare reconventione, rationi conveniens est; ne alioquin in infinitum propè tentatis ac reciprocatis conventionum vicibus, lites immortales redderentur aut saltem varia illa litium multiplicatio inter eosdem, eodem in judicio confusionem pareret, summamque litium finiendarum difficultatem.* C'est un des articles que la Cour de cassation proposait, dans ses observations sur le projet de Code de procédure.

surpasse en valeur la somme de 300 fr., le juge de paix se déclarera incompétent pour juger la reconvention, et prononcera sur la demande primitive, à moins que la reconvention ne soit fondée sur le même titre que l'action primitive, auquel cas le juge de paix se déclarera incompétent pour le tout.

418. Lorsque la reconvention est valablement proposée dans une instance que le tribunal est autorisé à juger en dernier ressort, à cause de sa modicité, tandis que la reconvention a pour objet une prétention qui n'admet qu'un jugement en premier ressort, le jugement qui sera le résultat d'une telle instance sera sujet à l'appel pour le tout.

Et en général, la valeur de l'action primitive, et celle de l'action en reconvention se cumulent pour déterminer la compétence du juge en premier ou en dernier ressort, à moins qu'il n'y ait un jugement précédent qui ait disjoint les demandes respectives des parties.

Ce qui précède est tiré des observations sur le projet de Code de procédure faites par la Cour de cassation, qui proposa de remplir la lacune existante sur ce point dans notre législation. En attendant qu'elle soit comblée par le législateur, nous pensons que les magistrats ne peuvent rien faire de plus sage que de suivre les articles que

nous venons de copier, et qui nous paraissent dans le véritable esprit de la législation actuelle.

419. Nous avons déjà dit que la reconvention était admise indistinctement entre personnes *ejusdem fori*, à l'effet de saisir le tribunal de la demande reconventionnelle, sauf à l'instruire et à la juger séparément, lorsqu'elle n'a pas de connexité avec la demande principale; mais dans l'ordre judiciaire actuel, lorsque la demande reconventionnelle doit, faute de connexité avec la principale, être instruite et jugée séparément, elle est introductive d'une nouvelle instance: elle doit donc être précédée de l'essai en conciliation, et ne peut pas conséquemment être proposée devant le tribunal civil, même avant la contestation en cause, lorsqu'elle n'a pas été proposée au bureau de paix; parce qu'alors c'est une demande principale. Au contraire, lorsqu'il y a connexité, la reconvention n'est qu'une demande incidente, qui n'est pas soumise à l'essai de conciliation, par l'art. 48 du Code de procédure.

420. Il ne faut pas confondre la retention avec la compensation, quoiqu'il y ait entre elles quelques rappors. La première est le droit accordé à celui qui doit rendre un corps certain, de le retenir *quasi pignoris jure*, jusqu'au paiement de sommes qui lui sont dues; par

exemple, les sommes qu'il a dépensées pour sa conservation. Ce n'est pas ici le lieu de parler de la retention. *V. Voët. n.os 20 et 21, in tit. de compens., 16, 2; Anton. Fabrun., cod., lib. 3, tit. 22, defin. 15.*

SECTION V.

De la Confusion.

SOMMAIRE.

421. *Définition et différentes acceptions du mot confusion.*
422. *Elle éteint les droits et les obligations en tout ou en partie, selon qu'elle est totale ou partielle.*
423. *Différentes manières d'opérer la confusion.*
424. *Du cas où le débiteur succède au créancier,* aut vice versâ.
425. *Du cas où le débiteur ou le fidéjusseur se succèdent, ou un tiers à tous les deux.*
426. *La confusion dans la personne du débiteur qui succède à la caution, n'éteint point l'obligation du certificateur.*
427. *La confusion dans la personne de la caution qui succède au débiteur, n'éteint point les hypothèques qu'elle avait données au créancier.*
428. *Le fidéjusseur d'une femme mariée ou d'un mineur ne peut, lorsqu'il leur succède, faire annuler leur obligation.*
429. *Du cas où le fidéjusseur succède au créancier,* vel vicissim.
430. *Du cas où l'un des débiteurs solidaires succède au créancier,* vel vicissim.

431. *Du cas où l'un des créanciers solidaires succède au débiteur*, vel vicissim.

432. *Du cas où un fidéjusseur succède à un des débiteurs ou des créanciers solidaires, pour qui ou envers qui il s'était rendu caution*, aut vice versâ.

433. *Si l'un de deux créanciers ou de deux débiteurs solidaires succède à l'autre, les droits et obligations ne se confondent point. Conséquences du principe.*

434. *Il n'y a point encore de confusion, si le fidéjusseur succède à son cofidéjusseur.*

435. *Ni lorsque le fisc succède à son débiteur.*

436. Quid, *si le fisc succède d'abord au débiteur, puis au créancier du débiteur?*

437. *Le bénéfice d'inventaire empêche la confusion.*

438. *Quand les effets de la confusion peuvent cesser.*

439. Quid, *si l'habile à succéder vend ou cède ses droits, depuis l'adition d'héritier?*

440. *Les effets de la confusion cessent à l'ouverture de la substitution.*

441. *De la confusion qui s'était opérée par la confiscation des biens des émigrés. Dispositions de la loi du 5 décembre 1814. Surséance leur accordée.*

421. LA confusion, dans le sens que les jurisconsultes donnent à ce mot, est en général l'union ou le mélange qui opère le changement ou l'anéantissement de plusieurs choses.

Ce terme, pris en ce sens, a trois acceptions. Il peut signifier,

1.° Le mélange de plusieurs matières appartenant à des personnes différentes. C'est une

manière de perdre et d'acquérir la propriété par droit *d'accession.* Nous en avons parlé tom. 3, p. 97.

2.° La réunion dans la même main des différens droits que l'on peut avoir sur une chose, et qui avaient été séparés, comme lorsque l'usufruit se trouve réuni à la propriété ; c'est ce qu'on appelle *consolidation.* Nous en avons aussi parlé tom. 3, p. 378.

3.° Enfin le concours ou la réunion dans un même sujet de deux droits ou de deux qualités, dont l'une anéantit l'autre, ou qui se détruisent mutuellement. Cette dernière espèce de confusion est la seule dont parle cette section.

422. L'effet de la confusion est donc d'éteindre et d'anéantir les droits et les obligations incompatibles, qui se trouvent réunis ou confondus dans la même personne. Elle les éteint aussi complètement que le paiement ou l'accomplissement réel de l'obligation l'aurait pu faire. *Confusione perindè atque genere solutionis tollitur omnis obligatio*, dit fort bien Cujas (1). Elle les éteint en totalité, *in solidum*, si la totalité des droits et des obligations se trouve réunie dans la même personne, ou seulement pour la portion qui s'y trouve réunie. Si le

(1) *Ad l. 59, ff ad S. C. trebell., in quæst. Pauli., col.* 1046 et seq., édit. Fabrot.

créancier ne succède au débiteur ou le débiteur au créancier que pour une moitié, un quart, etc., la confusion ne s'opère également que pour une moitié, pour un quart, etc. (1). C'est un principe général qu'il faut appliquer à tous les cas de confusion, et ce principe n'est qu'une conséquence de la maxime que les droits et les obligations se divisent de plein droit.

423. La réunion dans la même personne des droits du créancier et des obligations du débiteur, peut s'opérer de plusieurs manières qu'il faut parcourir et examiner.

1.° Le débiteur peut succéder au créancier ou le créancier au débiteur;

2.° Le débiteur au fidéjusseur, ou autres accessoirement obligés, ou bien le fidéjusseur au débiteur;

3.° Le créancier au fidéjusseur, ou le fidéjusseur au créancier;

4.° Un de plusieurs débiteurs solidaires à un autre des codébiteurs, ou le créancier à l'un d'entre eux;

5.° Un de plusieurs créanciers solidaires au débiteur, ou le débiteur à l'un de ces créanciers;

6.° Le fidéjusseur, qui avait cautionné pour

(1) Cujas, *ubi sup.*; l. 6, *cod. de heredit. act.*, 4, 16; l. 7, *cod. de negot. gut.*, 2, 19.

deux débiteurs solidaires, peut succéder à l'un d'eux, ou l'un d'eux au fidéjusseur;

7.° Le fidéjusseur qui s'était obligé envers deux créanciers solidaires, peut succéder à l'un d'eux, ou l'un d'eux au fidéjusseur;

8.° L'un de deux créanciers solidaires peut succéder à l'autre, ou l'un de deux débiteurs solidaires à son codébiteur;

9.° L'un de plusieurs cofidéjusseurs à l'autre cofidéjusseur;

10.° Enfin, le fisc peut succéder à son débiteur, ou à deux personnes dont l'une était créancière de l'autre.

424. Si le débiteur succède au créancier, le créancier au débiteur, ou un tiers à tous les deux, nul doute que l'obligation ne soit éteinte pour la totalité, s'il est seul héritier, et pour sa portion virile, s'il y a plusieurs héritiers; car, en acceptant *purement et simplement* la succession à laquelle je suis appellé, je représente la personne du défunt, j'entre dans tous ses droits actifs et passifs. Or, il implique contradiction que je puisse me devoir à moi-même, être en même tems débiteur et créancier de moi-même, demandeur et défendeur. (1). L'obligation est donc éteinte avec

(1) Cujas, d'après les lois romaines, donne encore une autre raison de la confusion. *Confusio*, dit-il, *in l. 59, ad S. C. trebell.*, voyez quæst. Pauli., col. 1046, *confusio etiam est pro solutione, aut pro*

tous ses accessoires, hypothèques et cautionnemens, jusqu'à concurrence de la portion pour laquelle la confusion s'est opérée.

Si la succession était acceptée sous bénéfice d'inventaire, la confusion ne s'opérerait point; car l'effet du bénéfice d'inventaire est de faire considérer l'héritier et la succession comme deux personnes différentes, et d'empêcher que leurs droits respectifs ne soient confondus (802).

425. Si le débiteur succède au fidéjusseur, ou le fidéjusseur au débiteur, ou un tiers à tous les deux, l'obligation accessoire du cautionnement est éteinte, pour la totalité, s'il est seul héritier, pour sa part virile, s'il y en a plusieurs. Il ne reste plus que l'obligation principale, qui n'a pas besoin de l'obligation accessoire pour subsister. *(L. 93, §§ 2 et 3, ff de solut., 46, 3; l. 5, ff de fidej. et mand., 46, 1; l. 24, cod. de fidej., 8, 41).* Cette décision est fondée sur ce qu'un fidéjusseur est essentiellement celui qui s'est obligé pour un autre, et que l'on ne peut être sa propre caution.

426. Plusieurs jurisconsultes romains en

pensatione cedit. Videtur enim hæreditas ipsa hæredi, vel hæres hæreditati, quod debet solvere, in ipso articulo adeundæ hæreditatis. L. 33, ff *solut. matrim.*, 24, 3; l. 41, § pen., ff *de evict.*, 21, 2; l. 95, § 8, ff *de solut.*, 46, 3.

concluaient que si la caution avait elle-même un fidéjusseur, qui est ce que nous appellons un *certificateur* de caution, l'obligation de la caution étant éteinte, celle du certificateur l'était également. L'art. 2035 du Code a rejetté cette décision. Il porte : « La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier, contre celui qui s'est rendu caution de la caution ».

L'opinion contraire n'était fondée que sur une subtilité. On considérait mal à propos l'obligation du certificateur de caution, comme n'étant que l'accessoire de l'obligation de la caution; tandis que le certificateur de caution accède réellement à l'obligation principale, quoique conditionnellement, et pour le cas seulement où la caution ne pourrait remplir son engagement : d'où il suit que l'obligation de la caution n'est point la principale, par rapport à celle du certificateur, mais seulement la condition sous laquelle le certificateur accède à l'obligation principale.

427. Si le fidéjusseur qui avait donné une hypothèque pour sûreté de son cautionnement succède au débiteur, l'hypothèque continue de subsister en faveur du créancier. (*L. 38, § ult., ff de solut., 46, 3*). Car, si l'obligation

principale et l'obligation du fidéjusseur ne peuvent exister ensemble dans la même personne, il en est autrement de l'obligation principale et personnelle, et de l'obligation hypothécaire. *V. Voët in tit. ff de solut., n°. 20.*

428. Il faut pourtant remarquer, comme exception à ce que nous venons de dire, que si l'obligation du fidéjusseur est éteinte lorsqu'il succède au débiteur, les effets de cette obligation continuent de subsister, lorsqu'ils sont plus forts que ceux de l'obligation principale. C'est ce qui arrive, lorsque le fidéjusseur a cautionné l'obligation d'une femme non autorisée de son mari ou celle d'un mineur. S'il devient leur héritier, il ne peut faire annuler ou rescinder leur obligation, comme il l'aurait pu faire, ou comme l'aurait pu faire leur héritier, s'il n'avait pas cautionné l'obligation. *V. Voët, in tit. ff de solut., n.° 20, et ce que nous avons dit, tom. 6, n.os 393 et 394.*

429. Si le fidéjusseur succède au créancier, ou le créancier au fidéjusseur, l'obligation accessoire du fidéjusseur est évidemment éteinte: car, je ne puis être la caution de ce qui m'est dû. *Voët, ibid., n.° 21.*

430. Lorsqu'un des débiteurs solidaires devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des

débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier (1209), dans la personne de qui s'opère la confusion : elle n'a d'autre effet, en ce cas, que de soustraire une personne à l'obligation solidaire, et d'éteindre, avec ses accessoires (1), l'obligation personnelle de cette personne. *Puto aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam; sed et accessiones ex ejus personâ liberari. (L. 71, ff de fidejuss., 46, 1.)* Ainsi, l'action solidaire subsiste (2) entre les autres codébiteurs, déduction faite de la part confuse; mais s'il se trouve des insolvables, le codébiteur, devenu seul héritier du créancier, doit supporter sa part dans les insolvabilités. *Arg. art. 1215; Pothier, n.° 276; Voët, ubi sup., n.° 22, et ce que nous avons dit, tom. 6, n.os 738 et 739.*

Il en est de même dans le cas inverse, lorsque le créancier est devenu l'unique héritier de l'un des débiteurs solidaires.

(1) Par exemple, Primus, Secundus et Tertius se sont obligés de payer solidairement à Caius 3,000 fr. : Mævius a cautionné Primus, qui d'ailleurs a donné une hypothèque. Si Caius succède à Primus, ou Primus à Caius, la dette est réduite à 2,000 fr., le cautionnement de Mævius, et l'hypothèque donnée par Primus sont éteints. L'action solidaire subsiste contre Secundus et Tertius, et contre leurs cautions. Les hypothèques qu'ils ont données subsistent.

(2) *Quid*, si l'un des codébiteurs solidaires, en payant sa part et celle de ses codébiteurs, se fait subroger dans les actions du créancier? Peut-il exercer l'action solidaire contre l'un des autres? Voyez *suprà*, n.° 163.

431. Si l'un des créanciers solidaires succède au débiteur, ou le débiteur à l'un des créanciers solidaires, l'obligation n'est éteinte par confusion que pour la part de ce créancier, dont la personne existe de moins ; *cujus persona eximitur*. Du reste, les droits et l'obligation, déduction faite de sa part, restent dans le même état que si jamais il n'avait existé. *Voët., ubi sup.*

432. Si le fidéjusseur, qui avait cautionné deux débiteurs solidaires, succède à l'un des deux, il reste caution de l'autre. Comme, dans le cas converse, s'il s'est rendu caution envers deux créanciers solidaires, et qu'il vienne à succéder à l'un d'eux, il demeure obligé envers l'autre : car, l'obligation pouvant subsister entre lui et le créancier qui reste, elle n'a pu être éteinte pour sa part par la confusion.

Mais la caution qui a succédé à l'un des créanciers solidaires, a, du chef du défunt, une action contre le débiteur, comme celui qui succède à un créancier en faveur de qui il avait cautionné.

Il faut en dire autant, et par les mêmes raisons, si l'un des débiteurs ou des créanciers solidaires succède au fidéjusseur, qui avait cautionné plusieurs débiteurs solidaires, ou qui s'était rendu caution envers plusieurs créanciers solidaires.

433. Si l'un de deux créanciers solidaires succède à l'autre, les droits du défunt et ceux de l'héritier ne se confondent point. Et de même, si l'un de deux débiteurs solidaires succède à l'autre, leurs obligations ne se confondent point, parce que, quand deux obligations sont également fortes, également principales, elles restent entières l'une et l'autre, quoique réunies sur la même tête. La raison en est qu'on ne peut apercevoir laquelle doit être confondue. Il faut en dire autant des droits de l'un des créanciers réunis sur la tête de l'autre (1).

De ce que les droits, dans le premier cas, et les obligations, dans le second, ne sont pas confondus, il en résulte que le créancier soli-

(1) L. 13, ff *de duob. reis*, 45, 2; l. 93, ff *de solut.*, 46, 3; l. 5, ff *de fidejuss.*, 46, 1. Voici le texte d'Ulpien, dans la dernière loi : *Generaliter Julianus ait : Eum qui hæres extitit ei, pro quo intervenerat, liberari ex causâ accessionis, et solùm modò quasi heredem rei teneri. Deniquè scripsit, si fidejussor hæres extiterit ei pro quo fidejussit, quasi reum esse obligatum, ex causâ fidejussionis liberari. Reum verò reo succedentem ex duabus causis esse obligatum; nec enim potest reperiri, quæ obligatio quam perimat, at in fidejussore et reo reperitur, quia rei obligatio plenior est. Nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui alterum per alterum perimi. Cùm verò duæ ejusdem sint potestatis, non potest reperiri, cur altera, potiùs quàm altera consumeretur; refert autem hæc ad speciem, in quâ vult ostendere non esse novum, ut duæ obligationes in unius personâ concurrant. Est autem species talis : si reus promittendi, reo promittendi hæres extiterit, duas obligationes sustinet. Item si reus stipulandi extiterit, heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit, etc.*

daire qui a succédé à l'autre peut choisir de former sa demande dans son nom, ou dans le nom de celui auquel il succède.

Et de même le créancier, en formant sa demande contre le débiteur solidaire qui a succédé à l'autre, peut, à son choix, la diriger contre le débiteur survivant, et du chef de celui-ci, ou du chef de celui dont il est héritier; ce qui n'est pas toujours indifférent. Supposons qu'une femme non autorisée de son mari se soit obligée envers moi solidairement avec Titius. Ce dernier meurt, et elle en hérite. Si je dirige mon action contre elle personnellement, elle me répondra que son obligation est nulle, par défaut d'autorisation. Mais si je la dirige contre elle comme héritière de Titius, son exception s'anéantit, parce qu'il ne s'est point opéré en sa faveur de confusion des deux obligations. L'une et l'autre demeurent entières et dans le même état, sans autre changement que celui de la personne du défunt que l'héritier représente.

Si le fidéjusseur succède à son cofidéjusseur, les obligations de l'un et de l'autre ne se confondent point encore, par la raison que nous venons d'expliquer. Ce sont deux obligations égales, *ejusdem potestatis;* on ne peut voir pourquoi l'une serait confondue plutôt que l'autre. *Non est novum,* dit Africain, *ut fidejussor duabus obligationibus ejusdem pecuniæ nomine*

teneatur. Nam si in diem acceptus, mox purè accipiatur, ex utrâque obligatur : et si fidejussor confidejussori heres extiterit, idem erit. L. 21, § 1, ff de fidejussor., 46, 1.

434. Lorsque l'Etat ou le fisc recueille la succession vacante de son débiteur, il ne se fait point de confusion des obligations du débiteur décédé; ses cautions ou fidéjusseurs ne sont libérés que jusqu'à concurrence de la valeur des biens recueillis par l'Etat.

435. Si l'Etat succède d'abord à Titius, qui devait 1,000 fr. à Mevius, et qu'il succède ensuite à Mevius, il s'opère une confusion qui éteint l'obligation, et qui libère par conséquent les cautions de Titius. (*V. Voët, ubi suprà, n.° 26; l. 71, ff de mandati, 46, 1*). Tels étaient les principes du droit romain. Mais ils ne doivent pas être suivis dans notre droit français. L'Etat ne succède qu'à défaut d'héritiers. Ils ont trente ans pour se présenter et former la pétition d'hérédité. Pendant ce laps de tems, nécessaire pour la prescription, l'Etat ne peut être assujéti aux dettes de la succession que comme détenteur des biens qui y sont affectés. Il ne peut donc s'opérer de confusion, lorsqu'il réunit par déshérence les droits et les obligations de deux successions, dont l'une est créancière de l'autre, ou du moins cette confusion ne s'opère que jusqu'à concurrence des biens

trouvés dans la succession débitrice de l'autre: les fidéjusseurs peuvent être poursuivis pour le surplus.

436. Nous avons déjà dit que l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire empêche la confusion de s'opérer. Ce bénéfice donne à l'héritier l'avantage de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances (802). Il en est de même si, se trouvant appelé à deux successions créancières et débitrices l'une de l'autre, il les accepte, ou seulement l'une d'elles, sous bénéfice d'inventaire.

437. Les effets de la confusion qu'opère l'adition pure et simple peuvent, en plusieurs cas, cesser avec leur cause; c'est-à-dire que les droits et les obligations, qui étaient ou qui semblaient éteints, peuvent revivre. Par exemple, si l'héritier mineur se faisait restituer contre une acceptation onéreuse faite par son tuteur ou par lui-même, autorisé de son conseil de famille *(L. 87, § 1, ff de adquir. vel omitt. hered., 29, 2)*. Car, sous l'empire du Code, l'acceptation d'une succession, échue à un mineur, ne peut être valablement faite autrement que sous bénéfice d'inventaire. (461).

Par exemple encore, si l'héritier majeur faisait rescinder son acceptation comme étant la suite

d'un dol pratiqué envers lui, ou de l'ignorance d'un testament inconnu au moment de l'acceptation, et qui absorbe la succession ou la diminue de plus de moitié (783); s'il est évincé de l'hérédité par un parent plus proche, ou bien parce que le testament qui l'instituait se trouve nul, ou révoqué par un postérieur; dans tous ces cas, la confusion, qui s'était ou qui semblait s'être opérée, venant à cesser, ses effets cessent avec leur cause, et l'héritier qui a cessé de l'être recouvre tous ses droits contre la succession et les cautions, comme la succession contre lui (1).

Dans le droit romain, l'héritier exclu de la succession pour cause d'indignité, n'était pas rétabli ou restitué dans les droits éteints par la confusion momentanée qu'avait opérée son acceptation pure et simple. Il s'était rendu indigne de cette restitution: *dolus enim heredis punitus est,* dit Papinien (2). Mais cette décision, fondée sur la différence qui existe entre l'indigne et l'incapable, a paru trop rigoureuse à nos jurisconsultes français; et quoique l'indigne soit saisi jusqu'au jugement qui prononce son indi-

(1) Voyez la loi 41, § ult., ff *de evict.*, 21, 2; l. 95, § 8, ff *de solut.*, 46, 3; l. 21, § ult., ff *de inoff. test.*, 5, 2; l. 22, *in fin.*, *cod. inoff. test.*, 3, 28; l. 58, ff *ad S. C. trebell.*, 36, 1; l. 17, ff *de his quæ ut indign.*, 34, 9.

(2) Voyez la loi 21, § 1, ff *ad S. C. sylan.*, 29, 5; ll. 8 et 17, ff *de his quæ ut indign. auf.*, 34, 9.

gnité, néanmoins, comme il n'est saisi que pour être privé incontinent après, et que son titre n'est point incommutable, il n'est pas juste, dit le Brun *(Traité des successions, liv. 3, ch. 9, n.° 25)*, qu'il confonde les droits qu'il avait sur la succession. Cet auteur tient pour maxime *(ibid., ch. 4, n.° 54)*, qu'il n'y a point de confusion incommutable, tandis que le titre qui peut opérer la confusion n'est pas incommutable, pourvu que la résolution soit forcée; et il ajoute que cela se pratique ainsi dans le retrait lignager ou féodal, dans le cas de la révocation d'une donation pour survenance d'enfans, d'une restitution fondée sur la minorité et la lésion, et d'une séparation de patrimoines, demandée par les créanciers du défunt, lors de laquelle les créances du défunt, sur son héritier, commencent à revivre, et la confusion cesse, quoique toutes ces manières de résoudre un titre d'acquisition soient différentes : car, les unes se font pour le présent seulement; les autres se font dès-à-présent, comme dès lors; les unes se font par translation du droit d'une personne à une autre; les autres par rescision; parce qu'il suffit que la résolution du contrat ou de l'adition d'hérédité soit forcée, pour faire que la confusion n'ait point de lieu (1).

(1) Le Brun fonde cette doctrine sur la loi 10, ff *quib. mod. pignus vel hyp. sol.*, 20, 6, et sur l'ordonnance de 1441, touchant les rentes

438. Les effets de la confusion cessent encore, suivant le droit romain, par une convention expresse au tacite. Expresse, lorsqu'après la pétition d'hérédité, celui à qui elle avait été adjugée la cède à son adversaire, sous la condition d'exercer tous ses droits et toutes ses actions, de la même manière que si jamais il ne l'avait acceptée. *(L. 7, cod. de pactis, 2, 3).* Tacite, lorsque celui à qui une succession est déférée la vend à un tiers. *L. 2, §§ 18 et 19; ff de heredit. vend., 18, 4.*

Il faut remarquer que les lois citées ne parlent que des droits du cédant ou du vendeur, qui, malgré la confusion, rentrent contre le cessionnaire ou l'acquéreur, dans tous les droits qu'ils auraient vers l'hérédité, et les biens qui en dépendent; ce qui est juste. Mais ils n'y rentrent point envers les créanciers de la succession, qui, non seulement leur seraient préférés, sur les biens de la succession, mais qui auraient de plus

assises sur les maisons de Paris. L'art. 15 porte : « Et s'il advient que » les propriétaires desdites maisons. . . acquièrent rentes dont icelles » maisons. . . . . seront chargées et depuis. . . . . leur soient évin- » cées. . , iceux propriétaires pourront poursuivre leurs dites rentes » et les arrérages échus sur lesdites maisons, contre toutes personnes » qui prétendraient avoir rente, obligation ou charge depuis. . . . . » qu'elles auraient été évincées, et eux aider de priorité, comme » eussent pu faire les vendeurs d'icelles rentes, nonobstant quel- » conque confusion que l'on pourrait arguer. . . . , laquelle confusion » nous ne voulons préjudicier à iceux propriétaires, en quelque ma- » nière que ce soit ».

contre lui une action personnelle, dont il ne pourrait se défendre.

439. Enfin, les effets de la confusion cessent par la restitution que l'héritier ou légataire grevé de substitution est obligé de faire des biens qu'il a reçus, à la charge de les rendre.

Mon frère me devait 20,000 fr. Je l'institue mon héritier, à la charge de rendre mes biens à ses enfans. Il devra leur rendre cette somme de 20,000 fr.

Je devais à mon frère la somme de 20,000 fr. Je l'institue mon héritier, à la charge de rendre mes biens à ses enfans. Le moment de l'institution étant arrivé, il pourra, ou ses créanciers pourront reprendre, sur les biens à restituer, la somme de 20,000 fr. *V. l. 59, ff ad S. C. Trebell., 36, 1, et les commentateurs.*

440. Le Code barbare des émigrés offre l'exemple d'une cessation de confusion, qui fit revivre les droits en faveur de l'une des parties, et non en faveur de l'autre. Après la confiscation des biens des émigrés, les droits actifs et passifs qu'ils avaient les uns contre les autres ou contre l'État, se trouvèrent réunis et confondus entre les mains du fisc. Bonaparte pensa qu'une amnistie pouvait être un des moyens de rétablir la tranquillité en France. Il l'accorda donc, par le fameux sénatus-consulte du 6 floréal an 10, aux émigrés qui voudraient

rentrer dans un délai fixé, et aux conditions prescrites. L'art. 17 leur rendit leurs biens non vendus, mais il en excepta plusieurs, et notamment *les créances qui pouvaient leur appartenir sur le trésor public, et dont l'extinction s'est opérée par confusion, au moment où la République a été saisie de leurs biens, droits et dettes actives.*

Mais cette disposition ne fut point réciproque; les droits de l'État contre les émigrés rayés ou amnistiés ne furent point éteints, comme les droits de ceux-ci contre l'État. Un arrêté du Gouvernement, du 3 floréal an 11, *relatif aux biens confisqués à raison d'émigration, et aux droits des créanciers d'émigrés*, porte, art. 3: « Toutes créances de la République contre un » rayé, éliminé ou amnistié, antérieures à son » amnistie, demeurent éteintes, *s'il est justifié* » que le trésor public ait reçu, soit par le ver- » sement du prix de ses biens vendus, soit par » l'effet de la confusion des créances et droits » qui lui appartenaient, une somme égale au » montant desdites créances ».

Ainsi, les créances des émigrés contre l'État ne pouvaient jamais revivre, quoique les revenus et le prix de leurs biens eussent été versés dans les caisses du trésor public, et celles de l'État contre eux revivaient toujours, à moins qu'il ne fût justifié que le trésor public avait

reçu *du prix* de leurs biens, ou par l'effet de la confusion des droits, une somme égale au montant de ces créances. S'il n'en avait reçu qu'une moitié, qu'un quart, le surplus était exigé des émigrés rentrés.

Quant aux droits des émigrés les uns contre les autres, et qui avaient été confondus dans la main du fisc, l'effet de cette confusion cessait du moment où le Gouvernement avait rendu à deux émigrés créanciers l'un de l'autre ce qui restait de leurs biens respectifs. Ainsi, le créancier qui avait émigré pouvait, après sa radiation, son élimination, ou son brevet d'amnistie, traduire en justice son débiteur, qui avait émigré comme lui, et qui, comme lui, avait été réintégré dans ses droits de citoyen. La Cour de cassation, et plusieurs décrets, l'ont ainsi décidé, par le motif que l'extinction des créances des émigrés, prononcée par le sénatus-consulte du 6 floréal an 10, ne pouvait avoir lieu que dans l'intérêt de la République. *V. le nouveau Répertoire de jurisprudence, verbo* confusion, § *5.*

441. En rendant définitivement aux émigrés leurs biens non vendus, le Roi, que la Providence a rendu à nos vœux, a pensé que l'intérêt des peuples, la nécessité de concilier un acte de justice avec le respect dû à des droits acquis par des tiers en vertu de lois existantes,

avec l'engagement de maintenir les ventes de domaines nationaux ; enfin, la situation des finances, patrimoine commun de la nombreuse famille dont il est le père (1), lui imposaient le devoir de ne point porter atteinte à tout ce qui a été fait en vertu des lois précédentes, avant la loi qu'il a sanctionnée le 5 décembre 1814. L'art. 1 porte : « Sont maintenus, et sortiront leur plein et entier effet, soit envers l'État, soit envers les tiers, tous jugemens et décisions rendus, tous actes passés, tous droits acquis avant la publication de la Charte constitutionnelle, et qui seraient fondés sur des lois ou des actes du Gouvernement relatifs à l'émigration ».

Ainsi, les dispositions du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, et de l'arrêté du Gouvernement du 3 floréal an 11, sur les effets de la confusion, restent en pleine vigueur ; mais l'art. 14 de la loi du 5 décembre 1814 porte qu'il sera sursis, jusqu'au 1.er janvier 1816, à toutes actions de la part des créanciers d'émigrés sur les biens remis *par la présente loi;* les créanciers pourront néanmoins faire tous les actes conservatoires de leurs créances.

Cette surséance, qui ne s'étend point, comme on le voit, aux biens rendus avant cette loi, a été, par une autre loi du 16 janvier 1816, prorogée jusqu'au 1.er janvier 1818.

(1) Voyez le préambule de la loi du 5 décembre 1814.

SECTION VI.

De la perte de la chose due, et des cas où le débiteur est dans l'impossibilité d'accomplir son obligation.

SOMMAIRE.

442. *Le débiteur est libéré par la perte du corps certain et déterminé, qui était l'objet de l'obligation, et pourquoi.*

443. Secùs, *si l'objet est indéterminé, ou déterminé seulement quant à son espèce.*

444. *A moins qu'il n'ait été déterminé par des offres valables.*

445. *S'il fait partie d'une quantité de choses déterminées, la perte de toutes ces choses éteint l'obligation, si les expressions sont limitatives et non démonstratives.*

446. *Examen de la règle que toute obligation est éteinte, si les choses en viennent au point où elle ne pouvait prendre naissance.* Obligatio quamvis initio rectè constituta extinguitur, si res inciderit in eum casum, à quo incipere non poterat.

447. *Quand l'obligation d'une des parties est ainsi éteinte, l'autre est-elle dégagée de la sienne? Règle qu'un contrat une fois parfait n'est pas dissous par les évènemens postérieurs, qui ont amené les choses au point où il ne pouvait prendre naissance.* Quæ semel utiliter constituta sunt durant, licèt ille casus extiterit à quo incipere non potuerunt. *Conciliation de cette règle avec la précédente.*

448. *Quand le contrat est parfait, dans les contrats translatifs de propriété, comme la vente.*

449. *Les contrats qui ne transfèrent que la jouissance de la chose, comme le louage, sont résolus si les choses en viennent au point où ils ne pourraient commencer; les deux parties sont dégagées de leurs obligations respectives.*

450. *La durée du contrat de louage est conditionnelle. Il est dissous si la chose est détruite en totalité.* Quid, *si elle ne l'est qu'en partie?*

451. *Pour appliquer l'une ou l'autre des règles ci-dessus au contrat de société, il faut distinguer si* la propriété, *ou seulement* la jouissance *des choses, est mise en commun.*

452. *Si la propriété, la perte des choses qui forment la mise d'un associé ne rompt pas la société.*

453. *La propriété est apportée à la société du moment où l'obligation de mettre en commun des corps certains et déterminés est parfaite.*

454. *Si on promet seulement de réunir ces corps pour les vendre en commun, et partager le prix de la vente, la propriété n'en est pas transférée, et leur perte arrivée avant la vente rompt la société.*

455. *Exemple tiré d'une loi romaine, dans la convention de réunir des chevaux pour en former un attelage, et les vendre plus avantageusement.*

456. *Cette loi est la source où a été puisée la disposition de l'art. 1867 du Code. Changemens que sa rédaction a éprouvée, et qui l'ont rendue obscure.*

457. *Obscurité de l'art. 1867, qui n'a point changé l'ancienne doctrine enseignée par Pothier.*

458. *L'obscurité se dissipe, et le véritable sens est fixé, en interprétant la première disposition par la dernière, et celle-ci par les art. 711 et 1138.*

459. *Cas où la promesse de mettre une chose en commun n'en transfère pas la propriété.*

460. *Vice de rédaction dans l'art. 1138.*

461. *Des cas où* la jouissance *et non* la propriété *des choses est mise en commun.*

462. *Application de la règle* obligatio quamvis initio rectè constituta *aux obligations de faire.*

463. *Et aux obligations conditionnelles.*

464. *Et à la convention de faire établir une servitude sur le fonds d'autrui.*

465. *De la règle que deux causes lucratives ne peuvent se réunir pour la même chose, en faveur de la même personne.*

466. *La perte de la chose, arrivée par le fait du débiteur, même dans l'ignorance qu'il le fût, n'éteint point la dette.*

467. *Ni la perte arrivée depuis sa demeure, à moins que la chose n'eût également péri chez le créancier.*

468. *Le voleur est toujours en demeure de restituer.*

469. *L'action en dommages et intérêts subsiste contre les héritiers du débiteur.*

470. *Quand elle subsiste contre ses cautions.*

471. Quid, *si la chose a péri par le fait de la caution?*

472. *Ou par le fait de l'un des débiteurs solidaires?*

473. *Par le fait ou depuis la demeure de l'un des héritiers du débiteur?*

474. *C'est au débiteur à prouver que la chose a péri par cas fortuit.*

475. Quid, *s'il s'est chargé des cas fortuits, ou si la perte n'est pas totale?*

476. *Le débiteur doit-il céder au créancier les actions relatives à la chose perdue ou périe? Inadvertance commise à cet égard dans la rédaction de l'article 1303.*

477. *Si l'obligation revit, lorsque la chose consacrée à des usages publics est rendue au commerce.*

478. *Si la rente foncière, créée antérieurement au Code, est éteinte par la destruction du fonds.*

442. L'OBLIGATION de donner consiste à livrer la chose, et à la conserver jusqu'à la livraison, sous peine de dommages et intérêts envers le créancier (1136). Si donc, avant la livraison, le corps *certain et déterminé*, qui était l'objet de l'obligation, vient à périr *sans la faute du débiteur*, il est dégagé de toute obligation (1302). D'un côté, il se trouve réduit à l'impossibilité de livrer la chose : or, nul n'est tenu à l'impossible. De l'autre côté, il n'est point tenu à des dommages et intérêts, qu'il ne peut devoir que dans le cas où l'inexécution de l'obligation vient d'un fait qui peut lui être imputé (1147). Ainsi, son obligation est entièrement éteinte.

C'était un principe reçu, même dans le droit romain, où l'obligation de donner un corps certain n'en transférait pas la propriété. Elle n'était transférée que par la tradition. Dans les principes du Code civil, la propriété pouvant s'acquérir par le seul effet des obligations, celle de livrer un corps certain et déterminé rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses

risques, encore que la tradition n'en ait point été faite. C'est une raison de plus pour que l'obligation de la livrer soit éteinte par la perte de la chose, arrivée sans la faute du débiteur.

443. Mais ce principe, que l'obligation est éteinte par la perte de la chose due ne s'applique, suivant l'art. 1302, conforme en cela à l'ancienne jurisprudence (1) et à la raison, qu'aux obligations dont l'objet est certain et déterminé. Il ne peut s'appliquer aux obligations dont l'objet consiste en choses indéterminées, ou déterminées seulement quant à leur espèce (1129), que les docteurs appelaient *obligationes generis*. J'ai promis de donner un cheval, une couple de bœufs, un attelage de deux ou de quatre chevaux blancs. Il ne peut, en ce cas, y avoir d'extinction des choses dues, quand même celles que j'avais en vue, lorsque j'ai promis, viendraient à périr, parce que ce qui n'est pas déterminé ne s'éteint point. *Genus nunquàm perit. V. ce que nous avons dit tom. 6, p. 810, n.° 695.*

Il faut en dire autant d'une somme d'argent, d'une quantité de choses fongibles ou de marchandises, de tant de mesures de froment, de tant de tonneaux de vin ou de pièces de drap.

(1) Voyez Pothier, Traité des obligations, n.° 622, et Traité de la société, n.° 112.

Ainsi, quoique le débiteur ait les choses dans sa maison, dans ses écuries, greniers ou magasins, si, avant qu'il les ait livrées, elles viennent à périr par une force majeure, par un incendie, par exemple, son obligation n'est pas éteinte. *Incendium ære alieno non exuit debitorem. (L. 11, cod. si certum pet., 4, 2).* Car l'argent, les chevaux, le blé, etc., qui ont péri, ne sont pas les choses qui étaient dues; c'était un attelage, un cheval, etc., lesquels étant indéterminés, ne peuvent périr, tandis qu'il en reste d'autres.

444. Si cependant l'objet indéterminé d'une obligation avait été déterminé par l'offre valable d'un corps certain, il n'est pas douteux qu'alors l'obligation s'éteindrait par la perte de ce corps, arrivée sans la faute du débiteur.

445. Si encore l'objet de l'obligation, quoiqu'indéterminé par lui-même, faisait partie d'une quantité déterminée de choses certaines, l'obligation pourrait s'éteindre par l'extinction complète de toutes les choses. Je vous ai promis deux tonneaux des vins, qui sont dans telle de mes caves, ou dans ma cave, si je n'en ai qu'une. Tous ces vins périssent par un incendie ou autre force majeure; mon obligation est éteinte. *(V. Pothier, n.° 623)*; comme dans les obligations alternatives, le débiteur est libéré,

si les choses comprises dans l'alternative périssent toutes les deux sans sa faute (1193).

Mais il faut, pour cela, que les termes de l'obligation soient *limitatifs*, c'est-à-dire, qu'il en résulte qu'en indiquant le lieu ou le nombre des choses certaines, dont une ou plusieurs font l'objet de l'obligation, les parties ont eu l'intention de la limiter ou restreindre à l'une ou plusieurs de ces choses seulement, de manière qu'elle ne puisse s'étendre à d'autres, à défaut de celles-là.

Au contraire, si les termes de l'obligation ne sont que *démonstratifs*, c'est-à-dire, s'il en résulte que les parties n'ont eu d'autre intention que d'indiquer, de *montrer* le lieu et les choses où doivent être prises d'abord et de préférence celles qui sont promises; en un mot, de désigner seulement *undè solvetur*, sans prétendre qu'à défaut des choses désignées l'obligation ne puisse pas s'étendre à d'autres de la même espèce, l'obligation n'est pas éteinte par la perte de toutes les choses indiquées.

La grande difficulté consiste à discerner (1)

(1) Nous avons vu, tom. 6, n.os 459, 460 et 461, combien ce discernement est difficile. L'imperfection des langues, l'incurie ou l'ignorance des personnes qui rédigent les actes, empêchent qu'on ne puisse, sur ce point comme sur bien d'autres, établir des règles certaines. La décision reste donc toujours abandonnée à la sagacité du magistrat. L'habitude des affaires, la maturité de jugement que donne cette habitude, servent beaucoup à l'interprétation des actes ambigus, et à en pénétrer le véritable sens.

quand les termes sont *limitatifs*, ou seulement *démonstratifs*. Si je me suis obligé de vous donner, par exemple, un tonneau de vin *à prendre* dans ma cave, ces termes ne sont que *démonstratifs (Pothier, n.° 623)*; l'obligation n'est pas limitée aux seuls tonneaux de vin, qui sont dans ma cave; cette expression *à prendre* ne fait qu'indiquer *undè solvetur*.

Mais si je vous ai promis les cent louis qui sont dans mon secrétaire, ou que j'ai déposés chez tel notaire, l'obligation est limitée, et si cette somme vient à périr par force majeure, je suis libéré de mon obligation. *Si certos nummos, putà qui in arcâ sint stipulatus sim, et hi sine culpâ promissoris perierint, nihil nobis debetur. (L. 37, ff de V. O., 45, 1)*. Dans les principes du Code civil, la propriété de la somme ainsi déterminée est transférée au créancier.

S'il y a du doute, il faut décider que les termes de l'obligation ne sont que démonstratifs et non limitatifs. *V. tom. 6, p. 554.*

446. Le principe que l'obligation est éteinte par la perte de la chose qui en était l'objet, s'applique à tous les cas où le débiteur se trouve, sans sa faute, dans l'impossibilité d'accomplir son obligation; par exemple, si le corps, qui en était l'objet, est mis hors du commerce, c'est-à-dire, consacré à des usages publics *(v. tom. 6, n.° 163)*, ou perdu de manière qu'on en ignore

absolument l'existence (1302); car il y a même raison de décider, dans tous les cas où le débiteur se trouve, pour quelque cause que ce soit, mais sans sa faute, dans l'impossibilité de donner le corps certain et déterminé qu'il a promis.

De là cette règle générale que nous ont transmise les jurisconsultes romains. Toute obligation, quoique valable dans son principe, est éteinte, si les choses en viennent au point où elle ne pouvait prendre naissance. *Obligatio, quamvis initio rectè constituta, extinguitur, si res inciderit in eum casum à quo incipere non poterat* (1). Ce qui arrive toujours, lorsque quelqu'évènement, qu'on ne peut imputer au débiteur, rend impossible l'accomplissement de l'obligation.

447. Mais si l'obligation est éteinte par l'impossibilité de l'accomplir, arrivée sans la faute du débiteur, le contrat est-il dissous, de manière que l'autre partie soit également dégagée de son obligation, quoique rien ne l'empêche de l'accomplir? C'est une question importante, qui dépend de l'application d'une autre règle qu'il faut examiner, et qui paraît d'abord contraire à celle-ci (2). C'est qu'un contrat pur et simple,

(1) § 2, *vers. item contra, inst. de inut. stip.*; § 4, *inst. delegat.*; l. 140, § 2, ff *de V. O.*, 45, 1.

(2) Voyez Vinnius, *in* § 14, *instit. delegatis;* Jacques Godefroy sur la loi 85, § 1, ff *de R. J.*; Averani, interpretat. jur., lib. 4, cap. 24 et seq.

une fois parfait, n'est pas dissous par les évènemens postérieurs qui ont amené les choses au point où il ne pouvait prendre naissance. *Non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt durent, licèt ille casus extiterit à quo initium capere non potuerunt* (1). *L. 185, § 1, ff de R. J.*

La première de ces deux règles, comme nous l'avons déjà indiqué, est fondée sur ce que, d'un côté, nul n'est tenu à l'impossible; de l'autre, sur ce qu'on ne peut devoir de dommages et intérêts pour l'inexécution d'une obligation, lorsqu'on n'est pas en faute.

La seconde, sur ce que le présent ne peut rétroagir sur le passé. Les évènemens postérieurs, quels qu'ils soient, ne peuvent faire qu'une chose n'ait pas existé. La loi, par sa toute-puissance, ou bien le consentement des parties, peut seul dissoudre un contrat, en dégageant chacune d'elles de leurs obligations respectives. C'est donc un principe d'éternelle vérité, qu'un contrat, une fois revêtu de tout ce qui est nécessaire pour sa perfection, ne saurait être anéanti par les évènemens postérieurs,

(1) C'est le cas converse de la règle catonième : *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* L. 29, ff *de R. J.* Un acte vicieux, dans son principe, ne peut devenir valable par les évènemens postérieurs. *Vice versâ*, un acte valable, dans son principe, n'est pas détruit par les évènemens postérieurs, qui amènent les choses au point où il ne pourrait prendre naissance, *quæ semel utiliter, etc.* Le présent ne peut pas plus rétroagir sur le passé dans un cas que dans l'autre.

arrivés sans la volonté des parties, quand même ces évènemens auraient amené les choses au point où il ne pourrait prendre naissance.

Pour concilier ces deux règles, et en faire une juste application, il faut savoir si le contrat était parfait ou non, avant la perte de la chose qui en était l'objet, ou avant que les choses en fussent venues au point où il ne pourrait prendre naissance.

Si le contrat était parfait, celui des contractans qui n'est point réduit à l'impossibilité d'accomplir ses obligations, n'en est point dégagé par les évènemens postérieurs. Nous sommes convenus d'échanger tel tableau que je possède, contre telle statue qui vous appartient. Le contrat est parfait par notre seul consentement. Si donc, avant qu'il soit exécuté, avant que je vous aie livré le tableau, et que vous m'ayez livré la statue, le tableau périt sans ma faute, je suis dégagé de l'obligation de vous le livrer. Vous ne l'êtes pas de celle de me livrer la statue, quoique les choses en soient venues au point où le contrat ne pourrait prendre naissance : l'effet du contrat, qui était parfait par notre seul consentement, vous avait rendu propriétaire du tableau, moi de la statue. S'il a péri sans ma faute, par un accident qu'elle n'a point éprouvé, il n'y a pas plus de raison pour me faire supporter cette perte, que pour me

faire partager celle de mon voisin, dont la maison a péri par le feu du ciel, qui a respecté la mienne. En affligeant l'un de nous, la Providence a voulu épargner l'autre. L'accident qui dégage l'un des contractans de son obligation, en le réduisant à l'impossibilité de l'accomplir, ne dégage donc point l'autre, que rien n'empêche d'accomplir la sienne.

Objecterait-on que, suivant l'art. 1184, la condition résolutoire est toujours sous-entendue, dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son obligation? Cette disposition n'est point applicable au cas où l'exécution de l'obligation est devenue impossible, sans la faute du débiteur, comme le prouve la seconde disposition du même article. C'est donc une maxime certaine, que le contrat, une fois parfait, n'est pas dissous par l'accident qui réduit une des parties à l'impossibilité d'accomplir son obligation, et que l'autre partie n'en doit pas moins accomplir la sienne. Le droit romain le décide expressément (1) à l'égard de la vente, qui, comme l'échange, est parfaite, par le seul consentement des parties. Si la chose vendue périt avant la tradition, l'acheteur n'en est pas moins obligé de payer le prix, parce que le contrat n'est pas dissous.

(1) Instit., § 3, *de empt. vend.*, et *ibi* Vinnius.

Si le contrat n'était point encore parfait, la perte du corps certain qui en était l'objet, ou bien l'évènement qui réduit les choses au point où il ne pouvait commencer, en opère l'extinction, ou plutôt l'empêche de naître : car, ce qui manque à sa perfection ne peut plus exister.

448. Il faut donc s'appliquer à bien connaître l'instant précis où le contrat est parfait. Ce moment est facile à fixer dans les contrats dont la nature est de transférer la propriété, tels que la vente. Le contrat est parfait, par le seul consentement des parties, dès qu'on est convenu de la chose et du prix; et dès lors aussi, si la chose périt sans la faute du vendeur, la perte est pour le compte de l'acquéreur. Dès lors encore, le contrat n'en subsisterait pas moins, quand même les évènemens postérieurs ameneraient les choses au point où il n'aurait pu prendre naissance. Par exemple, si les deux parties, ou l'une d'elles mourait, ou tombait en démence une heure après le contrat, il n'en serait pas moins irrévocable.

Il faut pourtant distinguer entre les différentes espèces de ventes; car, lorsque des marchandises sont vendues au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, *en ce sens*, que les choses vendues sont *au compte* du vendeur, jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées. (1585).

Mais il paraît qu'il ne faut pas étendre cette disposition au-delà de son cas précis, et qu'elle n'a d'autre objet que de rejeter les risques et la perte des choses vendues sur le compte du vendeur, jusqu'à ce qu'elles soient pesées ou mesurées. Si, par des évènemens postérieurs, on en venait au point où le contrat n'eût pu prendre naissance; par exemple, si les deux parties, ou l'une d'elles, mourait ou tombait en démence, le contrat n'en subsisterait pas moins en faveur des héritiers ou contre eux. C'est ce qui résulte de la disposition finale du même article, qui donne à l'acheteur la faculté de demander l'exécution du contrat.

Si, au contraire, les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées (1586).

A l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente, tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et *agréées* (1587). Une pareille vente est censée faite sous la condition, si les marchandises plaisent à l'acheteur. Il faut qu'il les *agrée*.

La vente faite à l'essai est aussi toujours présumée faite sous une condition suspensive. (1588).

449. Dans les contrats dont la nature n'est

pas de transférer la propriété, mais seulement la jouissance de la chose, tels que le louage, il est bien évident que la perte de la chose est toujours pour le compte du propriétaire; mais quoique ce contrat soit, comme la vente, parfait par le consentement des parties, en ce sens qu'aucune d'elles ne peut le résoudre sans le consentement de l'autre, il est néanmoins résolu, même de *plein droit*, si la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit (1722, 1741), et le bailleur est dégagé de son obligation, sans aucun dédommagement. Mais le premier est également dégagé des siennes de plein droit; car la somme qu'il s'était obligé de payer annuellement étant le prix de la jouissance de chaque année, ne peut plus être due, dès qu'il est, sans sa faute, privé de cette jouissance. Les choses en sont venues au point où le contrat ne pouvait prendre naissance, et ne peut même continuer d'exister.

450. Le louage est, de sa nature, un contrat dont la durée est conditionnelle. Le preneur ne s'oblige que sous la condition très-réelle, quoique tacite, qu'il jouira de la chose louée. C'est pour le prix de cette jouissance qu'il promet de donner chaque année une somme convenue. Il promet de la donner tant et si longtems qu'il jouira. Son obligation cesse aussitôt qu'il ne peut plus jouir. S'il en est empêché par

la faute du bailleur, il doit être indemnisé par ce dernier, qui lui doit des dommages et intérêts ; *lucrum cessans, damnum emergens.* S'il n'y a aucune faute de la part du bailleur, il ne doit aucune indemnité ; mais le contrat est résolu à défaut de la condition sous laquelle le preneur s'était engagé à payer le prix de sa location.

Si la chose n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander, ou une diminution du prix, ou la résolution même du bail, mais sans aucun dédommagement (1722). Il n'en peut être dû, puisque le bailleur n'est point en faute (1).

451. La société est encore un contrat parfait, par le seul consentement des parties, qui conviennent de *mettre quelque chose en commun,* dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter (1832). Mais pour savoir quand on doit faire à ce contrat l'application de l'une ou de l'autre de nos deux règles, on doit distinguer les cas où les contractans ont mis en commun *la propriété* des choses qu'ils apportent à la société, des cas où ils n'y ont mis que *la jouissance* des mêmes choses. Il faut appliquer au premier cas ce que nous avons dit à l'égard du

(1) Voyez l'art. 1769, dont les dispositions sont des conséquences des principes que nous avons exposés. Voyez aussi Pothier, du louage, n.° 209 ; l. 9, § 1, et l. 33, ff *locati*, 19, 2.

contrat de vente, qui, de sa nature, transfère la propriété des choses vendues; et au second, ce que nous avons dit relativement au contrat de louage, qui, de sa nature, ne transfère que la jouissance des choses louées.

452. Si donc nous avons formé une société par laquelle nous sommes convenus de mettre en commun nos deux corsaires, pour partager les bénéfices que leurs courses pourront procurer, la propriété de ces deux navires est, par le seul effet de la convention, transférée à la société. Si le mien seul périt sans ma faute, même avant que je l'eusse remis à la disposition de la société, elle n'est pas dissoute; elle continue de subsister, et je reste associé pour moitié dans les bénéfices de votre navire. Le mien a péri pour le compte de la société, qui en était devenue propriétaire. C'est ce que décide la disposition finale de l'art. 1867 du Code, qui porte: « *La société n'est pas rompue, par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société* (1) ».

C'est ainsi que le contrat de vente n'est point dissous par la perte de la chose vendue, arri-

(1) Dans la jurisprudence antérieure au Code, la perte survenue avant la tradition du corps certain, qui formait la mise de l'un des associés, ne rompait point non plus la société, quoique la seule obligation de le livrer n'en transférât point la propriété à la société avant la tradition. Pothier, Traité du contrat de société, n.os 110 et suivans.

vée avant la tradition, sans la faute du vendeur, qui continue d'être créancier du prix qu'il peut exiger, *actione venditi*.

453. L'art. 1867 ne dit point quand la propriété de la chose a été apportée à la société. Le Code l'avait déjà dit d'une manière générale, dans les art. 711 et 1138, dont le premier porte que la propriété est transférée par l'effet des obligations; le second, que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties; qu'elle rend le créancier *propriétaire*, et met la chose à ses risques, encore que la tradition n'en ait point été faite. On pouvait se dispenser de répéter ces principes dans l'art. 1867, dont la disposition obscure, pour ne rien dire de plus, quand elle est isolée, peut s'éclaircir par le rapprochement des articles cités. Ils prouvent que la propriété est transférée *ou apportée à la société*, aussitôt que l'obligation de livrer le corps certain et déterminé, qui forme l'objet de la mise, est parfaite par le consentement des parties, encore que la tradition n'en ait point été faite.

454. Mais si, au lieu de convenir de *mettre en commun* des corps certains et déterminés, pour partager les bénéfices qui pourront en résulter (1832), les parties convenaient, non pas de transférer la propriété de ces choses à la société, mais seulement de les réunir pour les

vendre ensemble et partager ensuite le prix, espérant qu'il sera plus avantageux dans une vente commune que dans une vente de chacune des choses séparément, comme alors la propriété des choses qui doivent être vendues est demeurée à chaque associé jusqu'au moment de la vente, et n'a point été transférée à la société, si les choses de l'un d'eux périt avant la vente, la perte est pour son compte, et le but de la société ne pouvant plus être rempli, elle se trouve nécessairement rompue. *Quia negotium recidit in eum casum à quo incipere non poterat.* Le droit romain nous en donne un exemple dont le développement est utile ou même nécessaire, pour bien entendre la première disposition de l'art. 1867, qu'on a trouvée obscure, et avec raison.

455. J'ai un cheval blanc. Vous en avez trois semblables. En les réunissant ils formeront un bel attelage, qui sera vendu plus avantageusement qu'en vendant ces chevaux séparément. Nous convenons de les vendre en commun, pour en partager le prix des trois quarts au quart. Cette convention est parfaite par notre seul consentement; mais elle ne transfère point la propriété des chevaux qui doivent être vendus : car ce n'est pas ce que nous nous sommes proposé de faire. Mon cheval meurt avant la vente. La société est rompue; je ne pourrai

prétendre aucune part dans le prix de vos trois chevaux. *(L. 58, ff pro socio, 17, 2)*. Car, la société n'avait d'autre objet que de vendre les chevaux en commun, pour en partager le prix, et non de mettre les chevaux eux-mêmes dans la société. *Non enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coïtam societatem*, dit Ulpien. Or, la vente commune devient impossible par la mort de mon cheval, dont la propriété n'avait point été transférée à la société. Sa perte est donc pour mon compte, et le contrat est dissous, parce qu'il n'avait d'autre objet qu'une vente commune devenue impossible. *Incidit in casum à quo incipere non poterat.*

Au contraire, si nous étions convenus, non de vendre nos chevaux, mais de les mettre en commun, pour les employer au profit de la société, la perte de l'un d'eux, même avant la tradition, serait pour le compte de la société, qui continuerait d'exister. *Si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in eâ tres partes haberes, ego quartam, non dubiè adhùc socii sumus*, dit encore Ulpien.

456. C'est dans la disposition de cette loi que la commission, chargée de rédiger le projet du Code civil, puisa la première ébauche de l'article 1867 du Code. L'art. 57 du titre de la société portait, dans ce projet : *Sil a été contracté société, pour y mettre le prix de la vente à faire*

en commun de plusieurs choses appartenant à chaque associé, et que la chose de l'un d'eux périsse, la société est éteinte.

Dans l'espèce de ce projet, il s'agit, comme on voit, de mettre en société, non pas les choses mêmes qui doivent être vendues, mais leur prix seulement. Cette convention ne peut donc transférer à la société la propriété de ces choses. Ainsi, la chose de l'un des associés venant à périr avant la vente, la perte est pour son compte, puisqu'il est demeuré propriétaire. Mais, de plus, il devient impossible d'exécuter la convention, et la société est dissoute; car il est de son essence que chaque associé apporte sa mise. Or, il est devenu impossible que l'un d'eux l'apporte. Le contrat s'évanouit donc. *Incidit in casum à quo incipere non poterat.*

Cette rédaction fut changée, pour en rendre la disposition plus générale, dans le projet discuté au Conseil d'Etat, le 14 nivôse an 12. L'article 38 portait : *La chose que l'un des associés devait mettre dans la société, et qui a péri, opère la dissolution de la société, par rapport à tous les associés.*

On voit qu'il s'agit ici, comme dans le premier projet, d'une chose que l'un des associés *devait* mettre en société, mais qu'il n'y avait point encore mise. La disposition est seulement plus générale, et on ajoute au premier projet,

que la société est dissoute, *pour tous les associés*, s'il y en a plus de deux.

Enfin, cette rédaction fut encore changée, d'après les conférences tenues avec le Tribunat, sans que, dans les procès-verbaux du Tribunat, on trouve les motifs de ce changement. Quoi qu'il en soit, elle fut, dans la séance du 3 ventôse an 12, présentée et adoptée, telle qu'on la lit dans l'art. 1867 du Code. « Lorsque l'un des » associés a *promis* de mettre en commun *la* » *propriété* d'une chose, la perte, survenue » avant que *la mise en soit effectuée*, opère la » dissolution de la société, par rapport à tous » les associés ».

457. Ces expressions, *avant que la mise en soit effectuée*, ont paru tellement obscures et équivoques, que quelques personnes, croyant qu'elles signifient *avant que la chose soit livrée, avant que la tradition en soit faite à la société*, ont pensé que cet art. 1867 était en contradiction avec l'art. 1138, qui porte que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties; qu'elle rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques, *encore que la tradition n'en ait point été faite*; d'autres, que ce même art. 1867 contient une exception au principe établi par l'art. 1138, pour le cas de la société; d'où résulterait que si la perte des corps certains et déterminés que

l'un des associés s'est obligé de mettre en commun, périssait sans sa faute, avant qu'il les eût livrés, et qu'il fût en demeure de les livrer, la société serait dissoute : ce qui serait contraire à l'ancienne jurisprudence, et plus encore aux principes du Code.

Pothier *(Traité de la société, n.° 10)* enseigne que si les corps certains et déterminés qu'un associé s'est obligé d'apporter à la société ,pour sa mise, périssent sans sa faute, avant qu'il ait été mis en demeure de les apporter, il est quitte de son obligation, de même que s'il les avait apportés. Il fonde cette proposition sur le principe général que, dans toutes les dettes de corps certains, la chose est aux risques du créancier à qui elle est due, et le débiteur est libéré, lorsqu'elle périt sans sa faute, et avant qu'il ait été mis en demeure de la livrer.

Or, il est contre toute vraisemblance que les rédacteurs du Code aient voulu s'écarter en ce point de l'ancienne doctrine, de la doctrine de Pothier, qu'ils ont constamment suivie pas à pas, comme des enfans à la lisière; qu'ils s'en soient écartés sans aucune raison, ou plutôt contre toute raison; car, après avoir établi, contre l'ancienne jurisprudence, que la tradition n'était plus nécessaire pour transférer la propriété; qu'elle est transmise *par le seul effet de l'obligation,* qui rend *le créancier propriétaire,*

et met la chose à ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, pourquoi faire, pour le cas de la société, une exception en faveur de laquelle on n'aperçoit aucune raison plausible? Il est impossible de croire que telle ait été l'intention des législateurs. On ne trouve aucune trace de cette intention, ni dans les procès-verbaux des conférences tenues au Conseil d'Etat, ni dans les exposés des motifs de la loi.

458. Mais l'art. 1867 est obscur et équivoque. Oui sans doute, et plût à Dieu que ce fût le seul; mais l'obscurité se dissipe en suivant la méthode prescrite par la raison et par les auteurs, d'interpréter les dispositions d'une loi les unes par les autres, et de s'attacher au sens qui s'accorde avec les principes généraux, plutôt qu'à celui qui s'en écarte sans motif. Interprétons la première disposition de l'art. 1867, qui porte que la perte de la chose, survenue *avant que la mise en soit effectuée*, opère la dissolution de la société, par la dernière disposition du même article, qui porte que la société n'est pas rompue par la perte de la chose *dont la propriété a déjà été apportée à la société.*

Il est évident que ces expressions *de mise effectuée, et de propriété apportée*, employées l'une dans la première, l'autre dans la dernière

disposition de l'article, ont la même signification. Dans la première, on s'est servi de cette expression, *mise effectuée,* pour éviter la répétition choquante du même mot, si l'on avait dit, « lorsque l'un des associés a promis » de mettre en commun *la propriété* d'une » chose, la perte survenue, avant que *la pro-* » *priété* en soit *apportée*, opère la dissolution » de la société ».

Mais dans la dernière disposition, où l'on n'avait point à éviter la répétition du même terme, on a rétabli le mot propre, « la société » n'est pas rompue par la perte de la chose » dont *la propriété a déjà été apportée* ».

On voit que, pour expliquer quand la perte de la chose dont l'un des associés a *promis* de mettre la propriété en commun, opère la dissolution de la société, le Code distingue si la perte est arrivée avant ou après la translation de la propriété.

Si elle est arrivée avant cette translation, autrement *avant la mise effectuée,* la société est dissoute.

Si elle est arrivée après que *la propriété a déjà été apportée,* la société n'est pas dissoute.

Ainsi, cette expression *de la mise effectuée* est synonyme de *propriété apportée :* il est du moins certain que l'art. 1867 les a employées l'une pour l'autre.

Mais quand la propriété est-elle tranférée ou apportée? L'art. 1867 ne le dit pas. Il faut donc, pour le savoir, recourir aux art. 711 et 1138, qui portent, l'un que la propriété est transférée par *l'effet des obligations*, l'autre que l'obligation de livrer la chose *rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite.*

L'obscurité, l'équivoque de la première disposition de l'art. 1867, s'éclaircit donc, et son véritable sens est fixé par cette explication, et par le rapprochement, tant de sa dernière disposition, que des art. 711 et 1138.

459. On remarquera peut-être que l'art. 1867 suppose qu'il y a des cas où la propriété d'une chose n'est pas transférée par la seule promesse de la mettre en commun, et rien n'est plus vrai : nous en avons déjà donné un exemple tiré de la loi 58, ff *pro socio*, dans la convention de mettre des chevaux en commun, pour les vendre plus avantageusement et partager le prix de la vente. Nous avons vu aussi que c'est dans cette loi qu'ont été puisés la première ébauche et le fond de l'art. 1867, qui, malgré les changemens de rédactions, qui l'ont rendu obscur, en le généralisant, est rédigé dans le même sens que la loi d'où il tire son origine, et que le projet de la commission·

460. La convention de mettre des choses en commun n'en transfère point encore la propriété, lorsque ce ne sont pas des corps certains et déterminés. Nous ferons, à ce sujet, une remarque sur laquelle nous avons glissé trop légèrement en expliquant, dans les précédens volumes, l'art. 1138 : c'est qu'il existe en cet article un vice de rédaction (1) qui rend sa disposition fausse, par trop de généralité. Il porte que l'obligation de livrer la chose rend le créancier *propriétaire*, etc., sans distinguer entre les choses certaines et déterminées, et les choses incertaines et indéterminées. Pour rendre la rédaction exacte, il fallait dire : « L'obligation de livrer *une chose* » *certaine et déterminée*,..... rend le créancier » propriétaire, par le seul consentement des » parties, encore que la tradition n'en ait » pas été faite.

» Quant aux choses incertaines ou indéterminées, le créancier n'en devient propriétaire que lorsqu'elles sont devenues certaines, » ou lorsque le débiteur les a déterminées, et » lui a valablement fait connaître sa détermination ».

461. Passons aux cas où la jouissance seulement, et non la propriété des choses qui

(1) Il en existe encore un autre que nous avons remarqué, d'après M. Delvincourt, tom. 6, p. 236, à la note.

forment la mise de chaque associé, a été transférée à la société.

Si ces choses sont des corps certains et déterminés, qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé, qui en est demeuré propriétaire (1851), et la société est dissoute (1) par la perte de ces corps, dont la jouissance seule avait été mise en commun (1867); parce qu'alors l'associé se trouve dans l'impossibilité de continuer la mise, qui était le prix de la part qu'il avait dans les bénéfices de la société. Cette impossibilité a conduit les choses au point où le contrat ne pouvait prendre naissance ni continuer de subsister.

Ainsi, dans l'exemple ci-dessus proposé, si, au lieu de mettre en commun la propriété des deux corsaires destinés à faire la course, les associés n'en ont mis en commun que la jouissance seulement, afin de partager les prises, si l'un des navires périt, la société est dissoute (1867); le propriétaire du navire péri n'a droit aux prises faites par l'autre que jusqu'au jour de la perte de son navire.

Si les corps certains et déterminés dont la

(1) M. Malleville, sur l'art. 1867, observe avec raison qu'il faut que la chose périe soit importante; car, si l'une des choses seulement venait à périr, l'associé devrait être admis au remplacement, ou à une indemnité. Il se fonde sur la loi 63, ff *pro socio*, 17, 2, qui dit que la société finit par la perte de la chose, *si nullæ relinquantur.*

jouissance a été mise en commun, ne périssaient qu'en partie, il semble qu'il faudrait suivre la disposition de l'art. 1722, relative au louage, et que les autres associés pourraient demander, suivant les circonstances, soit une diminution de sa part dans les bénéfices attribués à l'associé dont la chose n'a péri qu'en partie, soit la résolution même de la société; par exemple, si l'associé avait mis en commun la jouissance de deux magasins de valeur égale, et que l'un d'eux seulement vînt à périr, il serait juste de réduire sa part dans la société à la moitié de ce qu'elle était originairement, au moins jusqu'à ce qu'il eût rétabli le magasin, ou qu'il en eût donné un autre d'égales valeur et commodité.

Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société, se consomment par l'usage, comme les choses fongibles, si elles se détériorent en les gardant, comme les meubles meublans, le linge, etc. (589), si elles sont destinées à être vendues, ou si elles ont été mises dans la société sur une estimation, elles sont aux risques de la société, dit l'art. 1851. La société n'est donc pas dissoute par la perte de ces choses.

Nous avons mis en commun, vous, la jouissance d'une maison, moi, celle des meubles qui la garnissent, afin de la louer pendant neuf ans

en chambres garnies, et de partager les loyers. A la fin de la société, je reprendrai mes meubles dans l'état où ils se trouveront, quoique détériorés par l'usage. *Arg. art. 589.*

Si ces meubles périssent par cas fortuit pendant la durée de la société, elle n'est pas dissoute, puisque l'art. 1851 dit que cette perte est à son compte. La société continuera de subsister avec les meubles restans et ceux qui auront été rachetés des fonds communs; mais comme les meubles qui ont péri étaient aux risques de la société, j'en préleverai la valeur, lors de la dissolution, à dire d'experts, ou suivant l'estimation, s'il en avait été fait inventaire. *Art. 1651, junct. art. 453 et 600 (1).*

Mais si les meubles dont la jouissance seulement avait été mise dans la société avec estimation, existent en nature à la fin de la société, l'associé qui les avait mis en commun est tenu de les reprendre, quoique détériorés. *Arg. art. 453 et 589.*

462. La règle que toute obligation, quoique

(1) Voilà des cas où la société n'est pas dissoute, par la perte des choses dont la jouissance seulement avait été mise en commun. Il y a donc un vice de rédaction dans l'art. 1867, qui porte que la société est « dissoute, *dans tous les cas*, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule en a été mise en commun ». Cette disposition pèche manifestement par trop de généralité. Il n'est pas exact de dire que, *dans tous les cas*, la société soit dissoute par la perte de la chose dont la jouissance seule a été mise en commun. Cette expression trop générale est en contradiction avec l'art. 1851.

valable dans son principe, est éteinte si les choses en viennent au point où elle ne pouvait prendre naissance, s'applique aux obligations de faire, aussi bien qu'aux obligations de donner, lorsque le débiteur est sans sa faute empêché de faire ce qu'il avait promis; par exemple, un peintre ou un sculpteur, qui devient paralytique, après avoir promis de faire un tableau, une statue, est dégagé de son obligation par l'impossibilité de la remplir. *Res incidit in eum casum à quo incipere non poterat.*

S'il s'agissait, non d'un fait personnel au débiteur, mais d'un fait qui peut être accompli par une autre personne, le débiteur devenu paralytique ne serait pas dégagé de son obligation. *(v. tom. 6, n.os 404 et suiv., n.os 592 et suiv.);* car les choses n'en sont pas venues au point où le contrat ne pouvait commencer. Il y a des ouvrages qu'on peut faire faire par autrui, au lieu de les faire soi-même.

Mais si celui qui s'était chargé de faire faire ces ouvrages, ou de les faire lui-même, vient à mourir, *res incidit in casum à quo incipere non poterat :* le contrat est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte, ou de l'entrepreneur (1795).

Néanmoins, le contrat n'est dissous que pour l'avenir; le propriétaire est tenu, en proportion du prix convenu, de payer à leur succession

la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que les travaux ou les matériaux peuvent lui être utiles (1796).

Les exemples que nous venons de donner serviront, dans la pratique, à discerner quand on doit faire l'application de l'une ou de l'autre des règles que nous expliquons.

463. A l'égard des contrats conditionnels (1), l'art. 1182 porte : « Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'évènement de la condition.

« Si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, son obligation est éteinte ». Celle de l'autre partie l'est également, ou plutôt l'une et l'autre obligation n'ont jamais existé, quand même la condition viendrait à s'accomplir après la perte de la chose; car il n'existe point d'obligation avant son accomplissement; il y a seulement espérance qu'elle existera : *tantùm spes est debitum iri.* Il n'en peut plus exister, si la chose qui en est l'objet périt entièrement avant l'accomplissement de la condition, parce que les choses en sont venues au

(1) Voyez Averani, interpret., lib. 4, cap. 26, n.° 6.

point où les obligations respectives des deux contractans ne peuvent prendre naissance.

Si la chose n'est pas entièrement périe, si elle s'est seulement détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution de prix (1182).

464. La loi 126, § 1, *ff de V. O., 45, 1,* applique la règle que l'obligation est éteinte, si les choses en viennent au point où elle ne pouvait commencer, à un cas qu'il est bon d'examiner. Vous avez promis et vous vous êtes fait fort, moyennant 300 fr, de me faire avoir, pour l'utilité de ma maison, un droit de passage sur le fonds voisin; mais j'ai vendu ma maison, sans céder à l'acquéreur ma créance pour le droit de passage. Cette créance s'évanouit, dit le jurisconsulte Paul, *evanescit stipulatio*, parce que le droit de passage qui en était l'objet ne peut plus m'être dû; il ne peut l'être qu'au propriétaire de la maison, ou plutôt à la maison elle-même.

Mais cette décision doit-elle être aujourd'hui suivie? Nous ne le pensons pas; nous en avons déjà dit les raisons, tom. 6, n.os 423 et 424. Si je n'ai pas exprimé, dans l'acte de vente de ma maison, la cession de la créance relative au droit de servitude, cette cession n'y était-elle

pas tacitement comprise avec tous les accessoires de la maison, de même que les actions rescindantes et rescisoires ? La convention relative à l'établissement d'un droit de passage est une convention réelle, *pactum in rem*, puisqu'elle n'a pour objet qu'un droit inséparable de la maison, un droit qui doit appartenir à tous ceux qui la posséderont. Or, les droits de cette nature, ainsi que la convention de les établir (1), passent de plein droit à l'acquéreur, ou autre successeur à titre singulier, même dans les principes du droit romain. *Pactum conventum cùm venditore factum, si in rem constituatur secundum plurium sententiam et emptori prodest, et hoc jure nos uti, Pomponius scribit. L. 17, § 5, ff de pactis, 2, 14.*

Si l'action que donne la convention de faire établir une servitude s'éteignait par la seule omission d'en parler dans l'acte de vente de la maison, il en résulterait une véritable injustice. Celui qui a promis de la faire établir serait-il, par cette omission, qui ne lui est pas imputable, obligé de rendre les 300 fr. qu'il a reçus, ou privé de les demander, s'il ne les a pas reçus? Ce serait une injustice, s'il était prêt à faire établir la servitude : car le vendeur de la maison n'a pu se dégager de son obligation en la

(1) Voyez tom. 4, n.° 60, p. 69.

vendant sans nécessité. Personne ne peut se dégager de son obligation par son seul fait, et sans le consentement de l'autre partie. Il ne pourra donc réclamer les 300 fr., s'il les a payés, et s'il ne les a pas payés, il pourra être contraint de le faire.

D'un autre côté, celui qui a reçu 300 fr. pour faire établir la servitude, ne peut garder ou réclamer cette somme, sans accomplir son obligation. Nous persistons donc à croire qu'il est plus conforme à l'équité, à la raison, et même aux vrais principes du droit, de dire que, dans l'espèce proposée, l'action pour faire établir la servitude passe à l'acquéreur, quoiqu'on ait omis de l'exprimer dans le contrat.

465. De la règle que l'obligation du débiteur est éteinte lorsque les choses en sont venues au point où elle ne pouvait prendre naissance, est dérivée cette autre règle du droit romain, que deux causes lucratives ne peuvent se réunir pour la même chose, en faveur de la même personne, *duas lucrativas causas in eumdem hominem et eamdem rem concurrere non posse. (Inst. de legatis, § 6; l. 17, ff de oblig. et act., 44, 7)*. Je vous ai légué un héritage que je savais n'être pas à moi; depuis ma mort, et avant l'exécution du legs, le propriétaire vous l'a donné, ou vous avez seul recueilli sa succession : mon héritier est dégagé de l'obligation de vous le livrer, ou

de vous en donner la valeur, parce que cet héritage étant devenu votre propriété, les choses en sont venues au point où il ne peut plus vous être donné. *In eum casum incidit obligatio à quo incidere non potuit.*

Si vous étiez devenu propriétaire de l'héritage à titre onéreux, mon héritier ne serait pas dégagé de l'obligation de vous en donner la valeur, parce que, suivant la loi 14, ff *de V. S., cui pretium rei abest, adhùc res ipsa abesse videtur.*

Dans les principes du Code civil, qui déclare nuls le legs et la vente de la chose d'autrui, le concours de deux titres lucratifs pour la même chose, et en faveur de la même personne, se rencontrera très-difficilement. Ainsi, nous ne nous étendrons pas davange sur l'explication de cette règle; ceux qui désirent une plus ample explication, peuvent recourir aux traités savans, composés sur cette matière (1).

466. La dette n'est point éteinte par la perte du corps certain et déterminé, qui était l'objet de l'obligation, lorsqu'elle arrive par le fait du débiteur, quand même il aurait détruit la chose

(1) Voyez Puga et Feijoo, Tractatus *de prohibito concursu causarum lucrativarum*, tom. 1, opp., p. 238; Majausii Disputatio, *de prohibito concursu lucrativarum causarum*, disp. 7, tom. 1, p. 118; Fernand Retes, opuscul., lib. 7, cap. 6, in Meermanni Thesauro, tom. 6, p. 373; Vinnius et les autres commentateurs, sur le § 6, instit. *de legatis*; Pothier, des oblig., n.os 616 et 617.

avant de savoir qu'il en était débiteur. *L. 91, § 2, ff de V. O.*

Si la perte est arrivée, non pas précisément par *le fait* du débiteur, mais par sa faute, par sa négligence, parce qu'il n'a pas eu de la chose tout le soin qu'il en devait avoir, la dette n'est pas éteinte, elle se convertit, comme dans le cas précédent, en obligation du prix de la chose et des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

467. Enfin, la perte de la chose n'éteint point l'obligation, lorsqu'elle arrive depuis la demeure du débiteur (1302). *(Loi 82, § 1, ff de V. O.)*, pourvu que, 1.° la demeure n'eût pas été purgée *(loi 91, § 3, ff de V. O.)*; 2.° que la chose ne fût pas également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée (302). *Pothier, n.° 628; Cujas, sur la loi 23, ff de V. O.*

468. Mais s'il s'agit de la restitution d'une chose volée, on ne doit pas rechercher si la chose serait également périe chez le créancier (1302); celui qui l'a soustraite est tenu d'en rendre la valeur, de quelque manière et dans quelque tems qu'elle ait péri, soit avant, soit depuis la demande; car il est toujours censé en demeure du jour de son vol. *(Loi 20, ff de condict. furtiv., 13, 1)*. Cette rigueur ne s'applique, suivant le Code, qu'au voleur même, *à celui qui a soustrait* la chose, et non à ses héritiers.

469. Lorsque la chose due a péri par le fait, par la faute ou depuis la demeure du débiteur, l'obligation se réduit au prix de la chose, en y ajoutant, s'il y a lieu, les dommages et intérêts plus ou moins considérables, suivant les circonstances. *Voyez ce que nous avons dit tom. 6, sur les dommages et intérêts.*

470. Cette créance du prix et des dommages et intérêts subsiste contre les héritiers du débiteur et même contre ses cautions, si le cautionnement est indéfini, et non réduit à une somme déterminée, parce que « le cautionnement d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution ». (2016). *(Pothier, n.os 404 et 629).* Le fidéjusseur, lorsqu'il n'a pas limité son cautionnement, est censé avoir cautionné tant l'obligation principale que les obligations secondaires ou accessoires.

471. Si la chose est périe par le fait, ou par la faute de la caution, ou depuis qu'elle a été mise en demeure, elle reste seule obligée au prix de la chose; le débiteur principal est libéré. *(Loi 32, § 5, ff de usur., 22, 1; loi 49, ff de V. O., 45, 1)*. La raison en est que si la caution est obligée pour le débiteur principal, celui-ci n'est point obligé pour la caution,

et par conséquent il ne peut être tenu de l'obligation que la caution a contractée par son fait, par sa faute, ou par sa demeure.

472. Si la chose a péri par le fait, par la faute, ou depuis la demeure de l'un des débiteurs solidaires, ses codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose, mais ils ne sont point tenus des dommages et intérêts qui peuvent être dus. Le créancier peut les répéter seulement, tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure. (1205). *Pothier, n.° 273.*

473. Si la chose périt par le fait, par la faute, ou depuis la demeure de l'un des héritiers du débiteur, ses cohéritiers sont libérés, tant du prix de la chose, que des dommages et intérêts *(loi 48, § 1, ff de legat.,* 1.°*)*; parce que la perte est arrivée sans leur faute, et qu'ils ne répondent point des faits les uns des autres : car, quoiqu'ils soient tenus hypothécairement du tout de la dette, ils ne sont personnellement débiteurs chacun que pour leur part. *(Pothier, n.° 631)*. Or, cette part a péri sans leur faute, par la faute d'une personne des faits de laquelle ils ne répondent point.

474. Le débiteur qui prétend être libéré par la perte de la chose, est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue. (1302). Car il devient

demandeur par son exception, *in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem probare debere. Loi 19, ff de probat., 22, 3.*

475. S'il était chargé des cas fortuits, il ne serait pas libéré par la perte du corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation. (1302) (1).

Si la perte n'était pas totale, s'il restait quelque partie de la chose, la dette subsisterait pour cette partie. J'ai acheté une maison, qui a péri par un incendie; le vendeur ne m'en doit pas moins livrer le fonds et les matériaux. J'ai acheté un troupeau qui a péri par une épizootie, hormis une seule bête. Cette bête me reste due : nulle difficulté sur cela.

J'ai acheté votre bœuf, qui périt ensuite par accident. La peau m'en est due si elle a été sauvée. Cependant les jurisconsultes romains en avaient douté, par la raison que la mort du bœuf étant une extinction totale de la chose qui m'était due, on ne peut pas dire que le bœuf qui m'était dû subsiste depuis sa mort pour quelque partie. Pothier, n.° 633, a fort bien observé que ce raisonnement n'est qu'une

(1) Sur la charge des cas fortuits, voyez ce que nous avons dit, tom. 6, n.os 226 et 227; Vinnius, Quæst. selec., lib. 2, cap. 1; Pothier, des obligations, n.os 142 et 632, et Traité du contrat de louage, n.° 178.

pure subtilité, à laquelle on ne doit pas s'arrêter.

Les accessoires de la chose qui a péri demeurent dus après sa perte. J'ai acheté votre cheval, avec le harnois qui en est l'accessoire. Il périt par accident; vous n'êtes pas dispensé de me livrer le harnois.

476. Pothier enseigne, n.° 634, que si le débiteur de la chose perdue ou mise hors du commerce, a des droits et des actions relativement à cette chose, il doit céder ses actions à son créancier, et le subroger dans ses droits. Par exemple, si le cheval que vous m'avez vendu était tué par un tiers, ou enlevé par violence, vous deviez me céder vos actions contre le meurtrier ou le voleur, et me subroger dans vos droits. De même, si le terrain que je vous ai vendu, et non encore livré, avait été consacré à des usages publics, par l'autorité compétente, je devais vous subroger dans l'indemnité due.

Rien de plus exact dans les principes de l'ancienne jurisprudence, où la propriété n'était transférée que par la tradition. Le vendeur étant demeuré propriétaire, c'était en sa personne que résidaient les actions relatives à la chose volée ou consacrée à des usages publics.

Il en est autrement dans les principes du Code, où la propriété du corps certain et

déterminé est transférée par l'effet des obligations (711); où l'obligation de livrer un corps certain rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques, encore que la tradition n'en ait pas été faite. (1138). Il en résulte que le débiteur de ce corps certain, le vendeur, par exemple, étant dépouillé de la propriété, n'a plus d'action relativement au vol ou à la perte de la chose vendue; ces actions ne peuvent appartenir qu'à l'acquéreur devenu propriétaire de la chose, de la même manière qu'elles lui appartenaient autrefois après la tradition. Il n'a donc pas besoin de subrogation pour exercer les actions; et s'il ne les exerçait que dans le nom du vendeur, il ne pourrait demander aucuns dommages et intérêts, puisque le vendeur n'éprouve réellement aucun préjudice de la perte d'une chose qui ne lui appartient plus.

Cependant, on a laissé subsister l'ancienne doctrine de Pothier, dans l'art. 1303, sans s'apercevoir qu'elle n'est plus en harmonie avec les nouveaux principes. Cette disparate n'existait point dans le projet de Code rédigé par la commission. La disposition de l'article 1303 ne s'y trouve point. Elle fut ajoutée, sans que nous sachions par qui, ni pourquoi, dans la rédaction nouvelle du titre des obligations conventionnelles, proposée à la discussion du Conseil, dans les séances des 11,

18 et 25 brumaire an 12; et les esprits, encore peu familiarisés avec les nouveaux principes, n'aperçurent point l'inconséquence de cette disposition.

L'art. 1303 est donc l'un de ceux qui doivent être réformés, lors de la révision du Code.

477. Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord (1) sur la question de savoir si, lorsque l'obligation avait été éteinte par la consécration de la chose à des usages publics, la dette revivait, dans le cas où la chose était rendue au commerce, et si le débiteur était alors obligé de la livrer au créancier. Celsus pensait que l'obligation n'avait pas été éteinte, mais seulement assoupie; et son opinion, qui pourtant n'avait pas prévalu, est d'autant moins douteuse dans les principes du Code, que le débiteur ayant été dépouillé de la propriété de la chose avant la consécration, il n'a plus aucun droit à cette chose, qui ne peut être réclamée que par le créancier devenu propriétaire. Il pourrait donc seul la réclamer, si elle était rendue au commerce avant qu'il eût reçu la juste et préalable indemnité que les lois lui accordent. S'il l'avait reçue, ses droits seraient éteints; la chose demeurerait unie au domaine de l'Etat, jusqu'à ce que le Gouvernement n'en eût disposé suivant les formes légales.

(1) Voyez Vinnius sur le § 2, instit. *de inut. stip.*, n.° 10.

478. La destruction totale de l'héritage éteignait autrefois la rente foncière dont il était chargé. (*V. Pothier, du bail à rente, n.° 190*). Sous l'empire du Code, toute rente créée pour prix du transport d'un héritage est meuble et essentiellement rachetable. (530). Elle n'affecte plus l'héritage qu'à titre d'hypothèque. Ainsi, la destruction même totale de l'héritage ne peut plus éteindre la rente.

Mais cette disposition doit-elle rétroagir sur les anciennes rentes foncières créées avant les nouvelles lois, et priver le débiteur d'un moyen d'extinction qui lui était acquis, éventuellement il est vrai, par la nature de son contrat? Nous ne le pensons pas. Nous avons dit, tom. 3, p. 369, n.° 352, que le droit de déguerpir n'avait pas été enlevé aux débiteurs d'anciennes rentes foncières : c'était une condition résolutoire sous-entendue dans le contrat. Si l'on admet cette proposition, qui nous paraît vraie, il faut admettre aussi que l'ancienne rente foncière est éteinte par la destruction totale de l'héritage, pour prix duquel elle a été originairement créée. Ces principes sont la conséquence de ceux qu'a professés la Cour de cassation, dans les considérans d'un arrêt du 11 octobre 1814. (*Sirey, tom. 15, p. 147*). On y établit que : « Le rachat autorisé par l'art. 1.er » du tit. 1.er de la loi du 29 décembre 1790,

» n'a rien changé à la *nature* des rentes fon-
» cières, ni aux droits en résultans pour *le*
» *bailleur;* que... le pacte commissoire était de
» la nature du contrat de bail à rente fon-
» cière;..... qu'il suit de là que le droit qui
» compète au bailleur de rentrer dans son
» fonds, en vertu du pacte commissoire, à
» défaut de paiement de la rente foncière,
» est...étranger aux lois sur le régime hypothé-
» caire, et se conserve indépendamment des
» formalités établies par ces lois, etc. »

Si les droits résultans de la nature du bail à rente foncière n'ont point changé pour le bailleur, ils n'ont pu changer pour le preneur.

SECTION VII.

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

SOMMAIRE.

479. *La loi annule les conventions de deux manières, immédiatement, ou par le ministère du juge.*

480. *Doutes qui naissent lorsque la loi commande ou défend un acte, sans ajouter que l'acte fait contre la défense sera nul, ou que l'omission de la formalité prescrite entraînera la nullité.*

481. *L'intention du législateur n'est pas toujours d'annuler les actes fait contre sa prohibition, ou dans lesquels on ne s'est pas conformé à ce qu'il prescrit : c'est à lui de manifester sa volonté sur ce point.*

482. *On ne doit pas suppléer les nullités qui ne sont pas établies par la loi.*

483. *La loi 5,* cod. de legibus, *déclare nuls les actes faits contre la prohibition des lois, quoique la nullité n'en soit pas prononcée.*

484. *Cette loi n'est pas obligatoire en France.*

485. *Elle est contraire à la règle :* Multa fieri prohibentur quæ si facta fuerint obtinent firmitatem. *Efforts des docteurs pour concilier ces deux règles ; examen de leurs distinctions et limitations.*

486. *Première limitation ; si la loi prononce une peine contre l'infracteur de sa défense.*

487. *Deuxième limitation ; si la cause de la prohibition est temporelle.*

488. *Troisième limitation ; si la défense porte sur l'acte en lui-même, ou sur ses circonstances, comme le tems, le lieu, etc.*

489. *Quatrième limitation ; si la nullité ne préjudicie qu'aux parties, ou si elle préjudicie à des tiers.*

490. *Cinquième limitation ; si la défense est pure et simple, ou si la loi ajoute quelque mot qui indique l'intention de laisser subsister l'acte.*

491. *Examen de la loi 5,* cod. de leg. ; *elle n'est pas fondée sur la nature des choses : la défense pure et simple ne manifeste point, sans clause irritante, la volonté d'annuler les actes faits contre la prohibition.*

492. *Réponse à une objection.*

493. *La loi 5,* cod. de leg., *ne fut jamais adoptée par les lois françaises.*

494. *Preuve, dans la manière dont elles sont rédigées.*

495. *Dans l'art. 1030 du Code de procédure, qui établit une règle contraire à celle de la loi 5,* cod. de leg.

496. *Dans la manière dont est rédigé le Code civil et la loi sur le Notariat.*

497. *Dans la précaution d'annuler, par une disposition formelle, les conventions contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.*

498. *Doctrine des interprètes sur les lois qui règlent la forme des actes. Leur brocard,* ex formâ non servatâ resultat nullitas actûs.

499. *Distinction des formalités* substantielles *et des* accidentelles *ou secondaires.*

500. *Difficultés de les discerner; examen des règles imaginées pour vaincre ces difficultés.*

501. *Première règle; la formalité est* substantielle, *quand elle est fondée sur l'équité naturelle;* accidentelle, *si elle est fondée sur une disposition arbitraire. Application de la règle. Exemples.*

502. *Deuxième règle; la formalité est substantielle, si on ne peut y renoncer; accidentelle, si on le peut. Insuffisance de la règle.*

503. *Troisième règle; les formalités d'un acte d'institution nouvelle sont censées substantielles, et non les formalités ajoutées à un acte d'ancienne institution.*

504. *Quatrième règle; distinction entre les formalités qui doivent précéder, accompagner ou suivre l'acte. Le défaut de transcription n'annule pas les actes translatifs de propriété. Faut-il faire une exception relativement aux donations? Examen d'un arrêt de la Cour de cassation.*

505. *L'omission d'une partie des formalités emporte la nullité, s'il y a clause irritante.*

506. *Les règles données par les docteurs n'apprennent point à discerner sûrement les formalités substantielles.*

507. *Cependant, la Cour de cassation adopta l'obscure doctrine des formalités substantielles et accidentelles.*

508. *Elle n'enseigna point à les discerner ; leur définition.*

509. *Elle n'a pas toujours eu la même idée des formalités substantielles. Exemples relatifs aux inscriptions hypothécaires.*

510. *La publicité des hypothèques est le but unique de ces inscriptions. Ce qui est nécessaire pour remplir ce but.*

511. *La Cour de cassation alla fort au-delà de ce but, dans sa première jurisprudence.*

512. *Mais elle l'a changée d'une manière remarquable.*

513. *Ses principes sont aujourd'hui que les juges ne peuvent suppléer la peine de nullité, lorsqu'elle n'est pas prononcée par la loi, à moins que la formalité ne puisse être considérée comme* substantielle, *c'est-à-dire, comme formant la substance intrinsèque de l'acte ; autrement, comme nécessaire à son existence et indispensable pour remplir le but de la loi.*

514. *Ces principes sont adoptés et suivis par les Cours royales.*

515. *Ils s'appliquent aux formalités des autres actes. Résumé de la discussion.*

516. *Première règle ; ne point prononcer la nullité des actes où quelque disposition de la loi n'a point été observée, lorsque cette peine n'a pas été prononcée par le législateur.*

517. *Deuxième règle ; tout acte qui ne contient pas ce qui est indispensable pour remplir le but de son institution, est imparfait et nul.*

518. *Troisième règle ; le silence de la loi, sur l'effet que doit produire l'omission d'une formalité, ou l'inobservation d'une disposition, annonce qu'elle s'en est reposée sur la prudence des juges.*

519. *Dans le doute, il ne faut pas prononcer la nullité.*

520. *Il y a deux espèces de nullités ; l'une de plein droit, l'autre par voie d'action : cette dernière est le cas de la rescision ou restitution. Sa nature.*

521. *Elle vient des Romains, qui l'accordaient pour les vices radicaux des conventions.*

522. *Les contrats infectés de ces vices n'étaient pas nuls de plein droit. Les Préteurs permirent de les rescinder, et de restituer les parties en entier, c'est-à-dire, de les rétablir en l'état où elles étaient auparavant.*

523. *En France, le Roi pouvait seul accorder la restitution. Pourquoi et comment.*

524. *De là, l'ancienne maxime, aujourd'hui abrogée, que* les voies de nullité n'ont lieu en France.

525. *Différences des obligations nulles de droit, et des obligations sujettes à rescision.*

526. *1.° Dans l'action en nullité, le demandeur n'est pas tenu de prouver qu'il a été lésé; l'action en rescision n'est point reçue, si la lésion n'est pas prouvée;*

527. *2.° Le juge ne peut, sans s'exposer à la censure, rejeter la nullité prononcée par la loi. Il peut rejeter la demande en rescision;*

528. *3.° L'acte nul de droit ne doit pas être exécuté par provision; conséquence de ce principe, relativement à l'action possessoire.*

529. *Au contraire, l'acte sujet à rescision doit être provisoirement exécuté.*

530. *Ainsi, l'action en nullité suspend la perception du droit de mutation; l'acte sujet à rescision ne la suspend pas.*

531. *On ne peut, en cause d'appel, convertir en demande en nullité la demande en rescision formée en première instance, et* vice versâ.

532. *Si l'acte est annulé ou rescindé, le droit perçu doit-il être restitué?*

533. *Dans l'ancienne jurisprudence, le contrat rescindé pour vice radical ne produisait point de droit de mutation. Le droit perçu devait être restitué.*

534. *Pourvu que la rescision eût été prononcée par un jugement, et non pas volontairement.*

535. *Suivant la loi sur l'enregistrement, le droit perçu* régulièrement *n'est jamais restitué.*

536. *La rescision du contrat ne produisait pas autrefois un nouveau droit de mutation.*

537. *Même lorsqu'elle était faite par transaction, mais sans fraude.*

538. *La résolution pour vice radical ne produit point de droit de mutation, suivant la loi sur l'enregistrement.*

539. *La résolution pour défaut de paiement en produit un, si l'acquéreur était entré en possession.*

540. *C'est le seul cas où la résolution, pour vice radical, produise un droit de mutation.*

541. *Jugement du tribunal de Châtillon, qui décide que le droit n'est pas dû pour rescision consentie en jugement d'un contrat fait en minorité.*

542. *Ce jugement déféré à la Cour de cassation, qu'on égare par de faux raisonnemens et de faux principes.*

543. *On lui soutint que la* rescision *n'a pas d'effet rétroactif. Fausseté de ce principe.*

544. *On détourna le sens de la loi, en insinuant que les mots* nullité radicale *signifient* nullité de plein droit.

545. *On soutint que la résolution d'un contrat, même pour* nullité radicale, *produit un droit de mutation, si elle n'est pas prononcée par un jugement. Fausseté de cette assertion.*

546. *Par son arrêt du 5 germinal an 13, la Cour cassa le jugement, et adopta deux erreurs; l'une est que la loi soumet au droit de mutation la résolution des contrats simplement sujets à rescision; l'autre que la résolution, même pour cause de nullité, n'en est pas dispensée, si elle n'est prononcée par un jugement.*

547. *Cet arrêt ne peut fixer la jurisprudence. La première erreur a déjà été rétractée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 avril 1811. C'est aux tribunaux à lui fournir l'occasion de rétracter la seconde.*

548. *La rescision n'opère point de mutation, suivant le Code; elle a son effet contre les tiers possesseurs, et anéantit les charges créées et les aliénations faites en leur faveur.*

549. *La rescision pour lésion des sept douzièmes produit les mêmes effets.*

550. *Ainsi que la résolution pour défaut de paiement, la distinction entre le cas où l'acquéreur est entré en possession, et celui où il n'y est pas entré, n'est relative qu'au droit de mutation.*

551. *La rescision et la résolution d'un contrat ne sont point termes synonymes. Leurs différences.*

552. *Des nullités absolues et des nullités relatives.*

553. *Suivant la doctrine de Dunod, les nullités sont absolues, lorsque la loi résiste continuellement aux actes qu'elle défend : telles sont celles qui sont fondées sur l'intérêt public.*

554. *Les nullités respectives, sont celles qui sont fondées sur l'intérêt des particuliers, dont eux seuls, et non les tiers, peuvent se prévaloir, comme la nullité des obligations du mineur ou de la femme non autorisés.*

555. *Toutes les nullités qui ont pour cause l'intérêt public sont absolues; mais toutes les nullités absolues n'ont pas pour cause l'intérêt public.*

556. *Les nullités absolues, celles même qui ont une cause publique, ne peuvent être opposées que par ceux qui ont un intérêt né et actuel à s'en prévaloir.*

557. *Pourquoi ceux qui n'ont point été parties dans un acte peuvent en opposer la nullité absolue.*

558. *Toute nullité est absolue, lorsqu'elle est prononcée par la loi, sans restriction.*

559. *Le simple possesseur peut opposer la nullité absolue d'un acte.*

560. *A plus forte raison, les créanciers même chirographaires du vendeur.*

561. *La nullité absolue ne peut être couverte par la ratification, si elle a pour cause l'intérêt public, à moins que l'acte n'ait cessé d'être illicite.*

562. *Les nullités absolues, qui n'ont pour cause que des intérêts privés, peuvent toujours être couvertes par la ratification, même tacite. Exemple, dans la vente d'un bien de mineur faite par le tuteur, et dont le prix est employé dans le compte.*

563. *Mais la ratification n'a point d'effet rétroactif.*

564. *La ratification des actes dont la nullité n'est que respective, a un effet rétroactif. Exemple, dans les contrats des mineurs, ratifiés en majorité.*

565. *Si l'hypothèque accessoire de l'obligation personnelle, ratifiée en majorité, conserve sa date au jour du contrat.*

566. *Si les créanciers peuvent, malgré leur débiteur, exercer l'action en rescision ou l'action en nullité, lorsqu'elle n'est que respective.*

567. *Réponse aux objections. Ils ne le peuvent.*

568. *A moins qu'il n'y ait fraude. Il faut la prouver.*

569. *Réponse à une nouvelle objection. Jurisprudence de la Cour de Paris.*

570. *L'art. 1338 ne s'oppose point à l'effet rétroactif de la ratification des actes passés par le mineur ou la femme non autorisée.*

571. *La ratification faite par la veuve, des obligations contractées sans autorisation pendant le mariage, a un effet rétroactif. Rétractation d'une erreur échappée à l'auteur dans son deuxième volume.*

572. *La ratification des actes sujets à rescision a un effet rétroactif, même lorsqu'elle est faite par un mineur devenu majeur.*

573. *Si les formes prescrites ont été observées, les actes faits par le mineur ne sont pas nuls, mais seulement sujets à rescision pour lésion.*

574. *Le majeur n'est restituable pour lésion qu'en deux cas.*

575. *Dans les actes de pure administration, les mineurs émancipés ne sont restitués que dans les cas où les majeurs pourraient l'être.*

576. *Quant aux autres actes, ils sont rangés dans la classe des non émancipés, et restituables pour toute espèce de lésion, et dans toute espèce d'actes, même pour omission d'acquérir.*

577. *Quelle lésion suffit pour la restitution des mineurs.*

578. *Il suffirait que l'engagement pût induire le mineur dans des procès.*

579. *Il n'est pas besoin de lésion, quand l'engagement est nul dans la forme.*

580. *Les mineurs ou les femmes, admis à la restitution, ne rendent que ce qu'on prouve avoir tourné à leur profit.*

581. *Le prêt fait au mineur, en pays étranger, est présumé fait en cas de nécessité.*

582. *Si l'acte est seulement sujet à rescision, le mineur doit prouver sa minorité et la lésion.*

583. *Lorsque les formalités prescrites pour les aliénations, ou pour les partages, ont été observées, les mineurs ne sont restitués que dans les cas où un majeur pourrait l'être.*

584. *Ils ne sont point restituables contre les conventions de leurs contrats de mariage.*

585. *Ni contre les obligations résultant de leur délit ou quasi-délit.*

586. *A moins que l'obligation, dégagée du délit, ne fût par elle-même sujette à rescision.*

587. *Distinction entre l'obligation qui résulte du délit et*

quasi-délit, et la convention qui en évalue la répa-
ration.

588. *Le mineur est restituable contre la reconnaissance du délit.*

589. *Du cas où le mineur s'est déclaré majeur.*

590. Quid, *s'il a représenté un faux acte de naissance?*

591. *De la restitution entre deux mineurs.*

592. *Causes de restitution pour les majeurs. Renvoi.*

593. *Bornes ou étendue de la rescision, lorsqu'il y a plusieurs chefs dans un même acte.*

594. *Devant quel tribunal l'action en nullité ou en rescision doit être portée.*

595. *Contre qui elle doit être dirigée.*

596. *La demande en nullité peut être proposée par voie d'action ou par voie d'exception.*

597. *Délai dans lequel l'action doit être formée.*

598. *Dispositions des anciennes lois françaises à ce sujet.*

599. *Le Code fixe*, dans tous les cas, *à dix ans la durée de l'action en nullité ou rescision.*

600. *Mais l'exception est perpétuelle*, tant dure la demande, tant dure l'exception. *Sur quoi cette règle est fondée.*

601. *Exemple d'application de cette règle à une espèce agitée par Imbert et Henrys.*

602. *L'exception n'est perpétuelle que dans le cas où celui qui aurait droit de faire annuler ou rescinder le contrat, est demeuré en possession.*

603. *C'est du jour du contrat, et non pas seulement du jour où il a été exécuté, que commence à courir le délai de la restitution.*

604. *Différence entre la prescription de l'action en restitution et la prescription de dix ou vingt ans.*

605. *Preuve nouvelle tirée des dispositions du Code. Explication de l'art. 2267.*

606. *Le domicile, hors du ressort de la Cour d'appel, ne fait point doubler le délai de la restitution.*

607. *Si le titre n'est pas signé, il n'est pas besoin de se pourvoir contre.*

608. Secùs, *si le notaire avait faussement référé la présence d'une des parties, et sa déclaration de ne savoir signer. L'action en faux serait prescrite par dix ans.*

609. *Si le contrat est suspendu par une condition, le délai de la restitution ne court point avant l'évènement de la condition. Exemple dans une donation en cas de survie.*

610. *Le délai court pendant la vie de celui qui a fait une donation contractuelle.*

611. *Court-il pendant le terme accordé pour l'exécution du contrat?*

612. *Quand il commence à courir, dans les cas de violence, erreur ou dol.*

613. *Et à l'égard des actes passés par des femmes mariées, distinction.*

614. *Pour les actes* faits *par des interdits ou par des mineurs, le tems court du jour de la levée de l'interdiction ou de la minorité.*

615. *L'action en restitution passe aux héritiers, qui peuvent l'exercer pendant le tems qui restait à leur auteur. Leur minorité ne prolonge pas le délai, à la différence du droit romain.*

616. *Court-il contre les interdits, à l'égard des actes faits avant leur interdiction?*

617. *La fin de non-recevoir de dix ans, établie par l'article 1304, ne s'applique point à l'action en nullité du testament.*

---

479. L'UN des effets de la loi est d'annuler

les conventions et les actes contraires à ses dispositions ou à l'équité. Elle les annule de deux manières; ou immédiatement et par elle-même, en prononçant d'avance la nullité, en certains cas précis, ou par le ministère du juge à qui elle ordonne ou permet d'en déclarer la nullité, dans certaines circonstances qu'il doit examiner. Ce dernier cas est celui de la rescision.

480. Les nullités ne peuvent être établies que par la loi; la loi seule a le pouvoir de les prononcer. Ainsi il n'y a point de difficulté, lorsque la loi s'est clairement expliquée, lorsqu'elle a formellement prononcé ou ordonné aux juges de prononcer que l'acte fait contre telle disposition, ou dans lequel telle formalité aurait été omise, sera nul, non valable ou sans effet : mais lorsque la loi garde le silence sur ce point, losqu'elle se borne à défendre ou à commander, l'embarras a toujours paru extrême; car, d'un côté, les actes faits contre la disposition de la loi, ou qui contiennent quelque omission à ses commandemens, se trouvant d'avance en opposition avec la volonté du législateur, il semble que la volonté des particuliers qui font ces actes ne saurait prévaloir contre la puissance toujours agissante de la loi, qui s'y opposait au moment même où ils se faisaient. De là semblerait résulter que tout acte contraire à la loi, ou

dans lequel ses préceptes n'ont pas été observés, doit être nul dans son principe et ne peut produire aucun effet.

481. Mais, d'un autre côté, ce raisonnement trop subtil et fondé sur une théorie purement abstraite, est détruit dans la pratique par l'expérience et l'observation, qui démontrent que l'intention du législateur n'a pas toujours été d'annuler les actes défendus par la loi, ou dans lesquels on a omis quelques formalités qu'elle prescrit ; que ce serait même souvent aller contre son vœu et commettre des injustices. Le législateur, en défendant ou en commandant un acte, peut n'avoir voulu que donner l'ordre ou le droit de s'y opposer, ou bien de soumettre celui qui l'aurait fait ou omis aux dommages et intérêts des personnes que blesse son action ou son omission ; il peut aussi avoir voulu que ces actes soient nuls et sans effet. C'est donc à lui de manifester sa volonté sur ces différens points, et sur-tout de la manifester clairement; car plus rigoureusement encore qu'un simple citoyen, le législateur est tenu de manifester sa volonté de manière que les sujets ne puissent se méprendre sur le sens de la loi. Autrement ses dispositions deviendraient des piéges tendus à la simplicité.

482. Il paraît donc que la première règle

en cette matière est qu'on ne doit point suppléer arbitrairement les nullités qui ne sont point écrites dans la loi (1): car la loi seule peut établir des nullités; et pour annuler ou anéantir une convention ou un acte fait par des personnes naturellement capables, il faut non seulement l'action ou la volonté de la puissance souveraine; il faut de plus que cette volonté soit manifestée de manière que personne ne puisse la méconnaître ou l'ignorer.

483. Cependant cette règle n'était pas reçue dans la législation romaine, qui distinguait entre les actes faits contre la défense de la loi, et ceux qui ne contiennent qu'une simple omission ou une simple inobservation de ses préceptes; par exemple, les actes dans lesquels sont omises des formalités qu'elle prescrit. On aperçoit en effet de la différence entre l'action et l'omission. Celui qui viole la défense de la loi va directement contre la volonté du législateur. Celui

(1) « Je ne saurais trop recommander..... de ne pas multiplier arbitrairement les nullités, et de s'arrêter, sur ce sujet, aux dispositions écrites dans les ordonnances, édits et déclarations, etc. », dit d'Aguesseau, tom. 8, p. 74. C'est à propos des lois criminelles qu'il fait cette recommandation. Mais la raison est la même pour toutes les lois.

Denisart, verbo *nullité*, n.° 58, dit aussi : Il n'est pas permis de suppléer les nullités qui ne sont point établies par la loi, en des termes assez précis et assez évidens pour être entendus de chacun. Nous prouverons par la suite que ce principe est général, et doit s'étendre à toutes les lois.

qui n'observe pas les préceptes de la loi, ne se conforme point, il est vrai, à la volonté du législateur, mais il n'agit point directement contre. Le premier fait ce que la loi ne veut pas, le second ne fait pas ce qu'elle veut.

On a donc distingué entre les lois prohibitives et les lois préceptives ou impératives, et l'on a posé en règle générale que tous les actes faits contre la prohibition de la loi sont nuls, lors même que le législateur n'y a point ajouté de clause irritante, c'est-à-dire, qui prononce formellement ou équivalemment la nullité. On a prétendu que la seule défense du législateur exprime suffisamment et par elle-même la volonté d'annuler les actes faits au contraire.

Cette règle est tirée de la loi *sancimus 5, cod. de legibus*, 1, 14, où Justinien veut *ut quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solùm inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licèt legislator fieri prohibuerit tantùm, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est.* Justinien veut même qu'on applique cette règle à toutes les lois anciennes et nouvelles, comme si tous les législateurs passés, présens et futurs avaient eu ou devaient perpétuellement avoir cette règle présente à l'esprit, avec l'intention de ne jamais s'en écarter dans la rédaction des lois.

484. Il est certain que cette loi ne saurait

être invoquée comme obligatoire et impérative que dans les lieux où le droit romain a force de loi. Ainsi l'enseignent les docteurs (1), et c'est une chose évidente. Or, quelle qu'ait pu être autrefois l'autorité du droit romain, il a cessé, dans toute la France, d'avoir force de loi. Il reste donc à examiner si la loi de Justinien est fondée sur la raison, la première de toutes les lois. La raison dit d'abord qu'une règle aussi générale ne saurait être admise sans distinction : car entre les lois prohibitives, il y en a dont les dispositions sont si importantes et d'autres si peu, soit pour la société et l'ordre public, soit pour l'intérêt des particuliers, qu'il serait contraire à la raison et à l'équité de punir également et indifféremment l'infraction à la défense par la nullité des actes faits au contraire. Aussi l'on trouve qu'il y a plusieurs lois qui, en défendant certains actes, les laissent néanmoins subsister, lorsqu'ils ont été faits contre la défense.

485. C'est de là qu'est venue une règle de droit fondée sur l'observation, savoir : qu'en plusieurs cas, les actes défendus par la loi sont néanmoins valides, quoique faits contre sa prohibition (1). *Multa fieri prohibentur, quæ*

(1) Voyez Suarez, *de legibus*, lib. 5. cap. 29 et 30.

(2) On en trouve des exemples dans les empêchemens prohibitifs du mariage.

si facta fuerint obtinent firmitatem. Cap. 16, X de regular.

Au lieu d'examiner si la première de ces règles est établie sur la raison, les interprètes ont imaginé, pour la concilier avec la seconde, beaucoup de distinctions et de limitations dont il est utile d'examiner au moins les principales; car, sans cet examen, l'esprit ne peut acquérir ce degré de consistance, de repos et de tranquillité si nécessaires pour la solidité du jugement (1). Nous examinerons ensuite si la règle de Justinien est conforme à la raison ou à la nature des choses; autrement, s'il est vrai que par elle-même la disposition prohibitive suffise pour annoncer que le législateur a voulu annuler les actes faits contre la prohibition, et enfin, si cette règle est reçue dans notre jurisprudence française.

486. 1.° Les docteurs exceptent de la règle que les actes faits contre la prohition des lois sont nuls, les cas où la loi a prononcé une autre peine contre l'infraction de ses dispositions, parce qu'on ne peut supposer que le législateur ait voulu infliger deux peines à la fois : d'où ils concluent qu'il faut regarder l'addition d'une peine à une disposition simplement prohibitive, comme un indice que l'intention du

(1) C'est la réflexion que fait, dans une occasion à peu près semblable, le chancelier d'Agnesseau, tom. 4, p. 621.

législateur n'a pas été d'annuler l'acte fait contre la défense de la loi.

Ce raisonnement n'est pas concluant; car, d'abord la nullité de l'acte contraire aux dispositions de la loi ne peut être en beaucoup de cas considérée comme une peine, et puis il n'est pas douteux que le législateur ait le pouvoir, en déclarant un acte nul, d'infliger en outre une peine à l'infracteur de ses préceptes. La nullité est prononcée parce que l'ordre public ou l'intérêt des tiers l'exige, et la peine, pour châtier la désobéissance, *propter culpam*. Cette double disposition, qui prononce une peine outre la nullité de l'acte, se rencontre fréquemment dans l'ordonnance civile de 1667, *sur le fait de la justice*. On y trouve souvent cette formule : *le tout à peine de nullité et de.... tant.... d'amende, sans qu'elle puisse être remise ou modérée. V. tit. 2, art. 1, 2, etc.*

On trouve encore dans la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, la nullité prononcée cumulativement avec une peine infligée au notaire. *V. art. 6 et 15, junct. art. 68.*

Cette première distinction des docteurs n'est donc point d'une exactitude rigoureuse; cependant elle est adoptée par nos auteurs français. *V. le Répertoire, verbo* nullité, *§ 1, n.° 3.*

487. La seconde distinction des docteurs consiste à dire qu'il faut examiner quelle a été

la cause de la prohibition de la loi. Si cette cause est temporelle, c'est un signe que l'acte n'est pas nul. *Secùs*, si elle est perpétuelle.

Pour établir la première proposition, on dit que l'effet ne peut pas s'étendre au-delà de sa cause. Ainsi, par exemple, le mariage que l'église défend de célébrer en certains tems n'est pas nul, quoique contracté *contra interdictum ecclesiæ*, parce que la cause de la défense est temporelle et passagère. On doit appliquer ceci au mariage que le Code civil défend à la femme, *propter turbationem sanguinis*, de contracter avant dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent (228). Il n'est pas nul (1), parce que la cause de la défense est temporelle et passagère.

Mais quoique cette distinction puisse répandre du jour sur la discussion, on n'en peut tirer aucune induction certaine. Le raisonnement qui lui sert d'appui manque de justesse; car, en supposant que la loi prohibitive suffise, sans clause irritante, pour annuler les actes contraires, il ne suffirait pas que la cause de la prohibition fût temporelle, pour en induire que la loi, en les défendant, a néanmoins voulu

(1) Ainsi l'a fort bien pensé la Cour de cassation. Voyez l'arrêt du 29 novembre 1811; Sirey, an 1812, p. 46. Voyez aussi le Répertoire, verbo *nôces*, § 2, et ce que nous avons dit, tom. 2, p. 40.

les laisser subsister, lorsqu'ils sont faits au mépris de sa défense. On pourrait dire au contraire, suivant la règle de Caton, qu'un acte vicieux dans son principe, ne peut être validé par le tems. Aussi trouve-t-on qu'en beaucoup de cas, une cause temporelle et passagère suffit pour annuler des actes. Par exemple, le mariage d'un impubère, les obligations du mineur, celles de la femme sans l'autorisation de son mari, etc.

D'un autre côté, on a des exemples d'actes défendus pour une cause perpétuelle, qui ne sont pas nuls, quoique faits contre la prohibition de la loi. C'est ainsi qu'en droit canonique, l'empêchement qui résulte de l'affinité spirituelle (*cap. 2, de cognat. spir., in 6.°*), celui qui résulte des vœux simples, n'annulent pas le mariage, quoiqu'ils soient fondés sur une cause perpétuelle. On a pensé avec raison que la volonté du législateur n'avait pas été d'annuler le mariage en pareil cas, mais seulement de le défendre. Tout dépend de la volonté du législateur; c'est cette volonté qu'il est difficile de connaître, lorsqu'elle n'est pas expressément manifestée dans le texte de la loi.

488. La troisième limitation consiste à dire qu'il faut examiner si la défense porte, non pas sur l'acte en lui-même, indépendamment des

circonstances où il se fait, ou si elle porte seulement sur les circonstances comme sur le tems, le lieu où il est fait, etc.; en autres termes, si l'acte est défendu en lui-même, *ratione substantiæ,* ou seulement à raison des circonstances, *ratione circumstantiarum.*

Il paraît en effet raisonnable de dire qu'un acte qui n'est défendu qu'à raison de circonstances étrangères à sa substance, n'est point nul uniquement parce que la défense a été transgressée : car enfin il n'était pas défendu en lui-même. Par exemple, il n'est pas défendu à une veuve de se remarier, mais seulement de le faire dans les dix mois de la dissolution de son premier mariage.

Il n'est pourtant pas douteux qu'un acte qui n'est défendu qu'à raison des circonstances peut être nul, pourvu que la loi ait ajouté la clause irritante à la prohibition. Par exemple, l'art. 1.er de la Coutume de Bretagne défendait aux juges de faire aucun acte de jurisdiction contentieuse *ès jours de fêtes,..... sur-peine de nullité* de ce qui aurait été fait, etc.

Mais si la loi ne prononce point la nullité, on doit prendre pour règle qu'un acte qui n'est défendu qu'à raison de circonstances étrangères à sa substance, n'est pas censé nul.

Quant à l'autre partie de la distinction que nous examinons, et d'où il résulterait que l'acte

est nul lorsque la prohibition tombe directement sur sa substance ou sur l'acte en lui-même, cette proposition ne peut être admise comme règle générale. Par exemple, le droit canonique défend le mariage aux personnes engagées par des vœux simples de chasteté, et cependant le mariage qu'elles contractent n'est pas nul.

489. 4.° Les docteurs distinguent et limitent la règle, en disant que l'acte fait contre la prohibition de la loi est nul, si la nullité ne préjudicie qu'aux parties contractantes ou à l'une d'elles, et qu'il n'est pas nul, lorsque la nullité préjudicie à des tiers.

Mais si l'on peut être plus facile à prononcer une nullité, lorsqu'elle ne préjudicie qu'aux parties qui sont contrevenues à la loi, la considération que cette nullité préjudicie à des tiers, n'est point un motif suffisant pour empêcher d'annuler un acte contraire à la loi; car si l'acte est nul, il n'a pu acquérir de droits à personne. Ainsi, l'omission d'une formalité exigée pour la validité d'un testament, ne le rend pas moins nul, quoique la nullité préjudicie aux légataires ou aux héritiers institués. Ainsi encore, un jugement n'en est pas moins cassé, lorsque les formes ont été violées, quoique la cassation préjudicie à la partie qui a obtenu justice.

490. On fait une cinquième limitation ou

distinction, et l'on dit qu'entre les lois prohibitives, les unes ne contiennent qu'une défense pure, simple et absolue, sans ajouter aucun mot dont l'on puisse induire que l'acte contraire est néanmoins valide; celles-là annulent tous les actes contraires à la prohibition.

D'autres ajoutent à la défense quelques mots qu'il serait inutile d'ajouter, si l'acte contraire n'était pas valable; celles-ci n'annulent pas les actes faits contre leur prohibition.

Mais nous avons déjà vu qu'il n'est pas vrai, dans tous les cas, que les lois simplement et absolument prohibitives annulent les actes contraires à leur prohibition, lorsqu'elles n'ajoutent aucun mot qui puisse les faire maintenir. On en donne pour exemple, dans le droit canonique, les mariages clandestins que les anciens canons défendent d'une manière absolue. *Clandestina matrimonia penitùs prohibemus,* dit le chapitre 3, X *de clandestinâ depensatione.* Il ajoute : *Prohibentes etiam nequis sacerdos talibus interesse præsumat.*

Cependant, malgré cette défense absolue, ces mariages étaient regardés comme valables, *rata et vera matrimonia,* tandis que l'église n'en a point expressément prononcé la nullité. C'est ce que dit expressément le concile de Trente, sess. 24, cap. 1, *tametsi dubitandum non est*

clandestina matrimonia... rata et vera esse matrimonia, quandiù ecclesia ea irrita non fecit.... nihilominùs ex justissimis causis, illa semper detesta est atque prohibuit.

On peut encore donner pour exemple l'article 228 déjà cité du Code civil: il défend aux veuves de contracter un second mariage avant dix mois écoulés depuis la dissolution du premier; et cependant le second mariage contracté avant les dix mois n'est pas nul. Il y en a beaucoup d'autres exemples.

Il y a donc des lois purement et simplement prohibitives, qui n'annulent pas les actes faits contre la prohibition, quoiqu'elles n'ajoutent aucun mot qui indique l'intention de les laisser subsister.

491. Que faut-il donc penser de la règle établie par Justinien, dans la loi 5, *cod. de legibus?* Nous l'avons déjà dit, et ce point n'est pas douteux, c'est une loi positive dont l'autorité n'est pas obligatoire en France. Il reste à examiner si elle est fondée sur la nature des choses, c'est-à-dire, s'il résulte de la seule force des expressions qu'en défendant purement et simplement certains actes, le législateur a voulu, indépendamment de toute clause irritante, annuler ceux qui seraient faits contre la prohibition.

Dès lors qu'il est reconnu que, dans le fait,

il existe, et qu'il a existé, dans toutes les législations, des lois prohibitives, qui laissent subsister les actes faits contre la prohibition, on peut en conclure que la simple défense, même absolue, n'a point par elle-même, et sans clause irritante, la force d'annuler les actes contraires.

Tout dépend de la volonté du législateur. Mais le législateur, plus encore qu'un simple citoyen, est rigoureusement obligé de s'exprimer clairement, d'employer les mots dont il se sert dans leur signification propre et naturelle (1). Or, il est certain que, pris dans son sens propre et naturel, dans celui que lui donne l'usage, le mot *défendre* ne signifie pas que l'acte fait contre la défense sera nul. Car défendre un acte et l'annuler sont deux choses très-différentes. Défendre un acte, c'est ordonner de ne pas le faire, c'est ordonner ou tout au moins permettre de s'y opposer. L'annuler, ce n'est pas ordonner, c'est agir; c'est anéantir ce qui a été fait, ou prononcer d'avance l'anéantissement de ce qui sera fait, en rendant, autant que possible, la volonté des parties impuissante pour produire son effet. Un acte défendu est irrégulier, illicite même,

(1) Le juge, dit fort bien le Code prussien, introduct., art. 50, ne doit attribuer d'autre sens à la loi que celui qui résulte évidemment des mots qu'elle a employés, et de leur ensemble.

dans le sens naturel de ce mot, mais les effets qu'il a produits n'en subsistent pas moins. Un acte déclaré nul par la loi est comme si jamais il n'avait existé, ses effets sont anéantis d'avance.

Défendre et annuler sont donc réellement deux effets différens de la loi, et tellement différens qu'on les trouve souvent séparés; puisqu'on ne peut nier qu'il y a des actes défendus qui ne sont pas nuls, quoique faits contre la défense; au contraire, il y a des actes déclarés nuls, quoiqu'ils ne soient pas positivement défendus. Il y a même des actes que la loi peut défendre, et que, malgré sa toute-puissance, elle ne peut annuler. Elle ne peut que punir l'infracteur et le contraindre à réparer les dommages qu'il a causés.

Si défendre et annuler sont deux effets de la loi différens, le législateur qui veut les produire l'un et l'autre est dans l'obligation rigoureuse d'exprimer sa volonté d'une manière claire et positive. S'il se borne à défendre purement et simplement, on doit en conclure qu'il n'a pas voulu annuler l'acte contraire à la prohibition. Il ne peut se plaindre de cette interprétation. Si son intention était d'annuler, c'est sa faute de ne s'en être pas expressément expliqué : *contra eum, qui legem dicere potuit apertiùs, est interpretatio facienda. Reg. 5, de reg. jus., in 6.°*

Disons donc avec Suarez (1) que la règle prescrite par Justinien, dans la loi 5, *cod. de legibus*, n'est point fondée sur la raison ou sur la nature des choses, et que la maxime contraire est plus vraie : le législateur qui se borne à défendre purement et simplement, sans ajouter de clause irritante, est censé n'avoir pas voulu annuler l'acte fait contre la prohibition.

492. En vain objecterait-on (2) qu'en ce cas la loi ne serait plus un précepte obligatoire, mais un simple conseil; ce serait une loi imparfaite. Il faut répondre que le législateur a d'autres moyens puissans de se faire obéir, en imposant une peine à ceux qui contreviennent à la loi. S'il n'ajoute à la loi ni clause irritante, ni peine positive contre l'infracteur, celui-ci n'en doit pas moins être condamné à la réparation du dommage qu'il a causé par son acte illicite ou irrégulier. C'est une sorte de sanction commune à toutes les lois. Enfin, il suffit qu'un acte soit défendu pour donner à ceux qui ont quelque intérêt le droit de l'empêcher. Ainsi, une défense qui n'est accom-

(1) *De legibus*, lib. 5, cap. 25, n.os 21 et seq., l'un des plus solides ouvrages qui aient été faits sur la matière des lois, dit le président Bouhier, observ. sur la Cout. de Bourg, ch. 19, n.° 117.

(2) Comme je l'ai fait, tom. 1, p. 54 et 55, n.° 81. Une étude plus approfondie de la matière m'a fait changer d'opinion.

pagnée ni de clause irritante, ni de peine prononcée contre l'infracteur, n'est pas inutile pour cela.

Que si l'on voulait supposer que l'infraction de la défense ne cause aucun dommage ni au public, ni aux particuliers, il en résulterait que la défense était inutile, et que la loi qui la contient est non seulement imparfaite dans le sens d'Ulpien (*fragm., tit. 1, § 1,*), mais encore mauvaise, par cela même qu'elle défend un acte qui ne nuit à personne. *V. tom. 1, p. 147.*

493. Les interprètes du droit civil, qui adoptèrent la règle établie par Justinien, quoiqu'avec des distinctions et des limitations si nombreuses, qu'elles annonçaient assez combien ils la trouvaient injuste et peu fondée, au moins dans sa généralité, furent subjugés par l'autorité d'une loi qu'ils regardaient comme obligatoire : *è vinculis sermocinabantur.* Leur autorité, jointe à celle de la loi, subjugua à son tour nos jurisconsultes français, qui suivirent aveuglément la doctrine des interprètes. On n'eut même pas la pensée de soumettre à un examen raisonné une règle établie sur l'autorité d'une loi romaine. On ne songea qu'à corriger ce qu'elle avait de faux ou d'injuste dans l'application, par de subtiles et nombreuses distinctions et limitations, sans même faire

attention que leur nombre étouffait la règle; et en prouvait la fausseté.

Cependant, jamais les lois françaises, anciennes et nouvelles, n'ont adopté cette règle. Leur rédaction indique même que ceux qui les ont rédigées ne pensaient pas qu'une disposition prohibitive fût suffisante par elle-même, pour annuler les actes faits contre la prohibition. C'est ce qu'on peut induire de l'attention qu'ils ont presque toujours eue d'y ajouter la clause irritante, ou autre équivalente.

494. Cette observation remonte jusqu'au tems de la rédaction des Coutumes. Celle de Bretagne par exemple, rédigée en 1580, ajoute presque toujours la clause irritante aux dispositions prohibitives. (*V. art. 1, 197, 199, etc.*) Dans le siècle suivant, il est rare de ne pas voir cette même clause ajoutée aux dispositions prohibitives de l'Ordonnance de 1667, dont la formule ordinaire est : *défendons, sous peine de nullité, etc.* (*V. les art. 1, 2 et 3 du tit. 6, art. 16 du tit. 17, 20 du tit. 22, etc.*); et lorsque la clause irritante est omise, c'est qu'alors la contravention à la défense n'emporte pas la peine de nullité. Ainsi l'art. 21 du tit. 22 *défend* de faire entendre plus de dix témoins en matière civile. Cependant les dépositions des témoins entendus au-dessus de ce nombre ne sont pas nulles.

Seulement celui qui les a fait entendre ne peut exiger le remboursement des frais.

L'art. 15 du tit. 29 défend de s'assembler en la maison du juge-commissaire de la reddition d'un compte, pour mettre, par forme d'apostilles, à côté de chaque article, les débats et soutennemens des parties; et cependant les apostilles n'étaient pas nulles, si elles avaient été faites.

On pourrait facilement grossir le nombre de ces observations, en parcourant les autres Ordonnances. Il est plus utile d'examiner l'esprit de la législation actuelle.

495. L'art. 1030 du Code de procédure porte expressément qu'aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi. Ainsi ce Code ne se borne pas à rejetter la règle établie par Justinien, il en établit une diamétralement contraire. La disposition de cet article est appliquée aux procédures criminelles, par l'article 408 du Code d'instruction criminelle.

496. On ne trouve point, à la vérité, de disposition pareille dans le Code civil; mais on y trouve toujours ou presque toujours la clause irritante ajoutée aux dispositions prohibitives que le législateur a voulu faire observer sous peine de nullité. Lorsqu'elle n'est pas insérée dans l'article même qui porte la prohibition, on

la retrouve dans les suivans. *V. les art. 896, 943, 1001, 1097, 1098, 1099, 1596, 1597, 2063, etc., etc.*

Au contraire, on trouve dans le même Code des dispositions prohibitives qui n'annulent pas les actes faits contre la prohibition, précisément parce que la clause irritante n'y a pas été ajoutée. Nous en avons cité pour exemple l'article 228 : on en pourrait citer plusieurs autres.

La loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, a suivi la même méthode, en distinguant expressément les articles qui doivent être observés sous peine de nullité.

On peut, ce nous semble, conclure de ces observations, qu'il serait facile d'étendre, que nos législateurs n'ont pas regardé les dispositions prohibitives comme suffisantes par elles-mêmes pour rendre nul l'acte fait contre la prohibition, et qu'ils ont rejetté la règle établie par Justinien (1).

D'un autre côté, nous avons prouvé que cette règle n'est pas fondée sur la nature des choses. Il faut donc l'écarter, pour nous en tenir, avec Suarez, à la maxime avouée par la raison, que le législateur qui se borne à défendre purement

(1) Portalis, imbu des principes du droit romain, proposa de la faire adopter dans un livre préliminaire, mis en tête du projet de Code. L'art. 9 du tit. 4 portait : *Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée.* Mais ce livre fut rejeté, à l'exception de quelques articles qui furent adoptés. Celui qu'on vient de citer n'est pas du nombre.

et simplement, sans ajouter la clause irritante ou autre équivalente, est censé n'avoir pas voulu annuler l'acte fait contre la prohibition : les nullités ne doivent pas être admises arbitrairement ; il faut s'arrêter à celles qui sont écrites dans la loi.

497. Enfin, nos législateurs ont si peu regardé les dispositions prohibitives comme suffisantes par elles-mêmes pour rendre nuls les actes faits contre la prohibition, qu'ils ont cru nécessaire de déclarer nulles ou sans aucun effet les conventions qui ont une cause contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, quoique la nullité de ces conventions soit fondée sur la raison ou sur le droit naturel.

498. Après avoir prouvé la fausseté de la règle établie par Justinien, concernant les lois prohibitives, il faut examiner la doctrine des interprètes du droit civil et canonique, sur les lois préceptives, qui règlent la forme des actes, et qui prescrivent les formalités qu'on y doit observer.

Suivant certains docteurs (1), il faut dire, sans distinction ni limitation, que la loi qui prescrit quelque chose sur la forme d'un contrat, annule, même sans l'addition de la clause irritante, l'acte qui est fait dans une autre forme.

(1) Cités par Suarez, *de legibus*, lib. 5, cap. 31, n.° 1.

Ils fondent cette assertion sur le principe abstrait que c'est la forme qui donne l'existence aux choses; *forma dat esse rei.* Principe vrai à certains égards : car souvent le changement de forme fait que la chose n'est plus la même : *nam mutata forma propè interimit substantiam rei*, dit Ulpien à une autre occasion (1). De là le brocard de droit, *ex formâ non servatâ, resultat nullitas actûs. Suarez ubi sup.*

499. Ce n'est, comme on le voit, qu'aux formalités *essentielles* que les docteurs appliquent cette maxime. Ils distinguent les formalités *substantielles* des formalités *accidentelles* ou secondaires, dont l'omission ne saurait détruire la substance de l'acte, ni par conséquent l'annuler.

En théorie abstraite, cette doctrine séduit d'abord et peut paraître vraie; mais quand on veut l'appliquer à la pratique, on n'y trouve plus qu'incertitude et obscurité. Cependant elle a passé au barreau; elle a même été solennellement professée par la Cour de cassation, qui en a fait l'application aux nullités des mariages et des inscriptions hypothécaires. Essayons de l'exposer et de la rendre sensible.

500. Toute la difficulté consiste à trouver un moyen sûr et facile de discerner quand une

(1) L. 9, § 3, ff *ad exib.*, 10, 4. Il parle d'une coupe convertie en lingot. *Si ex scypho massa facta sit.*

formalité est *substantielle* ou *accidentelle*. La difficulté augmente lorsque la loi cumule et confond, dans une même disposition, des formalités substantielles et d'autres purement accidentelles. Cette difficulté a été sentie dans tous les tems; c'est pour la vaincre que les docteurs ont imaginé plusieurs règles qu'il nous paraît utile d'examiner, avant d'exposer la doctrine professée par la Cour de cassation.

501. PREMIÈRE RÈGLE. Quand la formalité prescrite est fondée sur l'équité naturelle, cette formalité est substantielle, et son omission emporte la nullité de l'acte.

Au contraire, si la formalité n'est fondée que sur une disposition arbitraire et variable, son omission n'emporte point la nullité de l'acte, sans l'addition d'une clause irritante.

L'équité dont parle la première partie de la règle peut s'entendre de deux manières; l'une, de cette équité nécessaire par elle-même pour la validité de l'acte, et pour qu'il remplisse son but; en sorte que son omission en emporte la nullité par la nature même de la chose : tel est le défaut de notification à personne ou domicile d'une citation ou assignation, le défaut d'indication de tems où le défendeur doit comparaître, du juge devant lequel il est cité, etc.

Car c'est une maxime d'éternelle justice,

qu'on ne peut condamner une personne sans l'entendre. Il faut donc qu'elle soit avertie du tems, du lieu où elle doit comparaître. Si l'avertissement n'a pas été donné à sa personne ou à son domicile, s'il n'indique pas le jour, le lieu, le juge, il est nul, il n'a pas réellement existé, la loi n'a pas besoin d'en prononcer la nullité.

Ainsi, les art. 1.er et 4 du Code de procédure veulent que la citation donnée pour comparaître devant une justice de paix contienne l'indication du juge, le jour de la comparution, et qu'elle soit donnée à personne ou domicile, etc. Quoique ces articles et les suivans ne prononcent point la nullité des citations où ces formalités ont été omises, l'omission n'emporte pas moins la nullité, nonobstant la disposition de l'art. 1030, qui veut qu'aucun exploit, etc., ne puisse être déclaré nul, si la nullité n'est pas prononcée par la loi, parce que ces formalités constituent tellement la substance des citations, que sans elles la citation est nulle; elle n'existe point.

Il faut en dire autant du défaut de signature des actes qui doivent être rédigés par écrit. Ils sont nuls, ou plutôt ils n'existent pas réellement, s'ils ne sont pas signés de tous ceux qui doivent les signer (1).

(1) Voyez deux arrêts de la Cour de cassation, des 6 mai 1813 et 3 mars 1815, rapportés par Sirey, an 1813, p. 345, an 1815, p. 217.

L'autre manière d'entendre la première partie de la règle est de l'appliquer aux formalités établies par la loi, non comme absolument, mais comme moralement nécessaires pour observer l'équité, parce que, quoique l'omission de ces formalités ne renferme pas en elle-même et nécessairement une injustice, néanmoins, la justice peut être plus fréquemment violée si on ne les observe pas, tandis qu'en les observant elle le sera plus rarement. De pareilles formalités ne sont pas substantielles de leur nature; mais il est probable que la loi les a voulu rendre telles, quand il est à craindre que la fraude ou l'injustice ne se glisse non seulement dans l'acte même, mais encore dans ses suites, et dans ses effets.

Cependant, entendue de cette seconde manière, la règle n'est par elle-même ni infaillible ni suffisante; et quoiqu'elle puisse être un indice que de telles formalités sont substantielles, elle ne suffit pas seule, sans clause irritante, ou autres termes équivalens, pour conclure que le législateur a voulu que l'omission de ces formalités emportât la nullité de l'acte. Car, puisque cette omission n'emporte pas nécessairement une injustice, on ne peut pas dire que ces formalités constituent la substance de l'acte.

Par exemple, les actes notariés doivent,

suivant l'art. 13 de la loi du 25 ventôse an 11, être écrits sans abréviation (1), blanc, lacune ni intervalle; ils doivent contenir les noms, prénoms, qualités et demeure des parties, etc.

Il est certain que toutes ces formalités sont infiniment utiles, et quelquefois moralement nécessaires pour empêcher les méprises et les fraudes, et cependant leur omission n'emporte pas la nullité des actes, comme on peut le voir par l'art. 68 de la même loi. L'omission même du nom des parties n'emporte pas de plein droit la nullité des actes notariés, parce que cette omission, qui ne peut être qu'un oubli de plume, *lapsus calami,* peut presque toujours être réparée par la signature des parties présentes, par la procuration de celles qui ne sont pas présentes, laquelle reste annexée à la minute, par la relation des prénoms, profession et domicile, et autres circonstances tirées de la contexture même de l'acte.

Remarquons en passant que dans cette loi sur le notariat, le législateur a pris le plus grand soin de manifester clairement sa volonté, sur les formalités qu'il a jugé nécessaire de faire observer sous peine de nullité.

(1) Cet article prononce une amende de 100 fr. contre le notaire qui se sert d'abréviations. Ainsi, la loi proscrit les *et cætera* des notaires, dont on se plaignait depuis si long-tems. Il est aussi du plus grand danger de se servir de caractères abrégés, qui, par eux-mêmes, n'ont point de valeur déterminée.

Par exemple encore, l'art. 2148 du Code exige qu'on insère dans les bordereaux d'inscription aux hypothèques, les noms, prénoms, domicile et profession du créancier, l'élection d'un domicile dans un lieu de l'arrondissement du bureau. Cependant, faute d'une clause irritante, il résulte de la jurisprudence des Cours royales et de la Cour de cassation, que ni l'omission du prénom de l'inscrivant, ni celle de sa profession, ni celle de son domicile, ni enfin celle de l'élection d'un domicile, n'emportent point la nullité de l'inscription (1).

Au contraire, l'art. 61 du Code de procédure civile veut aussi que l'exploit d'ajournement contienne les noms, profession et domicile du demandeur : mais il a soin d'ajouter la clause irritante (2), *le tout à peine de nullité.*

(1) Voyez, sur le premier point, l'arrêt de la Cour de Rouen, du 14 novembre 1808, maintenu par arrêt de la Cour de cassation, du 15 février 1810; Sirey, tom. 10, 1.re part., p. 179; l'arrêt de la Cour de Bordeaux, du 8 février 1811; Sirey, tom. 11, 2.e part., p. 252; l'arrêt de la Cour de cassation, du 2 mars 1812; Sirey, tom. 12, 1.re part., p. 257.

Sur le second point, l'arrêt de la Cour de cassation, du 1.er octobre 1810; Sirey, tom. 10, 1.re part., p. 383; arrêt de la Cour de Bruxelles, du 20 février 1811; *ibid.*, tom. 11, 2.e part., p. 375.

Sur le troisième, voyez l'arrêt de la Cour de Paris, du 29 août 1811; *ibid.*, tom. 12, 2.e part., p. 3, et l'arrêt de la Cour de cassation, du 2 mars 1812; *ibid.*, 1.re part., p. 257.

Sur le quatrième point, voyez l'arrêt de la Cour de Metz, chambres réunies, le 2 juillet 1812; *ibid.*, tom. 12, 2.de part., p. 388.

(2) Malgré cette clause, les tribunaux se permettent, et avec raison, de ne point avoir égard à l'omission de la profession, quand cette

Quant à l'autre partie de la règle, qui consiste à dire que si les formalités ne sont fondées que sur une disposition arbitraire et variable, son omission n'emporte point la nullité de l'acte, sans clause irritante, elle est beaucoup plus sûre. En effet, lorsqu'une formalité n'est point par elle-même absolument nécessaire pour observer la justice, mais introduite seulement pour en faciliter l'observation, on ne voit pas sur quoi juger, *sans clause irritante*, que le législateur a voulu la prescrire *sous peine de nullité*.

502. SECONDE RÈGLE, établie par les docteurs. La formalité est substantielle, quand on ne peut y renoncer; elle est accidentelle, quand on peut y renoncer.

omission n'a causé aucun préjudice au défendeur; quand d'ailleurs il est constant qu'il a connu, sans pouvoir s'y méprendre, celui qui le faisait ajourner, parce qu'en effet le but de la loi est alors rempli. Voyez l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 août 1814; Sirey, 15, 1, 43.

La même Cour, dans un autre arrêt du 3 janvier 1814, Sirey, 14, 1, 82, a aussi pensé que des inscriptions où s'étaient glissées des erreurs dans l'énonciation de la date de l'exigibilité, n'étaient pas nulles, quoique la loi du 4 septembre 1807 exige la date de cette exigibilité, sous peine de nullité. Le motif fut que l'erreur n'avait pu nuire au demandeur, qui n'alléguait même pas qu'elle lui eût causé aucun préjudice.

Que d'alimens à la chicane et à la mauvaise foi; que de procès ruineux on retrancherait, si les législateurs avaient le soin de ne prononcer la nullité que dans les cas où l'omission d'une formalité est, par sa nature, préjudiciable à autrui; et si les juges prenaient pour règle de ne point accueillir les demandes en nullités, lorsque l'omission n'a causé aucun préjudice.

En effet, la substance ou l'essence des choses est immuable. Si donc l'acte peut être valable sans cette formalité, elle n'est pas substantielle; au contraire, quand elle est tellement nécessaire, que les parties n'y peuvent renoncer, c'est un grand argument pour en conclure qu'elle est substantielle.

D'abord cette règle est défectueuse et inutile, en ce qu'il est aussi difficile de connaître (1) quand on ne peut pas renoncer à une formalité, que de savoir quand elle est substantielle.

Mais indépendamment de cela, cette règle ne peut être admise généralement; car, d'un côté, il y a des formalités accidentelles auxquelles il n'est pas permis de renoncer; par exemple, les bannies pour parvenir à un mariage. La raison en est qu'une formalité, quoiqu'accidentelle, peut avoir l'intérêt public ou celui des tiers pour objet, plutôt que l'intérêt privé des contractans.

D'un autre côté, il y a des formalités substantielles auxquelles on peut renoncer. Par exemple, le défaut de notification d'une citation à personne ou domicile peut être couvert par le consentement même tacite d'une partie, qui se reconnaît pour dûment avertie.

503. TROISIÈME RÈGLE. Quand la loi prescrit

(1) Voyez ce que nous avons dit tom. 1.

les formalités d'un acte d'institution nouvelle; que les parties n'avaient point auparavant le pouvoir de faire, c'est un signe que ces formalités sont substantielles, et absolument nécessaires pour sa validité.

Il en est autrement quand elle ne fait qu'ajouter des formalités à un acte d'ancienne institution, que les parties avaient déjà le pouvoir de faire, et auquel elle ajoute seulement de nouvelles formalités.

On peut, dans notre jurisprudence française, donner pour exemple des actes d'institution nouvelle, dont la loi règle les formalités, l'adoption, le divorce, aujourd'hui supprimés, l'inscription hypothécaire, telle qu'elle fut introduite par la loi du 11 brumaire an 7, etc.

La première partie de la règle est fondée sur ce que celui qui donne le pouvoir de faire un acte de telle manière, est censé ne le donner que sous la condition d'observer les formes prescrites. L'acte où elles n'ont pas été observées excède donc le pouvoir donné par la loi. *Quandò à principio datur potestas sub tali formâ, defectus formæ irritat actum*, dit Felinus, cité par Suarez, *ubi sup.*, lib. 5, cap. 31, n.° 9.

Mais quand le législateur suppose comme préexistant le pouvoir de faire un acte, s'il n'ôte pas expressément, s'il ne limite pas le

pouvoir de le faire autrement, on peut conclure de son silence que l'acte est valable en vertu de l'ancien pouvoir, et que l'omission de la forme nouvelle ne l'annule point, faute au législateur d'avoir ajouté la clause irritante, à moins que d'autres circonstances n'indiquent qu'on doit la suppléer. Par exemple, les hommes avaient le pouvoir de contracter avant l'existence des lois positives. C'est un des droits naturels que la loi ne peut ôter aux citoyens. Ce droit est reconnu et consacré par le Code civil. Ils peuvent contracter verbalement ou par écrit, par actes sous seings privés ou par actes authentiques. La loi peut régler la forme de ces actes; mais si elle ne s'exprime pas aussi clairement que l'a fait la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, il faut dire que les formalités qu'elle ajoute ne sont pas substantielles, puisque les contrats pouvaient exister sans ces formalités.

D'après ce principe, examinons l'art. 1326 du Code. Il veut que le billet ou promesse, sous seing-privé, par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, soit écrit en entier de la main de celui qui l'a souscrit, ou du moins qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un *bon* ou *approuvé*, portant *en toutes lettres* la somme ou la quantité de la chose.

On dispense de cette formalité les marchands, artisans, etc.

Cet article n'ajoutant point de clause irritante, il faudrait dire que l'omission de cette formalité n'emporte pas nullité. Mais la déclaration du 22 septembre 1733 (1), où a été puisée cette disposition, a eu soin d'ajouter que, faute de cette formalité, le billet sera de nul effet et valeur; et comme rien n'indique que le Code y ait voulu déroger, on en a conclu que le billet était nul.

Revenons à la règle que nous examinons. Quoiqu'elle puisse être très-utile, il n'en est pas moins vrai qu'elle est défectueuse dans ses deux parties; car, d'un côté, la loi peut cumuler, et ne cumule que trop souvent, même en réglant les formes d'une institution nouvelle, des formalités accidentelles avec des substantielles. Nous en avons donné des exemples relatifs aux inscriptions hypothécaires : en voici un relatif à l'adoption. L'art. 354 porte qu'une expédition de l'acte sera remise dans

(1) Cette déclaration fut une loi de circonstances, rendue pour prévenir l'abus des blancs-seings, qui était alors, depuis quelques années, devenu très-commun. Aujourd'hui cette disposition fait naître beaucoup de procès, et fait consacrer plus d'injustices qu'elle n'en prévient. Il existe beaucoup plus d'emprunteurs de mauvaise foi qui abusent d'un *bon*, mis en chiffres, pour se soustraire à leurs obligations, que d'escrocs qui abusent d'un blanc-seing, toujours difficile à se procurer. Ce sont des considérations qu'un sage législateur doit peser lors de la révision du Code.

les *dix jours*, au ministère public, pour être soumise à l'homologation. On ne peut croire que l'acte d'adoption fût nul, si l'expédition n'avait été remise que le onzième ou douzième jour, parce que cette prorogation d'un ou deux jours ne préjudicie à personne (1).

D'un autre côté, la loi peut ajouter des formalités substantielles à un acte d'ancienne institution. Autrefois, en Bretagne et en plusieurs autres coutumes, un testament pouvait être reçu par deux notaires : le Code exige de plus la présence de deux témoins, ou d'un notaire et quatre témoins, à peine de nullité. On regarde donc ces formalités comme substantielles.

504. 4.° Les docteurs font encore, relativement aux formalités des actes, une distinction importante. Il y a des formalités qui doivent précéder l'acte, d'autres qui doivent l'accompagner, et qui doivent être observées au moment même où l'acte se passe : *in ipsâmet effectione actûs*, disent les docteurs. (*V. Suarez*,

(1) Cela nous paraît évident, et démontré par la comparaison de l'art. 354 avec l'art. 359. Ce dernier article veut que le jugement qui admet l'adoption soit inscrit sur les registres de l'état civil, *dans les trois mois* qui suivront le jugement. Il ajoute que *l'adoption restera sans effet, si elle n'a été inscrite dans ce délai.* Cette clause irritante ne se trouve point dans l'art. 354. On en doit conclure que la remise de l'acte d'adoption au ministère public, *dans les dix jours suivans* n'est pas exigée sous peine de nullité. C'est le cas d'appliquer l'axiôme *qui dicit de uno negat de altero.*

lib. 5, cap. 32). D'autres enfin qui doivent le suivre. On peut appeler ces trois sortes de formalités antécédentes, concomitantes et subséquentes.

Pour exemples des premières, on peut citer les bannies prescrites pour parvenir à un mariage, et les formalités qui doivent précéder la vente des biens d'un mineur, ou les ventes par expropriations forcées.

Pour exemples des formalités concomittantes, on cite le nombre des témoins, et les autres formalités requises par l'art. 972, pour la validité des testamens, etc., etc.

Pour exemples des formalités subséquentes, on citait autrefois l'insinuation des donations; on peut aujourd'hui citer la transcription des contrats translatifs de propriété, les formalités qui doivent suivre l'acte d'adoption, etc.

Entre les formalités antécédentes, il y en a dont l'omission n'emporte pas seule la nullité de l'acte; telles sont les publications de mariage ordonnées par l'art. 63. D'autres dont l'omission opère la nullité de l'acte, parce qu'elles sont considérées comme des conditions nécessaires (1) pour y parvenir; telles

(1) Car, toutes les fois que la loi impose *la condition* d'une formalité, l'inobservation emporte la nullité de l'acte. Par exemple, lorsqu'une faculté ou un droit est accordé *à la charge* de faire telle chose. Ainsi, l'art. 2185 permet au créancier hypothécaire de faire mettre une surenchère, lorsque l'immeuble a été vendu à trop bas prix; mais *à la*

sont les formalités qui doivent précéder la vente des biens des mineurs.

Quant aux formalités concomittantes, qui sont les plus ordinaires, tout ce que nous avons dit précédemment leur doit être appliqué.

Enfin, les formalités subséquentes supposent que l'acte a été passé sans désobéissance à la loi, sans opposition de la loi. Il est donc valable dans son principe; car sa validité ne peut dépendre d'une formalité qui ne doit survenir qu'après sa perfection. Il faut donc, pour l'annuler, que le législateur, si telle est son intention, déclare formellement, ou équivalemment, que l'omission de la formalité subséquente emportera la nullité de l'acte précédent. C'est ainsi que l'art. 359 du Code, en ordonnant que l'acte d'adoption et le jugement qui l'admet, seront inscrits, dans les trois mois, sur le registre de l'état civil, ajoute que, si l'inscription n'a pas été faite dans le délai de la loi, l'adoption *restera sans effet.*

Quant à la transcription des actes translatifs de propriété, instituée par la loi du 11 brumaire an 7, les art. 26 et 28 de cette loi déclarèrent formellement que la transcription était nécessaire, pour transférer la propriété,

charge de plusieurs formalités requises, *à peine de nullité.* Leur omission emporterait la nullité, quand même elle ne serait pas prononcée par la loi.

et que tous les actes *translatifs de biens susceptibles d'hypothèques* ne pouvaient, jusqu'à la transcription, être opposés aux tiers : mais ces dispositions sont abrogées par le Code, qui veut que la propriété soit transférée par le seul effet des conventions. La transcription n'est plus nécessaire aujourd'ui que pour purger les privilèges antérieurs aux contrats *translatifs de la propriété (1). V. art. 2179 et 2181.*

505. 5.° Enfin, les docteurs font une dernière observation. Les formalités des actes consistent souvent en plusieurs choses qu'on peut diviser. Par exemple, les art. 971 et 972 exigent, pour la forme d'un testament authentique, deux notaires et deux témoins, ou un notaire et quatre témoins; ils exigent qu'il soit dicté par le testateur, écrit par le notaire, qu'il en

(1) La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 avril 1815, rapporté par Sirey, tom. 15, p. 161 et suivantes, a cru qu'il faut faire une exception à l'égard des donations, et que, sous l'empire du Code, comme sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, la donation, à l'égard des tiers intéressés à la contester, n'est parfaite et *translative de propriété que lorsqu'elle a été transcrite au bureau des hypothèques*, et qu'avant cette transcription, le donateur peut vendre à un tiers les biens qu'il a déjà donnés.

On sait qu'un seul arrêt ne suffit point pour fixer la jurisprudence. Celle que cet arrêt tend à introduire subsistera-t-elle? On peut en douter. L'art. 938 dit que la donation, dûment acceptée, sera parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété transférée au donataire, sans qu'il soit besoin de tradition. Comment donc le donateur peut-il ensuite transférer des droits qu'il n'a plus? L'article 941 lui interdit expressément le pouvoir d'opposer le défaut de transcription : comment donc l'acquéreur, qui n'est que son ayant-

soit fait lecture, etc. L'art. 2148 exige que les bordereaux des inscriptions hypothécaires contiennent les nom, prénom, domicile et profession du créancier et du débiteur, etc., etc.

On demande donc si l'omission partielle de l'une de ces formalités suffit pour annuler un acte, ou s'il faut que l'omission des formalités soit totale.

Il est certain que s'il existe une clause irritante, la moindre omission entraîne la nullité de l'acte. Ainsi, la plus légère omission dans les formalités d'un testament suffit pour le faire annuler : on pourrait presque dire l'ombre ou l'apparence d'une omission; tant, à cet égard, on a porté loin l'excès de la rigueur.

Ainsi, de l'art. 61 du Code de procédure, qui prescrit les différentes formalités des ex-

cause, peut-il l'opposer ? S'il s'agissait d'une donation de meubles *sans déplacement*, c'est alors que la donation, comme la vente, ne serait parfaite *qu'entre les parties*, comme le dit l'art. 1583. Les créanciers, même postérieurs, pourraient, avant la tradition, faire saisir les meubles donnés; voyez *sup.*, n.° 36. Mais à l'égard d'une donation ou d'une vente d'immeubles, l'acquéreur et le donataire sont, quant à la transcription, mis sur la même ligne par les art. 2183 et 2184; les mêmes obligations leur sont imposées pour purger les hypothèques antérieures; seul effet pour lequel la transcription soit nécessaire. Art. 2179 et 2181. C'est dans ce sens que son omission peut être opposée par les tiers intéressés. Voyez au reste ce que nous avons dit, tom. 5, p. 260 et suivantes. L'arrêt cité nous paraît donc avoir créé une nullité qui n'existait point dans la loi. Mais il s'agissait d'une donation universelle *de tous les biens présens et à venir*, faite par un père à sa bâtarde adultérine, reconnue telle. Le désir d'anéantir cette donation immorale contribua sans doute à déterminer l'arrêt.

ploits d'ajournement, et qui ajoute *le tout à peine de nullité*, il résulte que la plus légère des omissions emporte la nullité de l'exploit (1).

S'il n'existait point de clause irritante, les docteurs ne sont point d'accord sur l'effet des omissions partielles. Les uns pensent que l'acte est nul si l'omission est importante; qu'il ne l'est pas, si l'omission est légère : et si on leur demande quelles sont les omissions importantes ou légères, ils répondent que c'est une question abandonnée à la prudence du magistrat; *hoc esse arbitrio prudentis relinquendum.*

D'autres pensent que, pourvu qu'il soit constant que la forme est substantielle, l'omission partielle, même légère, emporte la nullité de l'acte, parce que, si l'on fait la moindre exception, si l'on abandonne la question à la prudence du magistrat, il n'y a plus de règle, on ne voit plus où s'arrêter. Mais que s'il y a du doute sur la nature de la formalité, il faut en revenir à examiner si l'omission cause un préjudice considérable, ou seulement léger.

506. Il est facile de voir, par cette analyse, combien la doctrine des interprètes et des docteurs est insuffisante. On y cherche vainement ce qu'on désire, un moyen sûr et facile de connaître les cas où la contravention aux lois,

(1) Mais voyez cependant la note 2 de la p. 653, *sup.*

soit prohibitives, soit préceptives, emporte la nullité de l'acte, sans l'addition d'une clause irritante.

507. Cependant la Cour de cassation a hautement adopté l'obscure distinction des formalités substantielles et accidentelles ou secondaires. « Considérant, disent deux arrêts des 22 avril et 7 septembre 1807, que les formalités *qui tiennent à la substance des actes* sont de rigueur, et doivent, même dans le silence de la loi, être observées à peine de nullité (1) ».

508. Mais quelles sont les formalités qui tiennent à la substance des actes? C'est ce que n'enseigne point la Cour de cassation. On peut dire en général que ce sont celles sans lesquelles l'action ne peut exister, celles qui sont indispensables pour remplir le but pour lequel l'acte a été institué. C'est du moins l'idée que présente naturellement à l'esprit cette expression, formalité *substantielle*. En érigeant cette définition en principe, il ne s'agirait plus que d'en faire, à l'aide du raisonnement, l'application aux différentes formalités.

509. Mais en parcourant les exemples de formalités substantielles que nous présentent les décisions de la Cour de cassation, on voit

(1) Ces arrêts sont rapportés dans le Répertoire de jurisprudence, verbo *hypothèque*, sect. 2, § 2, art. 10.

qu'elle a eu des formalités *substantielles* une toute autre ideé, ou plutôt qu'elle n'en a pas toujours eu la même idée. Prenons pour exemple les inscriptions hypothécaires, à l'occasion desquelles les procès se sont multipliés à un excès scandaleux.

510. Quel a été le but de cette institution? Personne ne l'ignore, c'est *la publicité des hypothèques;* c'est afin que le public soit averti des charges déjà existantes sur les biens qu'un homme obéré voudrait donner pour sûreté. Dès que cet avertissement est donné, le but de la loi est atteint. Or, qu'est-ce qui est nécessaire pour que l'avertissement existe et qu'il remplisse son objet? Deux choses seulement: qu'il fasse connaître le montant des charges ou hypothèques, et les biens qui en sont grevés. Toutes les autres formalités sont manifestement accessoires. Qu'importe, en effet, qu'il y ait omission ou erreur dans les noms, prénoms, domicile ou profession du créancier et du débiteur? Qu'importe la date et la nature du titre constitutif de l'hypothèque? Il faudra bien que le créancier le fasse connaître, s'il veut s'en aider. Qu'importe l'époque de l'exigibilité de la somme, pourvu que le montant en soit connu? Tôt ou tard il faudra qu'elle soit payée. La loi n'a pas voulu autre chose, sinon que personne ne fût trompé; qu'un engagement ne

fût pas contracté par ignorance d'un autre engagement, qui, s'il eût été connu, eût empêché le second. Or, quand l'inscription dit : Un tel doit payer tant; tous ses biens, ou tels de ses biens sont hypothéqués à cette somme, voilà l'avertissement donné; il suffit. Traitez-vous ensuite? Vous l'avez bien voulu. S'il y a du risque, vous avez bien voulu le courir, et s'il arrive, vous ne pouvez vous en plaindre avec justice; vous étiez averti (1).

511. Ce n'est point ainsi que la Cour de cassation raisonna lors des deux arrêts ci-dessus cités. Dans celui du 22 avril 1807, elle considéra que l'énonciation de la date du titre *est de l'essence d'une inscription*; et la raison qu'elle en donne est que, s'il importe au public de connaître les inscriptions prises sur un immeuble, *il ne lui importe pas moins de pouvoir vérifier si elles ont une cause légitime*; ce qu'il ne peut faire, s'il n'existe pas dans un registre public une indication précise, non seulement du titre de créance, mais de sa date.

Il nous paraît qu'il y a dans ce raisonnement une erreur manifeste. D'abord, la date précise du titre ne mettra point le public à

(1) Voilà ce qu'a fort bien prouvé M. Hua, dans un traité excellent, *sur la nécessité et les moyens de perfectionner la législation hypothécaire*. Traité qui mérite d'être médité par les législateurs, les magistrats et les jurisconsultes.

même de vérifier si l'hypothèque a une cause légitime, et si le titre est valable : car il est défendu aux notaires de délivrer, sans l'ordre de la justice, un expédition des actes, ni *d'en donner connaissance à d'autres* qu'aux personnes intéressées en nom direct, à leurs héritiers ou ayans-droit *(art. 23 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat)* : mais de plus, quand le public pourrait prendre connaissance de la minute des actes rapportés par les notaires, comment pourrait-on juger avec certitude de leur légitimité, sans avoir appelé et entendu celui au profit de qui l'acte est passé? On pourrait tout au plus voir s'il est susceptible d'être attaqué avec plus ou moins d'espoir de succès, et se décider à contracter, en courant la chance incertaine d'un procès. Or, comment ériger en formalité substantielle, dans le sens naturel de ce mot, celle qui n'aurait d'autre but que de mettre un chicaneur à même de spéculer sur l'espoir et la possibilité de faire, au hasard d'un procès, rejeter l'hypothèque dont il est dûment averti?

En déclarant que l'indication précise du titre constitutif de l'hypothèque est une formalité *substantielle* de l'inscription, la Cour de cassation n'a donc pas pris ce mot dans son sens naturel. Voyons l'espèce de l'arrêt du 7 septembre 1807. La Cour de Rennes avait

déclaré nulle une inscription prise au profit des héritiers du sieur Guillaudeu, sous le nom collectif *d'héritiers Guillaudeu.* L'art. 17, n.° 5, et l'art. 40 de la loi du 11 brumaire an 7, le leur permettaient. Mais ils n'avaient pas désigné le défunt par ses prénoms, profession et dernier domicile. De plus, par une erreur évidente de copiste, l'inscription était prise en vertu de sentence du 13 octobre 1777, tandis que la sentence était du 13 novembre 1777. On avait écrit octobre au lieu de novembre. Suivant la loi 92, ff *de R. J.*, de pareilles erreurs ne peuvent annuler les actes (1).

Cependant, la Cour de cassation confirma cet injuste arrêt, toujours en partant du principe que les formalités qui *tiennent à la substance* des actes doivent être exécutées à peine de nullité. Le motif de la confirmation fut *qu'il est évidemment de l'essence* d'une inscription hypothécaire de contenir les énonciations prescrites par les art. 40 et 17 de la loi du 11 brumaire an 7, relativement aux personnes qui s'inscrivent, et à la date du titre dont elles se prévalent. (C'est-à-dire, les noms, prénoms, profession et domicile du créancier, élection de domicile dans l'étendue du bureau, la date du titre, etc.) Que dans l'espèce, les énon-

(1) *Si librarius in transcribendis stipulationis verbis errasset, nihil nocere, quominùs et reus, et fidejussor teneatur.* L. 92, ff *de R. J.*

ciations étant, soit omises, soit énoncées dans l'inscription, la contravention à la loi et la nullité sont manifestes.

Ainsi, cet arrêt décide que les formalités les plus minutieuses (1) de l'inscription sont des formalités *substantielles;* ce qui prouve que la Cour de cassation n'entendait point le mot dans le sens qu'il présente naturellement. Elle donnait à ces formalités la qualification de substantielles, pour avoir un motif d'annuler les inscriptions où elles n'avaient pas été observées.

La loi du 25 ventôse an 11, sur l'organisation du notariat, prescrit aussi l'énonciation du nom, de l'état et de la demeure des parties (11); cependant, elle ne veut pas que leur omission emporte la nullité de l'acte : car, l'art. 68, qui spécifie tous les cas où la nullité est attachée à l'inobservation d'une disposition, n'y comprend pas celui-ci. Elle n'a donc pas jugé que ces énonciations fussent des formalités substantielles.

La Cour de Paris ne les avait pas non plus jugées telles, lorsque, dans un arrêt du 16 février 1809, elle jugea que « l'indication du do-» micile réel du créancier inscrit, n'est point » une des formalités *substantielles* de l'inscrip-

(1) M. Merlin a tâché de justifier cet arrêt dans son plaidoyer, sur lequel fut rendu l'arrêt du 15 mai 1809, rapporté dans le Répertoire, supplément du 13.e vol., verbo *inscription hypothécaire*, p. 569.

» tion, dont *l'inobservation viole le principe de*
» *la publicité des hypothèques, et puisse porter*
» *préjudice aux tiers et entraîner la nullité de*
» *l'acte*, lorsqu'il contient élection de domicile
» dans l'arrondissement du bureau ». *Sirey, an 9, tom. 2, p. 208.*

512. Enfin, la Cour de cassation elle-même a changé ses principes et sa jurisprudence. Dès l'an 1809, à l'occasion d'un arrêt rendu le 15 mai (1), qui décida que les héritiers avaient pu prendre, au nom de la succession de Jean-Louis Clermont-d'Amboise, une inscription en nom collectif, sans indiquer leurs *noms, prénoms*, etc., le procureur général avait posé en principe que l'objet de l'inscription hypothécaire n'est pas de procurer, soit au débiteur, soit aux créanciers postérieurs, les *facilités qu'ils peuvent désirer.....*; que l'inscription n'est instituée que pour donner aux priviléges et aux hypothèques *une publicité* propre à garantir les tiers intéressés de toute espèce de piége. L'objet légal de l'inscription est donc rempli, lorsque, par la manière dont elle est conçue, elle manifeste au public la créance privilégiée ou hypothécaire qu'elle tend à conserver.

Il ajoutait que la loi s'est bien gardée d'attacher la peine de nullité à l'omission des for-

(1) Rapporté dans le nouveau Répertoire, *ad calcem* du 13.e vol., verbo *inscription hypothécaire*.

malités qu'elle prescrit « parce que, mettant » toute sa confiance dans le principe général, » qui veut que la peine de nullité soit suppléée » de plein droit, dans toutes les dispositions qui » prescrivent des formes *substantielles*, et » qu'elle ne le soit jamais dans celles qui ne » prescrivent que des formes secondaires, elle » se repose sur les juges du soin de distinguer » quelles sont, parmi les formes qu'elle pres- » crit pour les inscriptions, celles qui tiennent » ou ne tiennent point à la substance de ces » actes; c'est-à-dire, celles qui sont ou ne » sont pas *indispensables* pour faire connaître » la créance, le débiteur, le créancier et les » biens sur lesquels il s'agit d'acquérir hypo- » thèque »,

En un mot, pour remplir le but de la loi, telle est la maxime que le procureur général donnait pour règle à suivre par les Cours d'appel.

L'occasion d'appliquer ces principes se présenta bientôt. La Cour d'appel de Rouen, par un arrêt du 14 novembre 1808, avait jugé valable une inscription dans laquelle le créancier avait pris les prénoms de *Pierre-Barthélemi*, qu'un de ses frères avait portés, au lieu de ceux de *Jacques-François*, qu'il portait. Le motif de décision fut que, dans l'espèce proposée, l'erreur n'avait occasionné ni incertitude ni méprise sur la personne du créancier. La cour de Rouen

posait en principe que ce qui est véritablement *substantiel*, dans la désignation du créancier inscrivant, est qu'elle soit *évidente* et *certaine*, et non susceptible d'aucun doute; mais que la forme de cette désignation, lorsqu'elle est d'ailleurs évidente, ne peut avoir ce caractère de *substantialité*, lorsque *la volonté et le but* de la loi ont été remplis dans *leur essence*.

Cet arrêt fut attaqué; mais il fut confirmé par la Cour de cassation le 15 février 1810 (1), sur les conclusions du procureur général, qui répéta à cette occasion les principes qu'il avait exposés en 1809, et la Cour de cassation les consacra de nouveau dans le dispositif d'un arrêt du 1.er octobre 1810, dont voici l'espèce :

La Cour de Besançon, par un arrêt du 21 juin 1808, avait jugé, conformément aux principes adoptés par la Cour de cassation, dans son arrêt du 7 septembre 1807, ci-dessus référé, qu'il est *de l'essence d'une inscription hypothécaire de contenir toutes les énonciations exigées par l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7* (et par l'art. 2148 du Code). Elle avait en conséquence annulé une inscription où se trouvait omise la profession de l'inscrivant; mais la Cour de cassation, par un arrêt du 1.er octobre

(1) Rapporté par Sirey, tom. 10, p. 179, et dans les Questions de droit de M. Merlin, avec ses conclusions, verbo *inscription hypothécaire*, § 4.

1810 (*V. Sirey, tom. 10, p. 383*), cassa cet arrêt, comme ayant fait une fausse application de l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7, « attendu que la désignation de la profession du créancier inscrivant *n'étant pas requise par la loi à peine de nullité, cette peine ne pouvait être suppléée par le juge qu'autant que cette désignation pourrait être considérée comme une formalité substantielle et intrinsèque de l'inscription;* mais qu'on ne peut qualifier *de formalité substantielle et intrinsèque* à l'acte d'inscription, la désignation de la profession de l'inscrivant, qui n'en est qu'un accessoire purement accidentel ».

513. Ici, la Cour de cassation reconnaît deux principes importans : l'un, que les juges ne peuvent suppléer la peine de nullité, lorsqu'elle n'est pas prononcée par la loi, pour l'omission d'une formalité requise; l'autre qui n'est qu'une exception au premier, à moins que la formalité ne puisse être considérée comme *substantielle* et *intrinsèque;* c'est-à-dire, formant la substance intrinsèque de l'acte, autrement, comme nécessaire à son existence, ou comme *indispensable* pour remplir le but que la loi s'est proposé. Si ce but peut être rempli sans cette formalité, elle n'est pas *substantielle.*

514. Ces principes raisonnables paraissent aujourd'hui admis dans les Cours d'appel. Nous

avons déjà vu que la Cour de Paris les avait professés dans un arrêt du 16 février 1809, auquel on peut ajouter un autre arrêt du 29 août 1811. *Sirey 12, 2, p. 3 et 4.*

La Cour de Bruxelles, dont on peut encore invoquer l'autorité, quoiqu'elle ne soit plus française, parce qu'elle renferme dans son sein beaucoup de magistrats savans et infiniment éclairés; la Cour de Bruxelles, qui avait d'abord suivi les principes de la Cour de cassation, les changea à son exemple, dans un arrêt du 20 février 1811, rapporté par Sirey, 11, 2, 375. Elle jugea, contre sa précédente jurisprudence, une inscription valable, quoique la profession de l'inscrivant y fût omise (1); « attendu que la loi du 11 brumaire an 7 ne

(1) Dans un arrêt du 16 avril 1808, elle avait jugé nulle une inscription hypothécaire, où se trouvait omise la profession de l'inscrivant. Les moyens qu'on faisait valoir contre cette inscription, c'est qu'il s'agisssit d'une formalité *substantielle* et *constitutrice* de l'inscription. Sirey, tom. 10, 2, 564.

Le chancelier d'Aguesseau ne pouvait concevoir que l'omission d'une qualité pût annuler un acte. « L'examen des nullités, dit-il, » tom. 8, p. 316, doit être fait avec une grande attention, pour ne » pas tomber dans l'inconvénient d'aller trop loin en cette matière.

» Je n'entends pas bien, par exemple, ce que vous voulez dire, » quand vous remarquez que, dans l'écrou du nommé....., il n'est » pas fait mention *de sa qualité;* d'où vous concluez que tout le » procès est nul, parce que l'écrou en est la base et le fondement.

» Il faudrait savoir, premièrement, ce que c'est que cette qualité, » dont on a omis de faire mention, et *je ne conçois pas que cette* » *omission, telle qu'elle soit, puisse être d'une si grande consé-* » *quence, n'y ayant point d'erreur, ni de doute même sur la per-* » *sonne* ».

porte pas la nullité à défaut d'énonciation, dans les bordereaux d'inscription, des formalités requises (art. 17 de ladite loi); qu'ainsi elle a laissé à l'arbitrage du juge de distinguer les formes *essentielles, sans lesquelles il ne peut y avoir d'inscription*, de celles qui ne sont qu'accidentelles, à défaut desquelles *le but de la loi* peut néanmoins être atteint ».

Nous avons déjà vu que la Cour de Rouen a été l'une des premières à professer ces principes.

Celle de Metz les professa également dans un arrêt du 2 juillet 1812, rapporté par Sirey, 12, 1, 388, en jugeant qu'une inscription n'était pas nulle faute d'élection de domicile de la part de l'inscrivant dans un lieu de l'arrondissement, « attendu que les seules formalités dont l'inobservation entraîne la nullité dans les actes conservatoires, de même que *dans tous les autres dont la nullité n'est pas littéralement prescrite par la loi,* sont les formes viscérales, *intrinsèques et essentielles*, etc.

515. On doit penser que les autres Cours s'attacheront désormais à ces principes, ou qu'en tous cas la censure les y fera rentrer. Ainsi l'on verra cesser ces controverses interminables, et cette lutte scandaleuse de la capidité et de la mauvaise foi, qui spéculent froidement sur l'abus des formes, pour anéantir les

droits les plus légitimes. Il faut le dire, s'il s'est élevé tant de plaintes contre les dispositions du Code, relatives aux hypothèques, c'est moins la faute de la loi que celle des tribunaux et des cours, qui, en prononçant arbitrairement des nullités où il n'en existe point, introduisaient, dans l'observation des formalités les plus minutieuses, une rigueur injuste et déraisonnable, contraire à l'esprit et au texte de la loi.

516. Tout ce que nous venons de dire concernant les formes de l'inscription hypothécaire, que nous avons prises pour exemple, s'applique aux formalités de tous les autres actes dont l'observation n'est pas expressément prescrite sous peine de nullité. Et il nous semble résulter en résumé, de la discussion longue et pénible à laquelle nous nous sommes livrés par nécessité, qu'on doit s'attacher à la maxime ancienne et raisonnable, si énergiquement recommandée par d'Aguesseau, tom 8, p. 74, qu'il ne faut point arbitrairement multiplier les nullités; qu'elles sont de droit étroit; que le juge ne peut ni les créer, ni les suppléer, ni les étendre d'un cas à un autre, et qu'il faut s'arrêter sur ce point aux dispositions écrites dans la loi. Ainsi donc :

517. PREMIÈRE RÈGLE GÉNÉRALE. Il ne faut point prononcer la nullité des actes où quelque disposition de la loi n'a pas été observée, à

moins que cette peine n'ait été expressément ou équivalemment prononcée par la loi (1).

518. SECONDE RÈGLE, qui n'est qu'une exception de la précédente. Tout acte qui ne contient pas les formalités indispensables pour remplir le but de son institution, le but que la loi s'est proposé, est imparfait et nul; il doit être considéré comme s'il n'avait pas existé.

Ce sont ces formalités qu'on appelle *intrinsèques* ou substantielles, parce qu'elles sont nécessaires à l'existence ou à la perfection de l'acte, et que sans elles il ne peut remplir le but de la loi.

519. TROISIÈME RÈGLE. Le silence du législateur, sur l'effet que doit produire l'omission d'une formalité ou l'inobservation d'une disposition, annonce qu'il a voulu s'en reposer sur la prudence du juge, qui n'est point lié et qui peut prononcer la nullité d'un acte, lorsqu'il trouve qu'à défaut d'observation d'une formalité prescrite, l'acte est imparfait, ne remplit par le but de la loi, et sur-tout qu'il blesse les droits d'un tiers; mais qui ne doit jamais la

(1). Cette règle et les suivantes ont été consacrées par le Code prussien, part. 1.re, tit. 3, n.° 40. « La négligence à remplir la forme » légale d'un acte en entraîne la nullité, *seulement lorsque la loi* » *exige expressément l'observation de cette forme pour la validité de* » *l'acte* ». N.° 41. « Dans un cas douteux, on présume que la forme » d'un acte n'est ordonnée que pour le rendre plus sûr et plus au- » thentique »,

prononcer, lorsque par ailleurs l'acte peut remplir le but de la loi et qu'il ne porte préjudice à personne ; car alors personne n'a le droit de l'attaquer.

On doit alors placer la formalité omise au nombre de celles qui ne sont prescrites que pour rendre l'acte plus sûr et plus authentique, ou comme une indication des moyens propres à remplir le but de la loi, lequel peut être rempli par des équivalens ; car il ne faut pas confondre le mode avec l'essence.

520. Enfin, dans le doute, le juge doit s'abstenir de prononcer la nullité, l'acte doit subsister, sauf à celui qui a fait la faute à reparer le dommage, s'il en a causé.

521. Nous avons dit en commençant que la loi annule les conventions de deux manières, ou en prononçant immédiatement la nullité, ou en la prononçant par le ministère du juge, à qui elle ordonne de la prononcer en connaissance de cause : ce dernier cas est ce qu'on appelle proprement *rescision*. Il y a donc deux espèces de nullités; 1.° celles qui sont prononcées immédiatement par la loi elle-même, *ipso jure* : on les appelle nullités de droit ou de *plein droit* ; 2.° celles qui ne sont prononcées que par le ministère du juge, dans le cas de la rescision. C'est ce que nous apprend l'art. 1117, qui porte que « la convention consentie par erreur,

» violence ou dol, n'est pas nulle *de plein* » *droit;* elle donne seulement lieu à une action » en nullité ou rescision ».

Remarquez ces expressions, que la loi met en opposition : la convention *nulle de plein droit*, celle qui donne lieu *à une action en nullité ou en rescision*. La loi reconnaît donc deux espèces de nullités, l'une *de plein droit*, l'autre par *voie d'action*, ou par le ministère du juge. Cette distinction est prise dans la nature des choses.

La nullité de droit ou de plein droit est prononcée par la loi, dans le cas d'un vice extrinsèque et apparent, dont la visibilité empêche le contrat de se former, parce que la loi s'y oppose d'avance. Par exemple, si la personne qui a contracté en était déclarée incapable, comme les mineurs, les interdits, les femmes mariées, les individus morts civilement : par exemple encore, si l'on n'a point observé dans l'acte une formalité prescrite par la loi, sous peine de nullité.

Au premier cas, il suffit, pour démontrer la nullité, de présenter l'acte de naissance, le jugement d'interdiction, l'acte de célébration de mariage, le jugement qui condamne à la mort civile.

Au second cas, il suffit de présenter l'acte lui-même dans lequel se trouve omise la formalité prescrite sous peine de nullité.

La seule présentation de ces pièces démontre la nullité de l'acte; elles détruisent jusqu'à l'apparence du contrat, qui n'a pu se former contre l'opposition toujours existante de la loi. Si l'on s'adresse au juge, ce n'est pas pour qu'il prononce une nullité prononcée d'avance par la loi même; c'est uniquement parce que, dans l'état civil, personne ne peut se rendre justice à soi-même, et qu'il faut pour l'obtenir s'adresser au magistrat chargé de faire exécuter la loi.

Au contraire, si le contrat renferme un vice intrinsèque et caché; si, par exemple, il a été extorqué par erreur, violence ou dol, etc., il est essentiellement et radicalement nul; car il n'y a point eu de consentement valable. Mais cette nullité, quoique radicale, n'est pas visible; elle ne peut être aperçue qu'après une instruction souvent longue et difficile, qui peut seule mettre à découvert le vice latent qui a empêché la convention de se former. Jusqu'à ce que ce vice soit découvert, il existe au moins l'apparence d'un contrat; et cette apparence a l'effet de la réalité, tant qu'elle n'est pas détruite par un jugement rendu en connaissance de cause, qui déclare que le contrat est réellement nul, et qui remet les parties au même état où elles étaient auparavant. Voilà ce qu'on appelle rescision ou restitution.

522. La rescision ou restitution nous vient

des lois romaines, qui l'accordaient principalement pour les vices radicaux des conventions, la violence ou la crainte, l'erreur, le dol, etc. Les romains ne pensaient pas que la convention où ces vices se rencontrent fût nulle par elle-même, parce qu'outre que l'on n'aperçoit pas les vices qui l'ont empêchée de se former, ces vices ne sont pas toujours portés à un degré suffisant pour anéantir le consentement. D'ailleurs, les lois n'avaient rien statué sur les contrats qui en sont infectés. Ils étaient donc regardés comme valables dans la rigueur du droit.

523. Mais comme ces mêmes vices sont de nature à détruire le consentement, lorsqu'ils sont portés à un certain point, les préteurs, qui exerçaient à Rome la puissance judiciaire dans toute son étendue, et même la puissance législative, au moyen des édits qu'ils publiaient en entrant dans les fonctions de leur magistrature, usèrent de ce moyen pour suppléer au silence des lois sur le point qui nous occupe, et sur bien d'autres. Ils introduisirent *la restitution en entier* (1), c'est-à-dire qu'ils accordèrent

(1) La restitution en entier s'étendait à beaucoup d'autres cas que ceux de la rescision des contrats; c'est pourquoi d'Argentré ne veut pas que l'on confonde la matière *des rescisions* et celle de la restitution en entier. *Videsis in artic.* 283 de la Coutume de Bretagne, glose 11, n.os 1 et suivans. Au contraire, Domat, au titre *des rescisions et restitutions en entier,* dans le préambule, dit que « ces mots

aux personnes, soit mineures, soit majeures, qui se prétendaient lésées et surprises par dol, crainte ou erreur, etc., une action pour porter leurs plaintes en justice, et être, en connaissance de cause, contradictoirement *restituées* en entier, ou rétablies dans le même état où elles étaient avant l'acte qui les blessait. Cet acte était rescindé, c'est-à-dire annulé ou considéré comme nul et non avenu.

Ce furent d'abord les préteurs qui pouvaient seuls à Rome accorder la restitution en entier et rescinder les actes : mais Justinien donna ce pouvoir à tous les juges revêtus de la puissance publique, *quibus aliqua juridictio est, (l. 3, cod ubi et apud quem, etc., 2, 47)*, et même aux juges délégués.

524. En France, par un usage ancien qui cependant n'était pas général, le Roi seul avait autrefois le droit d'accorder la restitution en entier; il était considéré comme le magistrat par excellence, comme le seul magistrat, parce

de rescision et de restitution en entier, ne signifient proprement que la même chose, qui est le bénéfice que les lois accordent à ceux qui se plaignent de quelque dol, de quelque surprise, de quelque erreur dans les actes où ils ont été parties, pour les remettre au même état où ils étaient avant ces actes. Il lui paraît cependant que la restitution se rapporte particulièrement aux personnes, et la rescision à l'acte *qui est rescindé et annulé* ». Nous croyons qu'on peut ajouter que la *restitution* est l'effet de la *rescision*. C'est lorsque l'acte est rescindé ou annulé, que les parties sont restituées ou rétablies au même état où elles étaient auparavant.

que toute justice émane de lui. Ici, comme autrefois à Rome, se retrouvait la différence entre le magistrat et le juge. Renfermé dans les bornes de son ministère, le juge n'y trouve que la règle étroite de l'exécution de l'acte, si le magistrat, par une autorisation spéciale, ne donnait à ce ministère une plus grande étendue de pouvoir (1), en lui permettant de suppléer au silence de la loi, et de rescinder un acte dont elle n'avait pas prononcé la nullité.

Dans les affaires ordinaires, il fallait autrefois, pour traduire une personne en justice, en obtenir la permission du juge (2), qui mandait et ordonnait aux huissiers ou sergens de faire citer le défendeur à comparaître devant son tribunal. Mais s'il s'agissait de restitution en entier ou de rescision, il fallait commencer par présenter une requête aux officiers des chancelleries établies auprès des cours. Ces officiers, sans examiner le fait, en renvoyaient la connaissance aux juges, qui devaient en connaître, par des lettres expédiées et scellées au nom du Roi, et par lesquelles il leur était ordonné

(1) Voyez Lorry, dans ses notes sur le Traité des domaines de le Febvre-de-la-Planche, liv. II, ch. 7, tom. 3, p. 315. C'est ce qu'on pouvait dire de mieux en faveur d'un usage qui, dans la vérité, était purement bursal.

(2) Voyez Mazuer, *Pratica forensis*, tit. 1, n.° 1; Imbert, et nos vieux praticiens. Dans la suite, il ne fut plus besoin de prendre permission du juge pour faire citer le défendeur devant lui, si ce n'était en certains cas.

d'accorder la demande de l'impétrant, si les faits se trouvaient véritables.

525. De là l'ancienne maxime introduite par nos praticiens, que *les voies de nullité n'ont lieu en France (Loisel, Instit. cout., liv. 5, tit. 2, reg. 5, et ibi de Laurière)*. Ce qui ne signifie pas autre chose, si ce n'est que le droit romain n'avait point en France la force d'opérer la nullité des actes qu'il proscrivait. Aussi cette maxime ne s'appliquait point aux nullités prononcées par les ordonnances et par les coutumes : on pouvait les faire valoir devant les juges, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, sans obtenir des lettres du prince.

Au reste, cette maxime, si on peut l'appeler ainsi, se trouve abrogée par l'art 20 de la loi du 7 septembre 1790, qui supprima les chancelleries et abolit l'usage des lettres-royaux qui s'y expédiaient. L'action en rescision s'intente aujourd'hui de la même manière que celle en nullité proprement dite. *(Art. 21 de la même loi)*. Le ministère du juge est devenu un ministère d'équité. Non seulement il peut suppléer au silence des lois, mais il ne peut refuser de juger sous prétexte du silence de la loi, sans s'exposer à être poursuivi comme coupable de déni de justice. *Art. 4, Cod. civ.*

526. Le changement arrivé dans la manière d'exercer l'action en rescision a induit quelques

auteurs à penser que la distinction des obligations nulles de droit, et des obligations sujettes à rescision, n'est plus nécessaire aujourd'hui. C'est une inexactitude que nous avons déjà remarquée *(tom. 6, p. 119, à la note)*. La différence des obligations nulles de droit et des obligations seulement sujettes à rescision est au fond la même qu'elle a toujours été et qu'elle sera toujours. Car, encore une fois, elle est prise dans la nature des choses; la rescision suppose que l'acte est valable en apparence; mais qu'il peut être annulé pour quelque vice intrinsèque et caché qu'il faut prouver, et qui ne peut être découvert que par une instruction approfondie suivie d'un jugement. Au contraire, dans les obligations nulles de droit, la nullité du contrat est apparente; la seule représentation de l'acte suffit pour la rendre visible; il n'y a pas même l'apparence d'un contrat, la loi en ayant d'avance prononcé la nullité.

527. De là trois différences remarquables entre l'action en nullité et l'action en rescision. La première a pour fondement immédiat la loi et l'acte lui-même, dont la seule inspection fait voir que la loi a été violée, et que le contrat n'a pu se former contre son opposition toute-puissante, et toujours agissante. Celui qui oppose la nullité, soit par

voie d'action, soit par voie d'exception, n'a donc rien de plus à prouver; il n'a pas besoin de faire voir qu'il a été lésé, en quoi ni comment il l'a été : la loi prononce la nullité de l'acte, cela suffit. Il n'a pu produire aucun effet.

Au contraire, dans l'action en rescision, l'acte est en apparence valable aux yeux de la loi. Il est réputé tel jusqu'à la preuve du contraire, jusqu'à ce que les vices intrinsèques qui en opèrent la nullité soient découverts, prouvés, appréciés et reconnus par la justice; en un mot, jusqu'au jugement qui le déclare nul. Celui qui l'attaque doit donc prouver qu'il a été surpris, ou qu'il n'a pas été libre, qu'il était dans l'erreur, qu'il n'avait pas l'esprit sain, et par dessus tout cela qu'il est lésé; car s'il ne l'était pas, en vain prouverait-il tout le reste, il serait repoussé. L'intérêt est la mesure des actions. Le mineur lui-même n'est point restitué sans prouver la lésion, *non restituitur tanquàm minor, sed tanquàm lœsus*, à moins que l'obligation ne fût nulle de droit, par défaut de forme ou d'autorisation. *V. tom. 6, n.° 106.*

528. Une seconde différence consiste en ce que le juge ne peut, sans s'exposer à la censure, rejeter la nullité lorsqu'elle est prononcée par la loi. Au contraire, dans le cas d'une action

en rescision, comme il s'agit d'apprécier des faits, de voir s'ils sont prouvés, et s'ils sont de nature à opérer la nullité de l'acte attaqué, le juge peut, dans sa prudence, admettre ou rejeter la demande, selon la nature des preuves et des faits prouvés. Et de quelque manière qu'il prononce, il est difficile que son jugement soit avec succès déféré à la censure de la Cour de cassation, qui ne peut prononcer que sur les cas où la loi a été violée.

529. La troisième différence concerne l'exécution provisoire de l'acte. C'est une maxime ancienne, en jurisprudence, que ce qui est nul ne produit aucun effet. Les actes *nuls* sont, suivant la force du mot, considérés comme s'ils n'avaient point existé, ou comme non avenus : *pro infectis habentur*, dit Justinien. (*L. 5, cod. de legibus, 1, 14*). La loi, qui en a d'avance prononcé la nullité, les réduit, dit Dunod (*Traité des prescriptions, p. 47*), à un pur fait, qui ne produit aucun droit, aucune action, aucune exception. *Actus merifacti, sine ullo juris effectu, ne nomine quidem contractûs digni*, dit d'Argentré, p. 1368, n.° 9. Un pareil acte ne peut transférer la propriété. Ainsi, lorsqu'il paraît, on n'a aucun égard à la possession qui l'a suivi. (*Dunod, ibid*). C'est le cas de la maxime *meliùs est non ostendere titulum quàm ostendere ditionem*. Développons les conséquences de ces principes :

Si l'acte nul est considéré comme non avenu, s'il ne peut produire aucun droit, aucune action, il en résulte d'abord qu'il ne doit pas être exécuté provisoirement. Supposons donc que j'aie vendu la Ville-Marie à Caius, pour une somme de..... qu'il m'a payée comptant. Mais cet acte est nul dans la forme. Le notaire n'était accompagné que d'un témoin au lieu de deux. Je n'ai point souscrit l'acte. Il est référé que je ne sais pas signer. Caius veut se mettre en possession de fait. Je l'en empêche; je forme contre lui l'action de complainte; je le cite devant la justice de paix, pour être maintenu dans ma possession, et pour lui faire défendre de m'y troubler. Il répond qu'il n'use que de son droit, et qu'il ne me trouble point, puisque je lui ai vendu la Ville-Marie par le contrat qu'il représente. Je réplique que le contrat est nul, et que la justice ne peut le reconnaître, puisque la loi le proscrit.

Le juge de paix ne peut ni avoir égard à un pareil acte, ni en prononcer la nullité. Il doit l'écarter, et prononcer que sans y avoir égard, comme aussi sans préjudicier aux droits de Caius, je serai maintenu dans ma possession, avec défense de m'y troubler, sauf à lui à se pourvoir comme il l'entendra, pour faire valoir son titre. C'est ainsi que le juge doit

prononcer toutes les fois que l'acte renferme la preuve directe et positive de sa nullité.

Si Caius s'était mis *de fait* en possession, en me chassant de la Ville-Marie, j'exercerais l'action en réintégrande, au lieu de l'action en complainte, et le juge de paix ordonnerait ma réintégration, sauf à Caius à se pourvoir au pétitoire. Dans ces cas, le juge de paix ne prononce point sur la validité, ou l'invalidité de l'acte; c'est un point qui n'est pas de sa compétence, et qu'il ne peut juger. Il se borne à ce que son devoir lui prescrit, à ne pas prendre en considération un acte qui ne présente pas les caractères indiqués par la loi pour le faire reconnaître.

Supposons que j'aie laissé Caius en possession pendant plus d'un an, et qu'après ce tems je me sois de fait remis en possession. Caius pourra-t-il avec succès former contre moi l'action en réintégrande? Il faut distinguer : s'il ne fonde sa demande que sur sa possession annale, sans que le titre en vertu duquel il possède, et qui prouve le vice de sa possession, soit représenté, il doit être réintégré, parce que la possession annale fait réputer le possesseur propriétaire, jusqu'à la preuve du contraire.

Mais s'il ajoute qu'il possède en vertu du

contrat que je lui ai consenti, et qu'il représente, sa demande doit être rejetée, malgré sa possession annale, parce que la présomption de propriété qui en résulte, dans les cas ordinaires, est ici détruite par la représentation du titre qui a servi de fondement à la possession : *meliùs est non ostendere titulum quàm ostendere vitiosum.* Ce titre, évidemment nul, n'a pu lui transférer la propriété ; sa possession ne peut donc le faire réputer propriétaire : elle est vicieuse. Il en résulte que c'est moi qui avais été dépossédé illégalement. Ainsi je dois être maintenu ; car, d'un côté, le juge ne peut avoir égard à un titre qui manque des caractères sans lesquels la loi défend de le reconnaître, et de lui donner aucun effet. D'un autre côté, il ne peut fonder son jugement sur une possession dont l'origine est démontrée vicieuse, et qui ne peut faire réputer Caius propriétaire, puisqu'elle a pour principe un titre qu'il prétend émané de moi, un titre dont la nullité est visible, et qui n'a pu lui transférer la propriété.

Le juge ne prononce point encore ici sur la validité ou sur l'invalidité du titre ; il s'en sert uniquement pour caractériser la possession à laquelle les parties conviennent qu'il sert de fondement.

Si, dans l'espèce proposée, Caius ne repré sentait pas le titre, et fondait sa réintégrand uniquement sur la possession annale, ne pour rais-je pas représenter ce titre, afin de prouve le vice de sa possession? Pourquoi non? Puis que je ne m'en sers que pour démontrer l vice de la possession de Caius, pour faire voi qu'elle est fondée sur un titre auquel la provi sion ne peut être accordée, et qui cependan a servi de prétexte pour me déposséder, i m'est permis de prouver, par tous les genres de preuves, le vice de la possession que m'op pose mon adversaire, et de montrer qu'elle ne peut le faire présumer propriétaire, et par conséquent, que sa réintégrande ne peut être admise. C'est ainsi que si mon ancien fermier, qui s'était indûment perpétué sur la détention de mon héritage, dans lequel je suis rentré, prétendait exercer contre moi la réintégrande, je le repousserais en présentant le bail que je lui avais consenti, et qui prouve que sa possession n'était point *pro suo* et à titre de propriétaire. Dans ces cas, et autres semblables, le juge de paix ne prononce point sur la validité du titre; il s'en sert pour caractériser la possession, et prouver qu'elle est vicieuse.

529. Les questions que nous venons d'examiner doivent être résolues d'une manière tout opposée, si le titre n'est pas nul de droit, mais

seulement susceptible de rescision, ou si la nullité n'en est pas apparente. En ce cas, il présente l'apparence d'un titre légal qui doit être respecté, qui doit être exécuté provisoirement jusqu'au moment où la justice en aura prononcé la nullité. Il fait foi jusqu'à ce moment, et la provision lui est due : c'est un point de droit très-ancien en France. Il est attesté par d'Argentré, sur l'art. 283 de l'ancienne Coutume de Bretagne, glos. 1, n.° 25. Loisel l'établit comme une maxime reçue dans le cas le moins favorable, celui de la rescision pour cause de violence. « Quand le vendeur recon-
» naît la vente, mais dit que ce fut par force,
» garnir lui convient; et puis plaider de la
» force, s'il lui plaît ». *Instit. coutum., lib. 3, tit. 4, n.° 9.*

Ainsi, le vendeur ne peut, en formant l'action en rescision, se dispenser de délivrer la chose vendue, en alléguant que la vente lui a été extorquée par violence.

Duparc-Poullain *(Principes du droit, tom. 8, p. 75)*, atteste la même maxime. « La provi-
» sion est pour le titre; il doit avoir son exé-
» cution, jusqu'à ce que la rescision ait été
» jugée par sentence acquiescée ou confirmée
» par arrêt. L'équité et le point de droit se
» réunissent, dit-il, au soutien de cette vérité...
» Tout acte qui n'est pas *radicalement nul*,

» *suivant les lois du royaume* (c'est-à-dire dont
» la nullité n'est pas prononcée par les lois),
» subsiste nonobstant l'action rescisoire, jus-
» qu'à ce qu'elle soit jugée définitivement et
» sans appel ».

Bourjon enseigne la même doctrine, dans son livre *du droit commun de la France*. « L'exé-
» cution de l'acte attaqué, dit-il, n'est point
» pour ce en suspens.... Il peut donc toujours
» s'exécuter. De là il s'ensuit que celui contre
» lequel les lettres ont été obtenues peut tou-
» jours agir en conséquence de l'acte, et même
» par saisie-exécution, lorsqu'il a exécution
» parée ».

En Allemagne et en Hollande, on peut exiger une caution de celui qui veut faire exécuter un contrat, nonobstant l'action en rescision. (*V. Voët, in tit. ff de restit. in integ., n.° 25; Huberus, in eumdem tit., et les auteurs qu'ils citent*). Dans notre législation actuelle, l'art. 135 du Code de procédure porte que l'exécution provisoire *sans caution* sera ordonnée, s'il y a titre authentique ou promesse reconnue. Il paraît donc qu'il faut distinguer. L'exécution provisoire du titre dont on demande la rescision doit être ordonnée sans caution, si l'acte est authentique, ou si les signatures en sont reconnues. Dans les autres cas, le juge doit ordonner l'exécution provisoire, avec caution.

Ce que nous venons de dire sur l'exécution provisoire des actes sujets à rescision doit s'appliquer aux actes nuls, lorsque la nullité n'en est pas apparente et visible; car il y a des nullités, même absolues, qui ne peuvent, comme les rescisions, être prononcées qu'en connaissance de cause, après une instruction souvent longue et difficile, qui peut seule mettre à découvert le vice qui rend le contrat nul dans son principe, d'une nullité tellement absolue, qu'elle ne peut être couverte par le consentement des parties. Tels sont les contrats qui ont une cause illicite, non exprimée dans l'acte, et qu'il faut par conséquent prouver. Par exemple, une convention qui aurait pour objet de corrompre un juge; *quod judici à litigatore promittitur litis judicandæ causâ (d'Argentré, art. 283, glos. 1, n.° 9)*; de tels actes présentent l'apparence d'un contrat en forme, d'un contrat légal, jusqu'à ce que le vice en soit découvert. Ils doivent donc être exécutés provisoirement. Quoique nuls d'une nullité absolue, ils ne sont pas nuls de plein droit; ils ne sont nuls que par voie d'action : c'est une véritable action rescisoire.

530. Puisque l'action en nullité et l'action en rescision sont des actions différentes, dont les effets sont différens, il en résulte qu'on ne peut, en cause d'appel, convertir en demande en

nullité la demande en rescision formée devant le tribunal de première instance, ni réciproquement en demande en rescision la demande en nullité. Ce serait priver l'autre partie d'un degré de jurisdiction. On peut voir sur cela deux arrêts de la Cour de cassation, des 8 pluviôse an 13 et 5 novembre 1807, rapportés dans le nouveau Répertoire de jurisprudence, verbo *nullité*, § 9.

531. Une conséquence de la troisième différence que nous venons d'exposer, relativement à l'exécution des actes nuls ou sujets à rescision, est que l'action en nullité doit suspendre la perception du droit de mutation, si elle est formée avant qu'il soit perçu. J'ai vendu à Caius le fonds cornelien pour 20,000 fr., par un contrat notarié, mais dont la loi sur le notariat prononce la nullité, sans qu'il puisse valoir comme acte sous signatures privées. Huit jours après, mais avant que le notaire ait fait enregistrer le contrat, je forme contre Caius l'action en nullité. Le préposé de la régie ne peut contraindre ni Caius, ni le notaire, à payer provisoirement le droit de mutation : ce serait donner la provision à un acte dont la loi défend aux juges de reconnaître l'existence; car lorsque la loi prononce la nullité d'un acte, elle défend implicitement aux juges de lui donner aucun effet.

Au contraire, si je ne demandais que la rescision de l'acte pour violence, erreur, surprise, etc., le droit de mutation n'en doit pas moins être payé, sans attendre l'issue du jugement.

532. Mais si le jugement qui intervient dans la suite rescinde ou annule l'acte, le droit perçu devra-t-il être restitué? Et en cas que le droit ne soit pas restitué, sera-t-il dû un nouveau droit de mutation, pour la rescision ou résolution du contrat?

Ce sont deux questions qui méritent d'autant mieux d'être examinées, qu'elles nous fourniront l'occasion de développer et d'approfondir les effets et la nature de la rescision. On avait beaucoup agité ces questions sous l'ancienne législation, où la vente des immeubles produisait, au profit des seigneurs féodaux, un droit de mutation appellé *lods et ventes*. On demandait donc, 1.° si le seigneur qui avait perçu des lods et ventes, pour un contrat annulé ou rescindé, était obligé de les rendre; 2.° si la résolution du contrat de vente produisait un nouveau droit de mutation ou des lods et ventes.

533. Sur la première question, on tenait pour maxime que le contrat annulé pour un vice inhérent et remontant à son origine,

comme pour dol, lésion d'outre moitié ou minorité, ne produit aucun droit de mutation, et que le seigneur était tenu de le rendre, s'il l'avait perçu. *La jurisprudence était certaine sur ce point*, dit Bretonnier sur Henrys, liv. 4, quest. 167. La raison qu'en donne Henrys est que la cause ancienne, antérieure ou inhérente au contrat, la nullité *viscérale* ou *radicale*, empêche que jamais il n'y ait eu vente; que ce qui est nul ne peut produire aucun effet, et qu'il répugne qu'un acte entièrement détruit laisse quelques suites, et qu'ainsi on peut répéter les lods et ventes payés *condictione indebiti* (1).

534. Mais pour obliger le seigneur à les restituer, ou pour repousser la demande qu'il en faisait, en cas qu'il ne les eût pas encore perçus, il ne suffisait pas d'une rescision ou résolution volontaire convenue entre les parties : une pareille convention ne prouvait rien contre le seigneur. Il fallait donc un jugement qui annulât ou rescindât le contrat. Jusque là, *le seigneur peut exiger les lods et ventes*, dit Duparc-Poullain dans ses Principes du droit, tom. 2, p. 254 « Mais, ajoute-t-il, quand même » ils auraient été payés volontairement, le rap-

(1) Voyez Bourjon, *Droit commun de la France*, au titre *des censives*, tom. 1, p. 189, édit. de 1770; p. 247, édit. de 1747. Voyez aussi Guyot, Traité des fiefs, tom. 3, ch. 12. Il y discute avec érudition les opinions de Dumoulin, de d'Argentré, etc.

» port est dû par le seigneur, lorsque la nullité » du contrat ou *sa rescision* est jugée ». C'est aussi ce qu'enseigne, après d'Argentré, l'annotateur de Boutaric, *Traité des droits seigneuriaux*, p. 202, n.° 27.

Coquille (1) exigeait même que l'acheteur eût appellé le seigneur pour défendre le contrat, si bon lui semblait, afin que le jugement qui interviendrait eût contre lui la force de la chose jugée, pour répéter les lods et ventes. Mais Bretonnier sur Henrys, *ubi sup.*, n.° 6, atteste que cela ne se pratique point, sauf au seigneur, s'il le prétend, à se pourvoir contre le jugement.

L'annotateur de Boutaric, *ubi sup.*, p. 206, n.° 36, enseigne aussi qu'il n'est pas nécessaire d'appeller le seigneur dans l'instance en rescision; mais, suivant lui, le jugement doit être contradictoire et rendu en connaissance de cause, sans quoi il ne prouve rien contre le seigneur, parce qu'un jugement rendu par défaut et sans défense, n'a d'autorité que contre ceux avec lesquels il a été rendu, et qu'un jugement volontaire ou d'expédient est un accord revêtu du sceau de l'autorité judiciaire.

535. La loi sur l'enregistrement, du 22 frimaire an 7, n'a point admis les principes et les

(1) Sur la Coutume de Nivernois, ch. 5, art. 5, tom. 2, p. 105.

distinctions de l'ancienne jurisprudence, et de quelque manière que la rescision ou même la nullité du contrat ait été prononcée, ou pour quelque cause qu'elle l'ait été, la restitution du droit perçu ne peut être exigée. L'art. 60 porte que « tout droit d'enregistrement perçu » *régulièrement*, en conformité de la présente, » ne pourra être restitué, *quels que soient les* » *évènemens ultérieurs*, sauf les cas prévus par » la présente ».

Lorsque l'action en nullité n'a point encore été intentée, le droit est perçu *régulièrement*. Il en est de même s'il est perçu depuis l'action en rescision d'un contrat dont l'exécution est provisoire. La loi n'a pas voulu que les évènemens ultérieurs pussent entraîner la restitution du droit perçu (1). Le législateur a pensé, sans doute, que celui qui souffre de cette décision rigoureuse, doit s'imputer d'avoir fait des contrats nuls, ou susceptibles d'être annulés par la rescision. La perte de la somme qu'il a payée pour le droit acquitté, est la peine d'un fait qui lui est personnel, et qu'on est toujours plus ou moins fondé à lui reprocher.

536. Quant à la seconde question, qui consiste à savoir si la rescision ou résolution

(1) Ainsi l'a pensé la Cour de cassation, dans un arrêt du 2 février 1809. Voyez le Répertoire de jurisprudence, verbo *restitution de droits indûment perçus*.

d'un contrat doit produire un nouveau droit de mutation, on tenait pour maxime qu'elle n'en produisait point, lorsqu'elle se fait pour une cause ancienne et inhérente au contrat. Tel est le principe général, dit Bourjon, *ubi sup.*, édit. de 1770, n.os 97 et 107; il en donne différens exemples, et notamment, au n.° 101, le cas de la restitution en entier contre la vente. C'est une cause ancienne, et en tel cas la vente est censée n'avoir pas été faite, l'effet de la restitution étant de remettre le restitué au même état où il était avant la vente; ce qui l'anéantit jusque dans sa racine. *Potiùs est distractus quàm contractus*. C'était une maxime ancienne et élémentaire (1).

537. Il n'était même pas nécessaire que la résolution du contrat fût prononcée par un jugement, pour n'être point assujettie à un droit de mutation; il suffisait qu'elle fût opérée par une transaction, pourvu que ce fût pour une cause ancienne et sans fraude. C'était au seigneur à prouver la fraude. Néanmoins, elle était présumée, lorsque celui qui était auparavant en possession de l'immeuble, l'abandonnait à l'autre partie par la transaction. Mais

(1) Voyez les Principes de Duparc-Poullain, tom. 2, p. 254, n.° 361; Argou, Institution au droit français, liv. 2, ch. 4. Cette maxime est sur-tout développée par Boutaric, Traité des droits seigneuriaux, ch. 3, § 13, et par son annotateur la Sudre.

cette présomption cédait aux preuves contraires, dit Duparç-Poullain, *ubi sup.*, p. 239, n.° 243.

538. Les lois nouvelles ont suivi les principes de l'ancienne jurisprudence, en n'assujettissant point à un nouveau droit de mutation la résolution des contrats, qui se fait pour une cause ancienne, remontant à leur origine ou à leur racine. La loi sur l'enregistrement, du 22 frimaire an 7, art. 68, § 3, n.° 7, ordonne qu'il ne sera perçu qu'un droit fixe de 3 fr., et non pas un droit de mutation pour les expéditions de jugement portant *résolution de contrat ou de clause de contrat, pour cause de nullité radicale.*

Cette disposition est générale. Ainsi, quelle que soit la *cause* de la résolution, pourvu qu'elle soit *radicale*, c'est-à-dire qu'elle remonte à l'origine ou à la racine du contrat, il n'est pas dû de droit de mutation.

539. Il y a cependant une résolution dont la cause paraît remonter à l'origine du contrat, et qui, dans l'ancienne jurisprudence, n'était pas toujours exempte du droit de mutation, lors même qu'elle était prononcée par un jugement. C'est la résolution faute de paiement du prix d'un contrat de vente. D'un côté, il est certain que cette cause remonte à l'origine

du contrat, qui est toujours fait sous la condition expresse ou sous-entendue que le prix sera payé. Aussi Bourjon, *ubi sup.*, et les auteurs qu'il cite, n.° 99, pensaient que c'était une résolution forcée, qui n'était point assujettie à un nouveau droit de mutation.

D'un autre côté, comme la vente suivie de tradition transférait la propriété, dans l'ancienne législation, il paraissait que le droit de mutation était dû par la résolution du premier contrat, puisque la propriété, qui avait été transférée à l'acquéreur, retournait au vendeur qui faisait résoudre le contrat; mais comme, suivant le § 41, *instit. de rerum divisione,* la propriété n'était point transférée à l'acquéreur par la vente, même suivie de tradition, s'il n'avait pas payé le prix ou satisfait le vendeur d'une autre manière, *venditæ verò res et traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit*, on faisait une distinction. Si le vendeur avait donné à l'acquéreur un terme pour payer, *si fidem ejus secutus fuerat*, la résolution de la vente, pour défaut de paiement du prix, donnait ouverture au droit de mutation. Elle n'y donnait point ouverture, si le vendeur n'avait point donné de terme. *Bourjon, ubi sup., n.° 99, à la note; Duparc-Poullain, ubi sup., p. 256, n.° 363.*

La loi sur l'enregistrement, du 22 frimaire an 7, n'avait point excepté de la disposition que nous venons de rapporter la résolution du contrat pour défaut de paiement du prix; on pouvait donc croire qu'elle y était comprise, et que cette résolution était toujours exempte de droit de mutation, et assujettie seulement au droit fixe de 3 fr. La loi interprétative, du 27 ventôse an 9, répara cet oubli, et trancha la question par une distinction. L'art. 12 porte : « Les jugemens portant résolution de contrats de vente, pour défaut de » paiement quelconque sur le prix de l'acquisition, lorsque l'acquéreur *ne sera point entré en jouissance*, ne seront assujettis qu'au » droit fixe d'enregistrement, tel qu'il est réglé » par l'art. 67 de la loi du 22 frimaire an 7, » § 3, n.° 7, pour les jugemens portant résolution de contrats *pour cause de nullité radicale* ».

Ainsi, au lieu de distinguer si, dans le cas de la résolution pour défaut de paiement, le vendeur a ou non fait crédit à l'acquéreur, en lui donnant un terme, la loi applique à cette espèce la distinction employée autrefois, pour en induire une présomption de fraude, si le contrat était résolu volontairement, après l'entrée de l'acquéreur en possession. Mais la loi nouvelle emploie cette distinction, non pas

comme un indice de fraude, mais d'une manière absolue. En sorte que le vendeur, qui rentre dans son immeuble faute de paiement, ne serait pas reçu à prouver que la résolution n'est pas frauduleuse, mais nécessaire et forcée.

540. Remarquez, au reste, que la résolution pour défaut de paiement du prix, lorsque l'acquéreur est entré en jouissance, est le seul cas où la résolution, pour une cause ancienne et inhérente au contrat, soit soumise au droit de mutation; tous les autres cas restent compris dans la disposition générale de la loi, qui en dispense les résolutions pour *cause de nullité radicale*. Car on ne doit pas suppléer des exceptions qui ne sont pas dans la loi, sur-tout après qu'une loi interprétative a fait les exceptions qui ont été jugées nécessaires. *Statutum explanatorium claudit rivos statuti prioris, nec recipitur posteà extensio in alterutro statuto. Bacon, aph. 18.*

541. En conformité de ces principes, le tribunal de Châtillon jugea, dans l'espèce suivante, qu'il n'était pas dû de droit de mutation pour la rescision consentie en jugement d'un contrat d'acquêt fait en minorité. François Michaud et Marie-Anne Tridon, sa femme, mineurs, avaient acquis en l'an 8, de Gabriel Bourbon, une tannerie, pour 9,300 liv. Ils entrèrent en jouissance; mais l'année suivante, ils demandèrent

en justice la rescision de la vente, dans laquelle ils se trouvaient lésés. Bourbon répondit qu'il y consentait, pourvu que les choses lui fussent rendues dans l'état où elles étaient lors de la vente; que les loyers de sa tannerie lui fussent payés à dire d'experts, et qu'enfin les acquéreurs payassent les frais. Michaud et femme y consentirent par leurs répliques.

La somme qu'ils devaient fut fixée par experts à 725 liv., qu'ils furent condamnés de payer à Bourbon.

Le receveur de l'enregistrement considéra ce résiliement comme une rétrocession, et demanda 390 fr. pour le droit de mutation. Le tribunal de Châtillon l'en débouta le 3 brumaire an 11, par le motif que la résolution d'un contrat pour cause de nullité radicale n'est sujette qu'à un droit fixe; qu'il est constant que les Michaud étaient mineurs lors de la vente, et que c'était leur minorité qui avait donné lieu à la résolution, qu'on ne pouvait considérer comme une rétrocession.

542. Ce jugement était conforme aux anciens principes universellement reconnus. Néanmoins la régie se pourvut en cassation. Les fonctions du ministère public furent remplies en cette affaire par un magistrat d'une érudition profonde et d'une expérience consommée, mais trop enclin à étendre les droits du fisc.

Il établit d'abord que le contrat d'acquêt fait par les Michaud n'était pas *radicalement nul*, mais seulement susceptible de rescision à raison de leur minorité, en prouvant la lésion. Pour rendre cette proposition parfaitement exacte, il fallait dire que le contrat était susceptible d'être annulé ou rescindé pour un vice radical, la minorité lésée.

543. Le ministère public ajouta que *rescinder* un contrat, ce n'est pas le déclarer radicalement nul, c'est au contraire *juger qu'il a existé légalement*, et qu'il doit cesser à l'avenir d'avoir son exécution.

Cette dernière proposition est une véritable hérésie en jurisprudence. Rescinder un acte, ce n'est point juger qu'il a existé légalement, c'est au contraire juger qu'il n'y avait que l'apparence d'un contrat, dont la loi chargeait le magistrat de prononcer la nullité, lorsqu'il aurait découvert et constaté le vice intrinsèque qui rendait la convention nulle dans son principe ou dans sa racine. S'il n'y avait pas nullité *de plein droit*, il y avait *nullité par voie d'action*, comme nous l'avons dit, n.° 520. L'art. 1117 regarde les mots de *nullité* et de *rescision* comme synonymes, ou comme ayant la même force en cette matière; parce qu'en effet, lorsque le juge a prononcé la rescision de l'acte nul pour un vice intrinsèque, qui

s'opposait à la perfection du contrat, la rescision a les mêmes effets que la nullité prononcée par la loi. Elle se reporte à l'époque où l'acte a été passé (1). Tout ce qui a été fait depuis est effacé, les deux parties sont remises dans l'état où elles se trouveraient si l'acte n'avait point existé. Aussi les jurisconsultes romains définissent la restitution *redintegrandæ rei seu causæ actio. Paul, recept. sent., lib. 1, tit. 7.*

Redintegrandæ, disent les interprètes, *quoniam impetratâ restitutione in integrum, omnia in pristinum statum reducuntur.* Les fruits perçus sont restitués. (*L. 24, § 4, ff de minorib., 4, 4*). Les droits créés sur l'immeuble, par celui qui le possédait en vertu du contrat annulé ou rescindé, sont anéantis. (2185). En un mot, s'il est une maxime élémentaire en jurisprudence, c'est que la rescision ou restitution en entier a un effet rétroactif, lorsqu'elle est

(1) « Les conventions qui sont nulles dans leur origine, *sont en effet telles*, soit que la nullité puisse d'abord être reconnue, ou » que la convention paraisse subsister et avoir quelque effet. Ainsi, » lorsqu'un insensé vend son héritage, la vente est d'abord *nulle dans son origine*, quoique l'acheteur possède et jouisse, et qu'au » tems de la vente, cet état du vendeur ne fût pas connu. Il en est » de même, si l'un des contractans a été forcé ». Voyez Domat, liv. 1, tit. 1, sect. 5, n.° 2. L'annotateur de Boutaric, *ubi suprà*, p. 200, n.° 20, dit aussi que, quoiqu'il y ait de la différence entre les ventes *nulles* et celles qui sont *rescindées*, l'effet est pourtant le même, parce que la rescision attaque le contrat dans son *principe*.

prononcée pour un vice intrinsèque, pour un vice qui remonte à l'origine ou à la racine du contrat. C'est peut-être la première fois que l'on a osé soutenir que la rescision n'a pas d'effet rétroactif, et que son effet est borné à faire *cesser pour l'avenir* l'exécution du contrat.

544. On convenait, à la vérité, que, sous le régime féodal, la jurisprudence ne mettait pas de différence entre la rescision prononcée pour cause de minorité lésée, ou pour cause de nullité radicale; mais on soutenait que la loi du 22 frimaire an 7 était plus favorable au fisc que le droit féodal aux seigneurs, et qu'elle considère comme mutation ou rétrocession toute résolution de contrat qui n'est point motivée sur *une nullité radicale proprement dite*.

Cette assertion erronée n'est fondée que sur une équivoque et sur un paralogisme. L'art. 68 de la loi citée, § 3, n.° 7, ne soumet qu'à un droit fixe de 3 fr. les jugemens portant résolution du contrat pour une cause de *nullité radicale*. On commence par insinuer que cette expression signifie *nullité de plein droit*. On ne le dit pas ouvertement; on l'insinue seulement par l'addition des mots *proprement dite*, qui ne se trouvent point dans la loi, et l'on en conclut que la loi considère comme mutation toute résolution qui n'est pas motivée sur une nullité *radicale* PROPREMENT DITE.

Mais d'abord il est certain que, dans tous les tems, avant et depuis la loi sur l'enregistrement, on a toujours compris sous l'expression de *nullité radicale* tous les vices qui infectent les contrats dans leur *racine*, qui les font annuler ou rescinder pour une cause remontant à leur origine. Or, où trouve-t-on que la loi sur l'enregistrement ait changé la signification de ces mots, et qu'elle leur ait donné l'acception de *nullité de plein droit?* Le législateur ne tend point de piéges aux sujets. Il emploie les mots dans leur sens naturel, dans l'acception reçue et usitée par ceux à qui les lois s'adressent. Il est, à cet égard, soumis lui-même à l'empire de l'usage. Il n'est pas permis aux agens du fisc, pour en étendre les droits, de détourner le sens des mots de la loi hors de leur signification usitée.

Dans la vérité, la loi sur l'enregistrement ne regarde comme *mutations* soumises au droit proportionnel, que « les adjudications, ventes, » *reventes*, cessions, *rétrocessions*, et tous actes » civils et judiciaires, translatifs de propriété » ou d'usufruit ». *V. art. 68, § 7.*

Mais quand y a-t-il *revente* ou *rétrocession?* Quels sont les actes qui ont ce caractère? C'est ce que n'explique point et ce que ne devait pas expliquer la loi sur l'enregistrement; elle s'en est rapportée sur ce point aux principes

anciennement reçus, sans leur porter la moindre atteinte. Or, on ne trouvera pas un seul auteur qui ne donne pour maxime constante que la rescision d'un contrat, pour cause de minorité lésée, de même que pour cause de violence, erreur et autres moyens pareils de rescision, n'a point et ne peut avoir le caractère d'une revente ou d'une rétrocession.

545. Pour éluder l'application de ces principes incontestables, on soutint et on posa en principe que la loi sur l'enregistrement exige que les résolutions de contrats, même pour cause de *nullité radicale*, soient prononcées par un jugement, sans quoi elles sont soumises au droit de mutation. Pour faire passer cette proposition, on ajouta qu'il *était de règle*, « sous » le régime féodal, que les seigneurs perçussent » leurs droits de lods et ventes sur *les résolu-* » *tions de contrats* qui n'étaient pas prononcées » par les tribunaux en connaissance de cause ».

Au soutien de cette proposition, on citait l'annotateur de Boutaric et Fonmaur, qui ont dit que pour obliger le seigneur à rendre les lods et ventes du contrat annulé ou rescindé, ou pour l'empêcher de les demander, s'il ne les avait pas encore perçus, il fallait que la *nullité ou la cassation* eût été prononcée par un jugement. Mais ils n'ont point dit que pour dispenser la résolution du contrat d'un second droit

de lods ou de mutation, il fallait qu'elle eût été prononcée par un jugement (1). Ce sont deux questions différentes que l'on confondait, et que l'on ne devait pas confondre; car leur objet est tout différent. La première a pour objet le droit de mutation ou de lods du contrat rescindé ou annulé; la seconde, le droit de mutation de la résolution du contrat.

Si le contrat était résolu par un jugement contradictoire, le seigneur ne pouvait en demander les lods et ventes, s'il ne les avait pas

(1) Boutaric, ch. 3, § 13, n.° 1, p. 193, édit. de 1767, pose en principe que les lods et ventes ne sont dus ni d'une vente nulle de plein droit, ni d'une vente rescindée pour cause inhérente au contrat, *ex causâ primævâ et antiquâ.*

La Sudre, son annotateur, développe cette maxime dans ses additions, et dit, n.os 27 et suiv., qu'il est de maxime que tant que le contrat n'est point cassé, le seigneur est reçu à exiger le paiement des lods, mais qu'il est obligé de les rendre, si le contrat est annulé ou rescindé. Puis il dit, n.° 36 : « J'observe, en finissant, que pour » *exclure* le seigneur de *la demande des lods*, et plus encore pour » *l'obliger de rendre* ceux qui lui ont été payés, il faut que l'annu- » lation ou la cassation ait été prononcée par un jugement contradic- » toire. Une nullité déclarée par simple convention ou par un juge- » ment volontaire, ne ferait pas foi contre le seigneur, et il en faut » revenir à prouver avec lui que le contrat fût réellement nul ou » cassable. Il n'est pourtant pas nécessaire, comme l'a prétendu » Coquille, que le seigneur ait été appelé dans l'instance ».

Tel est le texte que l'on présentait à la Cour de cassation, pour lui persuader qu'il était de règle, sous le régime féodal, que les seigneurs perçussent les lods et ventes sur *les résolutions* des contrats qui n'étaient pas prononcées par un jugement.

Il est néanmoins bien évident que si l'auteur exige que la résolution soit prononcée par un jugement, ce n'est que pour exclure les seigneurs de la demande des lods et ventes *du contrat rescindé*, et pour les obliger de les rendre, s'ils les avaient reçus.

perçus, et s'il les avait perçus, il était obligé de les rendre.

Si le contrat était annulé par un jugement d'expédient ou par une transaction, le seigneur n'était point obligé de restituer les lods, et il pouvait les demander, s'il ne les avait pas perçus.

Mais pouvait-il exiger un second droit de lods ou de mutation sur la résolution? C'est une autre question, sur laquelle Boutaric et son annotateur la Sudre, ainsi que tous les auteurs, distinguent entre les résolutions volontaires, et les résolutions qui ont une cause nécessaire. Leur doctrine est que les résolutions volontaires produisent ordinairement un second droit de lods, sauf les cas d'exception. Quant aux résolutions pour cause nécessaire, un nombre desquelles sont la rescision pour minorité lésée, et tous les cas où l'un des contractans est en droit de faire rescinder le contrat, même la lésion d'outre moitié, les auteurs enseignent qu'elles ne produisent point de droit de lods, même lorsqu'elles n'étaient pas prononcées par un jugement contradictoire, à moins qu'elles ne fussent frauduleuses, et c'était au seigneur à prouver la fraude. *Voy. l'annotateur de Boutaric, p. 164 et 165, n.° 20.*

Mais, dit-on, la loi du 22 frimaire an 7, plus favorable au fisc que le droit féodal aux

seigneurs, exige que la résolution d'un contrat, même *pour cause de nullité radicale*, soit prononcée par un jugement, sans quoi elle est soumise au droit de mutation. On cite, pour le prouver, l'art. 68, § 3, n.° 7, qui, dit-on, *n'accorde l'exemption du droit proportionnel qu'aux jugemens portant résolution.*

Raisonner ainsi, c'est dénaturer la disposition de la loi, pour lui faire dire ce qu'elle ne dit point. L'art. 68 contient le tarif des droits fixes d'enregistrement, et l'énumération des actes soumis à chacun de ces droits. Le texte porte : « Les actes compris sous cet article » seront enregistrés, et les droits payés ainsi » qu'il suit, savoir, etc.....

» § 3. *Actes sujets à un droit fixe de 3 fr. :*

» 1.° Les contrats de mariage, etc.;

» 2.° Les partages, etc.....

» 7.° Les expéditions de jugemens des tribu- » naux civils, portant acquiescement, acte » d'affirmation, etc....., *résolution de contrat,* » *ou de clause du contrat, pour cause de nullité* » *radicale*, reconnaissance d'écriture, etc. »

Nous le demandons à tout homme de bonne foi, peut-on conclure de ce texte que la loi *n'accorde l'exemption du droit proportionnel qu'aux jugemens portant résolution ?* Pour faire sentir le vice de ce raisonnement, il suffit de rapprocher la conséquence des prémisses.

La loi soumet à un droit fixe de 3 fr. les expéditions de jugemens portant résolution de contrats *pour cause de nullité radicale*. Donc elle n'accorde l'exemption du droit proportionnel ou de mutation qu'aux résolutions prononcées par un jugement.

La fausseté de ce raisonnement eût été trop palpable ; il a fallu de l'art pour la rendre plausible. On a dissimulé ou retranché l'antécédent, puis dénaturant le texte de la loi, on a présenté la conséquence comme un principe incontestable reçu dans l'ancienne jurisprudence, et consacré par la loi sur l'enregistrement. C'était précisément mettre en principe ce qui était en question. Voici donc dans quels termes le raisonnement fut présenté à la Cour de cassation : « Non seulement la loi du 22 frimaire » an 7, art. 68, § 3, n'accorde l'exemption du » droit proportionnel qu'*aux jugemens portant* » *résolution* ; mais il était même *de règle*, sous » le régime féodal, que les seigneurs perçussent » leurs droits de lods et ventes sur *les résolu-* » *tions* de contrats qui n'étaient pas prononcées par les tribunaux, en connaissance de » cause ».

Nous avons prouvé que cette prétendue règle, invoquée pour masquer la fausseté de la première proposition, n'a jamais existé, et que les auteurs enseignaient une doctrine contraire.

Ainsi, le raisonnement sur lequel le ministère public fonda ses conclusions contenait deux erreurs démontrées.

546. Cependant la Cour de cassation, égarée par celui qui, dans d'autres occasions, l'avait si souvent et si sûrement guidée, adopta ses conclusions dans tous les points et sans examen. Elle cassa le jugement du tribunal de Châtillon, par son arrêt du 5 germinal an 13, rapporté, avec les conclusions qui le déterminèrent, dans le nouveau Répertoire de jurisprudence, verbo *enregistrement*, § 2.

Nous croyons avoir démontré que ces conclusions, et l'arrêt qui les a suivies, renferment deux erreurs. L'une, en ce qu'on y pose en principe que la loi sur l'enregistrement soumet au droit proportionnel la résolution des contrats sujets à rescision, et qu'elle n'en dispense que la résolution pour *nullité proprement dite*, ou nullité de droit.

L'autre, que la résolution des contrats, même pour cause de nullité radicale *proprement dite*, est aussi soumise à un second droit de mutation, à moins que la nullité n'ait été prononcée par un jugement.

547. Heureusement, un seul arrêt ne suffit pas pour fixer la jurisprudence, et pour déterminer le sens d'une loi : il faut que la puissance

royale le détermine par une ordonnance interprétative. Nous osons donc inviter les tribunaux à ne pas prendre pour règle de leurs décisions un arrêt qui nous semble manifestement aussi contraire aux anciens principes qu'à la loi du 22 frimaire an 7. C'est même pour eux un devoir (1) d'avertir la Cour de cassation des erreurs qui peuvent lui échapper, malgré sa sagesse infinie; car enfin le sage est homme, et par conséquent sujet à l'erreur.

Déjà l'une des erreurs, trop facilement adoptées par la Cour de cassation, dans son arrêt du 5 germinal an 13, a été rétractée, dans les considérans d'un arrêt rendu, après délibéré, le 8 avril 1811. En voici l'espèce : Les créanciers du sieur Codde firent vendre les biens de sa succession vacante. L'adjudication fut faite le 16 mars 1807, pour 9,850 fr. Les acquéreurs ayant découvert que l'étendue réelle de l'immeuble vendu était moindre de moitié que celle annoncée dans les placards et au cahier des charges, demandèrent, au mois de novembre 1807, la réduction de la vente à 6,000 fr., et subsidiairement la résolution.

Les créanciers s'en rapportèrent à la justice sur la demande en résolution, qu'ils pressentaient ne pouvoir pas éviter, et refusèrent la

(1) Voyez ce que nous avons dit *sup.*, p. 55 et suivantes.

réduction, qu'ils ne pouvaient pas consentir. Par jugement du 20 août 1808, le tribunal de Draguignan, considérant qu'il n'avait pas été désavoué que la propriété vendue avait moitié moins de l'étendue énoncée dans le cahier des charges; que dès lors ce point de fait devait demeurer pour constant, et qu'il entraînait la résolution de l'adjudication, *remit les parties au même état qu'elles étaient avant.*

Le greffier ne regardant point le jugement comme *translatif de propriété*, ne le fit point enregistrer sur la minute. La régie décerna contre lui une contrainte pour le paiement de l'amende et du droit *proportionnel*, ou de mutation. Elle prétendait que le jugement devait être considéré comme translatif de propriété, et par conséquent enregistré sur la minute.

Par jugement du 14 mars 1809, le tribunal décida que par son précédent jugement il avait prononcé la résolution de la vente du 16 mars 1807, par suite des dispositions du Code; que cette résolution n'était pas translative de propriété, et ne pouvait être considérée comme volontaire, puisque les créanciers n'avaient pas la faculté d'y consentir : en conséquence, il mit le greffier hors procès, avec dépens.

La régie se pourvut en cassation, prétendit qu'il ne fallait pas résoudre le contrat, mais

réduire le prix. Elle se fonda sur la jurisprudence constante en de pareils débats, et sur la loi du 22 frimaire an 7. Au total, le défendeur se fondait sur ce que la résolution avait été ordonnée pour une *cause antérieure*. Ce moyen, conforme aux vrais principes, prévalut enfin, et par arrêt du 8 avril 1811, rendu après délibéré, la Cour rejeta le pourvoi, par le motif « que le jugement du 20 août 1808 » ordonne la résiliation de l'adjudication, *pour* » *cause antérieure et existante lors de cette même* » *adjudication*, et *remet les parties au même* » *état qu'elles étaient auparavant, etc...* » L'arrêt est rapporté par Sirey, en 1812, p. 279 et suiv.

Ainsi, voilà les anciens principes, les vrais principes reconnus et professés, après une mûre délibération, par la Cour de cassation. Il n'y a point de mutation, il n'est point dû de droit de mutation, lorsque la résolution est faite pour une cause ancienne et inhérente au contrat, *ex causâ primævâ et antiquâ*. Il n'est donc pas vrai que la loi sur l'enregistrement considère comme mutation ou rétrocession, toute résolution de contrat qui n'est pas motivée sur une *nullité radicale proprement dite*; c'est-à-dire, sur une nullité de *plein droit*, ou prononcée immédiatement par la loi. C'est une des erreurs que nous avons signalées et

qu'on fit adopter si légèrement par la Cour de cassation, dans son précédent arrêt du 5 germinal an 13. Croyons qu'elle n'attend qu'une occasion pour rétracter la seconde.

548. On peut d'autant moins douter aujourd'hui que les rescisions, et même les résolutions de contrats pour une cause ancienne, remontant à l'origine de la convention, ne sont pas considérées comme des mutations proprement dites, mais plutôt comme la rentrée dans une propriété ancienne, qui n'avait pas cessé d'exister, ou qui n'était que suspendue, que le Code civil a, dans toutes ses dispositions, consacré énergiquement les conséquences qui dérivent de ce principe. Ainsi, l'art. 2125 dit que « ceux qui n'ont sur l'im» meuble qu'un droit suspendu par une con» dition, ou résoluble dans certains cas, ou » *sujet à rescision*, ne peuvent consentir qu'une » hypothèque soumise aux mêmes conditions, » ou *à la même rescision* ». L'art. 2182 ajoute que « le vendeur ne transmet à l'acquéreur » que la propriété et les droits qu'il avait » lui-même sur la chose vendue ».

Il les transmet soumis aux mêmes charges, aux mêmes résolutions, aux mêmes conditions, aux mêmes rescisions.

549. Ainsi, *la rescision* fait évanouir toutes

les charges créées, toutes les aliénations (1) faites par celui dont le contrat est *rescindé*. Il faut même remarquer que la disposition des articles cités est générale. Elle s'applique à toutes les rescisions, pourvu qu'elles aient une cause ancienne, inhérente au contrat. Ainsi, la rescision, même pour cause de lésion au-delà des sept douzièmes, produit le même effet; et si l'acquéreur refuse de fournir le supplément du juste prix, comme il en a la faculté, s'il préfère rendre l'immeuble et recevoir le prix qu'il avait payé, cet immeuble rentre dans les mains du vendeur libre de toutes les charges que l'acquéreur pouvait avoir créées.

On en avait beaucoup douté autrefois. C'était

(1) « Lorsqu'il y a lieu de rescision, dit Domat, *titre des rescisions et restitutions en général*, n.° 6, elle a son effet, non seulement contre les personnes de qui le fait y a donné lieu, mais aussi contre les tiers qui les représentent et les tiers possesseurs. Ainsi, par exemple, si celui qui avait acheté un héritage d'un mineur le vend à un tiers, la restitution pourra être exercée contre ce tiers, et contre tout autre possesseur, et il n'aura que son recours contre son vendeur. Ainsi, un propriétaire dépouillé de son héritage par une vente, ou autre titre consenti par l'effet d'une violence, pourra agir contre tout possesseur de cet héritage, et l'évincera, quoique la violence ne fût pas de son fait ». Il cite la loi 13, ff *de minoribus*, 4, 4; la loi 14, § 3, ff *quod metûs causâ*, 4, 2.

Cependant le droit romain n'étendait pas, dans tous les cas, l'effet de la rescision contre les tiers possesseurs. Voyez Voët, ff *de in integ. restit.*, n.° 10.

l'objet d'une grande controverse entre les écoles de Bartole et de Balde. (*V. Fachim., controv. jur., lib. 2, cap. 23*). Mais les chefs de l'école française avaient suivi l'opinion de Balde, sur la loi 2, *cod. de rescind. vend.*, qui pensait que le droit de l'acheteur ne subsistant plus, celui du créancier cesse entièrement, quoique l'acheteur eût la faculté de payer le supplément du juste prix, parce qu'il faut plutôt considérer *id quod est in naturâ actionis revocatoriæ, quæ competit ad rem, quàm id quod est in nudâ facultate solvendi pretium.*

Dumoulin, sur l'art. 33 de la Coutume de Paris, glos. 1, n.° 44, dit aussi : *Quoniam venditio cùm secutis ex eâ, annulatur, et ad non causam reducitur, idque ex causâ antiquâ, et existenti à principio venditionis, et necessariâ, si non præcisè, saltem causativæ, nisi malit emptor pretium supplere : quod sufficit, maximè cùm sola rescissio et restitutio sit in* OBLIGATIONE, *suppletio autem pretii, in facultate, quæ non est inconsideratione.*

Loiseau, *du déguerpissement, liv. 6, ch. 3*, dit qu'on ne doute plus aujourd'hui que les hypothèques imposées par l'acheteur ne soient entièrement éteintes par la restitution, pour lésion d'outre moitié. Basnage (*Traité des hypothèques, n.° 17*), enseigne la même doctrine, ainsi que Bourjon, Droit commun de la France,

tom. 2, p. 490, édit. de 1747, et après eux Pothier, Traité du contrat de vente, n.° 371. En vertu de cette restitution, dit ce dernier auteur, « le vendeur rentre dans l'héritage tel » qu'il était lors de la vente qu'il en a faite, » sans aucune charge des hypothèques, droits » de servitude et autres droits réels, que l'ache- » teur ou ses successeurs, soit universels, soit » particuliers, y auraient imposés; car ils n'ont » pu donner plus de droits qu'ils n'en avaient » eux-mêmes à ceux à qui ils ont donné ces » droits: par conséquent, de même que le droit » qu'avaient l'acheteur et ses successeurs, était » sujet à être rescindé par la restitution obtenue » par le vendeur, ces droits qu'ils ont accordés » doivent être pareillement sujets à cette resci- » sion; c'est le vrai sens de la maxime *soluto* » *jure dantis, solvitur jus accipientis* (1). »

550. Ce sont ces principes que le Code a

(1) Quoique la révocation des aliénations faites par l'acquéreur, lorsque son contrat est rescindé pour lésion d'outre moitié, dérive du même principe que la révocation des charges qu'il avait créées, elle souffrirait néanmoins plus de difficultés dans l'esprit de plusieurs docteurs. Voyez Fachimus, *controvers. jur.*, lib. 2. cap. 18; Voët, *in digest. de rescindend. vendit.*, n.° 6. Mais Pothier enseigne fort bien que l'action en rescision, pour lésion ultra-médiaire, peut être, comme les autres rescisions, intentée contre le tiers détenteur de l'héritage. « Il n'est pas douteux, dit-il, *Traité du contrat de vente*, » n.° 370, que le tiers détenteur doit restituer l'héritage au vendeur; » car, il n'y a de droit que celui qui vient de l'acheteur aux droits » duquel il est; et ce droit est détruit par l'action rescisoire ». Voyez aussi n.° 356.

consacrés dans les art. 2125 et 2182. Ils s'appliquent également au cas de la résolution de la vente, pour défaut de paiement du prix. Ce n'est que pour la dispense du droit de mutation qu'on fait la distinction ordonnée par la loi du 27 ventôse an 9, entre le cas où l'acquéreur était entré en possession et le cas où il n'y était pas entré. On ne distingue pas non plus si le vendeur avait ou non suivi la foi de l'acquéreur, en lui donnant un terme. La résolution de la vente entraîne la révocation des aliénations consenties et des charges créées par l'acquéreur. Ses créanciers ou ses acquéreurs ont à se reprocher, comme l'observent fort bien Basnage et Pothier, de n'être pas intervenus dans l'instance, pour demander à payer au vendeur, au premier cas, le supplément du juste prix, au second, le prix entier ou ce qui en reste à payer. Ils n'y pourraient plus être admis après que l'action rescisoire a été exécutée par la restitution de l'héritage.

551. Observons qu'il ne faut pas confondre la rescision avec la résolution des contrats. Ces deux expressions ne sont pas synonymes. La résolution est un terme général qui comprend toutes les manières de résoudre les contrats; la rescision est particulière à ceux qui renferment un vice intrinsèque qui s'est opposé à leur perfection. La résolution suppose que

le contrat a existé valablement : on ne délie point ce qui n'a pas été lié. La rescision suppose au contraire qu'il n'a existé que l'apparence d'un contrat, mais qu'il n'a jamais eu d'existence réelle, parce que les vices qui l'ont accompagné se sont opposés à sa perfection. On rescinde donc les contrats nuls pour une cause intrinsèque qui remonte à leur naissance, comme les contrats infectés de dol, erreur, violence, etc.; on résout les contrats intrinsèquement valables dans leur origine, mais que des causes postérieures anéantissent. La rescision ne peut s'opérer de plein droit; il faut que la cause en soit reconnue par les parties intéressées, ou par le juge; au contraire, la résolution peut s'opérer et s'opère souvent de plein droit et par la disposition de la loi; par exemple, dans le cas d'accomplissement d'une condition résolutoire exprimée dans le contrat; dans le cas de révocation des donations pour survenance d'enfans, etc.

Elle peut aussi ne s'opérer que par le ministère du juge, comme dans le cas du défaut d'accomplissement des conditions résolutoires sous-entendues dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à ses engagemens (1184).

Dans ces cas, la résolution produit le même effet que la rescision, puisqu'elle remet les

choses au même état que si l'obligation n'avait point existé (1183).

La résolution peut encore se faire par le consentement mutuel des parties; mais alors, comme elle n'a point de cause nécessaire, c'est moins une résolution proprement dite, qu'une convention nouvelle, qui ne peut porter aucun préjudice aux droits acquis à des tiers, et qui opère une véritable mutation, dans le cas surtout où la chose vendue revient à l'ancien propriétaire ou vendeur, par l'effet de la revente ou rétrocession. Nous ne pousserons pas plus loin ce parallèle.

552. Après avoir examiné les différences qui existent entre les nullités et les rescisions, il faut examiner les différentes nullités. On en distingue ordinairement deux espèces, les nullités absolues et les nullités relatives.

Cette distinction est extrêmement importante, car elle sert ordinairement à résoudre les questions de savoir par quelles personnes les nullités peuvent être opposées, et si elles peuvent être couvertes par la ratification, soit expresse, soit tacite. Cependant la doctrine des auteurs, sur ce point, nous a semblé manquer d'exactitude.

553. La nullité, dit fort bien Dunod (1),

(1) Traité des prescriptions, part. 1.re, ch. 8, p. 47.

vient de la prohibition de la loi, qui défend de faire certaines choses, et qui déclare nul ce qui sera fait au contraire. Pour juger de l'effet de cette nullité, il faut examiner la cause de la prohibition, et si elle est fondée sur l'intérêt public, ou sur celui des particuliers.

La prohibition est censée faite par rapport à l'intérêt public, lorsque son premier et principal objet est le bien de la société, la conservation des choses et droits qui appartiennent au public, et qu'elle statue sur ce qui concerne les bonnes mœurs, ou ce qui est hors du commerce, par les droits naturel, des gens ou civil. Telles sont les dispositions des lois, au sujet des actes qui emportent quelque délit, ou quelque turpitude, ou qui contiennent l'aliénation de ce dont le commerce est interdit, pour une cause publique et perpétuelle, comme les choses sacrées et le domaine.

La nullité, dit toujours Dunod, qui résulte de la prohibition en ce cas, est absolue, parce que la loi résiste continuellement et par elle-même à l'acte qu'elle défend ; elle le réduit à un pur fait, qui ne peut être ni confirmé ni autorisé, et qui ne produit aucun droit, aucune action ni exception : cette nullité peut être objectée, non seulement par la partie publique, mais encore par toutes sortes de personnes, sans qu'on puisse leur opposer

qu'elles se prévalent du droit d'un tiers; et le juge peut y prendre égard d'office, quand personne ne la proposerait (1).

Remarquons ici que Dunod ne dit pas que les nullités sont absolues, parcequ'elles ont pour cause une prohibition fondée sur l'intérêt public; mais que les nullités qui ont pour cause l'intérêt public sont absolues, parce que la loi résiste continuellement et par elle-même à l'acte qu'elle défend, etc., ce qui est fort différent. La nullité est donc absolue, suivant la doctrine de Dunod, lorsque la loi résiste continuellement aux actes qu'elle défend.

554. Les nullités respectives, suivant le même auteur, sont celles que la loi prononce dans l'intérêt des particuliers. Quoique la fin de la loi, dit-il, p. 48, soit toujours l'intérêt du public et de la société, la vue de cet intérêt est souvent éloignée, et la loi considère en premier lieu, dans sa prohibition, et dans les nullités qu'elle prononce, l'intérêt des particuliers. *Primariò spectat utilitatem privatam, et secundariò publicam.* Ce sont les particuliers qui profitent de sa disposition, et sa prohibition, en ce cas, produit une nullité qu'on appelle *respective*, parce que cette nullité n'est censée intéresser que celui en faveur de qui

(1) Ce qui est conforme à la doctrine de d'Argentré, art. 266 de l'ancienne Coutume de Bretagne, cap. 2, n.° 11, col. 1 p08 et art. 283.

elle est prononcée : c'est pourquoi il peut seul s'en prévaloir et la proposer, et si d'autres le faisaient, on leur opposerait avec raison qu'ils se fondent sur le droit d'autrui.

Telles sont, continue Dunod, les défenses d'aliéner les fonds dotaux et les biens des mineurs, de contracter sans l'autorité du père, du curateur, du mari, et autres semblables. Elles concernent principalement l'intérêt des particuliers ; elles n'annulent pas pleinement et absolument les actes qui sont faits au contraire : ces actes subsistent à l'égard des tiers, et ne sont déclarés nuls que quand les personnes que la loi a voulu favoriser le demandent. Ils peuvent être confirmés et ratifiés. Les tiers s'obligent valablement pour leur exécution ; car celui, par exemple, qui a cautionné la vente du bien d'un mineur, et le mari qui a vendu le fonds dotal de sa femme, sont tenus à la garantie. La loi ne résiste pas expressément et toujours à ces sortes d'actes, comme dans les cas auxquels elle produit une nullité absolue ; elle se contente de ne pas les avouer et autoriser à l'égard de certaines personnes. *Non assistit nec corroborat quod actum est, respectu ejus in cujus favorem prohibitio facta est; sed non resistit absolutè et semper* (1).

(1) Dunod ajoute : « Les actes dont la nullité n'est que respec-
» tive produisent une obligation naturelle, et ne sont pas même

555. Les auteurs qui ont écrit depuis Dunod ont suivi la même doctrine (1), dont les conséquences seraient,

1.° Que toutes les nullités qui ont pour cause première l'intérêt public, sont *absolues*. Cette proposition est rigoureusement exacte et vraie;

2.° Que toutes les nullités qui ont pour cause l'intérêt des particuliers sont *respectives*. Cette seconde proposition manque d'exactitude; elle péche par trop de généralité : car il peut y avoir, et il y a en effet, des nullités prononcées principalement, *primariò*, pour l'intérêt des particuliers, et qui sont néanmoins absolues, dans ce sens qu'elles anéantissent essentiellement et radicalement l'acte, et le font regarder comme non fait et non avenu, dit fort bien Bouhier, même dans l'intérêt des tiers.

Ainsi, s'il est vrai que toutes les nullités qui ont l'intérêt public pour cause première sont absolues, il n'est pas vrai de dire que toutes les nullités absolues ont pour cause l'intérêt public.

» toujours nuls de plein droit, à l'égard de la partie intéressée : car » il faut souvent qu'elle les fasse rescinder, comme il arrive dans les » contrats faits par crainte. Ces actes sont translatifs du domaine, » lorsqu'ils ont été accompagnés de la tradition, et ils forment du » moins un titre putatif et coloré, à l'ombre duquel l'acquéreur peut » se croire le maître et posséder de bonne foi ».

(1) Voyez Bouhier, Observations sur la Coutume de Bourgogne, ch. 19, n.os 12 et suivans; le Nouveau Répertoire de jurisprudence, verbo *nullité*, §§ 2 et 3.

556. Il n'est point également vrai de dire que les nullités *absolues*, celles même qui ont pour cause l'intérêt public ou celui de la société, peuvent être objectées, non seulement par la partie publique, mais encore par *toutes sortes de personnes, sans qu'on puisse leur opposer qu'elles se prévalent du droit d'autrui.*

Cette doctrine, que Dunod avait empruntée de d'Argentré, et celui-ci du droit romain, ne peut convenir à la jurisprudence française. Les romains n'avaient point ce que nous appelons en France le ministère public; c'est-à-dire qu'ils n'avaient point de magistrats chargés d'exercer les actions publiques, celles qui ont pour objet l'intérêt du public et de la société. Ces actions, que nous appelons *actions publiques*, étaient nommées chez eux *actions populaires*, parce qu'elles pouvaient être exercées par tous les citoyens indifféremment. Si plusieurs se présentaient à la fois pour agir, le préteur choisissait le plus capable, *idoniorem*; mais on donnait toujours la préférence à celui qui avait un intérêt particulier dans l'exercice de l'action. *L. 2; l. 3, § 1, ff de popularibus actionibus.*

Mais il y a long-tems que les dispositions du droit romain sur les actions populaires sont abrogées en France, ainsi que l'enseignent Mornac, Automne, etc.; elles le sont également

en Hollande, ainsi que l'atteste Voët, *in tit. ff de popularibus actionibus. Moribu interìm nostris nullus privatus actione populari, quà tali; experiri potest; sed omninò ad privatum interesse.*

Nous pensons donc qu'on peut poser en principe que les nullités absolues, celles même qui ont pour motif le bon ordre et l'intérêt public, ne peuvent être opposées que par les personnes qui ont un intérêt né et actuel à les faire valoir. Ce principe est consacré par les art. 184 et 191 du Code, à l'occasion des nullités de mariage, de celles même qui ont pour cause le maintien du bon ordre dans la société, tels que la bigamie et l'inceste.

On peut donc, *ab effectu*, définir les nullités absolues, celles que peuvent invoquer toutes les personnes qui ont un intérêt né et actuel à les faire valoir.

557. Si l'on demande pourquoi des personnes qui n'ont point été parties dans un acte peuvent en invoquer la nullité, voici la réponse : La loi, qui prononce sans restriction la nullité d'un acte, l'anéantit moralement et absolument, autant qu'il est possible. Si elle ne peut empêcher que le fait n'ait point existé, elle peut anéantir ou empêcher les effets qu'il aurait dû produire, et le réduire ainsi, comme le dit Dunod d'après d'Argentré (1), *à un pur*

(1) *In totum nihil est quod fit actus, pro non factis nec dictis ha-*

fait, en ordonnant qu'il n'aura pas plus de force que si jamais il n'avait existé. Tel est l'effet de la nullité prononcée par la loi, *ut ea quæ lege fieri prohibentur si fuerint facta, non solùm inutilia, sed pro infectis etiam habeantur.* *L. 5, cod. de legibus, 1, 14.*

L'acte nul étant, aux yeux de la loi, comme s'il n'avait point existé, ne peut produire aucun effet légal ; il ne peut être opposé à personne ; celui à qui on l'opposerait pourrait dire, avec d'Argentré : Ce titre que vous m'opposez n'existe point réellement ; la loi ne le connaît que pour le réprouver et l'anéantir : *hic tuus titulus revera titulus non est,* dit d'Argentré, col. 1368.

558. Ce qui rend une nullité *absolue* n'est donc point la cause ou le motif qui a porté le législateur à la prononcer ; c'est sa volonté, c'est la toute-puissance de la loi, qui anéantit l'acte, qui déclare n'en pas reconnaître l'existence, et qui le prive de tout effet légal.

D'après cela, si l'on demande comment on peut connaître les nullités *absolues*, et les distinguer des nullités *respectives*, la réponse est facile : c'est par la disposition de la loi. Toute disposition qui déclare positivement et sans restriction

bentur, sine ullo juris effectu, ne nomine quidem aut appellatione contractus digni, sed actus tantùm MERI FACTI, propter legis prohibitionem. D'Argentré, sur l'art. 283 de l'ancienne Coutume de Bretagne, col. 1368, n.° 9, édit. de 1681.

la nullité d'un acte, autrement la simple déclaration de nullité, quel qu'ait été le motif du législateur, soit pour cause d'intérêt public, soit pour l'intérêt des particuliers, soit pour vice de forme, opère une nullité absolue, par cela même qu'elle n'est pas limitée à certaines personnes. Elle peut donc être invoquée non seulement par chacune des parties contractantes, par leurs héritiers ou ayans-cause, mais encore par toute personne intéressée à ne pas reconnaître l'acte nul, dont on voudrait argumenter contre elle, fût-ce même un simple possesseur.

559. Supposons que vous ayez acquis le fonds cornelien par un contrat que la loi sur le notariat déclare nul pour vice de forme, de manière que l'acte ne puisse valoir même comme acte sous seings privés. Néanmoins, la délivrance ou la tradition vous a été faite. Mais par votre négligence, Caius usurpe la possession du fonds cornelien, et vous l'y avez laissé pendant plus d'un an. Vous ne pouvez agir contre lui qu'au pétitoire, et vous produisez votre contrat pour prouver votre propriété. Caius peut vous répondre : Le titre que vous m'opposez n'est point un titre ; *hic tuus titulus revera titulus non est* ; il n'existe point aux yeux de la loi ; il n'a donc pu vous transférer la propriété, quand même elle eût appartenu à votre

vendeur; et si elle lui appartenait, vous ne pourriez argumenter du droit d'autrui. Quant à moi, ce n'est point sur le droit d'autrui que je fonde ma défense, mais sur mon droit personnel, sur mon droit de possession, qui me dispense de toute autre preuve. *Possideo quia possideo.*

Bien plus : on peut regarder comme très-douteux que vous puissiez, en ce cas, faire, en vertu de votre contrat, expulser Caius, quand même il n'aurait pas encore la possession annale. Car enfin le jugement ne peut avoir aucun égard à un pareil titre.

Ceci peut paraître dur; mais la dureté n'est qu'apparente : car au moyen d'une ratification ou d'une procuration de votre vendeur, vous ferez évanouir la défense de Caius, et en attendant vous pourrez demander à la justice un délai pour représenter cette ratification.

560. Si le simple possesseur, même de mauvaise foi, peut opposer la nullité de l'acte, qui n'a point d'existence aux yeux de la loi, cette nullité peut à plus forte raison être invoquée par les créanciers du vendeur, puisqu'ils peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur (1166).

Ainsi les créanciers, même chirographaires, pourraient opposer la nullité du titre constitutif

d'une hypothèque, et les créanciers hypothécaires postérieurs en date pourraient opposer la nullité des titres antérieurs, en vertu desquels d'autres créanciers prétendraient les primer.

561. Mais si la nullité *absolue* peut être opposée par tous ceux qui ont intérêt à la faire valoir, peut-elle être couverte par la ratification?

Il faut distinguer d'abord entre les nullités fondées sur des motifs d'ordre public, sur l'intérêt général de la société, ou qui prennent leur source dans le respect dû aux mœurs, et les nullités établies pour le seul intérêt des particuliers.

Au premier cas, la nullité ne peut être couverte par aucune espèce de ratification, soit par l'un, soit par l'autre des contractans, soit par les deux de concert. La ratification serait elle-même infectée des mêmes vices que l'acte ratifié.

Cependant, si les choses en étaient venues au point où la convention cesserait d'être illicite, et pourrait prendre naissance, elle pourrait alors être ratifiée, soit expressément, soit tacitement.

Par exemple, on regarde la nullité des conventions faites sur une succession future,

comme prenant sa source dans le respect dû aux bonnes mœurs et à la morale publique. (*L. 3, cod. de pact., 2, 3*). Le partage anticipé d'une succession, fait avant son ouverture, est nul, et d'une nullité absolue (1). Mais aussitôt que la succession est ouverte, les choses se trouvant venues au point où la convention pouvait prendre naissance, elle peut être ratifiée, soit expressément, soit tacitement, de la manière que nous expliquerons tom. 8, tit. 3 du Cod., ch. 6, sect. 5.

562. Quant aux nullités absolues qui sont établies pour le seul intérêt des particuliers, ils peuvent y renoncer, quand le droit de les proposer leur est acquis, suivant la règle qu'on peut toujours renoncer au droit établi en sa faveur. *Regula est juris antiqui omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt, renunciare. L. 29, cod. de pactis, 2, 3.*

C'est donc un principe que tout homme en faveur duquel est ouvert le droit d'attaquer un acte dont la loi prononce la nullité pour son intérêt privé, valide cet acte, et le rend

(1) Voyez sur cela l'arrêt du 9 nivôse an 9, rapporté dans les Questions de droit de M. Merlin, verbo *partage*, § 2; un autre arrêt, du 30 messidor an 11, rapporté *ibid.*, verbo *succession future*, § 1.

Les lois romaines ne regardaient pas les conventions, sur la succession d'une personne vivante, comme contraire aux bonnes mœurs, lorsqu'elles étaient faites de son consentement. Voyez t. 6, n.° 115.

à son égard pleinement obligatoire par la ratification expresse ou même tacite. Les lois romaines nous offrent sur ce point une foule de décisions claires et positives, d'autant plus respectables qu'elles sont confirmées par les art. 1338 et 1340 du Code civil. En voici un exemple : La vente sans formalités, faite par le tuteur, des immeubles de son pupille, est absolument nulle. Cependant, si dans le compte rendu au mineur devenu majeur, le prix de la vente a été employé et payé, l'approbation du compte est une ratification de la vente, et l'acquéreur de l'immeuble vendu ne peut plus être inquiété. *Illicitè post senatusconsultum pupilli vel adolescentis prædio venundato, si eo nomine apud judicem tutelæ, vel utilis curæ actionis, æstimatio facta est, eaque soluta, vindicatio prædii ex æquitate inhibetur. L. 10, ff de rebus eorum, 27, 9.*

Cette décision est d'autant plus remarquable, que dans l'espèce proposée, l'acte qui contient la ratification est par sa nature étranger à l'acquéreur. Voyez d'autres exemples dans la loi 1, *cod. si major factus ratum habuerit, 2, 46;* dans la loi 16, § 1, *cod. de testamentis, 6, 23.*

563. Mais si les nullités absolues peuvent être ratifiées, leur ratification n'a point d'effet rétroactif. Elle ne tire sa force que de l'acte

même de ratification, et ne produit aucun effet que du jour de cet acte. Elle est considérée comme un nouveau titre qui doit avoir son exécution indépendamment du premier. (*V. tit. 3, ch. 6, sect. 5 du Cod. civil*). Ainsi, les droits acquis à des tiers depuis l'acte nul, mais avant la ratification, continuent d'exister tels qu'ils étaient auparavant. Cela résulte de la nature même des nullités absolues.

Par exemple, vous avez vendu le fonds cornelien par un contrat nul dans la forme, et qui ne peut valoir même comme acte sous seings privés. J'obtiens ensuite contre vous un jugement qui vous condamne de me payer une somme de 10,000 fr. J'acquiers par ce jugement un droit d'hypothèque judiciaire sur tous vos biens, et même sur le fonds cornelien, qui n'a pas cessé de vous appartenir Mais avant que j'aie fait inscrire ma créance au bureau de la conservation des hypothèques, vous ratifiez le contrat : je n'en conserverai pas moins le droit de prendre inscription sur le fonds cornelien, pendant quinze jours depuis la transcription de l'acte de ratification (1).

564. Au contraire, la ratification des actes dont la nullité n'est que respective, a un effet rétroactif, qui remonte au jour de l'acte. C'est

(1) Par argument de l'art. 834 du Code de procédure.

ce qui résulte de la nature même des nullités respectives et de la ratification.

La nullité qu'on appelle *relative* est celle qui ne peut être opposée que par ceux en faveur de qui elle est prononcée. Elle n'est donc point nullité à l'égard des autres personnes. C'est plutôt une faculté donnée à l'une des parties de revenir contre un contrat par sa seule volonté, et sans prouver aucune lésion. Prenons pour exemple les contrats faits par un mineur : la nullité n'en est que relative ; mais peut-on dire que ces contrats soient nuls? Non certes, suivant le droit romain, qui pose en principe général que le mineur peut faire toute espèce de contrat. *Pupillus omne negocium rectè gerit. § 9, instit. de inut. stip.*

Quant à la force et à l'effet du contrat, il distinguait : si le mineur était autorisé de son tuteur, le contrat était obligatoire de part et d'autre. Ainsi que l'autre partie, le mineur était obligé, sauf la restitution, s'il avait été lésé.

Si le mineur n'avait pas été autorisé, le contrat n'était obligatoire que pour l'autre partie, qui ne pouvait plus se dégager sans le consentement du mineur. Au contraire, le mineur n'était engagé qu'autant qu'il lui plaisait ; il pouvait se dégager par sa seule volonté, sans donner aucun motif de son

changement, sans prouver aucune lésion. Le lien était imparfait de son côté; le contrat était soumis à la condition résolutoire, *si minori displicuerit.* C'est ainsi que les lois permettent de contracter une vente, sous la condition qu'elle sera résolue, si sous tel tems elle déplaît à l'acquéreur, *si emptori displicuerit.* C'est précisément le cas où la loi place celui qui contracte avec un pupille, sans l'autorité du tuteur, comme nous l'avons observé ailleurs, tom. 6, p. 113.

Le Code n'a point porté d'atteinte à ces principes, quoiqu'il se soit exprimé d'une manière moins exacte. Il a déclaré les mineurs *incapables* de contracter (1124); mais il a voulu que cette incapacité ne pût être opposée que par eux seuls. Ainsi, cette prétendue incapacité n'est ni réelle, ni absolue: elle dépend uniquement de leur volonté. Les personnes avec lesquelles ils ont contracté sont obligées, et le contrat subsiste s'ils le veulent; il s'évanouit s'ils changent de volonté. Si donc parvenus à leur majorité, ils déclarent persister dans la même volonté qu'ils ont manifestée pendant leur minorité, ou même s'ils gardent le silence, le contrat reste le même: il devient irréfragable par l'approbation de la seule personne qui eût le droit de l'attaquer. Ainsi, la ratification, qui n'est pas autre chose que cette

approbation, ou si l'on veut que la renonciation à changer de volonté, se reporte naturellement au tems où le contrat a été passé.

565. Il suit de là que l'hypothèque, constituée comme un accessoire de l'acte passé en minorité, mais ratifié en majorité, prend date du jour du contrat, aujourd'hui du jour de l'inscription de ce contrat sur les registres publics, et non du jour de la ratification. C'était une maxime constante et très-ancienne dans la jurisprudence du Parlement de Paris. On la trouve confirmée par un arrêt du 23 juillet 1667, rapporté dans le Journal du Palais, et conforme à des arrêts plus anciens. Dans le siècle suivant, par un arrêt du 19 août 1784, rapporté dans la Gazette des tribunaux et dans le nouveau Denisart, verbo *hypothèque*, § 3, sect. 7, cette maxime était tellement constante à Paris, qu'on regardait comme inutile de l'appuyer par des autorités. Les auteurs se bornaient à l'énoncer comme une maxime désormais reçue. « On juge, dit Denisart, verbo *ratification*, que si un mineur ratifie en majorité un acte qu'il avait passé en minorité, l'hypothèque qui en résulte en faveur du créancier a lieu du jour du premier acte, parce que cet acte n'était pas nul (c'est-à-dire d'une nullité absolue), et qu'il pouvait seulement être annulé, si le mineur avait réclamé contre. La

ratification ne faisant que confirmer une obligation déjà subsistante, confirme en même tems l'hypothèque qui était l'accessoire de l'obligation personnelle ». Ferrière, verbo *ratification en majorité*, et le Répertoire de jurisprudence, verbo *ratification*, tiennent le même langage.

Mais en Normandie et en Bretagne, la question était au moins douteuse. Basnage *(Traité des hypothèques, ch. 3, p. 4)*, la regarde comme très-problématique. La principale raison de douter, suivant lui, est que, cessant la ratification, quand le mineur ne voudrait pas se faire restituer, ses créanciers pourraient exercer *ses actions, et demander de leur chef la rescision du contrat*. Il rapporte un arrêt rendu par le Parlement de Rouen, le 6 février 1668, qui jugea, contre la jurisprudence de Paris, que l'hypothèque n'a lieu que du jour de la ratification.

Pour concilier ces deux jurisprudences opposées, il propose de distinguer, et de faire remonter l'hypothèque au jour du contrat, si le mineur n'était pas lésé, et de la fixer au jour de la ratification, s'il y avait eu lésion ou dol dans le contrat passé en minorité.

En Bretagne, Duparc-Poullain *(Principes du droit, tom. 7, p. 194)*, après avoir rendu compte de la jurisprudence de Paris, cite, d'après Hevin, un arrêt contraire du Parlement

de Bretagne, du 15 novembre 1652, et l'arrêt du Parlement de Rouen, rapporté par Basnage. Raisonnant ensuite sur ces deux jurisprudences opposées, il convient que les contrats des mineurs ne sont pas nuls; que si le mineur et ses créanciers laissent passer dix ans sans attaquer le contrat, *l'hypothèque est irrévocablement acquise,* au préjudice de ceux qui ont contracté depuis la majorité. Il ajoute que la ratification est aussi puissante que la fin de non-recevoir de dix ans, et même plus favorable, parce que le débiteur est réputé, en ratifiant, avoir eu pour *seul objet de satisfaire son honneur et sa conscience.*

Mais il pense qu'on ne peut appliquer cela aux créanciers intermédiaires, entre la majorité et la révocation, parce que les créanciers légitimes ont le droit d'exercer, *malgré leur débiteur,* toutes les actions qui peuvent lui compéter; et il ne peut pas *les abandonner à leur préjudice.* Si, dit-il, mon débiteur majeur a pris des lettres de restitution contre un contrat passé en minorité, ou contre un acte frauduleux, il peut se désister, mais il ne m'empêchera pas d'exercer mon action *révocatoire,* ou l'action *rescisoire* qui lui compétait, et qu'il a abandonnée... Le débiteur ne peut, par son fait, dépouiller son créancier du droit acquis sur une action rescisoire, qui était entière lors de la ratification,

comme il ne peut renoncer à une succession. Pourquoi donc le créancier serait-il exclu du droit de proposer tous ses moyens de révocation, et tous les moyens de rescision que son débiteur aurait eus? La conclusion de l'auteur est que si le créancier, du tems de la majorité, et antérieur à la ratification, a formé l'action *révocatoire*, ou l'action *rescisoire*, ses droits sont conservés, malgré la ratification faite en majorité.

En résumant cette doctrine et celle de Basnage, il résulte, 1.° que le contrat passé en minorité subsiste, s'il n'est pas attaqué dans les dix ans, depuis la majorité, et que l'hypothèque constituée par ce contrat est irrévocablement acquise, de préférence aux créanciers qui ont contracté pendant la majorité;

2.° Que les créanciers qui ont contracté depuis la majorité peuvent, dans le nom de leur débiteur, former l'action en rescision contre les contrats qu'il a passés en minorité, s'il néglige de la former lui-même;

3.° Que s'il a ratifié en majorité, les créanciers intermédiaires peuvent former *l'action révocatoire* contre la ratification, et *l'action rescisoire* contre le contrat passé en minorité.

566. La première proposition est incontestable; la seconde et la troisième méritent un sérieux examen.

Le droit romain ne donnait pas aux créanciers le droit d'exercer les actions de leur débiteur, qui négligeait d'acquérir et d'augmenter ses biens, ou qui même renonçait à une succession ou à un legs. (*V. tom. 6, n.° 369, p. 446*). Ainsi, sous cette législation, les créanciers ne pouvaient, malgré leur débiteur, exercer dans son nom une action rescisoire quelle qu'elle fût, lorsqu'il ne voulait pas la former, à plus forte raison, lorsqu'il y renonçait.

Les auteurs français que nous avons consultés n'ont point traité la question *ex professo*. Ceux en petit nombre qui en ont parlé ne l'ont fait qu'en passant, comme notre savant maître Duparc-Poullain, qui dit, t. 7, p. 190, n.° 147, que « les créanciers ont droit de réclamer, non seulement comme le débiteur aurait pu le faire, contre les actes susceptibles de rescision, pour lésion d'outre moitié, fraude, erreur de fait, etc., mais d'exercer même les droits auxquels il a renoncé ».

L'auteur ne donne aucune preuve de cette assertion, qui cependant méritait bien d'être prouvée ; car la raison nous semble dire qu'elle est fausse, au moins par trop de généralité, sur-tout dans les principes du Code. J'ai souscrit devant notaires une obligation de 10,000 f. en faveur de Caius, avec hypothèque sur le fonds cornelien. Trois mois après, j'ai souscrit

une autre obligation de 3,000 fr. en faveur de Seius, et j'ai en outre beaucoup de créanciers chirographaires. Le fonds cornelien est saisi et vendu. Le prix se trouve insuffisant pour payer tous les créanciers. Seius et les chirographaires prétendent faire rescinder l'obligation que j'ai consentie à Caius, en alléguant qu'elle m'a été extorquée par violence, et que mon consentement n'a pas été libre. Caius soutient que leur demande n'est pas recevable, parce que je me tais, et que je suis le seul à savoir si réellement ma volonté a été libre ou forcée. Il en conclut qu'une pareille exception ne peut être que personnelle. Il le prouve par la disposition de l'article 180 du Code, qui porte que celui des deux contractans dont le consentement n'a pas été libre, est seul recevable à attaquer le contrat. A la vérité, il s'agit du contrat de mariage, mais la raison qui a dicté cette disposition, cette raison, qui est *l'âme de la loi*, s'applique également à tous les contrats, parce qu'en effet, celui qui a consenti peut seul dire si son consentement a été libre ou forcé; s'il a cédé à l'impression de la crainte, ou à la détermination d'une volonté réfléchie. Il est donc dans la nature des choses que l'exception fondée sur la violence soit purement personnelle à celui qui l'a éprouvée; car enfin, supposons dans l'espèce proposée que je sois mis en cause

par mes créanciers. Quelle que soit ma déclaration, tous mes biens leur seront distribués, soit aux uns, soit aux autres. Je déclare que j'ai consenti librement l'obligation que j'ai souscrite en faveur de Caius, et qu'elle est légitime. Quel juge oserait, contre mon témoignage, prononcer que ma volonté a été contrainte?

Ce que nous disons du moyen fondé sur la violence et la crainte, s'applique au moyen fondé sur l'erreur, que l'art. 180 déclare également personnel à celui des époux qui a été induit en erreur. Car enfin, celui qui a contracté peut seul savoir s'il a ignoré tel ou tel fait déterminant, et même s'il n'eût pas contracté nonobstant la connaissance de ce fait.

Il faut en dire autant du moyen de dol. Quels que soient les artifices employés pour me porter à consentir, je puis seul savoir si ce sont ces artifices qui m'ont déterminé : *an causam dederint contractui.*

Quant au moyen de lésion, le vendeur peut seul savoir s'il n'a pas reçu des valeurs supérieures à ce qui est exprimé dans le contrat; et en le faisant, il ne fraude ni ses créanciers postérieurs, puisqu'ils n'existaient pas au tems du contrat, ni ses créanciers antérieurs, parce que, s'ils sont hypothécaires, ils ont le droit de surenchérir; s'ils ne le sont pas, ils n'avaient

pas le droit d'empêcher leur débiteur de vendre au comptant un héritage, qui ne leur était point affecté, et d'en recevoir le prix en entier et même d'avance. C'est leur faute d'avoir suivi sa foi, et de n'avoir pas exigé de sûreté.

Passons au moyen fondé sur le défaut d'autorisation du mineur au de la femme, et prenons celle-ci pour exemple, parce que sa capacité naturelle n'est pas douteuse.

Une femme emprunte de Primus une somme de 3,000 fr., sans autorisation de son mari, avec hypothèque sur le fonds cornelien. Devenue veuve, elle emprunte de Secundus une somme de 3,000 fr., aussi avec hypothèque sur le fonds cornelien. Secundus voyant qu'elle n'attaque point son premier emprunt, et sachant que le fonds cornelien ne vaut que 4,000 fr., pourra-t-il former l'action en nullité contre Primus, sans le concours et contre le gré de la débitrice commune? Primus lui répondra que l'art. 225 du Code veut que la nullité, fondée sur le défaut d'autorisation, ne puisse être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers.

Le Code n'a point ajouté par *ses créanciers*, ✕ et avec beaucoup de raison. C'eût été favoriser les créanciers postérieurs à la viduité, au grand préjudice des antérieurs, et consacrer souvent, par cette disposition imprudente, de grandes

injustices, si leur créance est légitime, si la femme a réellement reçu les 3,000 fr. prêtés par Primus, et sur-tout si elle les a employés utilement. Le Code la laisse donc juger de la légitimité de la dette. Si elle se tait, Secundus a d'autant moins de raison de s'en plaindre, dans la législation nouvelle, qu'en acceptant le fonds cornelien pour hypothèque, il savait ou devait savoir que ce fonds était déjà affecté à une créance antérieure. Or, quelle faveur peut-il mériter, s'il a spéculé sur une action en nullité que la femme ne veut pas exercer, parce qu'elle sait que sa première dette est légitime?

Les auteurs qui accordent si libéralement aux créanciers de leur débiteur le droit d'exercer malgré lui ses actions rescisoires, n'ont considéré que l'intérêt des créanciers postérieurs; mais la loi doit considérer l'intérêt de tous. Elle doit encore considérer qu'il importe à la société de ne pas multiplier les procès, en armant les créanciers postérieurs contre les antérieurs, tandis que le débiteur commun, qui sait si sa première dette est légitime, se tait pour obéir à sa conscience.

Ce que nous venons de dire de l'obligation consentie par la femme s'applique à l'obligation du mineur.

567. Opposera-t-on que l'art. 1166 permet

aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur ? La réponse est que le même article en excepte les droits *exclusivement attachés à la personne.* Or, les actions contre les obligations de la femme ou du mineur, contractées sans autorisation, nous paraissent rangées dans ce nombre par l'art. 225 déjà cité, et par l'art. 2012, qui porte « que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ».

Il ajoute : « On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception *purement personnelle* à l'obligé, par exemple, *dans le cas de minorité* », ou dans le cas de la femme non autorisée. (*Voy. tom. 6, n.os 393 et 394*). Donc l'exception de non autorisation du mineur et de la femme mariée étant une exception qui leur est *purement personnelle*, ne peut être opposée par leurs créanciers (225 et 1166).

Dira-t-on que les droits *exclusivement attachés à la personne* et les droits *purement personnels* sont différens ?

On peut le dire ; car que ne peut-on pas dire, quand on veut abuser des mots ? Mais ne serait-ce pas une subtilité qui n'est pas dans l'esprit de la loi ? Au reste, quel en serait le but et l'effet ? De favoriser des créanciers postérieurs aux dépens des antérieurs ? d'allumer

entre eux une guerre perpétuelle? de troubler la paix des familles? de consacrer le plus souvent des injustices? Si l'on pèse ces raisons, on sera peut-être convaincu qu'il est conforme à la raison, à l'esprit et à la lettre du Code, de refuser aux créanciers, comme le leur refusaient les lois romaines, le droit d'exercer, dans le nom de leur débiteur, les actions rescisoires qu'il ne veut pas exercer.

Si les créanciers ne peuvent exercer les actions rescisoires de leur débiteur, sans son concours, ils ne peuvent se plaindre que le mineur devenu majeur, et la femme devenue veuve, renoncent à une action qu'ils ne pouvaient eux-mêmes exercer, et ratifient des actes faits pendant la minorité ou le mariage : c'est la règle générale.

568. Cependant, s'il était prouvé que cette renonciation ou ratification a été faite pour frauder les droits des créanciers postérieurs, alors, sans doute, ils pourraient exercer l'action révocatoire. Voici l'exemple qu'en donne Duparc-Poullain, *ubi sup.* : Si le mineur devenu majeur a formé l'action rescisoire contre un contrat frauduleux, ou dans lequel il était lésé, et qu'après les preuves acquises, au lieu d'attendre le jugement qui doit le rétablir dans ses droits, et prononcer la nullité du contrat, il se prête à un arrangement ou désistement

collusoire, moyennant une somme qu'il veut dérober à ses créanciers légitimes, ils pourront sans doute faire révoquer cet arrangement ou désistement frauduleux; mais de même que dans toute action révocatoire, il leur faudra prouver que leur débiteur a eu le dessein de les frauder, et que celui qui a transigé ou reçu le désistement a été complice de la fraude. De plus, celui-ci pourra exiger qu'avant de faire juger leur action révocatoire, les demandeurs discutent préalablement les autres biens du débiteur. (*V. ce que nous avons dit t. 6, n.os 345 et suiv.*).

569. Des principes que nous avons établis et développés, il résulte que conformément à la jurisprudence constante du Parlement de Paris, la ratification faite par le mineur devenu majeur, doit avoir un effet rétroactif et que l'hypothèque accessoire de l'acte passé en minorité remonte au jour de cet acte, et non pas seulement au jour de la ratification.

Cependant M. Merlin, dans ses Questions de droit, verbo *hypothèque*, § 4, a non seulement combattu la maxime reçue au Parlement de Paris, mais il a prétendu que la maxime contraire n'est susceptible d'aucune difficulté, dans le nouveau régime hypothécaire. La raison qu'il en donne est que, suivant les dispositions du Code, art. 2124 et 2126, les hypothèques

conventionnelles *ne peuvent être* consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner, et que les biens des mineurs *ne peuvent être* hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, etc. Il pense que ces dispositions frappent d'une nullité *absolue* les hypothèques constituées par un mineur, comme un accessoire de l'obligation consentie en minorité. Il fonde cette nullité sur ces termes de la loi, *ne peuvent*, et sur la doctrine de Dumoulin, *negativa præposita verbo potest, tollit potentiam juris et facti, et inducit necessitatem præcisam, designans actum impossibilem. Dumoulin, sur la loi 1, ff de V. O., n.° 2.*

Il nous est impossible de partager cette opinion. Toute règle est dangereuse en droit. Celle-ci est inexacte; elle n'est due qu'à la subtilité des interprètes, et Dumoulin lui-même avertit qu'elle doit être appliquée *secundum subjectam materiam.* Pour en faire l'application à l'interprétation des lois nouvelles, il faudrait supposer que les rédacteurs ont eu perpétuellement cette règle présente à l'esprit, avec l'intention de s'y conformer toujours dans leur rédaction. Or, c'est ce qui est démontré faux par l'art. 228 du Code, qui porte que la femme *ne peut* contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. Il est aujourd'hui

reconnu, et M. Merlin l'enseigne lui-même, que ces mots, la femme *ne peut contracter*, n'entraînent point la nullité du mariage contracté contre cette disposition (1). On pourrait citer beaucoup d'autres exemples semblables.

La constitution d'hypothèque sur les biens du mineur, lorsqu'elle n'a pas été faite pour les causes et dans les formes légales, était nulle dans l'ancienne jurisprudence, comme dans la nouvelle. On ne peut donc pas dire que la question qui nous occupe ne souffre point de difficulté dans le nouveau régime hypothécaire, uniquement parce que le mineur ne peut hypothéquer ses biens; car il ne le pouvait pas plus autrefois qu'aujourd'hui, et cependant on pensait à Paris et dans toute la France que la ratification du mineur devenu majeur avait un effet rétroactif, même à l'égard de l'hypothèque.

M. Merlin convient que l'obligation du mineur est valable, et qu'elle peut seulement être annulée ou rescindée; mais il ne s'ensuit pas, prétend-il, qu'elle ait conféré une hypothèque au créancier, parce que le mineur n'en pouvait consentir aucune.

Ainsi, suivant ce raisonnement, l'obligation

(1) Voyez ce que nous avons dit, tom. 2, p. 40. Voyez l'arrêt de la Cour de cassation, du 29 octobre 1811, rapporté par Sirey, an 1812, p. 46; le Nouveau Répertoire de jurisprudence, verbo *noces* (*secondes*), § 2, n.° 1.

principale du mineur serait validée par la ratification faite en majorité, et la constitution d'hypothèque, qui n'en est que l'accessoire, ne le serait pas.

Le savant auteur du Journal du palais, et Basnage, *ubi sup.*, disent que cette doctrine serait absurde, et que cette absurdité fut l'une des raisons qui servirent de fondement à l'arrêt du 23 juin 1667, qui fixa la jurisprudence du Parlement de Paris. Cependant cette doctrine égara la Cour de Nanci, qui, par un arrêt du 1.er mai 1812 (*Sirey, an 1813, 2.e part., p. 50*), jugea que l'hypothèque consentie par un mineur est frappée d'une nullité *absolue* par les art. 2124 et 2126, et que la ratification du mineur devenu majeur ne valide que l'obligation souscrite en minorité; mais qu'elle ne peut valider l'hypothèque.

La Cour de Paris, au contraire, dans un arrêt du 14 prairial an 10, est restée, avec raison, attachée aux anciens principes. Elle a jugé que la ratification d'une obligation consentie par un prodigue, pendant son interdiction, mais par lui ratifiée depuis qu'il en avait été relevé, avait un effet rétroactif même à l'égard de l'hypothèque, parce que son incapacité, et la nullité qui en résulte, ne sont que relatives. *V. Sirey, tom. 2, 2.e part., p. 293.*

570. On a voulu insinuer que les derniers

mots de l'art. 1338 s'opposent à l'effet rétroactif de la ratification des actes passés en minorité, ou par la femme non autorisée; mais c'est à tort. La disposition finale de cet article porte que la ratification ou exécution volontaire d'un acte emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, *sans préjudice néanmoins du droit des tiers*. Cette disposition est une suite de la disposition précédente, qui parle en général de la ratification des obligations, contre lesquelles la loi admet l'action *en nullité* ou *en rescision*, pour quelque cause que ce soit, soit qu'elles aient été passées en majorité, en minorité ou pendant le mariage. Or, nous avons vu que la ratification des actes dont la nullité est *absolue*, différente en cela de la ratification des actes dont la nullité n'est que *relative*, ou qui sont seulement susceptibles de rescision, n'a point d'effet rétroactif, et qu'elle ne peut valoir que comme un nouveau contrat, qui ne peut préjudicier aux droits des tiers. Il était donc nécessaire de réserver leurs droit, afin que l'on n'abusât pas de l'omission de cette réserve, dans un article dont la disposition est générale.

571. Dans l'ancienne jurisprudence, et même à Paris, où l'on tenait pour maxime que la ratification du mineur devenu majeur avait

un effet rétroactif, et faisait remonter l'hypothèque au jour du contrat, on pensait assez généralement que la ratification de la femme devenue veuve n'avait point le même effet. C'est qu'on regardait alors comme absolue la nullité des actes faits par la femme non autorisée. Elle ne pouvait, ni s'obliger envers les autres, ni *obliger les autres envers elle (1)*. On en concluait que la nullité pouvait être opposée par tous ceux qui étaient intéressés à la faire valoir; que par conséquent cette nullité ne pouvait être purgée, ni couverte par la ratification, qui ne pouvait valoir que comme un nouveau contrat, lequel n'avait d'effet que du jour où elle était intervenue. *V. Pothier, Traité de la puissance maritale, n.os 5 et 74, et les auteurs qu'il cite.*

Entraîné par des autorités si imposantes, nous avons dit tom. 2, p. 30, n.° 648, que le contrat de la femme non autorisée ne serait pas validé par la ratification ou autorisation postérieure du mari, à moins que la femme ne l'eût ratifié en vertu de l'autorisation. Cette proposition est encore aujourd'hui rigoureusement vraie; car le mari ne peut, sans le

(1) Pothier, des obligations, n.° 50; voyez aussi le nouveau Denisart, verbo *autorisation*, et Bouhier, obs. 19 sur la Coutume de Bourgogne, n.os 18 et suivans, tom. 1, p. 528 et suivantes; le nouveau Répertoire, verbo *autorisation maritale.*

consentement de sa femme, renoncer à une nullité établie en faveur de celle-ci.

Nous avons ajouté qu'alors « ce serait du » jour de la ratification que le contrat aurait » sa force et produirait son effet; ce qu'il faut » bien remarquer *relativement aux droits des* » *tiers* ». Cette seconde proposition est, dans les principes du Code, une erreur que nous nous hâtons de rétracter. « La nullité fondée » sur le défaut d'autorisation ne peut, suivant l'art. 225, être opposée que par la » femme, par le mari, ou leurs héritiers ».

Si la nullité ne peut être opposée par les tiers, il en résulte qu'à leur égard, comme à l'égard de la femme et du mari, l'obligation nulle peut être *ratifiée* ou *confirmée*, et la nullité couverte, comme l'enseigne fort bien Dunod, *ubi sup.*, et que la ratification remonte au jour du contrat, qui n'était point absolument nul.

Supposons qu'une femme non autorisée ait hypothéqué des immeubles valant 4,000 fr., pour sûreté d'une somme de 4,000 fr. qu'elle empruntait de Primus. Devenue veuve, elle emprunte une autre somme de 4,000 fr. de Secundus, sur l'hypothèque des mêmes immeubles. Postérieurement à ce nouvel emprunt, fait en viduité, elle ratifie le contrat

fait pendant son mariage, mais sans autorisation. Secundus ne peut prétendre l'antériorité d'hypothèque sur Primus, parce qu'il ne peut lui opposer la nullité du contrat fait par la femme non autorisée pendant son mariage.

572. Les principes que nous venons d'établir sur l'effet rétroactif de la ratification des actes d'une nullité respective, s'appliquent à plus forte raison à la ratification des contrats, qui sont seulement susceptibles de rescision, soit qu'ils aient été passés par un majeur, soit qu'ils l'aient été par un mineur. « Le mineur, » dit l'art. 1311, n'est plus recevable à revenir » contre l'engagement qu'il avait souscrit en mi- » norité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit » que cet engagement fût nul en sa forme, soit » qu'il fût seulement sujet à restitution ».

573. Il résulte de cet article, comme nous l'avons déjà remarqué ailleurs (1), que les engagemens du mineur sont nuls, lorsque la forme prescrite n'y a pas été observée, ou lorsqu'il n'a pas été autorisé par son tuteur ou curateur; et, qu'au contraire, si ces formes ont été observées, ou s'il a été autorisé, les engagemens sont seulement sujets à restitution, non seulement dans le cas où les majeurs

(1) Tom. 6, p. 117 et suivantes, où nous renvoyons pour éviter les répétitions.

peuvent être restitués, tels que les cas d'erreur, de violence ou de dol, etc., mais dans le cas même de simple lésion.

La lésion, dit l'art. 1118, ne vicie les conventions que dans certains contrats, *ou à l'égard de certaines personnes*. Ces personnes sont les mineurs. « *La simple lésion*, dit l'art. 1305, donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre *toutes sortes de conventions*, et en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, telle qu'elle est déterminée au titre de la minorité ».

574. La règle générale, en ce qui concerne les majeurs, est donc qu'ils ne sont restitués, pour cause de lésion, que dans les cas, et sous les conditions spécialement exprimées par le Code (1313). Ces cas sont :

1.° Celui des partages qui peuvent être rescindés, lorsqu'un des cohéritiers établit à son préjudice une lésion de plus du quart (887). Nous en avons parlé, tom. 4, p. 557 et suiv.

2.° Celui où *le vendeur*, et non l'acquéreur, a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble (1671), comme il est dit dans le chapitre *de la nullité ou de la résolution de la vente, section 2.*

La rescision pour cause de lésion n'est point admise en faveur des majeurs dans les autres

contrats, pas même dans le contrat d'échange (1707), qui a tant d'affinité avec le contrat de vente.

575. A l'égard des mineurs, il faut distinguer les mineurs émancipés de ceux qui ne le sont pas; et quant aux premiers, il faut encore distinguer : s'il s'agit d'actes de pure administration, tels que les baux dont la durée n'excède par neuf ans, ils ne sont restituables que dans les cas où le majeur le serait lui-même. (481—1305). *V. ce que nous avons dit tom. 2, p. 505 et suivantes.*

576. S'il s'agit d'actes qui excèdent les bornes de l'administration, ils sont, en ce qui concerne la restitution, rangés dans la classe des mineurs non émancipés, et restituables contre toutes sortes de conventions, contre tous les actes où ils souffrent de la lésion, quelle que soit la nature de cette lésion, soit qu'ils aient perdu ce qui déjà leur était acquis, manqué à acquérir, ou à faire un profit, ou qu'ils se soient soumis à une charge qu'ils pouvaient éviter : *vel ab aliis circumventi, vel suâ facilitate decepti, aut quod habuerunt amiserunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt omiserunt, aut se oneri, quod non suscipere licuit obligaverunt. L. 44, ff de minoribus, 4, 4.*

Ainsi, quoique l'acquéreur majeur ne puisse

faire rescinder son contrat d'acquêt pour lésion, même au-dessus des sept douzièmes, le mineur qui a acquis à trop haut prix peut être restitué pour seule cause de lésion, quoiqu'elle ne soit pas des sept douzièmes (1).

Le mineur peut être restitué pour lésion dans les contrats d'échange, dans les contrats de vente ou d'acquisition de choses mobilières (2), lorsque les acquisitions excèdent les bornes de l'administration. Il doit être restitué, lorsqu'il s'est rendu caution, puisque les engagemens de cette nature ne peuvent jamais lui procurer d'utilité; en un mot, la minorité ne souffre point de lésion; c'est-à-dire, que le mineur doit être restitué dans tous les cas non exceptés par la loi.

577. On peut demander quelle lésion suffit pour faire restituer le mineur lésé, et si la moindre, *minima*, est suffisante. La Cout. de Berri, tit. 1, art. 4, voulait que la lésion fût notable : « Et si (les mineurs), en autres contrats, étaient deçus et circonvenus par leur facilité *notablement*, pourront demander restitution en entier ». Cette décision est conforme à la loi 49, ff *de*

(1) Duparc-Poullain, Principes du droit français, tom. 1, p. 324, n.° 199; Meslé, Traité des minorités, ch. 14, n.° 82; l. 27, § 1, ff *de minor.*, 4, 4. Le vendeur rend le prix ou les intérêts; le mineur rend le fonds, avec les fruits dont il a profité.

(2) Voyez Duparc-Poullain, sur l'art. 493 de la Coutume de Bretagne, à la note.

minoribus, 4, 4, qui dit : « *Si grande damnum pupilli vel adolescentis versatur, etc.* »

Mais la question de savoir quand est suffisante la lésion dont se plaint le mineur est nécessairement, et par la nature des choses, abandonnée à la prudence du magistrat. La moindre lésion suffirait, ou plutôt ce serait, sans autre preuve de lésion, un motif de rescision suffisant, si l'engagement pris par imprudence ou facilité pouvait avoir l'effet d'affecter les immeubles du mineur, et de le contraindre à les vendre. *V. Duparc-Poullain, sur la Coutume de Bretagne, art. 493, note 1.*

578. Il suffirait encore, sans prouver de lésion, que l'engagement dont il se plaint exposât le mineur à des procès et à des frais. *Minoribus viginti quinque annis subvenitur per in integram restitutionem, non solùm cùm de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cùm intersit ipsorum, litibus et sumptibus non vexari. L. 6, ff de minoribus, 4, 4.*

579. Nous avons déjà dit, *sup.*, n.° 527, qu'il n'est pas nécessaire de prouver la lésion, lorsque l'engagement est nul dans la forme. C'était par cette raison que le droit romain, lorsque l'acte était nul par lui-même, n'accordait point la restitution en entier (1), qui est un se-

(1) *Cùm alia actio possit competere citra in integram restitutionem. Nam si communi auxilio et MERO JURE munitus sit (minor), non*

cours extraordinaire institué pour les cas seulement où il n'existe point d'autre action ordinaire, telle que l'action en nullité.

Il ne faut donc pas oublier cette distinction importante : si l'acte est nul, le mineur n'est point tenu à prouver la lésion pour en faire prononcer la nullité. Il en est de même de la femme qui demande la nullité des actes qu'elle a faits pendant le mariage, sans autorisation.

580. Bien plus : lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées, sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagemens ou à les faire annuler, le remboursement de ce qui, en conséquence de ces engagemens, aurait été payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit (1312). C'était aussi l'ancienne jurisprudence établie par plusieurs anciens arrêts rapportés par Louet et Brodeau, let. M, som. 19; par Boniface, tom. 1, part. 1, liv. 4, tit. 6, ch. 1. *V. aussi Meslé, Traité des minorités, ch. 14, n.° 25, p. 503.*

581. On faisait cependant une distinction fondée sur la raison et l'équité. Deux arrêts du Parlement de Provence, l'un du 14 février

debet ei tribui extraordinarium auxilium : ut putà cum pupillo contractum est sine tutoris autoritate, nec locupletior factus. L. 16, ff *de minor.* 4, 4. Voyez aussi Argou, liv. 4, ch. 14.

1644, l'autre du 10 février 1661, rapportés par Boniface, *ibid.*, tit. 7, ch. 3, jugèrent que le prêt fait à un mineur en pays étranger, est présumé fait en cas de nécessité, et condamnèrent les mineurs à rendre et restituer ce qui leur avait été prêté.

582. Au contraire, si l'acte attaqué n'est pas nul, mais seulement sujet à rescision, c'est au mineur de prouver d'abord sa minorité; car si elle est contestée, c'est toujours à lui de la prouver (1); ensuite la lésion qu'il éprouve.

583. Dans plusieurs provinces (2), l'ancienne jurisprudence, d'accord avec le droit romain, accordait même la restitution en entier au mineur, contre les aliénations et les partages où il éprouvait de la lésion, quoique les formalités prescrites eussent été observées. (*V. Pocquet de Livonière, Règles du droit français, chapitre de la rescision, n.° 10; Legrand, sur Troyes, article 139, glose 6, n.° 10; glose 7, n.os 1 et 2*). Il en résultait que les biens de mineurs ne pouvaient être avantageusement vendus, parce que ces acquisitions étaient toujours peu sûres, et que les partages faits avec les mineurs, ou avec leurs tuteurs, ne pouvaient guère être regardés que comme provisoires.

Le Code a remédié aux inconvéniens très-

(1) Voët, *in tit. de minoribus*, n.° 12.

(2) *Secùs*, en Normandie, art. 56 de l'arrêté du Parlement de Rouen, pour les tutelles.

réels de cette jurisprudence, par la disposition de l'art. 1314, qui porte : « Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité, ou avant l'interdiction ».

Ils ne peuvent alors être restitués que dans les cas où le majeur pourrait l'être. Ainsi, ils ne peuvent faire rescinder les ventes régulièrement faites pour lésion, même des sept douzièmes, parce que cette rescision n'a pas lieu en toutes les ventes, qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice (1684).

Quant aux partages régulièrement faits, les mineurs ne peuvent, comme les majeurs, les faire rescinder qu'en prouvant une lésion du quart (887). Mais le délai de dix ans, accordé pour demander la rescision, ne court que du jour de leur majorité (1304).

584. Il y a plusieurs autres cas où la restitution en entier n'est point accordée au mineur. « Il n'est point restituabe contre les conventions portéees en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement

est requis pour la validité de son mariage » (1309).

Autrefois, la jurisprudence n'était pas uniforme sur ce point. En Bretagne, on ne permettait pas au mineur de donner *des immeubles* à l'autre conjoint par son contrat de mariage (1).

A Paris, le mineur pouvait donner des immeubles, ou les ammeublir par contrat de mariage, pourvu qu'il n'y eût pas d'excès dans l'ammeublissement ou la donation. La disposition n'était pas nulle, mais elle pouvait être réduite, eu égard à l'avantage que l'on faisait au mineur, à la qualité des parties, et à ce qu'on a coutume d'observer en pareil cas.

La disposition du Code est générale. Elle laisse la quotité de la donation, soit en meubles, soit en immeubles, à l'arbitrage du mineur et à la prudence des parens, qui doivent l'assister. Il peut donc donner, s'ils le jugent à propos, tout ce que la loi permet au majeur de donner. Il ne faut point appliquer ici la disposition de l'art. 904.

585. Le mineur n'est point encore « restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit » (1310). C'est une règle ancienne que nous ont transmise les jurisconsultes

(1) Voyez Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. 1, p. 324, n.° 198; Meslé, Traité des minorités, ch. 14, n.° 42.

sultes romains, qui l'étendaient au cas du dol commis par le mineur. *Nunc videndum*, dit Ulpien, *minoribus utrum in contractibus captis duntaxat subveniatur, an etiam delinquentibus: ut putà dolo aliquid minor fecit in re depositá, vel commodatá, vel aliàs in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? Et placet in delictis minoribus non subveniri, nec hìc itaque subvenietur. Nam etsi furtum fecit, vel damnum injuriâ dedit, non ei subvenietur. L. 9, § 2, ff de minoribus, 4, 4. L. 1, cod. si adversus delict., 2, 35.* Ainsi, quand le mineur commet un dol dans un contrat, comme quand il abuse d'un meuble déposé ou prêté, il n'est pas restituable, quoiqu'il n'en profite pas.

586. Mais si le dol ou le délit du mineur n'avait causé par lui-même aucun préjudice à celui qui s'en plaint, son action pourrait-elle être reçue? Supposons que le mineur ait sciemment vendu ou hypothéqué, sans formalités, l'héritage d'autrui. Celui qui, dans l'ignorance du droit d'autrui, a acquis cet héritage, ou qui l'a reçu pour hypothèque, et qui s'en voit évincé, aura-t-il l'action contre le mineur, pour le contraindre à rendre l'argent et à payer une indemnité? Nous ne le pensons pas; car si l'héritage vendu, ou donné pour hypothèque avait appartenu au mineur, le contrat n'en serait pas moins nul, et le mineur serait reçu à en

faire prononcer la nullité, sans rendre l'argent dont l'emploi utile ne serait pas prouvé. Si l'acquéreur ou le prêteur pouvait ignorer que l'héritage n'appartenait pas au mineur, il devait savoir que le mineur ne pouvait vendre ni hypothéquer sans les formalités prescrites. Il doit donc imputer à sa propre faute la perte que lui fait éprouver la minorité de celui avec lequel il a eu l'imprudence de traiter. Cette perte ne résulte point du délit ou du quasi-délit du mineur, comme l'exige l'art 1310.

587. Il faut bien peser les expressions de cet article, qui refuse au mineur la restitution contre *les obligations résultant* de son délit ou quasi-délit. S'il est vrai que la minorité ne souffre point de lésion, il est également certain, dit notre savant maître Duparc-Poullain (1), que le mineur n'a pas de privilége pour commettre la fraude. Il doit donc réparer tout le préjudice qu'il a causé par sa faute ou par son dol. Il est presque toujours inexcusable, lorsqu'il y a de sa part une faute caractérisée, ou quelques faits condamnés par la loi. Par exemple, si le mineur a trompé la partie avec laquelle il contracte, sur un fait qu'elle ignorait, et qu'elle n'était pas obligée d'approfondir, ou qu'elle ne pouvait pas vérifier; ou bien si

(1) Principes du droit, tom. 1, p. 331.

le mineur a commis, je ne dis pas seulement un délit, mais un simple quasi-délit; par exemple, s'il s'est sciemment, et sans formalités, emparé des biens d'une succession qui ne lui appartenait pas, ou dans laquelle il n'était que portionnaire, tous ces faits sont obligatoires contre lui; il ne peut être restitué contre les obligations qui en résultent. Il est obligé *ex delicto vel quasi-delicto.*

Mais si, après la faute commise, au lieu de s'en rapporter à des experts, il transigeait sur le *quantum* des dommages et intérêts, et qu'il fût lésé dans cette évaluation, il pourrait être restitué, et faire rescinder la transaction, ou si l'on veut, la faire réduire à la juste évaluation du dommage qu'il a causé. On distingue alors l'obligation qu'il avait contractée par son fait, de celle à laquelle il s'est soumis par le contrat de transaction.

588. Si le mineur avait reconnu le délit avant que la preuve en eût été faite, il pourrait être restitué contre sa reconnaissance, qui ne formerait point contre lui une preuve suffisante, parce qu'elle peut avoir pour principe la faiblesse ou la surprise. Il faut donc distinguer ce délit de la preuve du délit. La minorité ne peut être, ni une excuse du délit, ni une cause de restitution contre le délit.

Mais c'en est une contre l'aveu ou la reconnaissance du délit.

C'est ce que jugea un arrêt du 3 septembre 1706, rapporté dans le Journal des audiences. Bichier, mineur, avait reconnu dans une compromission les faits d'insultes et d'outrages contenus dans une plainte mise contre lui par les demoiselles Rasteau, qui n'avaient point encore fait d'information. L'intendant de Poitou, choisi pour arbitre, avait condamné Bichier à une réparation d'honneur, à 1,200 fr. de dommages et intérêts, et à 120 fr. d'aumône.

Bichier ayant pris, suivant la jurisprudence du tems, des lettres de restitution contre sa reconnaissance, et contre l'acquiescement qu'il avait donné à la sentence arbitrale, s'en rendit appelant. L'avocat général Joly-de-Fleury fut d'avis, avant autrement faire droit, de permettre aux demoiselles Rasteau de poursuivre leur plainte; mais l'arrêt du 3 septembre 1706 entérina les lettres de restitution, et déchargea Bichier des condamnations, *tous dépens, dommages et intérêts réservés.*

Ainsi l'avocat général et le Parlement de Paris pensèrent également que la reconnaissance du mineur n'était pas une preuve suffisante du délit, et que la minorité était une cause de restitution contre l'aveu du délit; mais l'avocat général pensait qu'il fallait, avant

d'admettre la restitution, permettre aux plaignantes de continuer leurs poursuites, afin de prononcer ensuite sur la restitution en pleine connaissance de cause. Le Parlement, au contraire, jugea qu'il fallait d'abord admettre la restitution, en réservant les dépens et dommages et intérêts, sauf aux plaignantes à continuer leurs poursuites. Cette marche nous semble plus conforme à la règle.

S'il y avait déjà quelques preuves du délit acquises contre le mineur, sa reconnaissance y ajouterait une nouvelle force, et sa restitution contre la reconnaissance ne pourrait réussir qué par la destruction des preuves, c'est-à-dire par une pleine justification contre l'accusation (1).

589. Si le dol que le mineur commet le rend indigne du bénéfice de la restitution, il devrait en être déchu, lorsque, pour tromper, il s'est déclaré majeur. C'est aussi ce que veut le droit romain, qui fait à cet égard une distinction très-judicieuse entre celui qui s'est déclaré majeur par erreur, et celui qui l'a fait par malice. Dans ce dernier cas la restitution lui est refusée : *cum errantibus, non etiam fallentibus minoribus publica jura subveniunt. L. 2, cod. si minor se majorem dixerit,*

(1) Duparc-Poullain, *ubi sup.*, p. 328.

2, 43. Cùm malitia suppleat ætatem. L. 3, eod.

Si c'était par erreur que le mineur s'était déclaré majeur, sa déclaration ne faisait point d'obstacle à la restitution. *L. 1, l. 3, eod.*

Il paraît par les anciens arrêts que cette distinction raisonnable et juste fut autrefois suivie en France. Mais l'expérience fit connaître que le sdéclarations de majorité, dans les contrats, et les représentations de faux actes de naissances que l'on y insérait, étaient les piéges ordinaires dont on se servait habituellement pour surprendre la jeunesse, pour assurer le fruit des usures, et que cela était même tourné en style de notaires. Pour déraciner cet abus, un arrêt de réglement du Parlement de Paris, du 6 mars 1620, défendit aux notaires de ne plus insérer dans les contrats et obligations *conçues pour prêt* les déclarations de majorité et extraits baptistaires, sur peine de nullité. Par un autre arrêt de réglement, rendu chambres assemblées, la Cour, en ordonnant l'exécution des arrêts précédens, fit défenses à toutes personnes de prêter argent aux enfans de famille, encore qu'ils se disent majeurs et en majorité, et qu'ils mettent l'extrait de leur baptistaire entre les mains de ceux qui leur prêtent, à peine de nullité des promesses, etc.

Celui qui prête ses deniers n'est jamais présumé ignorer la condition, l'âge et la qualité

de celui avec lequel il traite; s'il n'en est pas certain, il doit s'en informer autrement que par de pareilles déclarations et représentations d'extraits baptistaires. *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus. L. 19, ff de R. J. V. Brodeau sur Louet, lettre M., som. 7, n.os 4 et 5; un arrêt du 26 avril 1629; autre du 6 février 1691; autre du 18 février 1716, dans le Journal des audiences; Meslé, Traité des minorités, ch. 14, n.° 55.*

Telle était la jurisprudence antérieure à la nouvelle législation. On voit que sa rigueur était principalement dirigée contre les artifices, trop ordinaires, employés par les prêteurs pour s'assurer le remboursement des prêts usuraires, qui opèrent trop souvent la ruine des jeunes gens.

Le Code s'est borné à une disposition générale, applicable à tous les engagemens, de quelque nature qu'ils soient. « *La simple déclaration de majorité*, faite par le mineur, dit l'art. 1307, ne fait point obstacle à sa restitution ». Si donc le contrat porte uniquement, ou que Pierre est majeur, ou que Pierre a déclaré être majeur, cette déclaration n'empêchera point qu'il ne soit restitué (1). La même faiblesse qui l'aurait fait souscrire un engagement ruineux, lui

(1) Exposé des motifs. Discours de M. Jaubert, p. 167, édit. de Didot.

ferait souscrire, avec la même facilité, une déclaration de majorité : *per injuriam aut circumventionem adversarii. L. 3, cod. si minor se majorem dixerit.* La loi n'aurait donc rien fait pour le mineur, si on pouvait l'éluder par une *simple déclaration de majorité.*

590. Mais si le mineur ne s'était pas borné à une simple déclaration de majorité; s'il avait employé des manœuvres pour persuader à l'autre partie qu'il était majeur; s'il avait produit un faux acte de naissance, pourrait-il, malgré cela, se prévaloir de sa minorité?

En se bornant à dire que *la simple déclaration de majorité* ne fait point obstacle à la restitution, le Code fait entendre que, lorsqu'il y a plus que la simple déclaration de majorité, il peut y avoir obstacle. Mais quand, et dans quel cas? C'est ce que le Code n'a point voulu décider. Il a laissé aux juges le soin d'appliquer le principe suivant les circonstances.

Le mineur qui, dans le dessein de tromper, emploie des manœuvres pour persuader qu'il est majeur, est certainement indigne de la restitution; il l'est davantage, s'il va jusqu'à représenter un faux acte de naissance, puisque c'est un délit qui peut l'exposer à des poursuites criminelles. Mais la simple énonciation d'un acte de naissance, de telle date, a-t-elle plus de force qu'une simple déclaration de majorité?

La précaution extraordinaire, prise par l'autre partie, de se faire ressaisir d'un acte de naissance, qui se trouve faux, n'élève-t-elle pas un soupçon de complicité, qui peut s'accroître et se tourner en preuve par les circonstances, par le physique du mineur, qui souvent décèle son âge? Le Code s'en est donc sagement rapporté à la prudence des juges.

591. Lorsque deux mineurs traitent ensemble, si l'un des deux se trouve lésé par le dol de l'autre, il peut se faire restituer, comme il le ferait contre un majeur. Et si celui qui a trompé l'autre a reçu de l'argent, il est tenu de le rendre, quand même il ne l'aurait pas employé utilement. Il doit même les dommages et intérêts que son dol a pu causer; il en est tenu, même envers un majeur (1).

Si un mineur se trouve lésé par un engagement pris envers un autre mineur, sans qu'il y ait dol de la part de celui-ci, celui-là peut néanmoins être restitué comme il le serait contre un majeur. La restitution est indépendante de la qualité de la personne contre qui elle est demandée.

Si les deux mineurs se trouvent lésés, sans qu'il y ait dol de part ni d'autre, celui qui se trouve dans les liens de l'engagement peut le

(1) *Malitia supplet ætatem.* L. 3, c. *si minor se maj. dixerit*, 2, 43; Domat, section de la restitution des mineurs, n.° 18.

faire rescinder. Par exemple, le mineur qui, ayant emprunté de l'argent d'un autre mineur, ne l'a pas employé utilement, peut se dispenser de le rendre, en faisant rescinder son engagement. La perte qu'en éprouvera l'autre mineur ne valide pas l'obligation. C'est une règle générale. Quand deux mineurs ont traité ensemble, et que tous les deux, ou seulement l'un d'eux est lésé, sans qu'il soit possible de remettre l'un et l'autre dans l'état où ils étaient auparavant, celui qui est encore dans les liens d'un engagement dont l'exécution lui causerait du préjudice, est préféré à l'autre, et restitué contre cet engagement (1).

592. A l'égard des majeurs, ils ne sont restitués que dans le cas où les contrats qu'ils ont passés sont infectés de vices qui en détruisent la substance, comme dans les cas d'erreur, de violence, de dol ou de fraude, de défaut de cause, de cause fausse ou illicite, etc., lorsque ces vices sont tels, qu'ils soient suffisans pour fonder la rescision; sur quoi nous renvoyons à ce que nous en avons dit, tom. 6.

(1) *Item quæritur si minor adversùs minorem restitui desiderat, an sit audiendus. Et Pomponius simpliciter scribit non restituendum. Puto autem inspiciendum quis captus sit. Proindè si ambo capti sunt, v, g, minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit, melior est causa ejus qui accepit, vel dilapidavit, vel perdidit.* L. 11, § 6, ff *de minoribus*, 4, 4.

Melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur. L. 34, *eod.*

593. Lorsqu'un acte contient plusieurs chefs indépendans, ou qui n'ont pas de liaison entre eux, la rescision peut être bornée à l'un des chefs, sans s'étendre aux autres; mais si, quoique différentes, les parties de l'acte sont dépendantes, ou même seulement relatives les unes aux autres, le défendeur en rescision peut demander qu'elle s'étende à tous les chefs.

Par exemple, un tuteur ayant vendu un fonds indivis entre lui et son mineur, si celui-ci fait annuler le contrat en ce qui le regarde, l'acquéreur n'étant pas tenu de diviser le contrat, pour conserver une portion qu'il n'eût pas voulu acheter seule, peut obliger le tuteur vendeur à reprendre sa portion (1).

594. Après avoir examiné les nullités, leurs différentes espèces et leurs effets, les différences qui existent entre les nullités et les rescisions, enfin les cas dans lesquels on peut être restitué, il faut examiner dans quel tribunal, comment et dans quel tems les actions en nullité ou en

(1) Ces deux décisions sont fondées sur les lois 29, § 1, et 47, § 1, ff *de min.*, 4, 4, dont la première porte : *Modestinus respondit : Si species in quâ pupilla in integrum restitui desiderat, cæteris speciebus non cohæret, nihil proponi cur à totâ sententiâ actor postulans audiendus sit.* La seconde porte : *Curator adolescentium prædia communia sibi, et his, quorum curam administrabat vendidit. Quæro, si decreto prætoris adolescentes in integrum restitui fuerint, an eatenùs venditio resciendenda sit, quatenùs adolescentium pro parte fundus communis fuit? Respondit, eatenùs rescindi : nisi si emptor à toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset.*

rescision peuvent et doivent être intentées, et quand le délai commence à courir.

La loi 2, *cod. ubi et apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda sit*, 2, 47, décide que la demande en restitution doit être formée devant le juge du domicile du défendeur ; mais les interprètes limitent cette disposition au cas où la restitution n'a qu'un objet purement personnel ou mobilier. Il pensent que si l'action rescisoire tend à recouvrer un immeuble ou un droit réel, le demandeur a le choix de se pourvoir devant le juge du domicile du défendeur, ou devant celui de la situation des biens. *Voy. Voët, in tit. ff de in integ. rest., 4, 1.*

Cette opinion était suivie par l'art. 9 de la nouvelle Coutume de Bretagne, qui portait que : « Quant aux actions de retrait lignager, » *et autres semblables*, appelées en droit *écrites* » *in rem*, elles seront poursuivies pardevant les » juges du domicile ou de l'héritage, à l'option » du demandeur ».

On appelait écrites *in rem* les actions personnelles de leur nature, mais qui pouvaient être dirigées contre le tiers possesseur de la chose litigieuse, comme les actions rescisoires. *Voy. Hevin sur l'article cité.*

L'art. 59 du Code de procédure a confirmé la disposition de la Coutume de Bretagne, en statuant qu'en matière mixte, le défendeur sera

assigné devant le juge de son domicile, ou devant le juge de la situation de l'objet litigieux.

595. L'action doit être dirigée contre ceux avec qui le demandeur en rescision a contracté, ou contre leurs héritiers. Mais on peut et on doit citer en cause les tiers détenteurs, afin que le jugement à intervenir leur soit commun, et exécutoire contre eux.

596. La demande en nullité ou en rescision peut être proposée par voie d'action ou par voie d'exception. Par voie d'action, lorsque celui qui demande la rescision n'ayant plus la possession de la chose litigieuse, est obligé d'agir en justice pour se la faire rendre. Par voie d'exception, lorsqu'il en est demeuré possesseur, et que pour s'y maintenir contre celui qui demande l'exécution du contrat, il en propose par exception la nullité ou la rescision. Il faut bien remarquer ces deux manières de proposer la nullité ou la rescision; car l'action est temporaire et l'exception perpétuelle.

597. Le tems dans lequel l'action devait être formée n'était point autrefois le même pour l'action en nullité et pour l'action en rescision. La plupart des docteurs(1) tenaient pour maxime que les nullités absolues ne pouvaient être couvertes par aucune prescription, pas même par

(1) Voyez Dunod, Traité des prescriptions, p. 47 et suivantes, et les auteurs qu'il cite.

la prescription de cent ans, lorsque le titre paraissait, parce qu'il détruisait, avec tous ses avantages, la présomption de propriété, qui résulte d'une possession aussi longue, en découvrant le vice de son origine. Or, comme personne ne peut changer ni la cause et le titre, ni la qualité et les vices de sa possession, comme elle continue toujours telle qu'elle a commencé, même dans la personne des héritiers de ses héritiers, *in infinitum*, quelque bonne foi qu'ils aient eux-mêmes (1), on en concluait qu'ils ne pouvaient jamais prescrire tant que le titre paraissait. *Meliùs est non ostendere titulum quàm ostendere vitiosum.*

C'était abuser étrangement d'un principe abstrait, vrai en lui-même, mais dont les conséquences, aussi éloignées, porteraient le trouble dans la société, et rendraient les propriétés incertaines. Aussi n'appliquait-on cette rigueur de principes qu'aux nullités absolues. On ne révoquait point en doute que les nullités relatives peuvent se prescrire par le laps de trente ans. On pensait que les actes frappés d'une nullité seulement relative, étaient translatifs de propriété, lorsqu'ils avaient été suivis de tradition. Ils formaient un titre putatif ou coloré, à l'ombre duquel l'acquéreur pouvait se croire

(1) Pothier, Traité de la possession, et les auteurs qu'il cite, n.os 31 et suivans.

propriétaire et posséder de bonne foi. *Dunod, p. 48.*

Le Code a voulu remédier aux inconvéniens de l'ancienne jurisprudence, et assurer autant qu'il est possible la paix des familles, le sort des contractans, et la tranquillité de leurs héritiers, en limitant à dix ans la durée de l'action en nullité.

C'était le tems fixé dans l'ancienne jurisprudence française pour la durée de l'action en rescision. A Rome elle ne durait qu'un an, suivant le droit du préteur, dont la magistrature n'était qu'annuelle. Justinien en étendit la durée à quatre ans. *L. 7, cod. de temporibus in integ. restit., 2, 53.*

598. Il paraît qu'en France la durée de l'action en rescision était autrefois de trente ans, puisque Louis XII, dans une ordonnance donnée à Lyon au mois de juin 1510, art. 46, la limita à dix ans, « afin que les domaines et » propriétés des choses ne soient incertaines, et » sans sûreté ès mains des possesseurs d'icelles, » *si longuement qu'ils l'ont été ci-devant* ».

François Ier, dans son ordonnance du mois d'octobre 1535, ch. 8, art. 30, répéta cette disposition, toujours par les mêmes motifs. Malgré ces deux ordonnances, les opinions se divisèrent encore. On prétendit que l'action durait trente ans, si elle était intentée *par*

voie de nullité ; on voulait aussi accorder trente ans aux mineurs depuis leur majorité, lorsqu'ils fondaient leur action en même tems sur la nullité et sur la lésion. François Ier trancha ces difficultés par l'article 134 de l'ordonnance de Villers-Coterets, du mois d'août 1539, par laquelle il ordonna qu'après l'âge de trente-cinq ans parfait et accompli, le majeur ne pourrait plus déduire ni poursuivre la cassation des contrats faits en minorité, *en demandant ou en défendant*, soit par voie de restitution, ou autrement, *soit par voie de nullité. V. les notes de Dumoulin, et la paraphrase de Bourdin sur cet article.*

599. Le Code a consacré les dispositions de l'ancienne législation, en ce qui concerne le délai de dix ans, qu'il a étendu à toutes les actions en nullité sans distinction. « Dans » *tous les cas*, dit l'article 1304, *où l'action* en » nullité ou en rescision d'une convention n'est » pas limitée à un moindre tems par une loi » particulière, cette action dure dix ans ».

Remarquez ces expressions, dans tous les cas. Ainsi, le Code ne distingue point si la nullité est absolue ou relative, si elle provient de telle ou telle cause. Il en fixe pour tous les cas la durée à dix ans, afin d'assurer la stabilité des transactions et la paix des familles. Aux termes de l'article 637 du Code d'instruction

criminelle, l'action publique et l'action civile, résultant d'un crime, même de nature à entraîner la peine de mort, sont prescrites par le laps de dix années : à plus forte raison l'action en nullité d'une obligation qui a une cause illicite doit être prescrite par le même délai.

600. Mais le Code a rejetté, et avec raison, la disposition de l'ordonnance de 1539, qui paraissait borner à dix années *l'exception*, de même que *l'action* en nullité ou rescision. Il faut bien remarquer que ce n'est que *l'action* dont la durée est limitée à dix ans. L'exception est perpétuelle. Supposons que j'aie consenti à Caius un billet de 3,000 fr., par violence ou dol. Il laisse écouler douze ans sans former sa demande. Je suis fondé à lui opposer l'exception de dol ou de crainte, et à conclure que le billet soit rescindé ou annulé.

Supposons encore qu'une femme ait vendu son bien sans autorisation. Si l'acquéreur a possédé pendant dix ans, depuis la mort du mari, la femme est irrévocablement déchue de l'action en nullité ; mais si elle est demeurée en possession, si le contrat n'a point eu d'exécution, elle pourra perpétuellement se prévaloir de la nullité de l'acte pour conserver la chose aliénée. Aucun laps de tems ne peut empêcher celui contre qui l'on forme une demande fondée sur un titre, de soutenir qu'il est nul,

et de conclure à ce qu'il soit annulé ou rescindé. Ceci s'applique à tous les cas de rescision pour quelque cause que ce soit. Il paraît même que la disposition de l'ordonnance de 1539, qui limitait à dix ans après la majorité la durée de l'exception, aussi bien que la durée de l'action en nullité ou en rescision du mineur devenu majeur, n'a jamais été suivie en ce point. Dumoulin l'avait sévèrement, mais justement censurée. *In hoc iniqua est constitutio*, dit-il. La maxime constante et reçue depuis long-tems est donc que, si l'action en nullité ou en rescision est temporaire, l'exception est perpétuelle. C'est le sens de la règle, qui dit : *Quæ temporaria sunt ad agendum sunt perpetua ad excipiendum.* Ou, comme disent quelques auteurs : *Tant dure la demande, tant dure l'exception.* Cette règle, dit Bretonnier (1), est triviale au palais.

Elle est tirée de la loi 5, § 6, ff *de doli mali exceptione, 44, 4,* où le jurisconsulte Paul dit : *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ità etiam exceptio eodem tempore danda est : nam hæc perpetuò competit* (2). Il en donne cette rai-

(1) Sur Henrys, tom. 2, liv. 4, quest. 64. Cette même règle est expliquée par Imbert, dans son Enchiridion, verbo *exception;* par Papon, 2.e notaire, liv. 9.

(2) La loi 5, *cod. de except.*, 8, 36, dit aussi : *Licet interdictum undè vi intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetuâ succurri ei qui per vim expulsus est.*

son : *Cùm actor in suâ potestate habeat, quandò utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quandò conveniatur.* Le demandeur a la faculté d'intenter son action, et d'appeler son adversaire en justice quand il lui plaît ; mais il n'est pas au pouvoir de l'autre partie d'être appelée quand elle le veut.

D'un côté, on ne peut obliger personne d'agir en justice. C'est une maxime fondée en raison, et consacrée par les lois romaines. *Nemo invitus agere cogatur. L. unic. cod., lib. 3, tit. 7.* Le débiteur ne peut priver son créancier du droit d'agir quand il lui plaît (1). Les tribunaux n'ont point été institués pour ordonner aux citoyens de plaider, mais pour prévenir les procès, s'il est possible, sinon pour les juger.

(1) Les interprètes font une exception à ce principe, dans le cas où, pour diffamer un citoyen, pour nuire à sa réputation ou à son crédit, une personne se vante d'avoir contre lui des actions à exercer. Ils fondent cette exception sur la loi *diffamari 5, cod. de ingenuis et manumissis*, sur laquelle voyez Voët, *in tit. ff de judiciis*, n.os 20, 21 et suiv. On pouvait faire fixer un délai dans lequel le diffamateur était tenu d'exercer ses actions sous peine d'en être déchu, et d'être condamné au silence. Dans nos usages, il faut conclure aux dommages et intérêts résultant de la diffamation. C'est au défendeur à exercer ses actions, s'il croit l'avoir à faire. Ce n'est donc point pour le contraindre à exercer ses actions, mais pour le faire condamner aux dommages et intérêts résultant du fait de la diffamation qu'il faut l'appeler. Il n'est pas douteux aussi que celui contre lequel une violence aurait été exercée pour lui extorquer un billet, aurait le droit d'agir pour s'en plaindre, et pour se faire rendre le billet qu'il a donné, *cautionem vel obligationem condicere.* Voyez l. 1, ff *de condict. sine causâ*, 12, 7 ; l. 3, *cod. de postulando*, 2, 6. Il en est de même dans plusieurs autres cas.

La retenue de celui qui redoute les procès est louable, dit Ulpien, l. 4, § 1, ff *de alienat. judicii mutandi causâ factis, 4, 7.*

D'un autre côté, celui qui possède n'a rien à demander, tandis qu'il n'est pas troublé dans sa possession. Son exception ne peut donc se prescrire; car, c'est une règle générale, que la prescription ne peut courir contre celui qui ne peut agir. Ainsi, la prescription ne commence contre l'exception que du jour où l'action a été intentée. Ce qui s'applique à toutes les exceptions que Henrys, *ubi sup.*, appèle *viscérales*, c'est-à-dire, qui sont inhérentes au contrat. Aussitôt que l'action est formée, l'exception commence à naître, mais non pas auparavant. C'est donc une maxime fondée sur la raison, sur la nature même des choses, que l'exception doit durer aussi long-tems que l'action. *Tamdiù durat exceptio quamdiù actio*, dit Domat, *Delectus legum*, lib. 44, tit. 4, n.° 11.

601. Une espèce agitée par Imbert et par Henrys peut répandre de la lumière sur cette maxime. Un frère et une sœur partagent la succession de leur père. La sœur était mineure. Elle meurt sans s'être plainte du partage. Mais sa fille, son unique héritière, en demande la rescision pour cause de minorité lésée. Il s'était écoulé plus de dix ans depuis le partage, mais

non depuis que la défunte avait atteint sa majorité.

L'oncle répond que la mère de sa nièce avait eu plus qu'elle ne devait avoir, à cause d'une posthume à laquelle les parties n'avaient pas songé. En conséquence, il prend, suivant la jurisprudence du tems, des lettres à la chancellerie, et demande à être restitué contre le partage, afin de faire réduire la portion de sa nièce.

Celle-ci répond qu'il avait contracté en majorité, et que, n'ayant pas agi dans les dix ans, son action n'était pas recevable. Il réplique qu'il ne demande la rescision que par voie d'exception; et qu'ainsi, son action est recevable.

Imbert et Henrys pensent qu'en effet l'action était recevable. Voici comme ce dernier développe son opinion : D'abord, la demande de l'oncle était formée par voie d'exception; cette exception était *viscérale*, et tendait directement à sapper le fondement de l'action de la nièce; car elle la fondait sur ce que sa mère avait été lésée. Or, l'oncle ne pouvait mieux répondre à la lésion qu'en faisant voir qu'elle avait eu une portion plus considérable que celle qui lui compétait. Ainsi, quand il n'eût pu revenir contre le partage, il n'en était pas moins fondé

à prouver le fait qu'il avançait, puisque c'était détruire la lésion.

En second lieu, Henrys soutient que, de quelque manière qu'on envisage la demande incidente de l'oncle, il n'y avait point de fin de non-recevoir, parce que la nièce ne pouvait faire casser le partage sans que les parties ne fussent remises au premier état. C'est une conséquence de la restitution en entier. Le tems intermédiaire n'est point à compter. Tout a dormi pendant cet intervalle.

Il était donc impossible que l'oncle ne fût pas remis au même état qu'avant le partage, et qu'il ne pût pas faire aujourd'hui ce qu'il pouvait faire avant le partage.

Mais la nièce avait, suivant Henrys, un moyen pour écarter les suites de son imprudente demande. C'était de renoncer à sa rescision avant le jugement. Elle aurait par cette renonciation arrêté son oncle; elle l'aurait réduit aux termes purement de demandeur : et en ce cas, elle aurait pu lui opposer la fin de non-recevoir de dix ans.

602. Au reste, si l'exception est perpétuelle, quoique l'action soit temporaire, c'est lorsque le défendeur en rescision est demeuré en possession, ou en état de liberté; en un mot, quand le contrat n'a pas été exécuté. Si, par exemple, un vendeur après avoir laissé l'acquéreur

en possession paisible de l'immeuble vendu pendant plus de dix ans, sans avoir formé contre lui l'action rescisoire ou en nullité, exerçait contre lui l'action de revendication, afin de le contraindre à représenter son contrat, contre lequel il opposerait ensuite l'exception de nullité, cette exception serait repoussée par la fin de non-recevoir de dix ans, parce que cette marche extraordinaire n'est manifestement imaginée que pour éluder la loi. Cette exception n'est point la défense à l'action de l'acquéreur, qui n'en a formé aucune.

603. Il nous reste à examiner quand commence à courir le délai de dix ans, fixé par le Code. C'est ce que ne nous dit point l'art. 1304. Il se borne à dire que l'action dure dix ans, et à indiquer les cas où ce délai ne court point, sans indiquer le moment précis où il commence à courir dans les autres cas. Cependant, on peut élever des doutes sur ce point. On peut demander si c'est du jour du contrat, ou du jour où le contrat a été exécuté; par exemple, du jour où l'acquéreur est entré en possession, que court le délai de la restitution, comme celui de la prescription; car il est certain que la prescription de dix ans commence à courir, non pas du jour où le contrat qui sert de titre a été passé, mais du jour où l'acquéreur est entré en possession. Caius m'a vendu la maison de

Seius, que j'ai achetée de bonne foi, le 1.er janvier 1814; mais je ne suis entré en possession que le 1.er janvier 1816. C'est de cette dernière époque que commencera à courir le délai de dix années nécessaire pour la prescription. Or, le délai de dix ans, accordé pour exercer l'action en nullité ou en rescision, n'est-il pas une véritable prescription? Ajoutez à cela que celui qui a vendu, par un contrat nul ou sujet à rescision, n'a pas intérêt d'agir pendant que l'acquéreur le laisse en possession.

604. Néanmoins, il faut dire que le délai de dix années, accordé pour la restitution, commence à courir *du jour du contrat*, sauf les cas d'exception, et non pas seulement du jour où le contrat a été exécuté. L'art. 1676 le dit positivement, en parlant de la rescision pour cause de lésion. « La demande n'est plus recevable, » dit-il, après l'expiration de deux années, à » compter du jour de la vente ». C'est donc, par identité de raison, *du jour du contrat* que le délai commence à courir à l'égard des autres rescisions. Si le délai fixé pour exercer l'action en restitution est une véritable prescription, c'est une prescription d'une nature particulière, essentiellement différente de la prescription par dix et vingt ans, dont parlent le droit romain et les art. 2265 et suivans du Code civil. Dans celle-ci, le titre, qui sert de fondement à la

prescription, est émané *à non domino*. Ce n'est point un titre relativement au véritable propriétaire ; c'est, à son égard, une chose passée entre des tiers, dont le plus ordinairement il ne peut avoir aucune connaissance. Il n'a donc pas besoin d'attaquer ce titre, ni de le faire annuler. Au contraire, dans l'action en nullité ou en rescision, le titre est émané du véritable propriétaire, qui, par conséquent, n'en peut raisonnablement ignorer l'existence. Si ce titre est nul, s'il est infecté d'un vice qui le soumette à la rescision, celui qui y était partie ne peut encore raisonnablement l'ignorer. Cette ignorance du moins ne saurait être supposée. En un mot, il est dans la nécessité d'attaquer ce titre et de le détruire. En lui accordant dix ans pour exercer son action, et le droit d'opposer perpétuellement, par exception, le vice de l'acte à celui qui voudrait s'en servir pour agir contre lui, la loi a fait tout ce qu'elle devait faire en sa faveur. Du reste, elle a dû mettre un terme à la durée des actions, pour ne pas laisser les transactions dans une incertitude trop longue.

605. Laprescription de l'action en restitution est donc essentiellement différente de la prescription par dix ou vingt ans. C'est une prescription qui a *un objet particulier*, et à laquelle il ne faut pas appliquer les règles établies pour les prescriptions ordinaires. Le Code a pris soin de

nous en avertir dans l'art. 2264, qui porte que : « Les règles de la prescription, sur d'autres » objets que ceux mentionnés dans le présent » titre (celui des prescriptions), sont expli- » quées dans les titres qui leur sont propres ».

En effet, en parcourant les règles établies pour la prescription ordinaire, on en trouve qui ne peuvent manifestement s'appliquer à la prescription de l'action en nullité ou en rescision. Tel est l'art. 2267, qui porte que : « Le » titre nul par défaut de forme ne peut servir » de base à la prescription de dix et vingt ans ».

Si l'on appliquait cette disposition à la prescription de l'action en nullité, il s'ensuivrait que cette action est perpétuelle, c'est-à-dire, qu'elle dure trente ans, lorsqu'il s'agit d'une nullité de forme ; ce qui est absolument faux sous l'empire du Code, qui, comme nous l'avons dit, ne distingue point entre les différentes nullités, et qui soumet, *dans tous les cas*, l'action en nullité à la prescription de dix ans.

La maxime que le titre nul ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans, s'étendait autrefois à toutes les espèces de nullités. Le Code l'a bornée aux nullités de forme, parce que d'un côté les nullités qui proviennent, par exemple, de la cause illicite du contrat, sont aujourd'hui soumises à la prescription de dix années, de même que l'action

résultant d'un crime (*art. 637 du Code d'instruction criminelle*), et parce que, d'un autre côté, les nullités relatives ne peuvent être opposées que par ceux en faveur desquels elles sont établies. Supposons, par exemple, qu'une femme non autorisée de son mari ait vendu le bien d'autrui à un acquéreur de bonne foi, qui a possédé pendant dix ans. Le véritable propriétaire ne peut, pour se défendre de la prescription, opposer à l'acquéreur la nullité de son contrat, qui n'est établie qu'en faveur de la femme (1).

Au contraire, comme les nullités de formes sont des nullités absolues, qui peuvent être opposées par tous ceux qui ont intérêt de s'en prévaloir, le propriétaire peut opposer à l'acquéreur, qui invoque la prescription, la nullité de son contrat, et lui dire, avec d'Argentré, *hic tuus titulus verè titulus non est.* Vous avez pu croire de bonne foi que celle qui vous a vendu était propriétaire; mais vous n'avez pas dû ignorer que votre contrat était nul.

606. Il ne faut pas non plus appliquer à la prescription de l'action en nullité ou en rescision, la disposition de l'art 2268, qui augmente le délai de dix ans, et qui l'étend jusqu'à

(1) Mais il pourrait poursuivre la femme comme stellionataire, et la faire condamner, même par corps, à rendre le prix de la vente, avec les dommages et intérêts. Art. 2066.

vingt, lorsque le véritable propriétaire est domicilié hors du ressort de la Cour d'appel. La raison de différence est sensible, lorsque le titre est émané *à non domino;* le véritable propriétaire, qui demeure dans un autre ressort, en a plus difficilement connaissance. Au contraire, lorsqu'il a été partie dans un acte, il n'en peut ignorer l'existence.

607. Si le titre, au lieu d'être infecté d'un défaut de forme, ou d'un vice qui en opère la nullité, était imparfait faute de signature, celui qui ne l'a point signé n'est pas obligé de détruire ou de faire annuler un acte qui réellement n'a jamais eu aucune existence. Ainsi, le possesseur muni d'un tel titre ne pourrait prescrire que par trente ans.

608. Il en serait autrement si le notaire avait rapporté la présence du vendeur et sa déclaration de ne savoir signer. Si ce titre avait été suivi de possession, le vendeur devrait l'attaquer dans les dix ans du jour de sa date, par voie d'action en faux : après ce délai, il n'y serait plus recevable, puisque l'action civile résultant même d'un crime capital, est éteinte par le laps de dix ans, à compter du jour où le crime a été commis. *Cod. d'instruction criminelle, art. 637.*

Si le titre n'avait pas été suivi de possession, à quelque époque qu'on voulût former l'action

pour le faire exécuter, le vendeur pourrait, par voie d'exception, l'arguer de faux, sommer l'adversaire de déclarer s'il veut s'en servir, et en cas de réponse affirmative, suivre l'instruction sur le faux incident.

609. Si le titre nul ou sujet à rescision était suspendu par une condition, le délai de la restitution ne commencerait à courir que du jour où l'évènement de la condition serait arrivé; parce que jusqu'à ce moment il n'existe point de contrat; il y a seulement espérance qu'il existera : *spes est tantùm debitum iri.*

Ainsi, dans le cas d'un contrat soumis à la condition de survie, l'action des héritiers du prédécédé, pour faire annuler ou rescinder le contrat, ne commencera à courir qu'à la mort du prédécédé. Par exemple, j'ai été, par force ou par artifice, induit à donner entre vifs le domaine de la Ville-Marie à Caius, en cas qu'il me survive. Le tems de dix années, accordé par la loi pour intenter l'action en rescision, ne court point pendant ma vie, parce que l'obligation n'existe point encore; le délai commencera à courir contre mes héritiers du jour de ma mort.

610. Mais faut-il appliquer cette décision au cas de l'institution contractuelle ? Le cas n'est point entièrement le même. Je puis, suivant l'art. 1082, donner tout ou partie des biens

que je laisserai au jour de mon décès à l'un des deux époux ou aux deux et à leurs enfans, pourvu que cette donation soit faite par leur contrat de mariage. C'est cette donation qu'on appelle institution contractuelle. Elle est irrévocable, en ce sens seulement que je ne puis disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation. Je puis donc la révoquer en les vendant, ou en disposant à titre onéreux de quelque manière que ce soit.

Supposons maintenant que la donation soit nulle ou soumise à rescision, pour un vice intrinsèque. Par exemple, elle a été faite par une femme non autorisée; mais le mari est mort plus de dix ans avant la femme, qui n'a formé aucune plainte contre la donation, et qui ne l'a point révoquée, en disposant à titre onéreux, comme elle le pouvait faire. Ses héritiers peuvent-ils prétendre que les dix ans n'ont point couru pendant sa vie, et en conséquence exercer l'action en nullité? Ou bien si l'institution a été faite par un mineur de vingt-un ans, qui a vécu jusqu'à soixante ans sans se plaindre et sans disposer des biens donnés, ses héritiers pourront-ils demander la nullité de l'institution? Cette dernière espèce s'est présentée à la Cour de cassation, qui, dans un arrêt du 31 novembre 1814, rapporté par Sirey, tom. 13, p. 53, a décidé la négative, et avec

beaucoup de raison, ce nous semble. En ne se plaignant point pendant un si long-tems, en ne révoquant point la donation par des dispositions contraires qu'ils pouvaient faire à titre onéreux, le mineur devenu majeur, la femme devenue veuve, ont tacitement ratifié l'institution qu'ils avaient faite. Ce cas est tout différent d'une donation entre vifs, faite sous la condition de survie, que le donateur ne peut directement ni indirectement révoquer, si ce n'est par des moyens tirés de la nullité de l'acte, moyens qu'il serait prématuré de faire valoir avant que la donation soit parfaite, par l'événement de la condition.

611. Si, au lieu d'être suspendu par une condition, le contrat fixait un terme pour son exécution, il paraît que le délai de la restitution doit courir pendant la durée du terme, puisque ce n'est pas du jour de l'exécution, mais du jour du contrat, qu'il commence a courir. Cependant il y a une différence réelle entre le cas où le contrat n'était point encore exécuté, quoiqu'il pût l'être, et le cas où non seulement il n'est pas encore exécuté, mais où de plus il ne doit pas l'être. La suspension du délai pendant le terme paraît donc favorable.

612. Le tems ne court, dans les cas de violence, que du jour où elle a cessé, et dans les

cas d'erreur ou de dol, « du jour où ils ont été découverts (1304) ».

613. A l'égard des actes passés par des femmes mariées, il faut distinguer; si elles n'ont pas été autorisées, le tems ne court point pendant le mariage, et ne commence à courir que du jour de sa dissolution (1304), même en faveur du mari, qui peut, après la mort de sa femme, avoir intérêt à faire annuler les actes qu'elle a faits. La loi ne le force point à intenter pendant le mariage un procès qui serait nécessairement désagréable pour sa femme.

Si elles ont été autorisées, le tems de la restitution court contre elles aussi bien que contre leurs maris (1676), et sauf leur recours contre eux, (*arg., art 2254*). Il faut excepter les cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari (2256): par exemple s'il l'avait contrainte par violence à souscrire un acte.

614. « Le tems ne court, à l'égard *des actes* » *faits par les interdits*, que du jour où l'in- » terdiction est levée, et à l'égard de ceux *faits* » *par les mineurs*, que du jour de la majo- » rité (1304) ».

615. Si les personnes qui avaient une action en nullité ou rescision meurent sans l'avoir exercée, mais encore dans les délais de l'exercer, elle passe à leurs héritiers. Le père même, héritier de son fils mineur, peut demander la

restitution du chef de son fils. (*L. 3, § 9; l. 18, § 5, ff de minoribus, 4, 4*). Les héritiers ont, pour intenter leur action, le même tems qui restait au défunt au moment de son décès. S'il décède avant que le délai ait commencé de courir, ils ont dix ans à compter du jour de la mort.

Mais ce tems est-il suspendu, si les héritiers sont mineurs ou interdits au moment où le défunt est décédé? Les dix ans, ou ce qui en reste, ne commenceront-ils à courir que du jour de leur majorité, ou de la levée de leur interdiction? Dans le droit romain, le cours du délai était suspendu pendant la minorité. La raison qu'en donne Ulpien est que le mineur est lésé en cela même, qu'il n'a pas formé en tems utile l'action que le défunt lui avait transmise. *Hoc enim ipso deceptus videtur, quodcùm posset restitui intra tempus statutum ex personâ defuncti hoc non fecit. L. 19, ff de minoribus, 4, 4.*

On donnait donc au mineur, pour demander la restitution après sa majorité, le même tems qui restait au défunt au moment de sa mort, *tempus quod habuit is cui heres extitit.*

Le Code a suivi d'autres principes, afin de ne pas prolonger l'incertitude des transactions. Ce n'est qu'à l'égard des actes *faits par les mineurs*, ou par les interdits, et non à l'égard des

actes *faits par ceux* auxquels ils succèdent, que l'art. 1304 ordonne que le tems ne courra que du jour de la majorité, ou de la levée de l'interdiction : et de plus, l'art. 1676 porte expressément que le délai donné pour la rescision court contre les absens, *les interdits et les mineurs venant du chef d'un majeur.* Cet article est relatif à la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, dont l'action ne dure que deux ans. Il y a donc non seulement identité de raison, mais une raison de plus pour appliquer cette disposition aux autres actions en rescision ou nullité, dont la durée est de dix ans. D'ailleurs, sa disposition est dans une parfaite harmonie avec le texte même de l'art. 1304. Il faut donc tenir pour principe général que le tems accordé pour demander la restitution continue de courir contre les mineurs et les interdits, lorsqu'il a commencé à courir contre leur auteur. Cette disposition paraît préférable à celle du droit romain. Ce n'est pas seulement l'intérêt des mineurs que la loi doit considérer, c'est encore la paix et la tranquillité de la société en général, et des mineurs eux-mêmes, lorsqu'ils se trouveraient exposés à une action en rescision de la part d'un autre mineur. Or, cette paix tient à la stabilité des transactions. Il est effrayant de songer que la mort de celui avec lequel on a traité peut laisser notre famille,

pendant vingt ans et plus, exposée à un procès ruineux, d'autant plus difficile, que l'éloignement des faits les rend plus incertains, et peut détruire les moyens de défense.

616. Par les mêmes raisons, le délai court contre les interdits, à l'égard des actes faits avant leur interdiction. L'art. 1676 en a une disposition formelle, et ce n'est qu'à l'égard des actes faits depuis leur interdiction, ou, comme porte le texte, à l'égard des actes *faits par les interdits*, que l'art. 1304 suspend le cours du délai pendant leur interdiction. Il serait effrayant pour la société de laisser incertain, pendant toute la vie de l'interdit, le sort des conventions faites de bonne foi avec lui, dans un tems où son interdiction n'était pas prévue.

617. Avant de terminer ce chapitre long et difficile, mais bien important, il nous reste à remarquer que la fin de non-recevoir de dix ans, dont parle l'art. 1304, ne s'applique point à la demande en nullité des testamens. La disposition de cet article est formellement limitée à la demande en nullité ou en rescision *d'une convention*. La raison de différence est sensible. Celui qui demande la nullité d'un testament n'a point concouru à cet acte. Au contraire, celui qui demande la nullité d'une convention y a

concouru; et c'est le concours à l'acte qui empêche qu'on ne puisse comparer ce cas avec celui de la prescription de l'action en nullité d'un testament.

FIN DU SEPTIÈME VOLUME.



TABLE DES TITRES ET DES CHAPITRES.
TITRE III. Des contrats et obligations conventionnelles.
CHAPITRE V.
De l'extinction des obligations.
SECTION I.re
Du paiement. § 1. Du paiement en général.
§ 2. Du paiement avec subrogation, ou de la transmissiondes droits et des actions de l'ancien créancier à un nouveau.
§ 3. De l'imputation des paiemens.
§ 4. Des offres de paiement et de la consignation.
§ 5. De la cession de biens.
SECTION II.
De la novation.
SECTION III.
De la remise de la dette.
SECTION IV.
De la compensation et de la reconvention.
SECTION V.
De la confusion.
SECTION VI.
De la perte de la chose due, et des cas où le débiteur est dans l'impossibilité d'accomplir son obligation.
SECTION VII.
De l'action en nullité ou en rescision des conventions.
FIN DE LA TABLE.