

OEUVRES
DE POTHIER.

V.

Tout exemplaire qui ne serait pas revêtu du chiffre de M. Bugnet sera réputé contrefait.



Paris.—Imprimerie de Cossé et Cie, rue Christine, 2.

OEUVRES

250112

DE

POTHIER

ANNOTÉES ET MISES EN CORRÉLATION

AVEC LE CODE CIVIL ET LA LÉGISLATION ACTUELLE

PAR M. BUGNET

PROFESSEUR DE CODE CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
CHEVALIER DE LA LÉGION D'HONNEUR.

*Traité du Prêt à usage, du Précaire,
du Prêt de consommation, de l'Usure, du Promutuum
et de l'Action CONDICTIO INDEBITI,
des Contrats de Dépôt, de Mandat
(et quasi-contrat NEGOTIORUM GESTORUM),
d'Assurance, de Prêt à la grosse aventure,
de Jeu et de Nantissement.*

TOME CINQUIÈME.



PARIS

VIDEOQ PÈRE ET FILS, || COSSE ET N. DELAMOTTE,
PLACE DU PANTHÉON, 1, || IMPRIMEURS-ÉDITEURS,
PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT. || PLACE DAUPHINE, 27.

1847



CONTRATS

DE

BIENFAISANCE.



ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Les contrats de *bienfaisance* sont ceux qui ne se font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes.

En cela, ils diffèrent des contrats *intéressés de part et d'autre*, dont nous avons traité jusqu'à présent, lesquels se font pour l'intérêt et l'utilité réciproques de l'une et de l'autre partie ⁽¹⁾.

La principale espèce de contrat de bienfaisance est le contrat de *donation* ⁽²⁾. Mais comme les donations ne se font pas toujours par un contrat, nous réservons à traiter ailleurs séparément de la matière des donations, tant entre-vifs que testamentaires.

Les autres espèces de contrats de bienfaisance sont le *prêt à usage* et le *précaire*, qui composeront la matière de ce traité;

Le *prêt de consomption* et les matières qui y ont rapport feront l'objet d'un second traité.

Le *dépôt* fera la matière d'un troisième traité.

Et le *mandat*, avec le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, feront la matière d'un quatrième.

⁽¹⁾ V. art. 1105, C. civ.

Art. 1105 : « Le contrat de *bienfaisance* est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit. »

⁽²⁾ Le Code a entièrement séparé la donation des contrats, et si on veut lui donner cette qualification, il faudra convenir que c'est un contrat *sui generis* qui a ses règles particulières.

TRAITE DU PRÊT A USAGE ET DU PRÉCAIRE.



Le *prêt à usage* est un contrat par lequel un des contractants donne gratuitement à l'autre une chose, pour s'en servir à un certain usage ; et celui qui la reçoit, s'oblige de la lui rendre après qu'il s'en sera servi (1).

C'est ce contrat qu'on appelle en terme de droit *commodatum*.

On appelle *prêteur*, celle des parties contractantes qui donne la chose à l'autre, soit qu'elle lui en fasse par elle-même la tradition, soit qu'elle se serve du ministère d'une autre personne, qui fait cette tradition au nom et de la part de la partie contractante.

On appelle *emprunteur*, l'autre partie contractante qui reçoit la chose, soit que la tradition lui en soit faite à elle-même, soit qu'elle soit faite de son ordre à un autre.

Nous traiterons dans un premier chapitre, de la nature de ce contrat, des personnes entre lesquelles il peut intervenir, et des choses qui en peuvent être la matière ; — Dans le second, du droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur, et de ses obligations ; — Dans le troisième, de celles du prêteur ; — Le quatrième concerne le *précaire*, et quelques autres espèces de prêt différentes du *prêt à usage*.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du prêt à usage ; entre quelles personnes il peut intervenir, et des choses qui en peuvent être la matière.

SECT. I^e.—DE LA NATURE DU PRÊT A USAGE.

1. Nous examinerons dans cette section, — 1^o Quelles choses constituent l'essence du *prêt à usage* ; — 2^o A quelles classes de contrats il appartient ; — 3^o Les rapports qu'il a avec quelques autres contrats, et en quoi il en diffère.

(1) *V. art. 1875, C. civ.*, même définition.

Art. 1875 : « Le prêt à usage ou *commodat* est un contrat par lequel

« l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. »

ART. I^{er}. — Quelles choses constituent l'essence du prêt à usage.

2. Il est de l'essence du contrat de *prêt à usage*, qu'il y ait, 1^o une chose qui soit prêtée ; 2^o un certain usage pour lequel la chose soit prêtée.

Il n'importe pour quel usage : car c'est un *prêt à usage*, non-seulement lorsqu'une chose est prêtée pour l'usage qui lui est propre, comme lorsque je vous prête un lit pour vous coucher, ou un cheval pour faire un voyage ou pour labourer votre champ ; mais aussi lorsque je prête la chose pour quelque autre usage que ce soit. Par exemple, si je vous prête des meubles pour les donner en gage à votre créancier, qui ne veut surseoir à ses poursuites qu'à cette condition, c'est un vrai contrat de *prêt à usage* qui intervient entre nous.

Il en serait autrement, si c'était moi-même qui, à votre prière, les donnasse à votre créancier en nantissement de votre dette. Le contrat qui intervient entre nous, serait un contrat de *mandat* ; L. 5, § 12, ff. *Commod.*

3. 3^o Il est de l'essence de ce contrat, que l'usage de la chose soit accordé gratuitement (¹). Si pour l'accorder, j'exige de vous quelque récompense, c'est un commerce : ce n'est plus le contrat de *prêt à usage* ; c'est une autre espèce de contrat, qui est, ou celui de *louage*, si la récompense consiste dans une somme d'argent, ou un contrat sans nom, tenant plus du contrat de louage que du prêt, lorsque c'est quelque autre chose que vous vous obligez de me donner, ou lorsque vous vous obligez de faire pour moi quelque chose.

C'est pourquoi, lorsque je vous prête mon bœuf pour dix jours, à la charge que vous me prêterez ensuite le vôtre pour autant de temps, Ulpien décide que ce n'est pas le contrat de *prêt à usage*, mais une autre espèce de contrat sans nom : *Commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum præscriptis verbis agendum est*, L. 59, § 3, ff. de *Præscr. verb.*

4. 4^o Il est de l'essence du contrat de prêt à usage, que l'emprunteur s'oblige à rendre la même chose *in individuo* qui lui est prêtée, après qu'il s'en sera servi, et conséquemment que cette chose lui soit délivrée, si elle n'est déjà par devers lui ; car l'obligation qu'il doit contracter de la rendre, suppose nécessairement qu'elle est par devers lui.

5^o Il est de l'essence de ce contrat que l'emprunteur ne reçoive la chose prêtée que pour s'en servir à l'usage pour lequel elle lui est prêtée, et que le prêteur en conserve non-seulement la propriété, s'il en est le propriétaire, mais même la possession par le ministère de l'emprunteur, qui est censé ne détenir la chose qu'au nom de celui qui la lui a prêtée : *Rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus* ; L. 8, ff. *Commod.* *NEMO enim commodando, rem facit ejus cui commodat* (²) ; L. 6, ff. *cod. tit.*

6^o Enfin, il est de l'essence du contrat que le consentement des parties intervienne sur la chose prêtée, sur l'usage pour lequel elle est prêtée, et sur la restitution qui en doit être faite.

ART. II. — A quelle classe de contrats appartient le prêt à usage.

5. Il est évident que le *prêt à usage* est de la classe des contrats de bienfaisance, étant de son essence d'être gratuit. Il renferme un bienfait que le prêteur fait à l'emprunteur, en lui accordant gratuitement l'usage de sa chose.

6. Il est aussi de la classe des contrats *réels*, c'est-à-dire, de ceux qui ne se forment que par la tradition de la chose.

(¹) *V. art. 1876, C. civ.*

Art. 1876 : « Ce prêt est essentiellement gratuit. »

(²) *V. art. 1877, C. civ.*

Art. 1877 : « Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée. »

En effet, on ne peut concevoir de contrat de *prêt à usage*, si la chose n'a été délivrée à celui à qui on en accorde l'usage ; l'obligation de rendre la chose, qui est de l'essence de ce contrat, ne pouvant pas naître avant que la chose ait été reçue.

On dira peut-être que, dans notre droit français, où toutes les conventions, même celles que le droit romain appellait *nuda pacta*, sont valables, et produisent des obligations civiles, la convention par laquelle je serais convenu avec vous de vous prêter dans un tel temps une certaine chose, est valable par le seul consentement des parties, dès avant que je vous aie délivré la chose ; et cette convention produit une action contre moi, pour m'obliger à vous délivrer la chose dans le temps convenu.

Je réponds que cette convention n'est pas le contrat de *prêt*, c'est seulement une *promesse* de prêter, qui diffère du contrat de prêt, comme une promesse de vendre diffère du contrat de vente. Le contrat de prêt ne se formera que lorsque, en exécution de cette promesse, je vous aurai délivré la chose.

Il est vrai que si la chose est déjà par devers l'emprunteur, *put à*, parce qu'elle avait été mise en dépôt chez lui, ou de quelque autre manière que cela se soit fait, le contrat de prêt reçoit en ce cas sa perfection par le seul consentement des parties. Mais si ce consentement suffit alors, c'est que la tradition s'est faite d'avance ; et il est toujours vrai de dire que le contrat de prêt est un contrat *réel*, qui ne peut se former que par une tradition ou actuelle, ou qui ait précédé. En un mot, il faut que la chose prêtée, ou soit remise par le contrat entre les mains de l'emprunteur, ou qu'elle se trouve déjà par devers lui.

7. Le *prêt à usage* est un contrat synallagmatique, qui produit de part et d'autre des obligations. Il n'est pas néanmoins de la classe de ceux qui sont parfaitelement synallagmatiques, dans lesquels l'obligation de chacun des contractants est également principale, tels que sont les contrats de *Vente*, de *louage*, de *société*. Il est de la classe de ceux qui sont moins parfaitelement synallagmatiques : car, dans ce contrat, il n'y a que l'obligation de l'emprunteur qui soit l'obligation principale du contrat, laquelle est pour cet effet appellée *Obligatio commodati DIRECTA* ; et d'où naît l'action *commodati DIRECTA*, que le prêteur envers qui elle est contractée, a contre l'emprunteur. Au contraire, l'obligation du prêteur n'est regardée que comme une obligation incidente et indirecte, laquelle pour cet effet est appelée *Obligatio commodati CONTRARIA* ; d'où naît l'action *commodati CONTRARIA*, que l'emprunteur envers qui elle est contractée, a contre le prêteur (¹) ; *Voy. notre Traité des Obligations*, n° 9.

8. Enfin le prêt à usage est de la classe des contrats qu'on appelle *contractus juris gentium* ; car, il se régit par les seules règles du droit naturel, et il n'est assujetti à aucune formalité par le droit civil.

Si, de même que tous les autres contrats, il doit être rédigé par écrit, lorsque la chose qui en fait la matière est d'une valeur qui excède 100 livres, ce n'est que pour la preuve du contrat que cette forme est requise, et non pour sa substance (²) ; *Traité des Obligations*, n° 15.

(1) Aussi l'art. 1325, C. civ., ne serait point applicable au contrat de *commodat*.

Art. 1325 : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. — Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. —

« Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. — Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte, »

(2) V. art. 1341, C. civ.

Art. 1341 : « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature

ART. III. — Du rapport qu'a le contrat de prêt à usage avec d'autres contrats, et en quoi il en diffère.

9. Le prêt à usage tient quelque chose de la donation. Il contient un bienfait, et le prêteur, comme dans la donation, donne gratuitement quelque chose à l'emprunteur : mais il diffère de la donation, en ce que, dans celle-ci, la chose même est donnée, le donateur en transfère la propriété au donataire ; au lieu que dans le prêt à usage, ce n'est pas la chose même que le prêteur donne, il n'en donne que l'usage ; il conserve la propriété de la chose qu'il prête : il en conserve même la possession, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 5, et l'emprunteur s'oblige de la lui rendre.

10. Le prêt à usage a aussi de l'analogie avec le prêt de consomption qu'on nomme *mutuum* : ils renferment l'un et l'autre un bienfait qui n'est qu'imparfait ; parce que, dans l'un et dans l'autre contrat, l'emprunteur s'oblige de rendre. Mais ces contrats diffèrent en ce que, dans le prêt à usage, le prêteur conserve la propriété de la chose prêtée ; et c'est cette chose elle-même *in individuo*, que l'emprunteur s'oblige de lui rendre. Au contraire, dans le prêt de consomption, les choses prêtées étant des choses dont on ne peut faire aucun usage qu'en les consommant, telles que sont de l'argent, du blé, du vin, etc., le prêteur transfère à l'emprunteur la propriété des choses prêtées, pour que cet emprunteur les consomme à son gré ; et il devient seulement créancier d'une somme ou quantité égale à celle qu'il a prêtée, que l'emprunteur s'oblige de lui rendre (1).

11. Enfin le contrat de prêt à usage a du rapport avec le contrat de louage, et avec les contrats *sans nom*, par lesquels le prêteur exige de l'emprunteur quelque récompense. Ce rapport consiste en ce que c'est l'usage d'une chose que l'une des parties accorde à l'autre, qui fait la matière de ces contrats, de même que du prêt à usage ; mais la gratuité du prêt à usage est le caractère qui le distingue de ces contrats, en sorte qu'êtant si essentiellement différents du prêt à usage, ils ne produisent pas les mêmes obligations.

12. La convention avec laquelle le prêt à usage, *commodatum*, dont nous traitons, a le plus de rapport, est la convention de précaire, qui est une espèce de prêt à usage. Nous en ferons voir les différences au chapitre quatrième, où nous traiterons de cette convention.

SECT. II. — DES PERSONNES ENTRE LESQUELLES PEUT INTERVENIR LE CONTRAT DE PRÊT ; ET DES CHOSES QUI EN PEUVENT ÊTRE LA MATIÈRE.

ART. I^{er}. — Des personnes entre lesquelles peut intervenir le contrat de prêt.

13. Le contrat de prêt n'a rien à cet égard de particulier : il peut intervenir entre toutes les personnes qui sont capables de contracter, et il est évident

« privée, de toutes choses excédant la
« somme ou valeur de cent cinquante
« francs, même pour dépôts volontaires ; et il n'est reçu aucune preuve
« par témoins contre ou outre le contrat tenu aux actes, ni sur ce qui serait
« allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse
« d'une somme ou valeur moindre de

« cent cinquante francs ; — Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.»

(1) Le *mutuum*, que Pothier appelle prêt de consomption, n'exige pas que les choses prêtées soient telles qu'on ne puisse en faire aucun usage qu'en les consommant : Il suffit que, dans l'intention des parties, les choses, objet

qu'il ne peut intervenir entre celles qui en sont incapables. C'est pourquoi, si j'ai emprunté d'un fou une chose que j'ai reçue de lui, il n'est intervenu par là aucun contrat de prêt; et nous n'avons contracté, de part ni d'autre, les obligations qui naissent du contrat de prêt. Si je suis obligé de rendre la chose, ce n'est pas en vertu d'un contrat de prêt, puisqu'il n'en est pas intervenu, mais en vertu de la loi naturelle qui oblige tous ceux qui possèdent sans cause la chose d'autrui, de la rendre à celui à qui elle appartient: et pareillement si le fou est obligé de me rembourser les impenses extraordinaires que j'aurais faites pour la conservation de la chose que j'ai reçue de lui, et dont il a profité, ce n'est pas par un contrat de prêt qu'il y est obligé, n'y en ayant eu aucun, mais par la seule équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui: *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detimento fieri lucupletiorem*; L. 206, ff. de *Reg. Jur.*

Il faut dire la même chose du prêt, qu'une femme sous puissance de mari aurait fait à quelqu'un sans être autorisée: étant incapable de contracter, il n'y a point en ce cas de contrat de prêt; et tout ce que nous avons dit dans l'espèce précédente, reçoit une entière application dans cette espèce.

Il n'en est pas de même d'un mineur qui, quoique encore sous la puissance de tuteur, a passé l'âge de l'enfance, et est en âge de savoir ce qu'il fait: les contrats de ce mineur ne sont pas absolument nuls, comme ceux d'une femme mariée qui contracte sans être autorisée. Quoique ce mineur ne s'oblige pas en contractant sans l'autorité du tuteur, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'il profite du contrat, néanmoins il oblige ceux qui contractent avec lui, et le contrat subsiste de la part de ceux qui contractent avec lui; *Instit. tit. de Auctoritate tutorum*.

C'est pourquoi il n'est pas douteux que le prêt fait par un mineur à quelqu'un, quoique sans l'autorité de son tuteur, est valable, et qu'il produit dans l'emprunteur toutes les obligations qui naissent du contrat de prêt⁽¹⁾.

Sur les personnes qui sont capables ou incapables de contracter, *V. notre Traité des Obligations*, part. 1^{re}, ch. 1^{er}, sect. 1^{re}, art. 4.

ART. II. — Des choses qui peuvent être la matière du contrat de prêt.

14. Toutes les choses qui sont dans le commerce, et qui ne se consomment point par l'usage qu'on en fait, peuvent être l'objet de ce contrat⁽²⁾.

Ce sont le plus communément les meubles qui en font l'objet: on prête

du contrat, aient été considérées comme des *quantités* qui peuvent être remplacées par des quantités de même nature, et qu'il y ait eu intention d'en transférer la propriété.

(¹) Il faut aujourd'hui en dire autant de la femme mariée; car la loi nouvelle a mis sur la même ligne l'incapacité du mineur et celle de la femme mariée, l'une et l'autre sont relatives; en cela, il est dérogé aux anciens principes. (Art. 1125, C. civ.)

Art. 1125: « Le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attacher, pour cause d'incapacité, leurs engagements, que dans les cas prévus par la loi. — Les personnes ca-

« pables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec « qui elles ont contracté. »

(²) *V. art. 1878, C. civ.*

Art. 1878: « Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention. »

On voit que les rédacteurs du Code ont suivi littéralement Pothier: ils semblent avoir attaché une grande importance à cette désignation *qui ne se consomme pas par l'usage*: et, cependant, ce n'est point là ce qui caractérise les choses objet du commodat: il suffit que, dans l'intention des parties,

tous les jours un carrosse, un cheval, un livre, une tapisserie et autres choses semblables.

Néanmoins les immeubles en peuvent aussi être l'objet : tous les jours un ami prête à son ami sa cave, son grenier, un appartement dans sa maison.

15. Non-seulement les choses profanes peuvent être la matière du contrat de *prêt à usage* ; les choses consacrées à Dieu, qui, pour cette raison, sont hors du commerce, en peuvent être aussi la matière, pourvu que ce soit pour des usages religieux qu'elles soient prêtées. Par exemple, lorsqu'il y a un catafalque à faire dans une église pour une cérémonie funèbre, ce qui exige un grand nombre de chandeliers d'argent, on emprunte les chandeliers d'argent des autres églises de la ville ; c'est un vrai contrat de prêt à usage.

Si, pendant que les réparations qui sont à faire à une église paroissiale la rendent inexploitable, des religieux voisins ont une convention avec les paroissiens, par laquelle ils permettent aux paroissiens de faire, jusqu'à ce que leurs réparations soient finies, leur office paroissial dans leur église, à des heures différentes de celles auxquelles ils font le leur, cette convention est un vrai contrat de prêt à usage que ces religieux font de leur église à ces paroissiens.

16. Les écrits dont le roi ou les magistrats ont ordonné la suppression, ne peuvent être la matière d'un contrat de prêt légitime. L'arrêt qui défend à toutes personnes de les retenir, et enjoint de les porter au greffe de la Cour, défend à plus forte raison de les prêter : le prêt qui en est fait est donc une contravention à l'arrêt, et par conséquent c'est un contrat nul, qui ne peut de part ni d'autre produire aucune obligation, ni donner aucune action : *Pacta quæ contrâ leges constitutionesque vel contrâ bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitate juris est*; L. 6, Cod. de Pact.

Les mauvais livres dont on ne peut se servir pour aucun usage honnête, tels que ceux qui ne contiennent rien autre chose que des ordures et des impuretés, quoiqu'il n'y ait aucun arrêt qui en ait ordonné formellement la suppression, ne peuvent être la matière d'un contrat de prêt légitime : un tel contrat de prêt est contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent nul, suivant la loi ci-dessus citée.

Il y a néanmoins de mauvais livres qui peuvent être prêtés pour un usage bon et légitime, tels que sont ceux qui attaquent la foi et la saine morale, lors qu'on les prête à quelqu'un qui les emprunte pour les réfuter : un tel prêt est honnête et légitime. Mais prêter ces livres à des personnes dont la lecture de ces livres peut corrompre le cœur et l'esprit, c'est un crime qui surpassé celui d'un empoisonneur, autant que l'âme surpassé le corps.

17. Il est évident que les choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, ne peuvent être l'objet de ce contrat ; car, étant de la nature de ce contrat, suivant la définition que nous en avons donnée, que celui à qui la chose est prêtée, s'oblige à la rendre elle-même *in individuo*, après qu'il s'en sera servi, il en résulte que les choses dont on ne peut se servir qu'en les consommant et les détruisant, ne peuvent être l'objet de ce contrat.

Par exemple, de l'argent comptant, du vin, du blé, de l'orge, de l'huile, etc., ne peuvent être l'objet du contrat de *prêt à usage*, mais seulement du *prêt de consommation*, dont nous parlerons dans le traité suivant.

Néanmoins ces choses mêmes qui sont de nature à se consommer par l'usage, peuvent quelquefois faire l'objet du contrat de *prêt à usage* ; savoir, lorsqu'elles sont prêtées, non pour l'usage naturel auquel ces choses sont destinées, mais seulement pour la montre, *ad ostentationem* : car, ces choses ne se consommant point par cette espèce d'usage, rien n'empêche qu'elles ne

ces choses aient été considérées, *in individuo*, comme corps certains, qui | cie dans leur individualité, et par conséquent, que la propriété n'en ait point devaient être rendus en nature, *in specie*, été transférée.

puissent être l'objet du contrat de *prêt à usage*. C'est la décision des lois (L. 3, § fin.; et L. 4, ff. *Commod.*) *NON potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pomparam vel ostentationem quis accipiat; sæpè etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut ostendantur.* C'est ce qu'ont coutume de faire les receveurs infidèles qui, ayant donné à usage l'argent de leur caisse, empruntent de leurs amis des sacs d'argent, lorsqu'ils savent qu'on doit venir visiter leur caisse, pour la faire paraître remplie, et les rendent *in individuo*, aussitôt que la visite a été faite.

18. Il n'importe que la chose prêtée appartienne ou non à celui qui la prête. Si un voleur prête à quelqu'un la chose qu'il a volée; c'est un vrai contrat de prêt, qui n'oblige pas moins celui à qui elle est prêtée de la rendre au voleur qui la lui a prêtée, que s'il lui eût prêté sa propre chose: L. 15 et 16, ff. *cod. tit.* Voyez une limitation, *infra*, ch. 2, sect. 2, art. 1, § 4.

19. Mais on ne peut prêter à quelqu'un sa propre chose: *Commodatum rei suæ esse non potest*⁽¹⁾.

C'est pourquoi, si quelqu'un qui a ma chose, me la prête sans que je sache qu'elle m'appartient, le contrat est nul, et je ne contracte aucune obligation de la rendre.

Cette règle, qu'on ne peut prêter à quelqu'un sa propre chose, souffre exception, lorsque c'est celui qui a le droit de la posséder ou d'en jouir, qui la prête au propriétaire. Par exemple, si le créancier à qui j'ai donné ma tapisserie en nantissement, me la prête pour quelque occasion, c'est un prêt de ma propre chose, qui est valable: car, n'ayant pas le droit de la posséder, quoiqu'elle m'appartienne, puisque je l'ai donnée en nantissement, on peut valablement me la prêter, et je contracte valablement l'obligation de la rendre au créancier qui me l'a prêtée et qui a droit de la posséder.

Par la même raison, celui qui jouit en usufruit de ma maison, peut me la prêter en tout ou en partie.

CHAPITRE II.

Du droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur, et de ses obligations.

SECT. 1^{re}.—DU DROIT DE L'EMPRUNTEUR.

20. Le droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur de se servir de la chose qui lui a été prêtée, de même que celui que le contrat de louage donne au locataire, n'est pas un droit dans la chose, mais un droit purement personnel contre le prêteur, qui naît de l'obligation que le prêteur a contractée de le laisser se servir de la chose pendant le temps et pour l'usage pour lequel il la lui a prêtée.

(1) Il faut toutefois remarquer, que le commodataire possède pour le commodant, ou plutôt que c'est le commodant qui conserve la possession et ses avantages; or, l'art. 2279, C. civ., donne au possesseur d'un meuble la propriété de ce même meuble, il arrivera donc souvent que cet article empêchera le commodataire de soutenir avec succès que la

chose à lui prêtée était sienne.

Art. 2279: « En fait de meubles, la possession vaut titre. — Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé un chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. »

Ce droit lui donne une action contre le prêteur et ses héritiers, s'ils appor-
taient quelque trouble à l'usage qu'il a droit de faire de la chose.

Nous traiterons de cette action au chapitre suivant.

Il lui donne aussi une exception contre la demande que le prêteur ferait
intempestivè pour se faire rendre la chose prêtée : nous en traiterons aussi
infra.

21. Ce droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur, se borne à l'usage
pour lequel la chose lui a été prêtée : il ne lui est permis de s'en servir
pour aucun autre usage, à moins qu'il n'ait un juste sujet de croire que le prêteur
y consentirait s'il le savait⁽¹⁾.

Par exemple, si quelqu'un m'a prêté à Orléans un cheval pour aller à Baugenci, je ne puis pas m'en servir pour aller plus loin. Mais si, étant arrivé à Baugenci, il m'est survenu une affaire plus loin, que je n'avais pas prévue lorsque j'ai emprunté le cheval, et que les relations d'amitié que j'ai avec celui qui me l'a prêtée, et la connaissance que j'ai de son caractère obligeant, me donnent lieu d'être persuadé qu'il ne m'aurait pas refusé son cheval pour aller jusqu'au lieu où cette affaire m'est survenue, je puis licitement m'en servir pour aller jusque-là.

Il faudrait décider autrement, si, lorsque j'ai emprunté le cheval pour aller à Baugenci, je savais déjà que je pourrais en avoir besoin pour aller plus loin, et que je ne l'aie pas déclaré à celui de qui j'ai emprunté le cheval : cette réticence de ma part prouve que je n'étais pas bien assuré qu'il eût voulu me prêter son cheval pour aller plus loin.

22. Lorsque l'emprunteur, à l'insu et contre le gré du prêteur, se sert de la chose prêtée à un autre usage que celui pour lequel elle lui a été prêtée, non-seulement il contrevient à la bonne foi requise dans le contrat de prêt, qui ne permet pas d'user de la chose prêtée pour un autre usage, mais il commet un vol de l'usage de cette chose. C'est ce qu'enseigne Paul en la loi 40, ff. de *Furt*. *Qui jumenta sibi commodata longius duxerit, alienâve re invito domino usus sit, furtum facit*. Ulpian décide la même chose en la loi 5, § 8, ff. *Commod.*

Il ne fait pas, à la vérité, un vol de la chose même qui lui a été prêtée, mais il fait un vol de l'usage de cette chose : car le vol peut tomber sur l'usage de la chose comme sur la chose même, le vol étant défini : *Contrectatio rei fraudulosa..... vel rei, vel etiam usus ejus possessionis*² ; L. 1, § fin. ff. de *Furt*.

SECT. II.—DES OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR.

23. Les obligations que l'emprunteur contracte par le prêt à usage, sont celle de rendre la chose qui lui a été prêtée, et celle de la conserver.

Nous traiterons de ces deux obligations dans les deux premiers articles de cette section.

Nous examinerons, dans un troisième article, si l'emprunteur est obligé d'indemniser le prêteur des cas fortuits qui ont causé la perte ou la détérioration de la chose prêtée.

Enfin, dans un quatrième article, nous traiterons de l'action *commodatio DIRECTA*, qui naît de l'action de l'emprunteur.

(1) *V. art. 1881, C. civ.*

Art. 1881 : « Si l'emprunteur em-
ploie la chose à un autre usage, ou
pour un temps plus long qu'il ne de-

« vait, il sera tenu de la perte arrivée,
même par cas fortuit. »

(2) Ce n'est qu'un abus de confiance et non pas un vol proprement dit.

ART. I^{er}. — De l'obligation de rendre la chose prêtée.

Il faut voir : — 1^o Quand l'emprunteur est obligé de rendre la chose prêtée ; — 2^o A qui ; — 3^o Où, et en quel état il la doit rendre ; — 4^o Quels moyens il peut opposer pour se défendre de la rendre.

§ 1^{er}. Quand l'emprunteur doit-il rendre la chose ?

24. L'emprunteur n'est obligé de rendre la chose qu'après le temps porté par le contrat ; et lorsque le contrat n'en porte aucun, qu'après celui qui lui a été nécessaire pour l'usage pour lequel elle a été prêtée (¹).

Le prêteur ne peut, sans injustice, en demander plus tôt la restitution : car quoiqu'il eût pu sans injustice ne la point prêter du tout, ayant bien voulu la prêter pour un certain usage, il s'est obligé de la laisser à l'emprunteur pendant tout le temps nécessaire ; autrement il tromperait l'emprunteur, qui a compté sur ce prêt, et qui aurait pu, sans cela, prendre d'autres mesures, et trouver d'autres occasions d'emprunter d'autres personnes la chose dont il avait besoin. C'est ce qu'enseigne Paul en la loi 17, § 3, ff. *Commod. Sicut voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare; ita modum commodati finemque præscribere ejus est qui beneficium tribuit: quum autem id fecit, id est, postquam commodavit, tunc finem præscribere et retrò agere, atque intempeste usum commodatæ rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta est obligatio inter dandum accipiendumque... adjuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet.*

25. Cette décision a lieu, quand même pendant ce temps le prêteur se trouverait avoir besoin lui-même de la chose qu'il a prêtée, pourvu que ce fût un besoin qu'il a pu prévoir, et qui peut se remettre ; car, en la prêtant, il a tacitement consenti à se priver de l'usage de sa chose pendant le temps pour lequel il l'a prêtée, même dans le cas où il en aurait lui-même besoin, lorsqu'il a pu le prévoir.

Mais si le besoin que le prêteur a de la chose prêtée, était un besoin pressant et imprévu, il serait en ce cas fondé à demander que la chose lui fût rendue, quoique avant l'expiration du temps pour lequel il l'a prêtée ; car personne n'étant présumé vouloir faire plaisir à un autre à son préjudice, celui qui prête sa chose à quelqu'un, est censé ne la vouloir prêter qu'autant qu'il croit qu'il pourra lui-même s'en passer ; et le cas d'un besoin pressant et imprévu qu'il aurait lui-même de cette chose, doit toujours être censé tacitement excepté de la permission qu'il a accordée à l'emprunteur de s'en servir pendant le temps convenu.

C'est le sentiment de Pufendorf, qui me paraît très équitable (²).

Néanmoins, même dans le cas d'un besoin pressant et imprévu que j'aurais de la chose que je vous ai prêtée, si vous ne pouviez me la rendre sans courir risque de vous causer un grand préjudice, vous pourriez être reçu à satisfaire par équivalence à l'obligation de me la rendre, en me fournissant à vos dépens une chose semblable pour m'en servir à la place de la mienne, jusqu'à

(¹) *V. art. 1888, C. civ.* Même décision.

Art. 1888 : « Le prêteur ne peut « retirer la chose prêtée qu'après le « terme convenu, ou, à défaut de con- « vention, qu'après qu'elle a servi à « l'usage pour lequel elle a été em- « pruntée. »

(²) *V. art. 1889, C. civ.*

Art. 1889 : « Néanmoins, si, pen- « dant ce délai, ou avant que le be- « soin de l'emprunteur ait cessé, il sur- « vient au prêteur un besoin pressant « et imprévu de sa chose, le juge peut, « suivant les circonstances, obliger « l'emprunteur à la lui rendre. »

ce que vous puissiez me la rendre, et que je puisse, de mon côté, vous rendre celle que vous m'avez fournie.

Par exemple, si pendant que les étais que je vous ai prêtés, servent à soutenir les planchers de votre maison, dont on reconstruit le mur, j'ai besoin tout à coup de mes étais pour soutenir ma maison, et que je vous les redemande, vous devez être reçu dans vos offres de m'en fournir d'autres à vos dépens, pour m'en servir à la place des miens, que vous ne pouvez retirer sans risque, jusqu'à ce que votre mur qu'on reconstruit soit achevé.

26. Il y a un second cas auquel le prêteur peut demander la restitution de la chose qu'il a prêtée, avant le temps pour lequel il l'a prêtée ; c'est lorsque l'usage pour lequel il l'a prêtée, se trouve entièrement achevé.

Par exemple, si je vous ai prêté un manuscrit pour quinze jours, afin d'en tirer une copie, et qu'au bout de huit jours vous ayez achevé cette copie, je puis vous demander que vous me rendiez mon manuscrit, sans attendre la fin des quinze jours ; car l'ayant entièrement copié et collationné, et par conséquent en ayant fait tout l'usage pour lequel je vous l'avais prêté, vous n'avez plus aucun sujet de le retenir : le temps de quinze jours n'a été fixé qu'afin que vous n'excédassiez pas ce temps à le copier, mais non pour que vous puissiez le retenir après l'avoir copié plus tôt.

Mais si le temps avait été apposé à la convention, non-seulement pour que vous n'excédassiez pas le temps à faire l'usage que vous voulez faire de la chose que je vous ai prêtée, mais par une autre raison, *puta*, parce que m'ayant emprunté la chose pour la porter à la campagne, d'où vous comptiez être de retour au bout de quinze jours, on a réglé le temps auquel vous devriez me la rendre, sur celui auquel vous deviez être de retour ; je ne dois pas en ce cas, sans un besoin pressant, quoique vous ayez fait tout l'usage de la chose que vous deviez faire, demander avant le temps, que vous me la renvoyiez par un exprès qui vous constituerait en dépense ; mais je dois attendre le temps porté par notre convention, auquel vous pourrez me la rapporter vous-même à votre retour de la campagne.

27. Un troisième cas auquel je puis, avant l'expiration du temps porté par la convention, demander la restitution de la chose que j'ai prêtée, c'est lorsque celui à qui je l'avais prêtée pour un usage qui lui était personnel, est mort avant l'expiration de ce temps.

Par exemple, si j'ai prêté à un savant un livre pour un an, afin qu'il s'en servît à la composition d'un ouvrage auquel il travaillait, et qu'il soit mort au bout de six mois, je puis incontinent, sans attendre l'expiration du temps porté par la convention, redemander mon livre à ses héritiers, qui n'ont aucun sujet de le garder ; l'usage pour lequel je l'avais prêté, étant un usage qui était personnel au défunt.

Il en serait autrement si l'usage pour lequel j'ai prêté une chose à mon ami, ne lui était pas personnel : en ce cas ses héritiers pourraient se servir, comme lui, de ma chose à l'usage pour lequel je l'ai prêtée, et je ne pourrais leur en demander la restitution qu'après qu'ils auraient achevé de s'en servir à cet usage.

Par exemple, si j'ai prêté à mon ami mon cheval pour tout le temps que dureraient ses vendanges, pour s'en servir à mener les raisins de ses vignes à son pressoir, et qu'il soit mort avant la fin de la vendange, ses héritiers auront droit de se servir comme lui de mon cheval, à l'usage pour lequel je l'ai prêté, et je ne serai fondé à leur demander qu'ils me le rendent, qu'après la fin de la vendange pour laquelle je l'ai prêté.

La raison est que, dans le contrat de prêt à usage, de même que dans tous les autres contrats, nous sommes censés contracter pour nous et pour nos héritiers. C'est pourquoi les obligations qui naissent de ces contrats, et les

droits qui en résultent, passent à nos héritiers, lorsqu'ils sont de nature à pouvoir leur passer (¹).

28. Quoique régulièrement celui à qui la chose a été prêtée, ne puisse pas la retenir après le temps pour lequel elle lui a été prêtée, néanmoins s'il avait besoin encore de quelques jours pour achever de s'en servir à l'usage pour lequel elle lui a été prêtée, et que le prêteur ne souffrir aucun préjudice du retard, le prêteur devrait lui laisser encore la chose pendant ce temps.

Mais quand même le prêteur souffrirait quelque préjudice du retard ; si celui que souffrirait l'emprunteur, en rendant incontinent la chose prêtée, était beaucoup plus grand, on devrait encore, en ce cas, lui laisser la chose, à la charge par lui d'indemniser le prêteur du préjudice qu'il souffre de ce retard. Les devoirs de l'amitié, qui ont porté le prêteur à faire le prêt, exigent de lui ces tempéraments.

§ II. A qui la chose prêtée doit-elle être rendue ?

29. La chose prêtée doit être rendue au prêteur.

Lorsque le prêteur en a fait, par le ministère d'un autre, la tradition à l'emprunteur, ce n'est pas à celui du ministère duquel le prêteur s'est servi pour la faire, que la chose doit être rendue : car ce n'est pas lui qui est le prêteur ; c'est celui à qui il a prêté son ministère, et au nom de qui la tradition a été faite, qui est le prêteur, et à qui la chose doit être rendue ; *suprà, n° 2.*

30. La chose est censée rendue au prêteur, lorsqu'elle est rendue à celui qui avait pouvoir de lui de la recevoir, suivant cette règle de droit : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset ; L. 180, ff. de Reg. jur.* Cela est conforme aux principes généraux que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, part. 3, chap. 1^{er}, art. 2, § 2, où nous renvoyons.

31. Suivant les mêmes principes, la chose est censée rendue au prêteur, lorsqu'elle est rendue à quelqu'un qui a qualité pour la recevoir pour lui. Par exemple, une chose est censée rendue au mineur qui l'a prêtée, lorsqu'elle est rendue à son tuteur ; une chose est censée rendue à une femme, lorsqu'elle est rendue à son mari ; *Voy. notre Traité des Obligations*, part. 3, chap. 1^{er}, art. 2, § 3.

32. Quelquefois ce n'est pas à la personne même qui a fait le prêt, que la chose prêtée doit être rendue : cela arrive 1^o lorsque cette personne a, depuis le prêt, perdu la vie civile. Si c'est par la profession religieuse, la chose ne peut plus être valablement rendue qu'à ses héritiers ou autres successeurs universels qui ont recueilli sa succession, à laquelle sa profession a donné ouverture. Si c'est par une condamnation à une peine capitale que le prêteur a perdu la vie civile, la chose ne peut plus être valablement rendue qu'au scieur au profit de qui la confiscation de ses biens a été prononcée (²).

33. 2^o On ne peut plus rendre valablement la chose prêtée à la personne qui l'a prêtée, lorsque, depuis le prêt, elle a changé d'état.

Par exemple, lorsqu'une fille n'a prêté une chose, et que depuis le prêt elle s'est mariée, et a passé sous puissance de mari, ce n'est plus à elle, c'est

(¹) *V. art. 1879, C. civ.*, mêmes dé-cisions.

Art. 1879 : « Les engagements qui se forment par le commodat, passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. — Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui

« personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée »

(²) Il n'y a plus aujourd'hui de mort civile, conséquence de la profession religieuse, ou plutôt nos lois ne reconnaissent plus les vœux, et la confiscation est abolie.

à son mari que je dois rendre la chose qu'elle m'a prêtée : la restitution que je lui en ferais à elle-même, ne me déchargerait pas de mon obligation de la rendre, si ce n'est dans le cas auquel elle serait parvenue à son mari, ou dans le cas auquel je la lui aurais rendue du consentement de son mari, ou enfin dans le cas auquel j'aurais eu une juste ignorance de son changement d'état.

Par la même raison, si le prêteur a été, depuis le prêt, interdit, soit pour cause de folie, soit pour cause de prodigalité⁽¹⁾, ce n'est plus à lui, c'est à son curateur que la chose prêtée doit être rendue.

34. Quand même le prêteur qui est devenu fou, ne serait pas encore interdit, l'emprunteur qui aurait connaissance de sa folie, ne devrait pas lui rendre la chose qu'il lui a prêtée ; et en la lui rendant, il ne serait pas déchargé de l'obligation qu'il a contractée de la rendre. En cela le fou est différent du prodigue : celui-ci n'est privé de l'administration de son bien que par la sentence d'interdiction ; jusqu'à cette sentence, il peut valablement recevoir ce qui lui est dû, et en décharger son débiteur ; et par conséquent la restitution de la chose prêtée, qui lui est faite par l'emprunteur avant la sentence d'interdiction, est valable.

Il n'en est pas de même du fou : c'est sa folie qui par elle-même le rend incapable d'administrer son bien, et non la sentence d'interdiction, qui sert seulement à constater sa folie : car les actes d'administration supposent une volonté délibérée, une connaissance de ce qu'on fait, qui ne se trouve pas dans une personne qui a perdu l'usage de la raison : *Furiosi voluntas nulla est*; L. 47, ff. de *Acq. hæred.* Un fou, même avant qu'il soit interdit, est donc incapable de recevoir ce qui lui est dû, et d'en décharger son débiteur ; *Furiosus nullum negotium contrahere potest*; L. 5, ff. de *Reg. jur.*; et par conséquent l'emprunteur qui ayant, ou ayant pu avoir connaissance de la folie du prêteur, lui aurait restitué, quoique avant son interdiction, la chose prêtée, ne serait pas libéré ; et si ce fou à qui il l'a mal à propos rendue, venait à la perdre, les héritiers du fou, ou le fou même, s'il avait depuis收回é la raison, ou son curateur, pourraient en demander le prix à l'emprunteur⁽²⁾.

Observez néanmoins que si l'emprunteur, lorsqu'il a rendu au fou qui n'était pas encore interdit, la chose qu'il lui avait prêtée, non-seulement ne s'était pas aperçu, mais n'avait pu s'apercevoir de la folie du prêteur parce que c'était une folie qui ne s'apercevait pas facilement ; quoique cette restitution ne fût pas un paiement valable, par l'incapacité du prêteur à qui elle est faite, néanmoins l'emprunteur est déchargé de l'obligation de rendre la chose prêtée ; car il suffit pour cela qu'il ne l'ait plus, et que ce soit sans aucune faute de sa part qu'il ait cessé de l'avoir.

Lorsque l'emprunteur, après s'être servi de la chose prêtée pour l'usage dont il avait besoin, veut s'en décharger, n'y ayant personne à qui il puisse la rendre, parce que le prêteur est devenu fou, et n'a pas de curateur, il peut, à sa requête, faire assebler les parents, ou au défaut de parents, les voisins du

(1) L'assimilation n'est pas complète : le prodigue ne reçoit qu'un conseil judiciaire (Art. 513, C. civ.), et celui qui est interdit est en tutelle.

Art. 513 : « Il peut être défendu aux prodiges de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens

« d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal. »

(2) V. art. 503, C. civ.

Art. 503 : « Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits. »

prêteur, pour lui faire nommer un curateur à qui il puisse la rendre : c'est le moyen qu'ont tous les débiteurs qui veulent se libérer.

35. Lorsque celui qui a prêté une chose est un mineur ; si la chose qu'il a prêtée est une chose à son usage, que son père ou son tuteur lui laissait entre ses mains ; quoiqu'il l'ait prêtée à l'insu de son père ou de son tuteur, l'emprunteur peut rendre la chose au mineur qui la lui a prêtée, aussi bien qu'à son père ou à son tuteur ; comme lorsqu'un écolier a prêté à quelqu'un un de ses livres de classe.

C'est pourquoi, quand même le mineur aurait depuis perdu cette chose, l'emprunteur qui la lui a rendue, n'en demeurerait pas moins valablement déchargé, et on ne pourrait pas lui opposer ce principe de droit, qu'un mineur ne peut pas, sans le consentement de son tuteur, recevoir ce qui lui est dû, et en décharger son débiteur : *Pupillo sine tutoris auctoritate solvi non potest; L. 15, ff. de Solut.* Car le père ou le tuteur, en laissant cette chose entre les mains du mineur, a virtuellement consenti que ceux à qui il la prêterait, pussent la lui remettre entre les mains.

Mais si la chose que le mineur a prêtée, n'était pas une chose qui fût à son usage, et que le tuteur laissât entre les mains du mineur ; cette chose, quoique prêtée par le mineur, qui avait trouvé le moyen de l'avoir, et quoiqu'elle appartienne au mineur, ne doit pas lui être rendue, mais à son tuteur ; et l'emprunteur, en la rendant au mineur sans le consentement du tuteur, n'en serait pas valablement déchargé, si le mineur venait à la perdre.

Voyez au paragraphe quatrième, d'autres cas auxquels la chose ne doit pas être rendue à celui qui l'a prêtée.

§ III. Où, et en quel état la chose prêtée doit-elle être rendue ?

36. Lorsque le lieu où la chose prêtée doit être rendue, est exprimé par la convention, c'est en ce lieu qu'elle doit être rendue.

Lorsque les parties ne s'en sont point expliquées, la chose prêtée doit être rendue au prêteur en sa maison ; à moins que, par la destination du prêteur, la chose n'eût coutume d'être dans un autre lieu, *putâ*, dans une de ses maisons de campagne, d'où le prêteur l'a retirée pour la prêter ; auquel cas elle doit être rendue au lieu où elle a coutume d'être.

37. Si, depuis le prêt, le prêteur avait transféré sa demeure très loin, l'emprunteur ne serait pas obligé de lui rendre la chose prêtée ailleurs qu'au lieu où était la demeure du prêteur lors du prêt ; car ce n'est que dans ce lieu qu'il a entendu s'obliger de la rendre. La translation de la demeure du prêteur dans un autre lieu, est un fait qui lui est étranger, et qui ne doit pas l'obliger, pour la restitution de la chose prêtée, à plus qu'il n'a entendu s'obliger.

Par exemple, si je vous ai prêté mon cheval à Orléans, pour faire le voyage de Reims, et que, pendant votre voyage, j'aie été nommé à un emploi à La Rochelle, pour lequel j'aie été obligé d'y transférer ma demeure ; de retour de votre voyage, vous n'êtes pas obligé de me rendre mon cheval ailleurs qu'à Orléans : vous devez seulement me donner avis de votre retour, et attendre mes ordres, ou pour me renvoyer à mes frais le cheval à La Rochelle, ou pour le vendre à Orléans pour mon compte.

Si la nouvelle demeure du prêteur était peu éloignée de celle où la chose a été prêtée, l'emprunteur à qui elle est connue, doit être obligé de rendre la chose au prêteur en sa nouvelle demeure : il aurait mauvaise grâce à dire qu'il ne s'est obligé de la rendre qu'au lieu où était la demeure du prêteur lors du prêt, et qu'il n'a pas prévu que le prêteur changerait de demeure ; car la nouvelle demeure en étant peu éloignée, on doit présumer qu'il avait, lors du prêt, non pas à la vérité une volonté formelle et explicite, mais une disposition de volonté d'y rendre la chose, s'il eût prévu le changement de de-

meure : d'ailleurs celui qui a reçu un bienfait, ne doit pas être écouté à chicaner son bienfaiteur.

38. La chose prêtée doit être rendue en l'état auquel elle se trouve. Si elle se trouvait détériorée, l'emprunteur n'est pas tenu des détériorations, à moins qu'elles ne proviennent de quelque faute de sa part, ou des personnes dont il est responsable ⁽¹⁾.

Mais si la détérioration provient du fait d'une autre personne, que l'emprunteur n'a pu prévoir ni empêcher, il n'en est pas plus tenu que de celles qui proviennent des accidents de force majeure. C'est ce qu'enseigne Julien, en la loi 19, ss. *Commod.* *Ad eos qui servandum aliquid conducunt, aut utendum accipiunt, damnum injuriā ab alio datum non pertinere procul dubio est : quā enim curā aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis injuriā del?*

39. L'emprunteur n'est pas même tenu des détériorations qui seraient un effet inévitable de l'usage pour lequel la chose a été prêtée ; car le prêteur, en la prêtant pour cet usage, a implicitement consenti de souffrir ces détériorations.

Par exemple, si j'ai prêté ici à Orléans, à un marchand un manteau neuf, pour s'en servir pendant un voyage qu'il a à faire à Leipzig ; quoique ce manteau, lorsqu'il me le rendra au retour de son voyage, ne se trouve pas de même valeur qu'il était lorsque je le lui ai prêté, je ne pourrai pas m'en plaindre, parce qu'en le lui prêtant pour faire ce long voyage, j'ai consenti à la détérioration de mon manteau, qui en était un effet inévitable.

Pomponius rapporte cet autre exemple : Je vous ai prêté mon cheval pour aller dans un certain lieu fort éloigné. Si, sans aucune faute de votre part, la fatigue du voyage a déprécié mon cheval, vous n'en êtes pas tenu ; car c'est plutôt moi qui suis en faute, de n'avoir pas connu de quoi mon cheval était capable, et de vous l'avoir prêté pour faire un voyage qui était au-dessus de ses forces : *Ego in culpā ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit* ; L. 23, ss. *eod. tit.*

§ IV. Des exceptions que peut opposer celui à qui la chose a été prêtée, pour se défendre de la rendre.

40. Le principal moyen que peut opposer celui à qui une chose a été prêtée, pour se défendre de la rendre, c'est celui qui résulte de ce que, sans aucune faute de sa part, il a cessé de l'avoir, soit qu'elle soit périe par quelque accident de force majeure, soit qu'elle lui ait été ravie.

Sur les fautes dont est tenu l'emprunteur, et sur les cas de force majeure dont il n'est pas tenu ⁽²⁾ ; V. l'art. suivant.

Suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n° 656, *in fine*, l'emprunteur qui se défend par ce moyen de rendre la chose qui lui a été prêtée, est tenu de justifier l'accident de force majeure qu'il prétend avoir causé la perte de la chose.

41. L'emprunteur est surtout déchargé de l'obligation de rendre au prêteur la chose prêtée, lorsqu'il est en état de justifier qu'il l'a rendue à celui qui est

(1) V. art. 1884, C. civ. Même disposition.

Art. 1884 : « Si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée, et sans aucune faute de la part de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration. »

(2) V. art. 1882, C. civ.

Art. 1882 : « Si la chose prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre. »

venu la querir de la part du prêteur, quand même elle ne serait pas parvenue au prêteur; car l'emprunteur, en la rendant à cette personne, est censé l'avoir rendue au prêteur lui-même, suivant cette règle de droit : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset; L. 180, ff. de Reg. jur.*

C'est ce qu'enseigne Ulprien, en la loi 12, § 1, ff. *Commod. Commodatam rem missus qui repeteret, quum recepisset, aufugit. Si dominus ei dari juss erat, domino perit.*

Au reste, l'emprunteur doit bien prendre garde si la personne qui vient demander la chose prêtée, a ordre de la recevoir; car, si cette personne n'était envoyée que pour avertir l'emprunteur de la rendre, et que l'emprunteur la lui remît, il n'en serait pas déchargé envers le prêteur, si la chose ne lui parvenait pas; *eod., § 1.*

42. Un second moyen que peut opposer l'emprunteur, non pour se dispenser entièrement de rendre la chose, mais pour la retenir quelque temps, c'est celui qui résulte de ce qu'il ne peut la rendre incontinent, sans s'exposer à un grand dommage : nous en avons parlé *suprà*, n° 26.

43. Un troisième moyen est celui qui résulte des impenses qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée, dont il a la répétition; car il a droit de retenir la chose jusqu'à ce que le prêteur l'ait remboursé de ces impenses. L'emprunteur a cela de commun avec tous ceux qui ont fait des impenses pour la conservation d'une chose qui se trouve en leur possession, qu'ils ont un droit de rétention de cette chose, pour s'en faire rembourser, la chose étant censée obligée par lesdites impenses, *veluti quodam pignoris jure*. Voy. *infrà*, ch. 3, quelles sont les impenses dont il a la répétition⁽¹⁾.

44. Il n'en est pas de même de ce que le prêteur me doit pour quelque autre cause que ce soit : je ne puis pas retenir pour ce qu'il me doit, la chose qu'il m'a prêtée, ni me dispenser de la lui rendre aussitôt que je m'en suis servi à l'usage pour lequel il me l'a prêtée. C'est ce que décident Dioclétien et Maximien⁽²⁾ : *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur; L. fin. Cod. Commodati.*

La raison est que, suivant les principes que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, n° 530, sur la matière de la compensation, on ne peut opposer de compensation contre la dette d'un corps certain, telle qu'est la dette de la restitution de la chose prêtée.

Mais si, faute par l'emprunteur de pouvoir la rendre, parce qu'elle serait périlleuse, ou aurait été perdue par sa faute, la dette s'était convertie en une dette de dommages et intérêts liquidés à une somme d'argent, elle serait susceptible de compensation, de même que les autres dettes de sommes d'argent.

45. Il y a des circonstances dans lesquelles l'emprunteur ne doit pas rendre la chose à celui qui la lui a prêtée au moment qu'il la redemande, mais où il en doit différer la restitution. Supposons, par exemple, qu'une personne m'a prêté ses pistolets chargés pour un voyage. Au retour de ce voyage, le prêteur, en sortant d'avoir une grosse querelle, vient, tout enflammé de colère, me la raconter, et me redemander ses pistolets. Si j'ai lieu de soupçonner que le prêteur, que je connais pour un homme violent, en veut faire un mauvais

(1) Il y a aujourd'hui le même motif d'accorder la rétention au commoda-
taire, car il aurait un privilége sur la chose. *V. art. 2102, § 3^e, C. civ.*

Art. 2102 : « Les créances privilé-
giées sur certains meubles, sont :

« 1^o..., 2^o..., 3^o Les frais faits pour la conservation de la chose. »

(2) *V. art. 1885, C. civ.*

Art. 1885 : « L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit. »

usage, je dois attendre, pour les lui rendre, que ses mouvements de colère soient passés.

46. L'emprunteur ne peut pas, pour se dispenser de rendre la chose prêtée, opposer au prêteur qu'elle ne lui appartient pas : car, tant qu'elle n'est pas réclamée par un tiers, entre les mains de l'emprunteur, le prêteur est en droit de la répéter, quand même il l'aurait volée⁽¹⁾ ; L. 16, ff. *Commod.*

Mais si elle était arrêtée entre les mains de l'emprunteur par quelqu'un qui s'en prétend le propriétaire, ou qui se prétend créancier du prêteur, l'emprunteur doit dénoncer l'arrêt au prêteur, et ne rendre la chose que lorsque le prêteur aura obtenu mainlevée de l'arrêt.

Quoique la personne à qui la chose a été volée, ne l'ait pas encore arrêtée entre les mains de l'emprunteur ; lorsque l'emprunteur vient à en avoir connaissance, il doit, avant que de rendre la chose à celui qui la lui a prêtée, avertir cette personne que la chose est entre ses mains, afin qu'elle puisse l'arrêter : car, l'obligation qu'il a contractée de la rendre à celui qui la lui a prêtée, doit céder à l'obligation de la rendre à celui à qui elle appartient. C'est ce que les lois décident à l'égard du dépositaire, comme nous le verrons *infra* ; et leur décision reçoit une entière application à l'emprunteur, y ayant une entière parité de raison.

47. Enfin l'emprunteur et ses héritiers ne peuvent opposer aucune prescription de temps pour se dispenser de rendre la chose prêtée, lorsqu'elle se trouve en leur possession, quand même il y aurait plus de trente ans que le prêt en eût été fait : car la possession en laquelle quelqu'un est d'une chose, est toujours censée continuer au même titre auquel elle a commencé, tant que le contraire ne paraît pas, suivant la règle, *Nemo potest ipse sibi mutare causam possessionis sua*. L'emprunteur ayant une fois commencé à avoir la possession de la chose à titre d'emprunt, lui et ses héritiers sont toujours censés continuer de l'avoir à ce titre ; et cette possession à titre d'emprunt, en laquelle ils sont censés être, réclame perpétuellement pour la restitution de la chose, qui doit être faite à celui qui l'a prêtée, ou à ses successeurs⁽²⁾.

Mais si la chose prêtée n'était plus pardevers l'emprunteur ou ses héritiers, l'action du prêteur serait sujette à la prescription ordinaire de trente ans, à laquelle sont sujettes les autres actions.

(1) V. cependant pour le cas du dépôt, l'art. 1938, C. civ., 2^e alinéa.

Art. 1938 : « (Le dépositaire) ne peut pas exiger de celui qui a fait le dépôt, la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée. — Néanmoins, s'il découvre que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si celui auquel la dénonciation a été faite, néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en fait à celui duquel il l'a reçu. »

(2) Cette doctrine est généralement suivie : cependant, il faut avouer que

les termes si généraux et si formels de l'art. 2262, C. civ., peuvent faire naître des doutes : car, après trente ans, le contrat de commodat peut-il être invoqué par le commodant, comme cause et principe de son droit ? Pourrait-il encore demander l'exécution des obligations qui en naissaient ? ne peut-il, au contraire, l'invoquer que pour établir le vice de la possession du commodataire ?

Tout cela est peu satisfaisant.

Art. 2262 : « Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. »

ART. II. — De l'obligation de conserver la chose.

48. L'obligation que l'emprunteur contracte par le contrat de prêt à usage, l'oblige à apporter tout le soin possible à la conservation de la chose qui lui a été prêtée.

Il ne suffit pas qu'il y apporte un soin ordinaire, tel que celui que les pères de famille ont coutume d'apporter aux choses qui leur appartiennent : il doit y apporter tout le soin possible, c'est-à-dire, celui qu'apportent à leurs affaires les personnes les plus soigneuses ; et il est tenu, à cet égard, non-seulement de la faute légère, mais de la faute la plus légère.

C'est ce qu'enseigne Gaïus, en la loi 1, § 4, ff. *de Obl. et act. Exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur; nec sufficit ei eamdem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit.*

Ceci est une suite du principe qui se trouve en la loi 5, § 2, ff. *Commod.*, et que nous avons rapporté en notre *Traité des Obligations*, n° 142, « que dans les contrats qui se font pour le seul intérêt de celui qui reçoit la chose qui fait l'objet du contrat, celui qui la reçoit est tenu d'apporter à la conservation de cette chose, non-seulement un soin ordinaire, mais tout le soin possible, et qu'il est tenu par conséquent de la faute la plus légère, *de levissimâ culpâ* : d'où il suit que le contrat de *prêt à usage* se faisant pour le seul intérêt de celui à qui la chose est prêtée, cet emprunteur est tenu de ce soin très exact⁽¹⁾.

49. Si celui à qui la chose a été prêtée, n'était pas capable de ce soin très exact, devrait-on l'exiger de lui ?

Pour la négative, on dira que personne n'est tenu à l'impossible : *Impossibilium nulla obligatio est* ; L. 85, ff. *de Reg. jur.* Néanmoins, il faut décider que cet emprunteur n'est pas moins obligé à ce soin très exact, quoiqu'il en soit incapable, et qu'il est responsable de la perte ou de la détérioration de la chose prêtée, auxquelles a donné lieu le défaut de ce soin : car, comme nous l'avons observé en notre *Traité des Obligations*, n° 136, la règle « que personne n'est tenu à l'impossible », n'est véritable qu'à l'égard de ce qui est absolument impossible, et non de ce qui, étant possible en soi, est seulement impossible à la personne qui s'y est témérairement obligée, laquelle doit s'imputer de s'y être obligée sans consulter ses forces.

Suivant ce principe, quelque incapable que soit celui à qui la chose a été prêtée, du soin très exact que les règles du contrat de *prêt à usage* exigent de l'emprunteur, il n'est pas moins tenu de ce soin ; parce que c'est une faute d'avoir emprunté sans être capable du soin que les lois exigent des emprunteurs, et que le prêteur pouvait ne pas connaître le caractère d'esprit de l'emprunteur, qui le rendait incapable de ce soin.

On doit néanmoins avoir égard à la qualité de la personne à qui la chose a été prêtée, pour régler l'étendue du soin qu'elle doit apporter à la conservation de la chose. C'est sur ce principe que Dumoulin, en son traité *de eo quod interest*, n° 185, décide qu'on ne doit pas exiger le même soin d'un écolier à qui on a prêté un cheval, que d'un écuyer ou d'un maréchal ; car le prêteur, ne pouvant ignorer que cet écolier n'a pas la connaissance des chevaux, qu'ont les gens du métier, ne peut être censé avoir exigé de lui d'autre soin que celui dont peuvent être capables des personnes qui ne sont pas du métier.

50. Le principe « que l'emprunteur est obligé au soin le plus exact, et est tenu de *levissimâ culpâ* », reçoit deux exceptions.

(1) V. art. 1882, C. civ., ci-dessus, p. 16, note 2.

La première est lorsqu'il y a convention expresse au contraire ; car, s'il a été convenu que l'emprunteur ne serait obligé qu'à un soin ordinaire, on ne pourrait pas en exiger de lui davantage ; et même s'il était convenu qu'il ne serait obligé à rien pour la conservation de la chose prêtée, on ne pourrait exiger de lui que de la bonne foi. C'est ce qu'enseigne Ulpien, en la Loi 5, § 10, ff. *Commod.* : *Interdūm dolum solum in re commodatā qui rogavit præstabat, ut putā si quis ita convenit.*

51. La seconde exception est lorsque, contre l'ordinaire, l'usage pour lequel la chose est prêtée, ne concerne pas l'intérêt seul de l'emprunteur : car, si elle est prêtée pour un usage auquel le prêteur et l'emprunteur ont un intérêt commun, l'emprunteur, en ce cas, ne sera obligé qu'à un soin ordinaire, et ne sera pas tenu de *levissimā culpā*, mais seulement de la faute ordinaire, *de levī culpā*, comme dans les autres contrats qui interviennent pour l'utilité réciproque des parties. C'est ce qu'enseigne Gaius, en la Loi 18, ff. *Commod.* Après avoir dit que l'emprunteur est obligé à tout le soin possible, il ajoute : *Hæc ita si duntaxat accipientis gratiā commodata sit res; at si utriusque, veluti si communem amicum ad cænam invitaverimus, tuque ejus curam suscepisses, et ego tibi argentum (mon argenterie) commodaverim..... culpæ sit aestimatio sicut in rebus pignori datis, et dotalibus, aestimare solet.*

Cela est conforme au principe établi en notre *Traité des Obligations*, n° 142, suivant lequel on doit aussi décider que si le prêt était fait à quelqu'un pour s'en servir à un usage qui concerne l'intérêt du prêteur plutôt que le sien, l'emprunteur, en ce cas, ne serait pas même tenu de la faute légère. C'est ce qu'enseigne Ulpien en la Loi 5, § 10, ff. *Commod.* : *Interdūm dolum solum in re commodatā qui rogavit præstabat.... si suā duntaxat causā commodavit sponsæ forte suæ vel uxori quo honestius culta ad se deducetur; vel si quis ludos edens Prætor scenæis commodaverit, vel ipsi Prætori quis ultrò commodavit.*

52. Despeisses apporte pour troisième exception, le cas auquel le prêteur a prêté la chose avant d'en être prié : il prétend qu'en ce cas l'emprunteur n'est tenu que de *dolo et latā culpā*. Je ne suis pas de son avis. Le bienfait que le prêteur me fait en me prêtant la chose dont il sait que j'ai besoin, sans attendre que je l'en prie, en est d'autant plus grand : il n'est pas raisonnable que la grandeur du bienfait doive diminuer l'obligation où je suis d'apporter à la chose prêtée tout le soin possible. L'argument que Despeisses prétend tirer des derniers termes de la loi ci-dessus rapportée, n'est pas juste. S'il y est dit que celui qui a prêté *ultrō* quelque chose au magistrat pour rendre le spectacle plus brillant, n'est tenu que de *latā culpā*, ce n'est pas précisément parce qu'il a fait le prêt sans attendre qu'on l'en priât ; mais c'est parce qu'il paraît que le prêteur a fait ce prêt pour sa propre satisfaction, et pour jouir d'un beau spectacle où il s'attendait d'assister, plutôt que pour l'intérêt du magistrat, qui aurait pu se passer des choses qu'il lui a prêtées.

53. Hors ces cas d'exception, l'emprunteur est obligé au soin le plus exact pour la conservation et la garde de la chose qui lui a été prêtée. C'est pourquoi comme le simple vol d'une chose ne peut guère arriver sans quelque défaut de soin et de précaution de la part de celui à qui il est fait, si la chose prêtée a été dérobée à l'emprunteur, il en est responsable envers celui qui la lui a prêtée ; L. 21, § 1, ff. *Commod.*

Il n'importe par qui elle lui ait été dérobée : quand même ce serait par les enfants ou les domestiques du prêteur, l'emprunteur n'en serait pas moins responsable envers lui ; *eod. § 1.*

Il peut néanmoins arriver que la chose prêtée soit dérobée sans qu'il y ait aucune faute de la part de l'emprunteur ; et en ce cas l'emprunteur est déchargé. Julien, en la loi 20, ff. *Commod.* nous en donne cet exemple : *Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidisset ad te perferendum,*

ut non debuerit quis aestimare futurum ut à quibusdam malis hominibus deciperetur; tamen non meum detrimentum erit, si id mali homines interceptissent. Dans l'espèce de cette loi, il n'y a aucune faute de la part de l'emprunteur : il fallait qu'il renvoyât au prêteur l'argenterie qu'il lui avait prêtée ; il ne pouvait faire mieux que de la renvoyer par un domestique de confiance, et dont la fidélité était très connue. Il ne pouvait pas prévoir que ce domestique rencontrerait en chemin des filous qui lui escamoteraient cette argenterie. A plus forte raison, lorsque la chose prêtée a été volée à l'emprunteur à force ouverte, par le moyen d'une effraction faite à sa maison, et au coffre où il la tenait enfermée, l'emprunteur n'en doit pas être responsable ; c'est un cas de force majeure.

54. Celui qui a emprunté une chose, est tenu d'apporter tout le soin possible, non-scusement à cette chose qu'il a empruntée, mais aussi à celles qui accompagnaient cette chose, et qu'il a reçues avec elle : *Usque adeo diligentia in re commodatā præstanda est, ut etiam in eā quæ sequitur rem commodatam præstari debeat : ut putā, æquam tibi commodavi, quam pullus comitabatur; etiam pulli te custodiam præstare debere, veteres responderunt; L.5, § 9, ff. Commod.*

ART. III. — Si celui à qui la chose a été prêtée, est tenu d'indemniser le prêteur de la perte ou détérioration de la chose prêtée, lorsqu'elle est arrivée par un cas fortuit, ou force majeure.

55. Lorsque la chose prêtée est périe ou a été détériorée par quelque accident que l'emprunteur n'a pu ni prévoir ni empêcher, et qui aurait également causé la perte ou la détérioration de la chose prêtée, quand même elle n'aurait pas été prêtée, et serait restée chez le prêteur ; comme si le cheval que vous m'avez prêté est mort de maladie, sans qu'on ait pu y apporter remède ; personne ne doute que celui à qui la chose a été prêtée, n'est pas tenu de cette perte, puisque ce n'est pas le prêt qui y a donné lieu.

Il n'y a lieu à la question que lorsque c'est le prêt qui a donné lieu à l'accident, auquel, sans cela, la chose prêtée n'aurait pas été exposée. On demande si, en ce cas, celui à qui la chose a été prêtée, doit indemniser le prêteur de la perte causée par cet accident, qui est arrivé sans aucune faute de sa part ?

Par exemple, si vous m'avez prêté votre cheval pour faire un voyage, et que les voleurs m'aient attaqué dans une forêt, et l'aient tué ou emmené, serai-je obligé de vous payer le prix de votre cheval, qui n'aurait point été perdu si vous ne me l'aviez pas prêté ?

Les jurisconsultes romains décident pour la négative : *Is qui utendum accepit, dit Gaius (en la loi 1, § 14, ff. de Oblig. et act.) si majore casu cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruinā, naufragio rem amiserit, securus est.*

La même décision se trouve dans plusieurs autres textes ; et leur raison est, que les choses sont aux risques de ceux à qui elles appartiennent ; que le service que rend le prêteur à l'emprunteur, oblige bien l'emprunteur à avoir tout le soin dont un homme est capable, pour la conservation de la chose qui lui est prêtée, mais qu'il ne doit pas l'obliger à se charger des cas fortuits, et de la force majeure ; *Casus enim fortuiti à nemine præstantur* ; que le prêteur, en consentant que la chose fût employée à l'usage pour lequel il l'a prêtée, s'est volontairement exposé aux risques qu'elle devait courir étant employée à cet usage ; que s'étant volontairement soumis à ce risque, on ne peut pas dire que le prêt qu'il a fait, lui ait fait aucun tort que la bonne foi doive obliger l'emprunteur de réparer ; *Volenti enim non fit injuria.*

Quelques auteurs, et entre autres Pufendorf, et son annotateur Barbeyrac,

ont néanmoins cru devoir s'écartier de la décision des lois romaines. Ils disent que *Iniquum est officium suum cuique esse damnosum* : d'où ils concluent que les risques auxquels donne lieu le prêt, et que le prêteur n'aurait pas courus s'il n'eût pas fait le prêt, doivent plutôt être courus et supportés par l'emprunteur à qui on rend service, que par le prêteur qui le lui rend, lequel ne doit rien souffrir du service qu'il rend. Ils ajoutent, qu'on doit présumer dans le prêt une condition tacite d'indemniser le prêteur de la perte de la chose prêtée, s'il arrivait que le prêt donnât lieu à cette perte : que comme chacun doit être présumé ne pas vouloir souffrir du plaisir qu'il fait, cette condition doit toujours être présumée tacitement imposée par le prêteur à l'emprunteur; et que l'emprunteur doit être tacitement présumé se soumettre à la condition de se charger de ce risque incertain, qui est compensé par l'utilité qu'il retire du prêt. Pufendorf met seulement cette modification à son sentiment, savoir, que, si la chose empruntée a péri dans un incendie, ou par quelque autre accident, avec tout le bien de l'emprunteur, il serait trop dur, en ces cas, d'exiger de l'emprunteur qui a perdu son bien, le prix de la chose prêtée.

Titius et Wolfius rejettent le sentiment de Pufendorf, et s'en tiennent à la décision des lois romaines.

Il me paraît qu'on peut facilement répondre aux arguments ci-dessus rapportés pour l'opinion de Pufendorf, que la règle *Iniquum est suum cuique officium esse damnosum*, oblige bien celui à qui on a rendu service, à indemniser celui qui le lui a rendu, de ce qu'il lui en a coûté pour le rendre, lorsque le service rendu est la cause productrice de ce qu'a souffert celui qui l'a rendu; et même il faut encore pour cela, que celui qui a rendu le service, ne se soit pas volontairement soumis à supporter ce dommage. Suivant ce principe, nous avons vu ci-dessus que l'emprunteur devait indemniser le prêteur de ce qu'il a souffert de la privation de sa chose, pour quelque besoin pressant et imprévu qu'il en a eu pendant que l'emprunteur s'en servait; car, le prêt est la vraie cause de la privation de l'usage que le prêteur a eue de sa chose, et par conséquent de ce qu'il a souffert de cette privation, par la nécessité dans laquelle elle l'a mis d'en louer une autre.

Mais lorsque le service rendu a été l'occasion plutôt que la cause de la perte qu'a soufferte celui qui l'a rendu, il n'en doit point être indemnisé par celui à qui il l'a rendu : comme dans l'espèce proposée, lorsque le cheval que je vous ai prêté pour un voyage, a été volé dans une forêt par laquelle il fallait passer, ce prêt que je vous ai fait de mon cheval, n'a été que l'occasion de la perte que j'en ai faite. C'est la violence employée par les voleurs qui en a été la cause; je n'en dois donc pas être indemnisé; j'en dois porter la perte; parce qu'une chose prêtée, ne cessant pas d'appartenir au prêteur, ne cesse pas d'être à ses risques.

Il est vrai que, si je n'eusse pas prêté mon cheval, je n'aurais pas couru le risque qu'il fût volé; mais j'en aurais pu courir d'autres, moindres, à la vérité, que celui-là, et je me suis soumis à courir celui-là, en le prêtant pour passer par la forêt.

Quant à ce qu'on dit qu'on doit supposer dans le prêt une condition tacite imposée par le prêteur à l'emprunteur, de l'indemniser de la perte de la chose à laquelle le prêt pourrait donner lieu, parce que cette volonté doit être présumée dans le prêteur; la réponse est que, quand le prêteur aurait eu, comme on le présume, la volonté d'imposer cette condition à l'emprunteur (ce qu'on ne peut pas néanmoins assurer), cela ne suffirait pas pour supposer que le prêt a été fait sous cette condition : car il faudrait encore que l'emprunteur eût eu la volonté de se soumettre à cette condition, un engagement ne se contractant que par le concours des volontés des deux parties. Or, sur quel fondement assurera-t-on que l'emprunteur a eu cette volonté? Beaucoup de personnes aimeraient mieux ne pas emprunter une chose, que de se soumettre aux risques d'en porter la perte qui arriverait sans leur faute, et trouveraient

acheter trop cher à ce prix le prêt qu'on leur ferait de la chose. Ce pacte tacite entre le prêteur et l'emprunteur, est donc une pure supposition destituée de fondement. Si le prêteur avait effectivement la volonté que l'emprunteur l'indemnisât des pertes de la chose, auxquelles le prêt pourrait donner occasion, il devait s'en expliquer avec l'emprunteur lors du contrat : s'il ne l'a pas fait, il doit s'en prendre à lui-même, *in cuius potestate fuit legem apertiū dicere*.

Je crois qu'il faut s'en tenir, sur cette question, au principe des lois romaines, duquel Pufendorf me paraît s'être mal à propos écarter.

56. Observez néanmoins que ce principe ne décharge l'emprunteur des accidents de force majeure, que lorsqu'il n'a pu sauver de ces accidents les choses qui lui ont été prêtées, et qu'il n'a pas occasionné l'accident par sa faute.

C'est pourquoi Ulprien, en la loi 5, § 4, ff. *Commod.* dit : *Si incendio vel ruinā aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur; nisi forte, quem posset res commodatas salvas facere, suas prætulit* (1).

Quand même l'emprunteur n'aurait eu le loisir de sauver de l'incendie de sa maison, arrivé par le feu du ciel, qu'une partie des effets qui y étaient, il serait responsable envers le prêteur, de la perte des choses prêtées qui y étaient, si pouvant les sauver, comme il pouvait sauver les siennes, il avait préféré de sauver les siennes : car, s'étant obligé au soin le plus exact des choses qui lui ont été prêtées, il contrevient à son obligation, lorsqu'il en a moins de soin que des siennes, et qu'il leur préfère la conservation des siennes.

Cette décision doit surtout avoir lieu, si les choses qui lui ont été prêtées étaient plus précieuses que les siennes qu'il a sauvées : car, le soin le plus exact qu'il doit aux choses qui lui ont été prêtées, l'oblige à en avoir au moins le même soin que si elles lui appartenaient. Or, si elles lui eussent appartenu, il n'aurait pas manqué de les sauver préférablement à celles qu'il a sauvées, qui étaient moins précieuses : il n'a donc pas eu le soin qu'il en devait avoir, en les laissant périr pour sauver celles qu'il a sauvées.

Quid, vice versā, si les choses qui appartenaient à l'emprunteur, et qu'il a sauvées, étaient plus précieuses que celles qui lui ont été prêtées, et qu'il a laissées périr, ne pouvant pas sauver les unes et les autres, est-il en ce cas responsable de la perte des effets qui lui ont été prêtés?

Il y a plus de difficulté : néanmoins, on peut soutenir que, même en ce cas, il est responsable de leur perte. Il est vrai qu'on ne peut pas, dans ce cas-ci, lui reprocher de n'avoir pas eu pour les choses qui lui ont été prêtées, le même soin que pour les siennes : car, quand même les choses qui lui ont été prêtées lui auraient appartenu, il les aurait de même laissé périr, et leur aurait préféré celles qu'il a sauvées, puisqu'on les suppose plus précieuses. On ne peut pas non plus dire que l'emprunteur ait commis une infidélité envers le prêteur, en sauvant, dans cette circonstance, ses effets préférablement aux choses qui lui avaient été prêtées.

La réponse est, que l'obligation d'un emprunteur ne se borne pas à apporter de la fidélité à l'égard des choses qui lui ont été prêtées ; elle ne se borne pas non plus à apporter, pour la conservation de ces choses, le même soin qu'il y eût apporté, si elles lui eussent appartenu ; il est tenu d'y apporter tout le soin possible, *tenetur adhibere exactissimam diligentiam*. L'emprunteur se rend responsable, par le contrat de prêt, de la perte des choses qui lui sont prêtées, hors le seul cas auquel la perte serait causée par une force majeure : *Præstat omne periculum, præter casus fortuitos, seu vim majorem*. Or la force majeure étant définie *vis major cui resisti non potest*, quoique l'emprunteur n'ait pu sauver les choses prêtées qu'aux dépens des siennes, il suffit que, de

(1) Doctrine expressément reproduite dans l'art. 1882, C. civ., p. 16, note 2.

quelque manière que ce soit, elles aient pu être sauvées de cet incendie, pour qu'on ne puisse pas dire que la perte arrivée par cet incendie soit arrivée par un cas de force majeure, dont l'emprunteur ne soit pas responsable. Mais si le tumulte a été si grand qu'il n'a été possible de faire aucun choix des effets qui étaient dans la maison incendiée, et qu'on n'ait pu sauver qu'à la hâte quelques effets au hasard, et comme ils se sont présentés sous la main, l'emprunteur, en ce cas, ne sera pas tenu de la perte des choses qui lui ont été prêtées, quoiqu'il n'en ait sauvé aucunes : car, en ce cas, il est vrai de dire que les choses prêtées qui ont péri, n'ont pu absolument être sauvées, n'étant pas celles qui se sont présentées sous la main.

57. Le second cas auquel l'emprunteur est tenu de la perte ou détérioration de la chose prêtée, quoique arrivée par un accident de force majeure, est lorsqu'il a, par sa faute, occasionné cet accident; *Commodatarius et in majoribus casibus, si culpa ejus interveniat, tenetur; L. 1, § 4, ff. de Oblig. et act.*

Par exemple, si vous m'avez prêté votre cheval pour aller à un certain bourg, et qu'au lieu de le mener par le chemin ordinaire, qui est une route sûre et fréquentée, j'ai pris, pour arriver plus tôt, un chemin de traverse, où j'ai été attaqué par des braconniers, qui, après m'avoir volé, ont tué ou emmené le cheval que vous m'aviez prêté; je suis tenu de la perte de votre cheval, quoique arrivée par un accident de force majeure; car c'est par ma faute que je l'ai occasionnée, en quittant la grande route.

Il en est de même si j'ai, à la vérité, suivi la grande route, mais à des heures dangereuses, après le jour failli.

58. Je suis surtout censé avoir, par ma faute, occasionné l'accident, lorsqu'il est arrivé pendant que je me servais de la chose à un usage pour lequel elle ne m'avait pas été prêtée; car c'est ma faute de m'en être servi pour cet usage. Par exemple, si vous m'avez prêté ici (à Orléans) une chose pour m'en servir, et que, contre votre gré et à votre insu, je l'ais portée à la campagne, je suis responsable de tous les accidents de force majeure qui pourront lui arriver sur le chemin; car c'est ma faute de l'y avoir exposée en la portant à votre insu à la campagne. C'est ce que nous enseigne Gaius en la loi 18, ff. *Commod.* où il est dit : *Quod de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam peregr̄ secum ferat; alioquin, si cui ideò argentum commodaverim, quod is amicos ad cænam invitaturum se diceret, et id peregr̄ secum portaverit, sine ullâ dubitatione etiam piratarum, latronum et naufragii casum præstare debet* (1).

59. Il y a un troisième cas auquel je penserais que l'emprunteur devrait indemniser le prêteur de la perte de la chose prêtée, quoique arrivée par un accident de force majeure auquel l'exposait l'usage pour lequel elle lui a été prêtée; c'est lorsque l'emprunteur a emprunté la chose de son ami pour ne pas exposer la sienne, en faisant à son ami qu'il en avait une qui pouvait lui servir à l'usage pour lequel il empruntait celle de son ami.

Par exemple, j'ai emprunté à mon ami un cheval de bataille pour le mener au combat, en lui faisant que j'en avais un qui était aussi propre à mener au combat que le sien. Si ce cheval que mon ami m'a prêté est tué au combat, je dois être tenu de la perte; car c'est un dol de ma part d'avoir dissimulé à mon ami que j'avais un cheval dont je pouvais me servir à l'usage pour lequel je lui demandais le sien à emprunter, et de l'avoir, par cette reticence, porté à me prêter son cheval, qu'il n'aurait peut-être pas voulu me prêter, s'il eût su que j'en avais un. D'ailleurs, si je n'étais pas obligé d'indemniser mon ami, je m'enrichirais à ses dépens, en sauvant mon cheval aux dépens du sien :

(1) *V. art. 1881, C. civ., ci-dessus, p. 10, note 1.*

Hactenūs enim sum locupletior, quatenus propriæ rei pepercit; ce que l'équité ne permet pas. Neminem aequum est cum alterius jacturā locupletari (1).

Mais si j'avais avoué de bonne foi à mon ami, en lui empruntant son cheval, que je le faisais pour sauver le mien du risque du combat, n'ayant pas le moyen d'en acheter un autre si je le perdais, mon ami ayant, en ce cas, voulu exposer son cheval aux risques du combat pour lequel il me le prêtait, s'il y était tué, je ne serais pas obligé de l'indemniser; c'est une générosité qu'il a bien voulu exercer envers moi.

60. Un quatrième cas, dans lequel l'emprunteur est responsable de la perte de la chose prêtée, qu'un accident de force majeure a causée, et lorsque cet accident n'est arrivé que depuis que l'emprunteur a été en demeure de rendre la chose prêtée, qui n'aurait pas été exposée à cet accident, s'il l'eût rendue au temps marqué; c'est l'effet de la demeure, et l'emprunteur a cela de commun avec tous les débiteurs de corps certain, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, nos 663 et 664.

61. Enfin l'emprunteur est tenu des accidents de force majeure qui ont causé la perte ou la détérioration de la chose prêtée, lorsqu'il s'y est volontairement soumis, et que le prêt a été fait expressément à cette condition. C'est ce que nous enseignent les empereurs Dioclétien et Maximien : *Ea quidem quæ vi majore auferuntur, detrimento eorum quibus res commodantur imputari non solent: sed quum is qui à te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, Præses Provinciae, si probaveris cum indemnitatē tibi promisso, placitum conventionis implere eum compellet;* L. 1, Cod. *commod.*

Cette convention n'a rien de contraire à l'équité. Le prêteur n'étant pas obligé de prêter sa chose, ni par conséquent de l'exposer aux risques auxquels le prêt l'expose; peut très licitement ne l'exposer à ces risques qu'à la charge que l'emprunteur l'en indemnisera. D'un autre côté, si l'emprunteur se charge de ce risque, il en reçoit le prix par l'usage de la chose qui lui est accordée.

62. C'est une question sur laquelle les docteurs sont partagés, si, lorsqu'une chose est prêtée sous l'estimation d'une certaine somme, l'emprunteur doit être censé s'être chargé du risque des accidents de force majeure qui pourraient causer la perte ou la détérioration de la chose prêtée?

Accuse, dans la glose sur la loi 5, § 3, ff. *Commod.*, tient l'affirmative, sauf dans le cas auquel le prêt n'aurait pas été fait pour le seul intérêt de l'emprunteur. Bartole, en son *Sommaire* sur les paragraphes 2 et suivants de cette loi, tient aussi l'affirmative indistinctement, et il a été suivi par Davezan en son *Traité de Contractibus*; par Domat, liv. 1, § 2, tit. 5, no 9, et par d'autres.

Ces auteurs pensent que l'estimation ne peut paraître s'être faite que dans la vue que l'emprunteur serait tenu, à tout événement, de rendre ou la chose prêtée, ou le prix; et que, dans les cas auxquels il ne pourrait rendre la chose, parce qu'elle serait périe ou perdue par quelque cas fortuit, il serait tenu de rendre la somme à laquelle on l'a pour cet effet estimée.

Ces auteurs se fondent principalement sur la loi 5, § 3, ff. *Commod.*, où Ulpien, après avoir dit au § 2, que, dans le prêt à usage qui se fait pour le seul intérêt de l'emprunteur, l'emprunteur est tenu de *levissimā culpā*, ajoute au § 3, *et si fortē res estimata data sit, tunc periculum præstandum ab eo qui estimationem se præstaturum recepil* (2).

(1) Ce cas rentre tout à fait dans l'esprit qui a dirigé le législateur dans la prévision de la seconde hypothèse de l'art. 882, ci-dessus, p. 16, note 2.

(2) V. art. 1883, C. civ.

Art. 1883 : « Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire. »

Ces auteurs conviennent que le terme *periculum* est en soi ambigu, et que s'il se prend pour le péril *ex casibus fortuitis proveniens*, il se prend aussi quelquefois dans les lois pour le péril *ex culpâ duntaxat proveniens* : mais ils soutiennent que, dans ce texte, ces termes, *omne periculum*, ne peuvent s'entendre que du péril des cas fortuits ; car Ulpien, en traitant depuis le § 2, de l'étendue de l'obligation de l'emprunteur, ne rapporte dans le § 3 le cas du prêt fait sous l'estimation d'une certaine somme, que pour observer que cette estimation ajoute quelque chose à l'étendue de l'obligation de l'emprunteur. Or, à moins qu'on n'entende ces termes, *omne periculum*, de la garantie des cas fortuits, l'estimation n'ajoute rien à l'obligation de l'emprunteur, lequel, sans cela, et par la seule nature du contrat de prêt, est tenu de *levissimâ culpâ, adeoque præstat omne periculum, solis fortuitis casibus exceptis.*

Ce raisonnement est celui de la glose sur ce paragraphe.

On dit encore pour ce sentiment, que, lorsque dans les contrats une chose est donnée sous une estimation, l'effet de cette estimation est *ut faciat venditionem, et periculum transferat in accipientem.*

Le sentiment opposé est soutenu par Panorme, sur le chapitre unique des Décrétales, *de Empt. vend.*, par Connarus, par Zoëlius, par Brunneman, et par Guillaume Prousteau, ancien professeur de notre université d'Orléans, dans son beau traité *ad L. contractus, ss. de Reg. jur.*, etc.

Ce dernier sentiment me paraît le plus raisonnable. En effet, l'emprunteur n'étant pas chargé par la nature du contrat, des cas fortuits et accidents de force majeure qui peuvent causer la perte de la chose prêtée ; pour qu'on puisse le charger du risque de ces accidents, il faut qu'il soit prouvé qu'il a consenti de s'en charger. Or l'estimation qui est faite de la chose prêtée lors du prêt, n'est pas seule capable de prouver cela, si les parties ne se sont pas expliquées que cette estimation se faisait pour que l'emprunteur fût tenu de payer au prêteur cette estimation, de quelque manière qu'il arrivât qu'il ne pût rendre la chose ; car, dans les contrats, lorsqu'on donne une chose à quelqu'un sous une estimation, l'estimation ne se fait pas toujours *venditionis causâ, et animo transferendi periculi in accipientem* ; elle se fait aussi quelquefois *intertrimenti causâ duntaxat*, pour régler ce que celui qui reçoit la chose sous cette estimation, aura à payer au cas que, par sa faute, la chose soit ou détériorée ou périe, comme dans l'espèce de la loi 2, Cod. *de Jur. dot.* Il y a même lieu de présumer que, dans les contrats dont la nature n'est pas de transférer la propriété, tels que sont le louage et le prêt à usage, l'estimation ne se fait pas *venditionis causâ*, mais plutôt de cette seconde manière, *intertrimenti causâ* ; et quand même on n'admettrait pas cette présomption, on ne peut pas disconvenir qu'il est au moins incertain laquelle de ces deux vues les parties qui ne s'en sont pas expliquées, ont eue en faisant faire l'estimation de la chose prêtée : il suffit que cela soit incertain pour que cette estimation seule ne puisse pas prouver que les parties sont convenues que l'emprunteur serait chargé des accidents de force majeure ; et n'étant pas prouvé qu'on en soit convenu, on ne l'en doit pas charger.

Ce raisonnement me paraît suffisant pour détruire la première opinion, que puisse être le sens de la loi 5, § 3, qui lui sert de fondement ; les décisions des lois romaines n'ayant force de loi dans nos provinces coutumières qu'autant qu'elles sont trouvées conformes aux principes du droit naturel.

Nous n'abandonnons pas néanmoins ce paragraphe d'Ulpien aux partisans de la première opinion. Pour le leur enlever, ceux de l'opinion contraire lui ont donné différentes interprétations.

La première est de ceux qui disent qu'il n'est point du tout question dans ce paragraphe du contrat du prêt à usage, mais d'une autre espèce de contrat sans nom, dont il est traité dans le titre du Digeste *de Estimatoria*.

La seconde interprétation est de ceux qui, en accordant qu'il est question dans ce paragraphe du prêt à usage, et que les termes *omne periculum* s'en-

tendent du péril des cas fortuits, prétendent que la décision de ce paragraphe n'est pas générale pour tous les cas auxquels une chose est prêtée sous l'estimation d'une certaine somme, mais seulement du cas auquel les parties se sont expliquées, ou ont suffisamment donné à entendre que cette estimation se faisait pour charger des cas fortuits l'emprunteur.

C'est l'interprétation qu'a suivie Bachovius, *ad Treutler. disput. 24, th. 3.*

La troisième interprétation, qui me paraît la plus plausible, et qui est la plus suivie, est celle de ceux qui disent que, dans ce paragraphe, ces termes doivent s'entendre de *PERICULO ex quovis culpa genere proveniente*, et non du péril des cas fortuits ; ce qui paraît démontré par ce qui suit dans la loi ; car tout de suite il est dit : *Quod vero senectute contigit vel morbo vel vi latronum eruptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum recepit.* Ces termes *quod vero*, qui lient le § 4 avec le § 3, démontrent évidemment que le § 3 ne doit pas être entendu des cas fortuits. Ulpien, après avoir dit en général dans le § 2, que l'emprunteur est tenu de la faute la plus légère, dit que cela doit surtout avoir lieu lorsque la chose prêtée a été donnée sous l'estimation d'une certaine somme.

Quelques auteurs cités par Brunneman ont donné à ce paragraphe une quatrième interprétation, savoir : que, dans le cas de ce paragraphe, l'emprunteur est tenu de la plus légère faute indistinctement, soit que le prêt ait été fait pour l'intérêt seulement de l'emprunteur, soit qu'il ait été fait pour l'intérêt commun des deux parties, quoique, hors le cas de ce paragraphe, l'emprunteur ne soit tenu de cette faute que lorsque le prêt est fait pour son intérêt seul.

Je ne crois pas cette interprétation véritable. L'estimation ne me paraît devoir rien ajouter au degré de faute dont l'emprunteur doit être chargé, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées ; l'estimation devant, en ce cas, n'être censée faite que pour régler ce que l'emprunteur devra payer au cas que la chose se trouve détériorée ou pérée par une faute de la qualité de celles dont il est tenu.

63. Il n'y a lieu à cette question que lorsque le contrat porte simplement une estimation de la chose prêtée, comme lorsqu'il est dit simplement « que je reconnais que vous m'avez prêté votre cheval, *qui est de valeur de cinquante pistoles* ». Ce n'est que pour ce cas que nous avons décidé, suivant la seconde des deux opinions ci-dessus rapportées, que l'estimation portée au contrat, ne faisait pas tomber sur l'emprunteur la perte de la chose prêtée, qui arriverait par quelque accident de force majeure.

Il en serait autrement s'il était dit « que je reconnais que vous m'avez prêté votre cheval, que je promets vous rendre dans un certain temps, ou la somme de *tant*, à laquelle nous avons estimé le prix du cheval ». Par ces termes, je contracte une obligation formelle de payer la somme, si je ne rends pas le cheval. Mon obligation est une obligation alternative, ou de la restitution du cheval, ou du paiement de la somme⁽¹⁾. La perte du cheval, quoique causée par une force majeure, ne me décharge pas de mon obligation : elle subsiste pour le paiement de la somme, suivant les principes sur les obligations alternatives que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, n° 250.

ART. IV.— De l'action COMMODATI DIRECTA, qui naît des obligations de l'emprunteur.

64. Des obligations que l'emprunteur contracte envers le prêteur par le

(1) Mais il ne dépend pas de moi de choisir, tant que le cheval subsiste. Il est clair, au surplus, que, dans la question précédente, les rédacteurs du Code se sont écartés de la doctrine de Pothier. V. art. 1883, p. 25, note 2.

contrat de prêt, naît l'action *commodati directa*, qu'a le prêteur contre l'emprunteur.

Nous verrons sur cette action :

1^o Contre qui elle procède;

2^o Quels sont les objets de cette action.

§ I. *Contre qui procède cette action.*

65. Le prêteur a l'action *commodati directa* contre l'emprunteur et ses héritiers.

Lorsqu'il a prêté à deux ou à plusieurs personnes, peut-il intenter cette action contre chacune d'elles ?

Ulpien, en la loi 5, § *fin.*, dans l'espèce du prêt d'une voiture, qui avait été fait à deux personnes pour s'en servir à faire ensemble un voyage, décide que le prêteur peut intenter cette action solidairement contre chacune d'elles ; car, quoique chacune d'elles n'ait occupé que sa place dans la voiture, et ne se soit servi de la voiture que pour sa part, il n'en est pas moins vrai que le prêteur a entendu prêter à chacune d'elles sa voiture entière, et par conséquent obliger chacune d'elles solidairement à la restitution de sa voiture entière.

Africanus, dans l'espèce de la loi 21, § 1, *ss. eod. tit.*, paraît décider au contraire, que, lorsqu'un prêt a été fait à plusieurs, chacun des emprunteurs n'est tenu que pour sa part : *In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi.... habiturum me commodati actionem cum contubernalibus pro cuiusque parte, etc.*

Hotomam, *Illust. quest. 19* ; Cujas, *Ad Afric.* ; Duaren, *Ad tit. commod.*, cap. 8 ; Pacius, cent, 4, n° 14, et tous les autres interprètes, concilient cette loi 21 avec la loi 5, § *fin.* ci-dessus rapportée, en supposant, dans l'espèce de cette loi 21, une clause particulière « que les emprunteurs ne seraient chargés de la chose prêtée qu'en commun, chacun pour leur part », et non solidairement, comme dans la thèse générale, et ils font résulter cette clause de ces termes de la loi 21, *communi periculo* ⁽¹⁾.

66. Cette action étant une action divisible, la chose prêtée qui en est l'objet étant susceptible de parties, au moins intellectuelles, lorsque l'emprunteur a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est tenu de cette action que pour la part dont il est héritier de l'emprunteur.

Cela est conforme aux principes sur la nature des obligations divisibles, que nous avons expliqués en notre *Traité des Obligations*.

Il y a néanmoins certains cas dans lesquels celui qui n'est héritier que pour partie, est tenu de cette action pour le total.

Le premier est lorsque la chose qui avait été prêtée au défunt, est, depuis sa mort, périe ou détériorée par le fait particulier de l'un de ses héritiers. Cet héritier, en ce cas, est tenu pour le total des dommages et intérêts du prêteur, résultant de cette perte ou détérioration ; car, quoiqu'un héritier ne soit tenu des obligations du défunt et des faits du défunt que pour la part dont il est héritier, il est tenu pour le total de son propre fait ; *Traité des Obligations*, n° 30.

Le second cas est lorsque la chose prêtée se trouve par devers l'un des héritiers ; le prêteur peut conclure contre lui pour le total à la restitution de la chose prêtée ; car, ayant la faculté de faire au prêteur la restitution de cette chose qu'il a par devers lui, il ne peut avoir de raison de s'en dispenser ⁽²⁾ ; *Traité des Obligations*, n° 304.

⁽¹⁾ V. art. 1887, C. civ.

Art. 1887 : « Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur. »

⁽²⁾ V. art. 1221, § 2^o, C. civ.

Art. 1221 : « Le principe (de la visibilité de la dette), établi dans l'article précédent reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur,

67. Cette action étant une action purement personnelle, ne peut avoir lieu que contre l'emprunteur qui a contracté l'obligation d'où elle naît, et contre ses héritiers. C'est pourquoi si l'emprunteur ou ses héritiers avaient diverti la chose prêtée, et l'avaient vendue à un tiers, le prêteur n'aurait pas cette action contre ce tiers ; mais comme il conserve la propriété de la chose prêtée, il aurait l'action de revendication contre ce tiers chez qui la chose se trouverait (¹).

§ II. Quels sont les objets de cette action.

68. Le principal objet de l'action *commodati directa*, est la restitution de la chose prêtée.

Si l'emprunteur, condamné sur cette action à rendre la chose prêtée, l'a par devers lui, et refuse de la rendre, le juge doit l'y contraindre *manu militari*, en permettant au prêteur de la saisir par le ministère d'un sergent, et de l'enlever.

Lorsque l'emprunteur ne peut rendre la chose qu'il a perdue, ou qui a péri par sa faute, il doit être condamné à en payer le prix, eu égard à ce qu'elle vaudrait au temps de la condamnation, suivant l'estimation qui en sera faite par experts qui auront connu la chose : *In hac actione.... rei judicandæ tem-pus quanti res sit observatur*; L. 3, § 2, ff. *Commod.*

L'emprunteur ayant payé au prêteur le prix de la chose prêtée qu'il a perdue, est subrogé aux actions du prêteur pour la revendiquer contre ceux qu'il en trouvera en possession; et, en se la faisant délaisser, il en acquiert la propriété. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce qui est dit en la loi 5, § 1 : *Si quis hac actione egerit et oblatam litis estimationem suscepit, rem offerentis facil* : ce qui ne doit pas s'entendre en ce sens, *ut continuò rem ejus faciat, neque enim potest dominium citra traditionem transferri*, mais dans le sens que nous avons dit.

L'emprunteur qui a payé au prêteur le prix de la chose prêtée qu'il avait perdue, peut-il, l'ayant depuis recouvrée, répéter le prix qu'il a payé en offrant de lui rendre la chose ?—Non : l'emprunteur doit garder la chose, et en disposer comme bon lui semblera. Il n'est pas recevable à offrir de la rendre au prêteur, qui peut n'en avoir plus besoin, et s'être pourvu d'une autre.

69. Les objets accessoires de l'action *commodati directa*, sont, 1° la condamnation des dommages et intérêts du prêteur, auxquels l'emprunteur doit être condamné lorsque la chose prêtée se trouve détériorée par sa faute (²).

—1° Dans le cas où la dette est hypothécaire ;—2° Lorsqu'elle est d'un corps certain ;—3° Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible ;—4° Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par titre, de l'exécution de l'obligation ;—5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.—Dans les trois premiers cas, l'héritier qui possède la chose due ou le fonds hypothéqué à la dette, peut être poursuivi pour le tout sur la

chose due ou sur le fonds hypothéqué, sauf le recours contre ses cohéritiers. Dans le quatrième cas, l'héritier seul chargé de la dette, et dans le cinquième cas, chaque cohéritier, peut aussi être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers.

(¹) Nous avons déjà fait observer que, puisqu'il n'y a pas vol, mais abus de confiance, l'art. 2279, C. civ. (V. ci-dessus, p. 9, note 1), ne permet pas la revendication.

(²) V. art. 1880 et 1881, C. civ. V. ce dernier, p. 10, note 1.

Art. 1880 : « L'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la

Ces dommages et intérêts font partie de l'obligation que l'emprunteur contracte par le contrat de rendre la chose prêtée ; car ce n'est pas satisfaire pleinement à cette obligation que de la rendre détériorée : *Si reddita quædem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita quæ deterior facta redditur, nisi quod interest præstetur; propriè enim dicitur res non reddita quæ deterior redditur* ; L. 3, § 1, ff. *Commod.*

Ce qui doit s'entendre, lorsque c'est par la faute de l'emprunteur qu'elle a été détériorée ; car, lorsqu'elle a été détériorée sans sa faute, il ne doit être condamné à aucun dommages et intérêts, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 55.

70. Les docteurs agitent la question si le prêteur peut conclure, en ce cas, à ce que, pour les dommages et intérêts qui lui sont dus, l'emprunteur soit condamné à lui payer le prix entier de la chose, aux offres de la lui abandonner ; ou s'il peut seulement demander la somme dont on estimera que sa chose est dépréciée ?

Il faut, sur cette question, user d'une distinction. Lorsque la détérioration est considérable, et telle que le prêteur ne pourrait plus se servir commodément de la chose prêtée ; comme si, par votre faute, le cheval que je vous ai prêté est devenu borgne, en ce cas, le prêteur peut exiger en entier le prix de la chose prêtée, en la laissant et l'abandonnant à l'emprunteur. Mais lorsque la détérioration est peu considérable, et n'empêche pas l'usage de la chose prêtée ; comme lorsque vous avez répandu de l'encre sur un livre que je vous avais prêté ; le prêteur ne peut, en ce cas, exiger autre chose que la somme dont la chose est dépréciée.

71. On fait encore une question à l'égard du chef de l'action *commodati*, qui a pour objet les détériorations de la chose prêtée, faites par la faute de l'emprunteur. On demande si, après que l'emprunteur la lui a restituée, et que le prêteur l'a reçue sans faire aucune protestation, il est encore recevable à intenter l'action *commodati* pour raison desdites détériorations ?

On a coutume de faire cette distinction, savoir que, si la détérioration était apparente, et que le prêteur ait dû s'en apercevoir lorsque la chose lui a été rendue, il est non recevable à s'en plaindre. Mais s'il a pu ne pas s'en apercevoir, il peut assigner l'emprunteur pour raison des détériorations, pourvu qu'il le fasse peu de jours après ; car, s'il avait laissé passer un temps un peu plus considérable, il serait censé s'être contenté de l'état dans lequel la chose lui a été rendue ; *Wissenbac, ad hunc tit., n° 15.*

72. 2° Un autre objet accessoire de l'action *commodati*, ce sont les dommages et intérêts que le prêteur a soufferts du retard apporté par l'emprunteur à la restitution de la chose prêtée. Lorsqu'il a été mis en demeure de la rendre, par une demande donnée contre lui après l'expiration du temps pour lequel la chose lui avait été prêtée, ces dommages et intérêts sont dus au prêteur, et il peut, par l'action *commodati*, conclure à ces dommages et intérêts, et y faire condamner l'emprunteur.

Quoique ce soit avant l'expiration du temps pour lequel la chose a été prêtée, que le prêteur a donné la demande, si c'est dans les cas rapportés *suprà*, n°s 25 et 26, dans lesquels il n'est pas tenu d'attendre l'expiration du temps pour lequel la chose a été prêtée, il peut encore conclure au paiement de ses dommages et intérêts résultant du retard apporté à la restitution de la chose, et y faire condamner l'emprunteur.

Le juge renvoie les parties pour régler ces dommages et intérêts par devant

« chose' prêtée. Il ne peut s'en servir | « ou par la convention; le tout à peine
 « qu'à l'usage déterminé par sa nature | « de dommages-intérêts, s'il y a lieu.»

des personnes dont elles conviendront, ou quelquefois il les arbitre lui-même d'office.

A l'égard des dommages et intérêts que le prêteur a pu souffrir de la privation de sa chose, avant qu'il ait donné une demande judiciaire pour se la faire rendre, il n'y peut pas faire condamner l'emprunteur. Mais, dans le for de la conscience, l'emprunteur à qui le prêteur a demandé la restitution de sa chose, quoique extrajudiciairement, doit l'indemniser de ce qu'il a souffert de la privation de l'usage de sa chose depuis la demande qu'il en a faite extrajudiciairement, pourvu qu'il eût droit de la faire.

73. Un troisième objet accessoire de cette action, est la restitution des fruits qui sont nés chez l'emprunteur, lorsque la chose prêtée était une chose frugifère. Par exemple, si on m'a prêté pour un certain temps une jument, et qu'elle ait pouliné chez moi, le prêteur peut conclure et me faire condamner par cette action à lui rendre la jument avec le poulain : *In deposito et commodato fructus quoque præstandi sunt* ; L. 38, § 10, ff. de *Usur.*

Pareillement, si celui à qui j'avais prêté une chose afin qu'il s'en servît pour son usage, l'a louée à un autre et en a retiré un loyer, ce loyer qu'il en a retiré est un fruit civil de ma chose, qui doit m'appartenir et qu'il doit me rendre, ne la lui ayant pas prêtée pour qu'il en retirât des loyers.

74. Enfin, on doit mettre au rang des objets de l'action *commodati*, la restitution de toutes les autres choses accessoires de la chose prêtée ; comme si on m'a prêté une jument accompagnée de son poulain qui la suivait, le prêteur conclura de même à la restitution du poulain.

Si ces choses accessoires se trouvaient détériorées par la faute de l'emprunteur, comme il doit en avoir le même soin que de celle qui fait l'objet principal du prêt, le prêteur conclura aussi par cette action aux dommages et intérêts résultant de ces détériorations.

CHAPITRE III.

Des obligations du prêteur.

75. Le prêteur contracte aussi par le contrat de prêt à usage, des obligations qu'on appelle *obligationes commodati CONTRARIAE.*

Elles sont ainsi appelées parce que l'obligation que l'emprunteur contracte de rendre la chose, fait seule l'obligation principale de ce contrat ; les obligations que le prêteur contracte, ne sont qu'implicites ou incidentes.

De ces obligations naît l'action *commodati CONTRARIA* qu'a l'emprunteur contre le prêteur pour en exiger l'exécution.

Nous allons rapporter les différentes espèces de ces obligations.

76. Première espèce.—Le prêteur ne contracte pas à la vérité une obligation formelle et positive de faire jouir l'emprunteur de la chose prêtée, telle qu'un locateur en contracte envers le conducteur de le faire jouir de la chose qu'il lui a louée ; mais au moins le prêteur contracte envers l'emprunteur une obligation négative de n'apporter de sa part ni de celle de son héritier aucun trouble ni empêchement à l'usage que l'emprunteur doit avoir de la chose qu'il lui a prêtée, pendant tout le temps pour lequel il la lui a prêtée. Si le prêteur ne s'oblige pas absolument comme le locateur *præstare uti licere*, il s'oblige au moins *per se hæredemque suum non fieri quominus commodatario uti liceat.*

Cette obligation naît du consentement que le prêteur a donné en prêtant la

chose, à ce que l'emprunteur s'en servit à l'usage et pendant tout le temps pour lequel il la lui a prêtée, et de la bonne foi qui ne permet pas qu'il puisse rétracter un consentement qu'il a donné volontairement (1).

77. De cette obligation naît une exception contre la demande que le prêteur ferait pour la restitution de la chose prêtée avant l'expiration du temps pour lequel il l'a prêtée, sauf dans le cas auquel il serait survenu au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose; car, en ce cas, l'obligation du prêteur, d'en laisser jouir l'emprunteur pendant le temps pour lequel il la lui a prêtée, cesse d'avoir lieu (2), comme nous l'avons vu *suprà*, n° 25.

78. De cette obligation naît aussi l'action *contraria commodati* que l'emprunteur a contre le prêteur ou ses héritiers, lorsque, par quelque voie de fait, ils apportent du trouble à l'usage que l'emprunteur doit avoir de la chose qui lui a été prêtée.

Ulpien rapporte un exemple de ce trouble en la loi 5, § 8, ff. *Commod.*, dans l'espèce suivante.—Vous étiez sur le point de prêter de l'argent à une personne; mais n'ayant point de papier pour lui faire écrire sa promesse de vous le rendre, je vous ai prêté un registre, pour qu'à défaut d'autre papier, vous lui fissiez écrire dessus sa promesse. Si ensuite j'efface sur ce registre sa promesse avant qu'elle ait été acquittée, c'est un trouble que je fais à l'usage pour lequel je vous avais prêté mon registre, qui donne lieu à l'action *commodati CONTRARIA*. *Si tibi codicem commodavero, et in eo chirographum debitorem tuum caverre feceris, egoque hoc interlevero; si quidem ad hoc tibi commodavero ut caveretur tibi in eo, teneri, me tibi contrario judicio.*

L'emprunteur conclut par cette action à ce qu'il soit fait défenses au prêteur de le troubler dans l'usage qu'il doit avoir de la chose qu'il lui a prêtée, et à ce qu'il soit condamné aux dommages et intérêts qu'il a soufferts du trouble.

79. Il résulte de ces principes, qu'il n'y a lieu à l'action *contraria commodati*, que lorsque le trouble arrive de la part du prêteur ou de ses héritiers. S'il arrive de la part d'un tiers, l'emprunteur n'a aucune action contre le prêteur, qui a prêté la chose de bonne foi.

Par exemple, si je vous ai prêté pour un certain temps un magasin que je croyais de bonne foi m'appartenir, et que peu après y avoir logé vos marchandises, et longtemps avant la fin du temps pour lequel je vous en avais accordé l'usage, le véritable propriétaire du magasin ayant justifié de son droit de propriété, vous ait contraint de déloger vos marchandises, vous n'avez aucun recours contre moi pour le tort que vous souffrez du délogement de vos marchandises, et du trouble qui a été fait à l'usage que je vous avais accordé du magasin.

En cela le prêt à usage diffère du contrat de louage: car, si je vous avais loué le magasin, il n'est pas douteux que vous auriez contre moi une action de garantie pour les dommages et intérêts que vous souffrez de l'éviction de la jouissance du magasin.

La raison de différence vient de la différente nature de ces contrats.

Le contrat de louage est un contrat commutatif intéressé de part et d'autre: or, il est de la nature de tous ces contrats, qu'ils produisent l'obligation de la garantie, étant juste que celui qui reçoit ou doit recevoir de moi le prix ou l'équivalent de ce qu'il me donne, ou de ce qu'il s'oblige de me donner, en soit garant envers moi: l'égalité, qui est l'âme de ces contrats, l'exige ainsi.

Au contraire, le prêt à usage n'est pas un contrat commutatif, il est entièrement

(1) *V. art. 1888, C. civ. V. ci-dessus, p. 11, note 1.*

(2) *V. art. 1889, C. civ., V. ci-dessus, p. 11, note 2.*

rement lucratif vis-à-vis de l'emprunteur. Or, c'est un principe que, dans tous les titres lucratifs, il n'y a pas lieu à l'obligation de garantie : celui qui donne quelque chose à ces titres, ne recevant rien pour ce qu'il donne, il est censé ne la donner que telle qu'il l'a.

80. Cela a lieu lorsque le prêt a été fait de bonne foi. Mais si, ayant connaissance, lors du prêt, que la chose que vous me prêtez ne vous appartenait pas, et que celui à qui elle appartenait pourrait bien la réclamer dans peu, vous me l'avez dissimulé en me la prêtant ; si le propriétaire m'a obligé de la lui rendre, j'aurai action contre vous pour les dommages et intérêts que j'en ai soufferts, et que je n'eusse pas soufferts si vous m'en aviez donné connaissance, parce que j'aurais pris d'autres mesures, et que je ne vous aurais pas emprunté cette chose.

Cela doit avoir lieu non-seulement si c'est par malice, et pour me mettre dans l'embarras, que vous ne m'en avez pas averti ; mais même dans le cas où ce serait à la vérité sans malice, mais par une lourde faute que vous ne m'auriez pas averti ; *puta*, si, lors du prêt, vous étiez déjà instruit du droit du propriétaire, et de la demande qu'il devait donner.

81. Seconde espèce. — Une seconde espèce d'obligation que le prêteur contracte envers l'emprunteur, c'est celle de rembourser l'emprunteur des impenses extraordinaires qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée.

L'emprunteur est bien tenu des impenses ordinaires qui sont une charge naturelle du service que l'emprunteur tire de la chose qui lui a été prêtée, mais il n'est pas tenu des extraordinaires. La chose prêtée continuant d'appartenir au prêteur, et d'être à ses risques, c'est lui qui doit supporter ces impenses ; et l'emprunteur qui les a faites, en a la répétition contre le prêteur, à moins qu'elles ne fussent modiques⁽¹⁾.

Par exemple, si je vous ai prêté mon cheval pour faire un voyage, vous êtes obligé de le nourrir et de l'entretenir de fers à vos dépens, cette dépense ordinaire étant une charge de la jouissance que vous en avez. Mais s'il lui est survenu pendant le cours du voyage, une maladie qui ait duré un temps considérable, les dépenses faites pour cette maladie, sont des dépenses extraordinaires dont vous devez avoir la répétition contre moi.

Il en est de même si le cheval vous ayant été ravi par des voleurs, vous avez fait des frais pour faire courir après les voleurs qui emmenaient le cheval, et pour le ramener : ces frais sont une dépense extraordinaire, dont vous avez la répétition. Si néanmoins le cheval n'avait été malade qu'un jour ou deux, et n'eût eu besoin que de quelques petits remèdes peu coûteux, ou si les voleurs ayant abandonné le cheval, il ne vous en eût coûté qu'une bagatelle que vous avez donnée à ceux qui l'ont ramené, vous ne seriez pas reçu à rien demander au prêteur pour cela. C'est ce que nous apprenons de Gaius en la loi 18, § 2, dans une espèce à peu près semblable, qui est l'espèce de prêt qui a été fait d'un esclave : *Possunt justæ causæ intervenire ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet; veluti de impensis in valetudinem servi factis, quæve post fugam, requirendi reducendique ejus causâ, factæ essent; nam cibariorum impensæ naturali scilicet ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset.... sed et id quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus, ad*

(1) V. art. 1886 et 1890, C. civ.

Art. 1886 : « Si, pour user, de la chose, l'emprunteur a fait quelque chose de nécessaire, il ne peut pas la répéter. »

Art. 1890 : « Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé,

« pour la conservation de la chose, « à quelque dépense extraordinaire, « nécessaire, et tellement urgente, « qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser. »

maiores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eum pertineant.

Par la même raison, si je vous ai prêté une chambre pour l'occuper, vous êtes tenu, de même qu'un locataire, des réparations locatives; mais je suis chargé de toutes les autres.

82. L'emprunteur, pour le remboursement qui lui est dû des impenses extraordinaires qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée, a un privilége sur cette chose pour ces impenses: il a même le droit de la retenir, *veluti quodam pignoris jure*, jusqu'à ce que le prêteur qui demande la restitution de sa chose, les lui ait remboursées⁽¹⁾, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 43.

83. L'emprunteur a aussi, pour se faire rembourser de ses impenses, l'action *contraria commodati* contre le prêteur.

Le prêteur ne peut pas, pour s'en décharger, abandonner la chose.

Il n'en est pas non plus déchargé par la perte de la chose prêtée qui serait arrivée par quelque accident de force majeure, sans la faute de l'emprunteur.

La restitution volontaire que l'emprunteur aurait faite au prêteur, sans exiger pour lors de lui le remboursement de ces impenses, n'opère, en faveur du prêteur, aucune fin de non-recevoir contre la demande qu'a l'emprunteur pour s'en faire rembourser.

La sentence qui aurait condamné l'emprunteur à rendre la chose prêtée, sans faire mention du remboursement des impenses, n'opère aucune fin de non-recevoir.

C'est ce que nous apprenons de Caius, qui nous dit que, dans tous ces cas, l'emprunteur ne pouvant pas obtenir le remboursement de ses impenses par la voie de la rétention, doit avoir recours à l'action *commodati CONTRARIA*. *Quod contrario iudicio consequi quisque potest*, nous dit-il, *id etiam*⁽²⁾ *recto iudicio quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis: sed fieri potest ut amplius esset quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non*⁽³⁾ *habeat, aut ideo de restituendâ re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine iudice restituta est, dicemus necessariam esse contrariam actionem; L. 18, § 4, ff. Commod.*

84. Troisième espèce. — Une autre espèce d'obligation du prêteur envers l'emprunteur, c'est celle de lui donner avis des défauts de la chose qu'on lui demande à emprunter, lorsqu'il en a connaissance, et que ces défauts peuvent causer du dommage à l'emprunteur. Le prêteur, faute d'avoir satisfait à cette obligation, est tenu, *actione contrariâ commodati*, de tout ce que l'emprunteur a souffert du vice de la chose prêtée, dont il n'a pas été averti.

Il y en a un exemple en la loi 18, § 3, où il est dit: *Qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.*

En général, le prêteur doit donner avis à l'emprunteur, de tout ce qu'il a intérêt de savoir par rapport à la chose qu'il lui prête; et si, par dol ou par une faute lourde, il manque de lui en donner connaissance, il est tenu envers lui, *actione contrariâ commodati*, de ses dommages et intérêts⁽⁴⁾. Voy. un exemple de cette règle, *suprà*, n° 80.

(1) Il aurait un privilége, art. 2102, § 3^o. V. ci-dessus, p. 17, note 1.

(2) *Id est directo.* (Note de l'édition de 1766.)

(3) Soit parce que la demande incidente n'en a pas été formée, ou parce qu'ayant été formée, le juge a omis d'y

statuer. Mais s'il y avait statué en mettant hors de Cour, l'emprunteur ne pourrait plus le demander, *obstante rei judicatae exceptione.* (Idem.)

(4) V. art. 1891, C. civ.

Art. 1891: « Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse

85. Quatrième espèce.—Lorsque l'emprunteur ayant perdu par sa faute la chose qui lui avait été prêtée, a payé le prix au prêteur, le prêteur, qui depuis a recouvré la chose, est obligé de lui rendre ou cette chose, ou ce qu'il a reçu pour le prix : *Rem commodatam perdidi, et pro eâ pretium dedi, deinde res in potestate tuâ venit : Labeo ait contrario iudicio aut rem mihi præstare te debere, aut quod à me accepisti reddere ; L. 17, § 5, ss. Commod.*

CHAPITRE IV.

Du précaire, et de quelques autres prêts différents du prêt à usage.

ART. 1^{er}. — Du précaire.

86. Il y a deux espèces de *précaire*; la première, pour laquelle on accorde précairement à quelqu'un la possession d'une chose; la seconde, par laquelle on en accorde seulement l'usage.

Nous ne traitons que cette seconde espèce de précaire, à cause du rapport qu'elle a avec le *prêt à usage*.

87. On peut définir cette espèce de *précaire*, « une convention par laquelle, à votre prière, je vous donne une chose pour vous en servir tant que je voudrai bien le permettre, et à la charge de me la rendre à ma réquisition : » *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tandiù quandiù is qui concessit patitur*; L. 1, ss. de *Precar.*

Cette convention tient beaucoup du prêt à usage.

Elle renferme, de même que le prêt à usage, un bienfait, et un bienfait qui a pour objet plutôt l'usage de la chose, que la chose même : *Est genus liberalitatis (eād. L. § 1), et est simile commodato; nam et qui commodat, sic commodat rem ut non faciat accipientis, sed ut ei uti re permittat; eād. L. § 2.*

Cette convention de précaire n'est pas néanmoins le vrai contrat de prêt à usage, qu'on appelle *Commodatum*; et la différence essentielle qui les distingue, c'est que, dans le vrai contrat de prêt à usage, la chose est prêtée pour un certain usage déterminé, ou pour un certain temps; et la restitution n'en peut être demandée qu'après l'expiration du temps convenu, ou nécessaire pour que l'emprunteur puisse s'en servir à l'usage pour lequel elle lui a été prêtée; au lieu que, dans la convention du précaire, celui qui reçoit une chose précairement, la reçoit pour s'en servir indistinctement, et à la charge de la rendre incontinent au prêteur, toutefois et quantes il la demandera.

88. Dans les principes du droit romain, il y avait encore d'autres différences.

Le prêt à usage était un contrat du nombre de ceux qu'on appellait *Contrats nommés*, et il produisait fréquemment, de part et d'autre, des obligations civiles.

Au contraire, le précaire n'était pas un contrat nommé; et même, selon l'opinion de plusieurs docteurs, il n'était pas en tout contrat ni quasi-contrat. Celui qui avait accordé précairement l'usage de la chose, n'avait, pour se la faire

« causer du préjudice à celui qui s'en [« connaît les défauts et n'en a pas sert, le prêteur est responsable, s'il [« averti l'emprunteur. »

rendre, que des remèdes prétoriens, tel que celui qu'on appellait *Interdictum de precario*. C'est ce que nous apprenons de Paul, en la Loi 14, ff. de *Precar.*, où il est dit : *Interdictum de precario merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset; magis enim ad donationis et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio.*

Celui qui avait accordé précairement l'usage de la chose, outre l'*interdictum de precario*, avait aussi une action *prescriptis verbis*; L. 2, § 2; et L. 19, § 2, ff. d. *tit.* Mais cette action n'était qu'une action *utile*, c'est-à-dire, qui n'avait son fondement que dans l'équité et la juridiction prétorienne.

C'est en conséquence de ces différences, qu'au lieu que, dans le prêt à usage, l'emprunteur est tenu de *levissimā culpā*, parce qu'il contracte une obligation civile de rendre la chose, et d'en avoir tout le soin possible; dans le précaire, suivant le droit romain, celui à qui l'usage d'une chose était accordé précairement, ne contractant aucune obligation civile, et celui qui la lui avait donnée, n'ayant contre lui que des remèdes prétoriens, qui n'avaient pour but que d'empêcher sa mauvaise foi, il n'était tenu que de *dolo et de latā culpā quae dolo comparatur.*

39. Ces principes du droit romain n'étant pas reçus parmi nous, et toute convention par laquelle les parties, ou l'une d'elles, « promet à l'autre de lui donner, ou de faire, ou de ne pas faire quelque chose, » étant, selon la simplicité de notre droit, un vrai contrat, la convention de *précaire* n'est pas moins un vrai contrat que le *prêt à usage*.

Il produit des obligations semblables à celles que produit le prêt à usage; sauf que, dans le précaire, celui qui a accordé précairement l'usage d'une chose, n'est pas obligé, comme dans le prêt à usage, de la laisser pendant un certain temps à celui à qui il l'a accordée; mais il peut en demander la restitution dès le lendemain, et toutes fois et quantes il lui plaira (1).

Si, néanmoins, celui qui tient la chose précairement, ne pouvait, au moyen de l'usage auquel il l'a employée, la rendre sur-le-champ sans se causer un très grand préjudice, celui qui la lui a accordée, et qui en demande la restitution, serait tenu d'attendre, sauf à se faire indemniser de ce qu'il aurait souffert du retard.

40. Le précaire se faisant, de même que le prêt à usage, pour le seul intérêt de celui à qui l'usage de la chose est accordé, il doit, dans notre droit, être tenu de la faute la plus légère, de même que l'emprunteur dans le prêt à usage. La différence que le droit romain avait établie à cet égard entre le précaire et le prêt à usage, ne doit pas être reçue parmi nous, n'étant fondée que sur des subtilités qui n'ont pas lieu dans notre droit.

41. Quoique l'usage d'une chose qui est accordé précairement, ne soit pas déterminé, celui à qui il a été accordé ne peut néanmoins se servir de la chose qu'à des usages auxquels elle est propre et destinée.

42. Etant obligé de la rendre à celui de qui il l'a reçue, aussitôt qu'il la demandera, il ne doit pas la transporter au loin, puisqu'il se mettrait par là hors d'état de satisfaire à cette obligation.

Si la chose était périe ou perdue par un accident de force majeure dans le lieu où il l'a indûment transportée, il serait tenu de cette perte, parce qu'il est en faute de l'y avoir transportée.

(1) A ce point de vue, le précaire ne serait qu'un véritable *commodat* modifié seulement sous le rapport de la | durée; c'est ainsi qu'il se pratique très fréquemment surtout dans les campagnes.

ART. II. — De quelques espèces de prêts différents du prêt à usage.

93. Nous donnons quelquefois à un autre une chose pour qu'il la voie et l'examine, et quelquefois pour qu'il en fasse l'estimation; cette personne, en la recevant, s'oblige, au moins tacitement, de nous la rendre après qu'il l'aura examinée.

Nous donnons aussi quelquefois à quelqu'un une chose pour qu'il l'essaie. C'est ce qui arrive lorsque celui à qui on propose l'achat d'une chose, veut, avant de se déterminer à l'achat qu'on lui propose, connaître la bonté de la chose par l'essai qu'il en fera.

Ces conventions sont des espèces de *prêt*: elles ont cela de commun avec le *prêt à usage*, que celui qui donne à quelqu'un sa chose pour la voir et l'examiner, ou bien pour l'essayer, en retient, de même que dans le prêt à usage, non-seulement la propriété, s'il en est le propriétaire, mais même la possession; celui qui reçoit la chose ne la détient qu'au nom de celui de qui il l'a reçue; et celui qui reçoit la chose, s'oblige en la recevant, de même que dans le prêt à usage, de la rendre *in individuo* à celui de qui il l'a reçue.

94. Ces conventions ne sont pas néanmoins le véritable contrat de *prêt à usage*; car il est de l'essence de ce contrat que celui qui reçoit la chose, la reçoive pour s'en servir à un certain usage pour lequel elle lui est prêtée; au lieu que celui à qui on donne une chose pour la voir et l'examiner, la reçoit pour une fin différente. C'est pourquoi il est dit dans la loi 1, § 1, ff. de *Præscr. verb.* *Si quis pretii explorandi causā rem tradat, neque depositum neque comodatum erit.*

Parallèlement celui à qui on donne une chose pour l'essayer, la reçoit pour une autre fin; car, quoiqu'il doive s'en servir à quelque usage, ne pouvant l'essayer qu'en servant, néanmoins cet usage n'est pas la fin pour laquelle la chose lui a été donnée; ce n'est qu'un moyen pour parvenir à cette fin, qui est d'essayer la chose, et d'en connaître la bonté ou les défauts. C'est pourquoi il est dit dans la loi 20, ff. de *Præscr. verb.*, que, lorsqu'une chose a été donnée à quelqu'un pour l'essayer, il y a lieu à l'action de *præscr. verb.*

95. Ces différentes espèces de prêt produisent des obligations semblables à celles qui naissent du prêt à usage.

Celui qui reçoit la chose se rend, de même que dans le prêt à usage, en la recevant, débiteur de la restitution de cette chose même *in individuo*. S'il en avait perçu quelques fruits, il serait tenu, de même que dans le prêt à usage, d'en faire raison à celui de qui il a reçu la chose. C'est la décision de Pomponius: *Si quem quæstum fecit is qui experiendum quid acceperit; veluti si iumenta fuerint, eaque locata sint, idipsum præstabit ei qui experiendum dedit: neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet priusquam periculo ejus*; L. 13, § 1, ff. *Commod.*

S'il n'avait fait ces profits que depuis que l'achat de la chose a été conclu, ces profits lui appartiendraient. Aussitôt après la conclusion du marché, la chose est aux risques de l'acheteur, et par conséquent à son profit.

96. A l'égard du soin que doit apporter à la conservation de la chose celui à qui on l'a donnée pour la voir et l'examiner, il faut avoir recours à la règle ordinaire, rapportée *suprà*, n° 48 et suiv., et dans notre *Traité des Obligations*, n° 142.

Suivant cette règle, il faut dire que, lorsqu'une chose a été donnée à quelqu'un pour la voir, si c'est pour l'intérêt seul de celui qui l'a donnée, *putat*, afin que celui à qui il l'a donnée l'estimât, et lui en dit la valeur, qu'il était bien aise de savoir; en ce cas, celui à qui on a donné la chose pour la voir, n'est tenu d'apporter à la conservation de cette chose que de la bonne foi: il n'est tenu à cet égard que de *dolo et de latâ culpâ*.

Au contraire, si la chose qu'on a donnée à voir à quelqu'un ne lui a été donnée qu'à sa prière, et uniquement pour satisfaire sa curiosité; le prêt étant fait, en ce cas, *in gratiam solius accipientis*, celui à qui on a donné la chose à voir, doit être, de même que dans le prêt à usage, obligé au soin le plus exact, et être tenu de *levissimā culpā*.

C'est ce que nous enseigne Ulpien, en la Loi 10, § 1, ff. *Commod.*, où il est dit : *Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est queritur? et si quidem mea causa dedi dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum præstabit; si suū, et custodiam.*

Papinien décide la même chose en la Loi 17, § 2, ff. *de Præscr. verb.* *Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstandum esse dico, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solūm, quia propè depositum hoc accedit.*

Observez que Papinien ne joint ensemble le cas auquel la chose a été donnée à voir à quelqu'un en faveur seulement de celui à qui on l'a donnée à voir, et celui auquel on l'a donnée à voir pour l'intérêt commun des deux parties, que pour décider que, dans l'un et dans l'autre cas, il ne suffit pas à celui à qui on a donné la chose à voir, d'apporter de la bonne foi; mais que, dans l'un et dans l'autre cas, il est tenu de la faute, c'est-à-dire, du défaut de soin. Cependant, il n'en faut pas conclure que ce soit d'un même degré de faute. Il est tenu de la faute la plus légère, *de levissimā culpā*, lorsque c'est en sa faveur seulement qu'on lui a donné la chose à voir; il n'est tenu que de la faute légère, *de levi culpā*, lorsque c'est pour l'intérêt des deux parties qu'on la lui a donnée à voir.

On peut donner pour exemple du cas auquel on a donné à quelqu'un une chose à voir pour l'intérêt commun des parties, celui où j'aurais donné une chose à quelqu'un avec qui je serais en pourparler pour la lui vendre; car c'est pour parvenir à un marché qui devait se faire pour notre intérêt commun, que je la lui ai donnée à voir.

97. On doit faire les mêmes distinctions à l'égard de celui à qui on a donné la chose à essayer.

Si c'est pour l'intérêt commun de lui et de celui qui la lui a donnée à essayer, il doit apporter à cette chose le soin qu'a coutume d'apporter un bon père de famille aux choses qui lui appartiennent, et être tenu de *levi culpā*. On peut de même apporter pour exemple le cas auquel je donne une chose à essayer à quelqu'un avec qui je suis en pourparler pour la lui vendre.

Mais si c'est pour mon intérêt seul que j'ai donné une chose à essayer à quelqu'un, je n'ai droit d'exiger de lui que de la bonne foi, et il n'est tenu que *de dolo et latā culpā*; comme dans le cas auquel, voulant savoir si je pouvais sûrement monter un cheval dont on m'a fait présent, je l'ai donné à essayer à un de mes amis, bon écuyer, pour connaître s'il n'était pas peureux, s'il avait les jambes sûres, s'il était assez doux pour que je le pusse monter sûrement, etc.

FIN DU TRAITÉ DU PRÊT A USAGE.

DU CONTRAT DE PRÊT DE CONSOMPTION

ET DES
MATIÈRES QUI Y ONT RAPPORT.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Les matières qui ont rapport au contrat de prêt de consomption, sont,
1^o L'*usure*, parce que c'est dans ce contrat qu'elle se commet;
2^o Le quasi-contrat appelé en termes de droit, *promutuum*; et l'action appelée *condictio indebiti*.

Le *prêt de consomption* fera le sujet de la première partie de ce traité;
L'*Usure* fera le sujet de la seconde;
Le *promutuum*, et l'action *condictio indebiti*, de la troisième.

PREMIÈRE PARTIE.

TRAITÉ DU CONTRAT DE PRÊT DE CONSOMPTION.

DU CONTRAT DE PRÊT DE CONSOMPTION.

1. Le contrat de *prêt de consomption* est celui qu'on appelle **MUTUUM**. On peut le définir « un contrat par lequel l'un des contractants donne et transfère la propriété d'une somme d'argent, ou d'une certaine quantité d'autres choses qui se consomment par l'usage, à l'autre contractant, qui s'oblige de lui en rendre autant ⁽¹⁾ ».

(1) *V. art. 1892, C. civ.* | « des parties livrent à l'autre une certaine quantité de choses qui se
Art. 1892 : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une | « consomment par l'usage, à la charge

Celui qui la donne à l'autre, à la charge qu'il lui en rendra autant, s'appelle *le préteur*. Celui qui la reçoit, en s'obligeant d'en rendre autant, est *l'emprunteur*.

Nous traiterons dans un premier chapitre, de la nature de ce contrat; dans un second, de l'obligation que l'emprunteur contracte, et de l'action qui en naît.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du contrat de prêt de consommation, et des choses qui en sont susceptibles.

Pour bien entendre la nature de ce contrat, il faut voir d'abord quels sont les caractères qui sont son essence, et ensuite à quelles classes on doit le rapporter. Nous examinerons après cela les choses qui sont susceptibles du *prêt de consommation*.

ART. 1^{er}. — De ce qui constitue l'essence du contrat de prêt de consommation.

Il est de l'essence du contrat de prêt de consommation,

1^o Qu'il y ait ou une somme d'argent, ou une certaine quantité d'autres choses qui se consomment par l'usage, qui en soit la matière, et qu'elle soit prêtée pour être consommée (¹);

2^o Que la délivrance en soit faite à l'emprunteur;

3^o Que la propriété lui en soit transférée;

4^o Qu'il s'oblige d'en rendre autant;

5^o Enfin que le consentement des parties intervienne sur toutes choses.

§ 1. *Il faut qu'il y ait une chose qui soit la matière de ce contrat, et qui soit prêtée pour être consommée.*

2. Il est évident qu'il ne peut y avoir de contrat de prêt de consommation, s'il n'y a une certaine quantité de choses susceptibles de ce contrat, qui soit prêtée par le préteur à l'emprunteur, et qui soit la matière du contrat.

Nous verrons dans l'article 2, quelles sont les choses susceptibles de ce contrat.

Il est aussi de l'essence de ce contrat, que ces choses soient prêtées pour être consommées : car, si elles étaient prêtées seulement pour la monstre, *ad ostentationem*, ce ne serait pas le contrat de prêt de consommation, *mutuum*; ce serait le contrat de prêt à usage, *commodatum* (²), comme nous l'avons vu dans le traité précédent, n° 17.

« par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité. »

Mais ces mots : *qui se consomment par l'usage*, que le Code a reproduits, doivent être retranchés : peu importe, en effet, que les choses se consomment par l'usage ou non : il suffit qu'il s'agisse de quantités, dont l'une des parties veut transférer la propriété, et l'autre s'obliger à en rendre une quantité semblable ; ainsi des livres, des che-

vaux, des bœufs, peuvent dans certaines circonstances être l'objet de ce contrat.

(¹) Pourquoi donc ? L'emprunteur devenu propriétaire disposera de la chose à son gré, il la consommera, ou la gardera, peu importe à la perfection du contrat.

(²) Parce qu'il n'y avait l'intention ni d'aliéner ni d'acquérir, et que la chose devait être rendue *in individuo*.

§ II. *De la délivrance de la chose prêtée.*

3. Il est de l'essence du contrat de prêt de consommation, que le prêteur fasse à l'emprunteur la tradition de la chose prêtée.

Il est évident que ce principe doit souffrir exception dans le cas auquel la chose que je veux prêter à quelqu'un, est déjà par devers lui.

Par exemple, si je vous avais donné en dépôt un sac de 1,000 livres, et que je voulusse ensuite vous faire un prêt de cette somme; ne pouvant pas vous faire une tradition réelle d'une chose qui est déjà par devers vous, la convention par laquelle je conviendrais avec vous de vous transférer la propriété de ce sac de 1,000 liv., dont vous pourriez en conséquence disposer, à la charge de m'en rendre autant, serait seule suffisante pour vous transférer la propriété de cette somme, et pour opérer le contrat de prêt que je vous en fais; L. 9, § 9, ff. de *Reb. cred.*

Cette convention renferme une espèce de tradition feinte, que les interprètes appellent *traditio brevis manūs*, par laquelle on suppose que vous m'avez rendu le sac de 1,000 liv. que vous aviez à titre de dépôt, et que je vous l'ai remis pour que vous l'ayez à titre de prêt: cette tradition feinte suffit pour la translation de propriété, et pour opérer par conséquent le prêt de la somme, sans qu'il soit besoin d'aucune tradition réelle. C'est de ce cas et autres semblables que Justinien, aux Institutes, *tit. de Rer. div. § 46*, dit: *Interdūm et sine traditione nuda hominis voluntas sufficit ad rem transfrēdām.*

Observez que cette convention que nous venons de rapporter, « par laquelle je conviens avec vous de vous prêter un sac de 1,000 liv. qui est par devers vous, vous l'ayant précédemment mis en dépôt, » est très différente de celle par laquelle, en vous donnant cet argent en dépôt, je vous permettrais de vous en servir, dans le cas où vous vous trouveriez en avoir besoin.

Dans la première espèce, la convention renferme un contrat de prêt que je vous fais de la somme que vous aviez en dépôt, lequel est parfait et consommé par cette seule convention; la propriété de l'argent vous en est transférée, et il commence d'être à vos risques: au contraire, dans la seconde espèce, la convention ne contient pas un prêt présent, mais un prêt qui ne doit avoir lieu que dans le cas auquel, par la suite, vous viendriez à vous servir de l'argent que je vous ai donné en dépôt, et qui ne sera parfait que du moment que, pour vous servir du sac d'argent, vous l'aurez retiré du lieu où vous le gardiez en dépôt. C'est ce qu'enseigne Ulprien: *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva, Proculus etiam antequām moveantur condicere quasi mutua tibi hæc posse aiunt, et est verum,.... Quod si ab initio, quum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse antequām mota sit; L. 9, § fin. et L. 10, ff. de Reb. cred.*

§ III. *De la translation de propriété.*

4. Il est de l'essence du contrat de prêt de consommation, que la propriété de la chose prêtée soit transférée à l'emprunteur: il ne suffit pas qu'il lui en ait été fait une tradition réelle, si cette tradition ne lui en a pas transférée la propriété⁽¹⁾.

C'est cette translation de propriété qui fait le caractère essentiel et distinctif du prêt de consommation; c'est ce qui le distingue du prêt à usage, et c'est de là que lui vient le nom de *mutuum*: car, comme dit Paul, *Appellata mutui datio ab eo quod de meo tuum fiat; et ideo si non fiat, non nascitur obligatio; L. 2 § 2, ff. de Reb. cred.*

(1) *V. art. 1893, C. civ.*

Art. 1893: « Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée; et c'est pour lui qu'elle pérît, de quelque manière que cette perte arrive. »



De là il suit que, pour que le prêt soit valable, il faut que le prêteur soit le propriétaire de la chose qu'il prête ; ou, s'il ne l'est pas, que ce soit du consentement du propriétaire qu'il en fasse le prêt, puisque, autrement, il ne pourrait pas en transférer la propriété : *In mutui datione oportet dominum esse dantem* ; L. 2, § 4, ff. de *Reb. cred.*

Quoique le prêteur soit propriétaire de la chose qu'il prête, il faut encore, pour que le prêt soit valable, qu'il ait le droit d'aliéner : c'est pourquoi un prêt qui serait fait par un mineur ou par un interdit, ne serait pas valable.

5. Quoique le prêt de consomption ne soit pas valable tant que la propriété des choses n'a point été transférée à l'emprunteur, soit que le prêteur n'en fût pas le propriétaire, soit qu'il ne fût pas capable de les aliéner, et qu'en conséquence l'emprunteur n'acquière point le droit de s'en servir et de les consommer ; qu'il ne contracte point non plus l'obligation propre à ce contrat, qui est de rendre une pareille somme ou pareille quantité, mais qu'il demeure seulement tenu de rendre les mêmes choses individuellement qu'il a reçues, comme l'est tout possesseur de la chose d'autrui ; néanmoins, si, de fait, l'emprunteur a de bonne foi consommé l'argent ou les autres choses qu'il a reçues, cette consomption supplée à ce qui manquait à la validité du contrat, et oblige l'emprunteur envers le prêteur à la restitution d'une pareille somme ou quantité que celle qu'il a reçue, de la même manière que si le contrat eût eu toute sa perfection, et que la propriété des choses qu'il a reçues lui eût été transférée : *Omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum qui acceperit* ; L. 19, § 1; et si sur dedit..... *consumptis eis nascitur conditio* ; L. 13.

La raison de ceci est sensible. Si la translation de la propriété des choses prêtées est nécessaire dans le contrat de prêt de consomption, c'est afin que l'emprunteur puisse se servir des choses prêtées ; ce qu'il ne peut faire qu'en les consommant, et ce qu'il n'a pas droit de faire, s'il n'en est pas le propriétaire. Mais lorsque, dans le fait, quoiqu'il n'en eût pas le droit, il s'est servi des choses qui lui ont été prêtées, et les a consommées, il est dès lors indifférent que la propriété lui en ait été transférée ou non : le prêt, par la consomption de bonne foi qui a suivi, lui a causé la même utilité que s'il lui avait transféré effectivement la propriété de ces choses, et par conséquent il doit produire de sa part la même obligation que si la propriété lui eût été transférée.

6. En effet, la translation de propriété de ces choses ne lui eût procuré que le pouvoir de s'en servir en les consommant, sans être tenu à autre chose qu'à en rendre autant au prêteur. S'en étant servi, il se trouve au même état que si la propriété lui en eût été transférée : il ne peut être tenu à autre chose qu'à en rendre autant au prêteur ; car il n'est tenu à rien envers celui qui était le véritable propriétaire de ces choses, lequel ne peut avoir d'action que contre ceux qui les posséderait, ou auraient par dol cessé de les posséder ; le propriétaire n'en a plus par conséquent contre lui, puisque, les ayant consommées de bonne foi, il n'en est plus le possesseur, et n'a pas cessé par dol de les posséder.

7. Il en serait autrement si l'emprunteur, lorsqu'il s'est servi de ces choses, et qu'il les a consommées, avait la connaissance que la propriété ne lui en avait pas été transférée : il n'est pas, en ce cas, mis au même état par la consommation qu'il en a faite, que si la propriété lui en eût été transférée, puisque cette consommation étant supposée faite de mauvaise foi, il est tenu de la représentation de ces choses envers celui qui en était le propriétaire, lequel a contre lui l'action *ad exhibendum*, et celle de revendication, qui ont lieu contre ceux qui *dolo desierunt possidere* ; la consomption ne peut donc pas, en ce cas, rendre le prêt valable, et donner au prêteur contre lui l'action *ex mutuo* ; à moins que le prêteur n'offre de le garantir de ce qu'il peut avoir à craindre du propriétaire des choses prêtées.

Si la somme prêtée appartenait au prêteur, qui était incapable de l'aliéner, il n'importerait que la consomption qu'en aurait faite l'emprunteur, eût été faite de bonne foi, ou de mauvaise foi. De quelque manière qu'elle eût été faite, l'emprunteur par cette consomption contracterait envers le prêteur l'obligation de la lui rendre, telle que celle qui naît *ex mutuo*.

8. Les principes que nous venons d'exposer sur la nécessité de la translation de la propriété de la chose prêtée pour la perfection du contrat *mutuum*, que nous avons puisés dans les textes des jurisconsultes romains, et que ces jurisconsultes avaient eux-mêmes puisés dans la nature même des choses, ont été attaqués dans le siècle dernier par Saumaise.

Cet auteur très érudit, et grand littérateur, mais nullement jurisconsulte, a fait une dissertation par laquelle il s'efforce de prouver qu'il n'intervient aucune aliénation dans le contrat *mutuum*, et que le prêteur retient le *dominium*, ou la propriété de la somme ou quantité qu'il a prêtée, non pas à la vérité des corps et individus dont la somme ou quantité était composée, mais de la somme ou quantité considérée *indeterminatè et abstrahendo à corporibus*, qui doit lui être rendue par l'emprunteur à qui il n'en a accordé que l'usage.

9. Cette opinion a été solidement réfutée aussitôt qu'elle a paru.

Elle renverse tout le système de la science du droit, confondant le *jus in re* et le *jus ad rem*, dont la distinction en est un des principaux fondements.

Le *jus in re* dont le droit de *dominium* est une des principales espèces, est un droit que nous avons dans une chose ; le *jus ad rem* est un droit de créance personnelle que nous avons contre une personne qui s'est obligé à nous donner une chose, pour la contraindre à nous donner cette chose, dans laquelle nous n'avons encore aucun droit jusqu'à ce qu'il nous l'ait donnée.

Le *jus in re* suit la chose, en quelques mains qu'elle passe, et il donne à celui qui a ce droit, lorsque la chose n'est pas par devers lui, une action pour réclamer la chose, ou le droit qu'il a dans la chose, contre tous ceux qui se trouvent la posséder.

Au contraire, le *jus ad rem*, qui est un droit de créance personnelle, suit la personne qui a contracté l'obligation de donner la chose. Il ne donne d'action que contre la personne qui a contracté l'obligation de la donner, et contre ses héritiers ou autres successeurs universels qui ont succédé à son obligation : il n'en donne aucune contre des tiers qui posséderaient la chose qu'on s'est obligé de nous donner.

Un droit de créance personnelle peut bien être d'une chose que l'on conçoive *abstrahendo ab omni corpore*, et qui ne doive se déterminer que par le paiement qui en sera fait, aux corps certains qui auront été donnés en paiement.

Au contraire, il ne peut y avoir un *jus in re*, et surtout un droit de *dominium*, qui en est une des principales espèces, sans un corps certain et déterminé qui en soit le sujet : ce droit renfermant celui de suivre la chose en quelques mains qu'elle passe, et de la réclamer entre les mains de quiconque s'en trouve en possession, on ne peut concevoir ce droit, sans un corps certain et déterminé qui en soit le sujet⁽¹⁾, qui puisse passer en différentes mains, et qu'on puisse suivre sur ceux qui s'en trouveraient en possession.

(1) Nous croyons que Pothier a parfaitement raison en s'exprimant ainsi : La propriété suppose un objet certain et déterminé : Quiconque affirme être propriétaire, doit pouvoir ajouter : *de telle chose*. Cependant, quelques auteurs admettent une propriété d'objets indéterminés. Par exemple, selon eux, le stipulant dans une dette alternative de deux ou plusieurs choses, aurait, dans notre droit actuel, la revendication, pourraient se prétendre propriétaires : nous ne pouvons comprendre une telle propriété.

Ce n'est qu'en confondant toutes ces idées, que Saumaise veut faire passer le droit qu'a le prêteur d'une somme d'argent, de la répéter de l'emprunteur, pour le droit de *dominium* de la somme prêtée qu'il retient. Ce droit qu'a le prêteur, étant un droit qu'il n'a que contre la personne de l'emprunteur qui s'est obligé de la lui rendre, et contre les héritiers et autres successeurs universels de cet emprunteur, qui ont succédé à ses obligations, est, suivant les notions que nous en avons données ci-dessus, un droit de créance personnelle, et non le droit de *dominium*, lequel est, au contraire, un droit qui suit la chose, et non la personne.

Tout *jus in re*, et surtout le *dominium* étant, suivant les notions ci-dessus données, un droit dans un certain corps, qu'on ne peut par conséquent concevoir sans quelque corps certain qui en soit le sujet, c'est de la part de Saumaise renverser les idées et les notions du *dominium*, que de supposer dans le prêteur un *dominium indeterminatè et abstrahendo à corporibus* de la somme qu'il a prêtée.

Quand même la somme prêtée serait périe par force majeure entre les mains de l'emprunteur, et que l'emprunteur n'aurait pas de quoi la rendre, le droit qu'a le prêteur de demander à l'emprunteur une somme pareille à la somme prêtée, ne laisse pas de subsister. Le droit du prêteur n'est donc pas le *dominium* de la somme prêtée que le prêteur retienne, puisque le *dominium* est un *jus in re*, qui ne peut subsister sans une chose qui en soit le sujet, et que dans l'espèce proposée la somme prêtée ne subsiste plus, ni rien qui puisse être censé la remplacer.

¶¶. Saumaise tire argument pour son opinion, des termes *locare pecuniam*, qui se trouvent dans quelques auteurs : d'où il infère que, dans le prêt, le prêteur d'une somme d'argent en retient la propriété, de même que, dans le contrat de louage, le locateur retient la propriété de la chose qu'il a louée. Mais les textes de ces auteurs dans lesquels ces termes de *locare pecuniam* sont employés dans un sens impropre, ne doivent pas prévaloir sur les textes des jurisconsultes, qui, en parlant *ex professo* du *mutuum*, disent formellement que, dans le *mutuum*, la propriété de la chose prêtée est transférée de la personne du prêteur en celle de l'emprunteur, et que sans cette translation de propriété le contrat ne peut recevoir sa perfection, ni produire d'obligation : *Appellata est mutui datio ab eo quod de meo tuum fit, et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio*, comme il est dit en la Loi 2, § 2, ff. de *Rebus cred.* qui a été déjà rapportée ci-dessus.

¶¶. L'auteur d'une dissertation faite en faveur de l'opinion de Saumaise, a cru trouver une autorité en faveur de cette opinion dans la Loi 55, ff. de *Solut.* où il est dit : *Qui sic solvit ut recipere, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi qui sic dantur ut recipientur.* Mais cet auteur n'a pas entendu cette loi, ou n'a pas voulu l'entendre. Il n'est pas question, dans la fin de cette loi, du *mutuum*; mais d'un prêt d'espèces d'argent qui a été fait à quelqu'un, non pour les dépenser, mais pour les montrer, et les rendre ensuite *in individuo*; comme lorsqu'un receveur, averti que le juge doit venir visiter sa caisse, emprunte de son ami des sacs d'argent, pour les faire paraître dans sa caisse lors de la visite, et les rendre *in individuo* incontinent après la visite; ce qui est le contrat *commodatum*, et non le *mutuum*.

Le sens de cette loi est, que, pour qu'un paiement soit valable et qu'il acquitte la dette, il faut qu'il transfère la propriété de la chose qui est payée, au créancier à qui elle est payée; en conséquence duquel principe la loi décide que la tradition qu'un débiteur qui veut faire accroire à des tiers qu'il a acquitté sa dette, fait à son créancier, de la chose qu'il lui doit, avec une paction secrète entre son créancier et lui, que son créancier la lui rendra, n'est pas un véritable paiement, et n'a pas libéré le débiteur, parce que par une telle tradition il n'a pas transféré la propriété de la chose de son créancier; de

même que celui qui prête à quelqu'un des espèces d'argent seulement pour la montrer, et à la charge qu'on les lui rendra *in individuo*, n'en transfère pas la propriété.

12. On tire un autre argument de ce que dans le langage ordinaire on dit, que ce qui distingue le contrat de constitution, du prêt, c'est que, dans le contrat de constitution, le sort principal, qui a été le prix de la constitution, est aliéné. Donc, au contraire, dit-on, dans le contrat de prêt la somme prêtée n'est pas aliénée ; la propriété n'en est donc pas transférée à l'emprunteur.

Je réponds que l'aliénation, qui fait le caractère distinctif de la constitution de rente et du prêt, n'est pas une simple translation de propriété de la somme payée pour le prix de la constitution, mais une translation de propriété faite sans la charge d'en rendre autant. Dans le prêt, la propriété des espèces prêtées est bien transférée à l'emprunteur, mais à condition qu'il s'oblige d'en rendre autant au prêteur; au lieu que, dans le contrat de constitution de rente, la propriété des espèces payées pour le prix de la constitution, est transférée à celui qui constitue la rente, sans qu'il s'oblige d'en rendre autant; il ne s'oblige qu'à la rente qu'il a constituée; il ne s'oblige point à rendre la valeur des espèces qu'il a reçues pour le prix de la rente, qu'on appelle *le sort principal de la rente*; la restitution de ce sort principal n'est pas *in obligatione*, elle n'est qu'*in facultate luitionis*.

§ IV. *De l'obligation de rendre autant.*

13. Il est de l'essence du contrat de prêt de consommation, que celui qui reçoit la chose prêtée, s'oblige, en la recevant, à en rendre autant.

Il ne doit pas s'obliger à rendre les mêmes choses *in individuo* qui lui ont été prêtées; car le prêt lui en étant fait pour s'en servir, et ces choses étant de nature à se consommer par l'usage qu'on en fait, il n'est pas possible qu'il les rende *in individuo*; mais il doit s'obliger à en rendre *autant*, c'est-à-dire une pareille quantité de choses de la même espèce que celles qu'il a reçues: *Mutuum damus, recepturi non eamdem speciem quam dedimus, alioquin commodatum erit aut depositum, sed idem genus*; L. 2, ff. de Reb. cred.

Il faut, comme nous venons de le dire, que l'emprunteur s'oblige de rendre une pareille quantité de choses, qui soient de la même espèce que celles qu'il a reçues: *Nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum*; Ead. L. 2.

Ce n'est pas en ce cas un prêt, c'est un échange qui est fait du blé contre le vin, que celui qui a reçu le blé s'oblige de donner à la place; et si, pour le blé qu'il a reçu, il s'obligeait de rendre une somme d'argent, ce ne serait pas un contrat de prêt, mais ce serait un contrat de vente de blé, qui serait faite pour le prix de la somme d'argent qu'il s'oblige de rendre à la place du blé.

14. Il faut que ce que l'emprunteur s'oblige de rendre par ce contrat, soit précisément *autant* que ce qu'il a reçu.

S'il s'obligeait à rendre plus, comme si, ayant reçu cent livres, il s'obligeait de rendre dans un an cent cinq livres; si, ayant reçu trente pintes de vin, il s'obligeait, au bout d'un certain temps, d'en rendre trente-deux, le contrat de prêt et l'obligation qui en naît, ne serait valable que jusqu'à concurrence de la somme ou de la quantité que l'emprunteur a reçue; le contrat, pour le surplus, serait nul et usuraire; et non-seulement il ne produirait pas d'obligation pour ce surplus; mais si l'emprunteur avait payé ce surplus, il en aurait la répétition (1).

(1) Aujourd'hui ce contrat serait valable (V. art. 1905, C. civ.), dans les limites fixées par la loi du 3 septembre 1807. Voy. ci-après, p. 71, note 1.

Art. 1905 : « Il est permis de stipu-

Si l'emprunteur s'obligeait à rendre moins que la somme ou quantité qu'il a reçue, comme si je vous comptais une somme de vingt écus, à la charge de m'en rendre seulement quinze, le contrat ne serait contrat de prêt que jusqu'à concurrence de la somme que l'emprunteur se serait obligé de rendre : à l'égard du surplus, ce serait une donation qui aurait été faite de ce surplus, et non un contrat de prêt.

15. Lorsque le prêt n'est pas d'une somme d'argent, mais d'une certaine quantité de quelque autre chose fungible ; *put à*, lorsque je vous ai prêté un tonneau de vin, à la charge que vous m'en rendriez un de pareille qualité ; quoique, depuis le prêt, le prix des vins soit considérablement augmenté, ou considérablement diminué, et que le tonneau de vin qui ne valait que vingt écus lorsque je vous l'ai prêté, en vaille quarante lorsque vous me le rendez ; néanmoins *vous* me rendez *autant*, et rien de plus ni de moins que ce que je vous ai prêté, car il n'y a que le prêt d'une somme d'argent qui ait pour objet une valeur numérique, dont la monnaie est le signe⁽¹⁾ ; les prêts des autres choses fungibles, au contraire, n'ont pour objet que la quantité de la chose prêtée, et non la valeur numérique de la chose prêtée.

Lorsque je vous prête un tonneau de vin qui vaut vingt écus, ce n'est pas vingt écus que je vous prête, c'est la quantité d'un tonneau de vin ; et par conséquent dans ces prêts l'obligation de rendre *autant* ne se réfère pas à la valeur numérique de ce qui a été prêté ; et c'est rendre *autant* que de rendre la même quantité, sans qu'on doive considérer si elle est d'une plus grande ou d'une moindre valeur qu'au temps du prêt.

§ V. Du consentement.

16. Enfin il est de l'essence de ce contrat, de même que de tous les autres, que le consentement des parties contractantes intervienne sur tout ce qui a formé la substance du contrat ; il doit donc intervenir sur la chose qui est prêtée, sur la translation de la propriété de cette chose, et sur l'obligation d'en rendre *autant*.

C'est pourquoi si vous avez reçu de moi une somme d'argent, que vous croyiez recevoir à titre de prêt, et que je comptais ne vous donner qu'en dépôt, il n'y aura pas de contrat de prêt, parce que le consentement des parties n'est pas intervenu sur la translation de propriété de cette somme, n'ayant pas eu la volonté de vous la transférer, puisque je comptais ne la donner qu'en dépôt.

Vice versa, si vous croyiez me donner à titre de *mutuum* une somme d'argent, que j'ai reçue croyant que c'était à titre de *commodatum* que je la recevais ; ne vous l'ayant demandée que pour la faire voir, il n'y aura pas encore de contrat de prêt, n'y ayant pas eu de consentement sur la translation de la propriété de cette somme : car si vous avez la volonté de me la transférer, comptant me donner cette somme à titre de *mutuum*, je n'ai pas eu de mon côté la volonté d'acquérir cette propriété, ayant compté ne la recevoir qu'à titre de *commodatum*. C'est ce que décide Ulpien : *Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est : idem est si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepero* ; L. 18, § 1, ff. de Reb. cred.

« ler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières. »

⁽¹⁾ V. art. 1895, C. civ.

Art. 1895 : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énon-

« cée au contrat.—S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement. »

N'y ayant point de contrat de *prêt* dans l'une et dans l'autre de ces hypothèses, ni de translation de propriété de la somme qui a été comptée, il s'ensuit que cette somme demeure aux risques de celui qui l'a comptée, à qui elle continue d'appartenir. C'est pourquoi, tant que la somme que je vous ai comptée sera par devers vous, je pourrai bien vous en demander la restitution par action de revendication, comme d'une chose à moi appartenant; mais si elle vous a été volée dans un pillage, ou que par quelque autre accident de force majeure vous ayiez cessé de l'avoir, vous n'êtes tenu à rien envers moi; cette somme d'argent, dont la propriété ne vous a pas été transférée, n'était pas à vos risques; mais elle était aux miens, puisqu'elle a continué de m'appartenir.

Dans l'une et dans l'autre des hypothèses ci-dessus, si vous avez dépensé l'argent que je vous ai compté, la consomption que vous en avez faite, *reconciliat mutuum*; elle nous met l'un et l'autre au même état que si la propriété de cet argent vous eût été transférée, et elle me donne la même action contre vous, que m'eût donné le contrat de prêt, pour vous faire rendre la somme que je vous ai comptée: *In utroque casu consumptis nummis..... condictioni locus erit*; Eod. §.

La raison est, que le consentement sur la translation de propriété de cette somme, qui manquait pour la formation du contrat de prêt et de l'obligation qui en naît, ne vous aurait procuré autre chose, s'il fût intervenu, que le pouvoir de vous servir de cet argent en le consommant. Vous en étant servi, vous avez joui de tout ce que vous eût procuré ce consentement, et par conséquent cette consomption que vous en avez faite, rétablit le contrat, ou plutôt est quelque chose d'équivalent, qui doit produire la même obligation que le contrat de prêt eût produite.

17. Passons à présent à un autre cas, qui est celui auquel le consentement des parties est intervenu sur la translation de propriété de la somme que l'une des parties a comptée à l'autre, mais n'est pas intervenu sur l'obligation d'en rendre autant; il est évident que ce défaut de consentement empêche qu'il n'y ait un contrat de prêt; l'obligation de rendre, et le consentement des deux parties qui l'a produit, étant de l'essence de ce contrat.

On peut apporter pour exemple le cas auquel je vous ai compté une somme d'argent, dans l'intention de vous la donner absolument, tandis que vous l'avez reçue dans l'opinion que c'était à titre de prêt que vous la receviez. Quoique vous l'ayez reçue dans l'intention de vous obliger de me la rendre, néanmoins ma volonté n'ayant pas concouru avec la vôtre pour former cette obligation, il n'est pas intervenu de consentement pour cette obligation, ni par conséquent de contrat de prêt. C'est ce que nous apprend Ulpien: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam pecuniam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit videndum? Et puto nec mutuam esse*; Ead. L. 18.

De là naît la question, si, dans cette espèce, la propriété de l'argent que je vous ai compté, vous a été transférée au moins efficacement?

La loi décide pour la négative par ces termes: *Magisque nummos accipientis non fieri, quum aliâ opinione acceperis*. La raison est, que, quoique nos volontés aient concouru pour que la propriété de mon argent vous fût transférée, ce qui pourrait suffire pour qu'elle pût paraître, selon la subtilité du droit, vous avoir été transférée, néanmoins elle n'a pu vous être transférée efficacement, parce que n'ayant point été d'accord sur le titre en vertu duquel elle vous serait transférée, ayant voulu, moi vous la transférer à titre de *donation*, et vous l'acquérir à titre de *mutuum*, il n'est intervenu, faute de consentement, ni *donation*, ni *mutuum*. N'y ayant donc aucun titre en vertu duquel vous puissiez dire avoir acquis de moi la propriété de l'argent que je vous ai compté, j'ai une action personnelle contre vous pour le répéter, qu'on

appelle en droit, *condictio sine causa*; *tanquam hanc pecuniam à me sine causâ acceperis.*

Ceci sert à concilier cette Loi 18 avec la Loi 36, ff. de *Acq. rer. dom.*, où il est dit : *Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratiâ, tu câm quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi et accipiendo dissenserimus.*

On les concilie très bien en disant que la Loi 36, par ces termes, *constat proprietatem ad te transire*, ne considère que la subtilité du droit, selon laquelle il y a translation de propriété, quoique l'action *condictio sine causa* que j'ai contre vous, la rende inefficace : au lieu que la Loi 18, en disant *magis nummos accipientis non fieri*, considère l'effet de cette translation de propriété, et elle ne regarde pas comme une véritable translation de propriété celle qui, par l'action *condictio sine causa*, est rendue inefficace.

C'est ainsi que Vinnius, *Select. quæst. 11*, 35, concilie ces deux Lois (1).

Ulprien observe que, si celui qui a reçu l'argent l'a dépensé avant que celui qui l'a compté, dans l'intention de le donner, ait changé de volonté, ce dernier n'est plus recevable à le répéter par l'action *condictio sine causa*. *Si eos (nummos) consumpserit, licet condicione (sine causâ) teneatur, tamen dolî exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti*; Eâd. L. 18. Il pouvait, à la vérité, pendant que la chose était encore entière, changer de volonté, et répéter l'argent par l'action *condictio sine causa*; mais après qu'il a souffert que la chose cessât d'être entière, et que celui à qui il a donné l'argent, l'ait dépensé; en perséverant toujours dans la volonté de le lui donner, et de ne le point répéter, la bonne foi ne permet plus qu'il change de volonté.

ART. II. — A quelle classe de contrats doit-on assigner le prêt de consomption.

18. Le contrat de *prêt de consomption, mutuum*, est de la classe des contrats du droit des gens; car il se régit par les seules règles du droit naturel; il n'est, quant à sa substance, assujetti à aucune formalité par le droit civil. Il peut intervenir avec des étrangers, de même qu'avec des citoyens.

19. Ce contrat *mutuum* est, de même que le prêt *commodatum*, de la classe des contrats bienfaisants; il renferme un bienfait que le prêteur fait à l'emprunteur, en lui accordant gratuitement la faculté de se servir de ce qu'il lui prête, sans que le prêteur retire aucune utilité du contrat qui se fait pour le seul intérêt de l'emprunteur.

Les jurisconsultes romains avaient porté si loin ce principe, qu'ils en avaient tiré la conséquence qu'un prêt n'était pas un véritable contrat de prêt, lorsque le prêteur ne le faisait pas de son plein gré, *nullo jure cogente*, mais en exécution d'une obligation qu'il avait précédemment contractée de faire le prêt, parce qu'en ce cas le prêt n'était pas un bienfait, mais l'acquittement d'une dette.

C'est ce que Julien décide en la Loi 21, ff. de *Reb. cred.*, dans l'espèce d'une donation faite d'une somme d'argent, à la charge que le donataire la prêterait au donateur. Il décide que le prêt qu'en fait le donataire en exécution de la clause de la donation, n'est pas un véritable prêt, *creditum non esse, quia exsolvendi causâ magis daretur, quam alterius obligandi*. Mais cette décision n'était fondée que sur une subtilité, comme il est dit à la fin de cette Loi : *Sed hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum; benignius tamen est utrumque (tam donationem quam mutuum) valere*; Eâd. L. 20.

(1) Conciliation qui nous paraît plus subtile que solide.

Dans notre droit, d'où nous avons banni toutes les subtilités, il n'est pas douté qu'un prêt est un vrai contrat de prêt, quoique le prêteur l'ait fait en exécution d'une obligation qu'il avait précédemment contractée de le faire; il n'en produit pas moins la même obligation que s'il eût été fait *nullo jure cogente*. Il est vrai que, dans ce cas, le prêt ne renferme pas un bienfait que le prêteur fasse à l'emprunteur, et en cela il s'éloigne de la nature du prêt; mais s'il est ordinaire que le contrat de prêt renferme un bienfait, cela n'est pas absolument de son essence.

A l'égard du prêt que fait un héritier à celui à qui le défunt avait, par une disposition testamentaire, ordonné qu'il fût fait, il renferme un bienfait, non pas à la vérité de la part de l'héritier, mais de la part du testateur qui l'avait ordonné.

20. Le contrat de prêt, *mutuum*, est de la classe des contrats *réels*, puisqu'il ne peut se former que par la tradition de la chose qui en fait l'objet, comme il résulte de ce que nous avons vu ci-dessus.

Enfin le contrat de prêt, *mutuum*, est de la classe des contrats *unilatéraux*; car il ne produit d'obligation que d'un côté. Le prêteur, par ce contrat, oblige envers lui l'emprunteur, mais il ne contracte de son côté, envers l'emprunteur, aucune obligation.

ART. III. — Des personnes entre lesquelles ce contrat peut intervenir, et des choses qui en sont susceptibles.

§ I. Des personnes entre lesquelles ce contrat peut intervenir.

21. Il est évident que le contrat de prêt de consommation, de même que tous les autres contrats, ne peut intervenir qu'entre des personnes capables de contracter; sur quoi voyez notre *Traité des Obligations*, part. 1, chap. 1, sect. 1, art. 4.

C'est pourquoi le prêt d'une somme d'argent qui serait fait à un fou, à un interdit, à une femme sous puissance de mari, laquelle l'emprunterait sans être autorisée, à un mineur qui l'emprunterait sans l'autorité de son tuteur, est nul. Il est vrai que, si ces personnes ont profité de la somme, elles sont tenues de la rendre jusqu'à concurrence de ce qu'elles en ont profité. Mais cette obligation ne naît pas proprement du prêt qui leur a été fait, puisque ce prêt est nul; elle naît du précepte de l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui: *Jure naturæ aequum est neminem cum alterius jacturâ locupletari* (¹); L. 206, ff. de *Reg. jur.*

Par une disposition des lois romaines, on ne pouvait pas valablement prêter de l'argent aux fils de famille, quoiqu'ils fussent capables des autres contrats; *Voy.* à cet égard le titre du *Digeste de Senatus-consulto macedoniano* (²).

Le prêteur, pour que le contrat soit valable, doit non-seulement être capable de contracter; il doit aussi être capable d'aliéner, et par conséquent être propriétaire des espèces qu'il prête, ou avoir le consentement du propriétaire, comme nous l'avons déjà vu *suprà*, n° 6. Mais la consommation qu'en fait l'emprunteur, répare le vice qui naît de l'incapacité que le prêteur avait de contracter ou d'aliéner, de la manière dont nous l'avons expliqué, *ibid.*

(¹) *V. art. 1312, C. civ.*

Art. 1312: « Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engage-

ments, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tour né à leur profit. »

(²) Nos lois n'ont point reproduit cette prohibition.

§ II. *Des choses qui sont susceptibles du contrat de prêt de consommation.*

22. Les termes de *prêt de consommation* donnent assez à entendre que les choses susceptibles de ce contrat, sont celles qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

Il y a deux espèces de choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

La première espèce est de celles dont la consommation qui arrive par l'usage qu'on en fait, est une consommation naturelle et une destruction de ces choses; telles sont les choses qui servent à la nourriture de l'homme ou des animaux, comme le blé, l'orge, l'avoine, l'huile, le vin, et de même le bois à brûler, etc. L'usage qu'on fait du blé étant d'en faire du pain pour le manger, l'usage qu'on fait du vin étant de le boire, celui qu'on fait du bois à brûler étant de le brûler pour préparer la nourriture ou pour se chauffer, il est évident qu'on ne peut faire usage de ces choses qu'en les consommant et en les détruisant.

23. La seconde espèce, est de celles dont la consommation, qui arrive par l'usage qu'on en fait, n'est pas une consommation naturelle, mais une consommation civile.

Telle est la consommation qui se fait de l'argent comptant, par l'usage qu'on en fait.

L'usage qu'on en fait consiste à le dépenser, ce qui opère, non pas à la vérité une consommation naturelle, puisqu'en le dépensant je ne détruis pas les espèces, mais une consommation civile, qui consiste dans l'aliénation que je fais de l'argent que je dépense, de manière qu'il ne m'en reste plus rien, et qu'il est consommé pour moi, lorsque je l'ai dépensé.

24. Une autre espèce de consommation civile qui arrive par l'usage qu'on fait d'une chose, est celle qui consiste à rendre la chose incapable de servir à d'autres, après qu'on s'en est servi. Telle est celle qui se fait par l'usage qu'on fait du papier; cet usage consiste à écrire dessus. Or, cet usage en opère, non une consommation naturelle, puisqu'on ne détruit pas le papier en écrivant dessus; mais il en opère une consommation civile, puisque le papier sur lequel j'ai écrit ne peut plus servir à d'autres.

25. Toutes ces choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, sont aussi connues sous le nom de choses *quæ pondere, numero et mensurâ constant*, c'est-à-dire, de choses à l'égard desquelles on considère plutôt une certaine quantité de poids, de nombre ou de mesure, que les individus dont cette quantité est composée.

On les appelle aussi pour cette raison *choses fungibles*, du mot latin *fungibles*; parce que *earum natura est ut aliae aliarum ejusdem generis rerum vice fungantur*. De manière que, lorsque j'ai reçu une certaine quantité de ces choses, *putâ*, une somme de cent livres, deux muids de blé froment, deux tonneaux de vin de tel canton, un cent de pommes de reinette, et que je rends une pareille somme de cent livres, une pareille quantité de deux muids de blé froment, une pareille quantité de deux tonneaux de vin de tel canton, un pareil nombre de pommes de reinette, je suis censé rendre la même chose que j'ai reçue, quoique je ne rende pas les mêmes individus; *reddo idem, non quidem in specie, sed genere idem* (¹).

26. Toutes ces choses fungibles qui se consomment par l'usage qu'on en fait, quelle que soit l'espèce de cette consommation, peuvent être la matière du

(¹) Toute cette doctrine est exacte, à l'exception de l'idée de consommation, ou consommation, sur laquelle Pothier revient continuellement, et qui est inexacte même en appelant à son secours la consommation civile; car, entre

libraires, entre fournisseurs, on conçoit très bien la livraison, à titre de *mutuum* d'une certaine quantité de livres, de chevaux, et cependant on peut faire usage de ces objets sans les consommer.

prêt de consomption ; et il est de l'essence de ce contrat que ce soit quelqu'une de ces choses qui en fasse la matière (¹) : *Mutui datio consistit in his rebus quæ, pondere, numero et mensurâ constant, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie* (²) ; *nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non* (³) *possumus, quia aliud pro alio invito creditor i solveri non potest* ; L. 2, § 1, ff. de Reb. cred.

CHAPITRE II.

De l'obligation que produit le contrat de prêt de consomption, et de l'action qui en naît.

27. Du prêt de consomption naît une obligation que l'emprunteur contracte envers le prêteur, « de lui rendre la somme ou la quantité qu'il lui a prêtée » ; et de cette obligation naît une action personnelle, qu'on appelle *condictio ex mutuo*, qu'a le prêteur contre l'emprunteur pour en exiger le paiement.

Pour développer ceci, nous verrons dans un premier article, par qui l'obligation que produit le contrat de prêt de consomption est contractée, et qui sont ceux contre lesquels l'action qui en naît peut être donnée :

Dans un second, envers qui cette obligation est contractée, et qui sont ceux par qui cette action peut être intentée :

Dans un troisième, quel est l'objet, tant de cette obligation, que de l'action qui en naît :

Dans un quatrième, à qui et en quel lieu la somme ou la quantité prêtée doit être rendue :

Dans un cinquième, quelles exceptions on peut opposer contre l'action *ex mutuo*.

Enfin nous verrons dans le sixième et dernier article, si le prêteur contracte aussi quelquefois de son côté quelque obligation envers l'emprunteur.

ART. I^{er}. — *Par qui l'obligation que produit le contrat de prêt de consomption, est-elle contractée, et qui sont ceux qui sont tenus de l'action qui en naît.*

28. Le contrat de prêt de consomption ne produit d'obligation que d'un côté ; c'est l'emprunteur qui, par ce contrat, contracte envers le prêteur, l'o-

(¹) Les choses fongibles, sont les quantités : par opposition aux corps certains, aux individualités : et l'intention des parties doit être appréciée pour déterminer s'il s'agit de quantités ou de corps certains, et il est inexat de présenter ces choses comme devant nécessairement être consommées par l'usage qui en sera fait, et il n'est point de l'essence du *mutuum* qu'il y ait consommation.

(²) *Sensus est : qui in rebus illis, magis genus seu quantitas fungitur munere solvendi quam species : non ipsæ species, non ipsa corpora, sed*

sola quantitas quam continent consideratur ; adeoque idem quod dedi recipere videor ; licet non uidem, sed alii ejusdem quantitatis nummi mihi solvantur. (Note de l'édition de 1766.)

(³) *In cæteris rebus ideo in tale creditum ire non possumus, quia alio aliarum vice non funguntur ; v. g. Si mihi debeas tuum equum quem mihi vendidisti, non videris solvere mihi idem quod mihi debes, nisi ipsum tuum equum mihi dederis, non si quemvis alium quantumvis similem ; nec te- neor illum accipere id solutum, quia aliud, etc.* (Ibid.)

obligation de lui rendre la même somme, ou la même quantité qui lui a été prêtée⁽¹⁾.

Une personne est censée l'emprunteur, soit que la somme ou quantité qui fait l'objet du contrat, lui ait été comptée ou délivrée à elle-même, à la charge d'en rendre autant, soit que par son ordre et pour son compte elle ait été comptée ou délivrée à un autre; car ce qui a été compté ou délivré à un autre par notre ordre, est réputé compté ou délivré à nous-mêmes; *Arg. L. 180, ff. de Reg. jur.*

C'est pourquoi, si je vous prie de payer pour moi une somme de 1000 liv. à mon créancier, et que vous la lui ayez payée; si je vous prie de fournir à mon vigneron un muid de blé, et que vous le lui ayez fourni, c'est un vrai prêt que vous me faites de cette somme de 1000 liv., de ce muid de blé; et je contracte par ce prêt l'obligation de vous le rendre.

Pour que je sois l'emprunteur de la somme que vous avez comptée par mon ordre à un autre, il faut que je vous aie donné ordre de la lui compter *pour mon compte*; c'est-à-dire, avec la volonté de m'en rendre moi-même l'emprunteur, comme dans les deux espèces que nous venons de rapporter; mais si je vous ai donné ordre de compter une somme à Mævius, non *pour mon compte*, mais pour celui de Mævius, qui cherchait à emprunter cette somme, et à qui je vous ai donné ordre de la prêter, c'est Mævius, à qui vous l'avez comptée et prêtée par mon ordre, qui en est l'emprunteur; ce n'est pas moi qui le suis, je suis seulement *mandator pecuniae credendæ*; et par l'ordre que je vous ai donné, je contracte envers vous l'obligation *mandati*, qui est accessoire à l'obligation *ex mutuo* que contracte envers vous Mævius.

29. L'action qui naît de l'obligation que contracte l'emprunteur, est une action personnelle qui, selon la nature des actions personnelles, n'a lieu que contre celui qui a contracté l'obligation, c'est-à-dire contre l'emprunteur et ses héritiers ou autres successeurs universels: elle ne peut avoir lieu contre d'autres, quoiqu'ils aient profité de la somme prêtée.

C'est pourquoi, si je vous ai prêté une somme que vous n'empruntez que pour la prêter à Pierre, à qui vous l'avez effectivement remise, je n'ai d'action que contre vous qui me l'avez empruntée, je n'en ai aucune contre Pierre.

C'est ce qui est décidé par la Loi 15, Cod. *si cert. pet.* où il est dit: *Non adversus te creditores, qui mutuam sumpsisti pecuniam, sed ejus cui hanc credideras hæredes experiri, contra juris formam evidenter postulas.* C'est-à-dire: Vous demandez une chose injuste, lorsque vous demandez que vos créanciers ne soient pas reçus à vous demander la restitution de la somme que vous leur avez empruntée, quoique ce fût pour la prêter vous-même à un autre; et c'est mal à propos que vous vouliez les renvoyer à se pourvoir contre les héritiers de celui à qui vous l'avez prêtée.

ART. II. — Envers qui l'obligation que l'emprunteur subit par ce contrat, est-elle contractée, et qui sont ceux par qui l'action qui en naît, peut être intentée.

30. L'obligation que l'emprunteur subit par ce contrat est envers le prêteur, et par conséquent l'action qui naît de cette obligation, ne peut être acquise qu'à lui; et il n'y a que lui, ses héritiers, ou autres successeurs universels qui aient le droit de l'intenter.

Le prêteur est celui au nom duquel la somme ou chose qui fait l'objet du prêt, a été comptée ou délivrée à l'emprunteur, soit que ce soit lui-même qui

(1) *V. art. 1902, C. civ.* Même disposition.

Art. 1902: « L'emprunteur est tenu

« de rendre les choses prêtées, en même
« me quantité et qualité, et au terme
« convenu. »

l'ait comptée ou délivrée, soit que ce soit un autre qui l'ait comptée ou délivrée pour lui à l'emprunteur.

31. Quand même la somme que vous avez comptée par mon ordre à quelqu'un à qui je la voulais prêter, ne m'aurait pas appartenu, mais à vous; dès que ce n'est pas en votre nom, mais au mien et pour moi que vous la lui avez comptée, je n'en suis pas moins le prêteur; c'est envers moi que l'obligation de la personne à qui vous avez compté cette somme est contractée, elle n'en contracte aucune envers vous; c'est moi ou mes héritiers et autres successeurs qui avons droit d'intenter contre elle l'action *ex mutuo*; pour vous, vous n'avez aucune action directe contre elle.

C'est ce que nous apprend Ulpien en la Loi 15, ff. de *Reb. cred.*, où il est dit : *Si debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos (1) nummos non acceperis*; et en la Loi 9, § 8, ff. *Eod. tit. Non dubitari quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi acquiratur obligatio; cum quotidiè, credituri pecuniam mutuam, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.*

Observez que, dans ce cas, auquel j'ai prié un tiers, qui n'était point mon débiteur, de vous compter une somme d'argent que vous m'aviez demandée à emprunter, la numération qu'il vous fait par mon ordre et en mon nom de cette somme, renferme deux contrats de prêt; l'un, par lequel je vous prête cette somme par son ministère, et par lequel vous vous obligez envers moi de me la rendre; et un autre, par lequel ce tiers me prête cette somme, et me fait contracter envers lui l'obligation de la lui rendre: car, en vous la comptant par mon ordre, c'est comme s'il me l'eût comptée à moi-même. Cette numération qu'il vous fait par mon ordre, en renferme deux en abrégé; car, c'est comme s'il m'eût d'abord compté cette somme, et que je vous l'eusse ensuite comptée : *sub una traditione duas traditiones, et duo contractus mutuae pecuniae occultantur.*

32. Non-seulement, lorsque c'est par votre ordre que quelqu'un prête son propre argent en votre nom, vous êtes censé être par son ministère le prêteur de cette somme; mais il en est de même, lorsque le prêt a été fait ou que la somme a été comptée en votre nom, quoique sans votre ordre et à votre insu: l'obligation de l'emprunteur n'est pas moins censée contractée envers vous, pourvu néanmoins que par la suite vous ratifiez ce prêt qui a été fait en votre nom.

C'est de ce cas, où il est intervenu une ratification, qu'il faut entendre ce que dit Ulpien : *Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit, acquiri tibi conditionem; Ead. L. 9, § 8, ff. de Reb. cred.* La raison est, que les ratifications ont un effet rétroactif, et qu'elles équipollent à un mandat; *ratihabito mandato comparatur; L. 12, § 4, ff. de Solut.* C'est pourquoi, lorsque vous avez ratifié le prêt que j'ai fait en votre nom, c'est comme si d'abord il avait été fait par votre ordre, et par conséquent vous êtes censé avoir fait vous-même ce prêt par mon ministère.

33. Si l'absent au nom duquel vous avez prêté votre argent à quelqu'un, refuse de ratifier ce prêt de votre argent que vous avez fait en son nom, la tradition de la somme des deniers que vous avez faite à celui qui l'a reçue, n'aura formé aucun contrat de prêt. L'absent au nom duquel vous avez compté vos deniers, ayant refusé de consentir au prêt, on ne peut pas dire qu'il est intervenu entre cet absent et celui qui a reçu l'argent aucun contrat de prêt; le contrat de prêt, de même que tous les contrats, ne pouvant intervenir que

(1) *Nummi enim quos acceperisti, non sicut illum tibi eos meo nomine numerant mei nummi, sed nummi debitoris rasse, ut videar ipse eos mutuò dedisse mei qui eos tibi numeravit; verum sus- et obligaris mihi* (Note de l'éd. de 1766.)

inter consentientes. On ne peut pas dire non plus qu'il soit intervenu un contrat de prêt entre vous et celui à qui vous avez compté votre argent au nom de l'absent, parce que vous n'avez pas eu la volonté de lui faire un prêt, mais seulement d'interposer votre ministère pour le prêt que vous croyiez que voudrait lui faire celui au nom duquel vous avez compté l'argent.

L'équité néanmoins exige que vous puissiez vous faire rendre votre argent par celui qui l'a reçu, puisque vous ne pouvez vous le faire rendre par cet absent, qui refuse de ratifier ce que vous avez fait en son nom.

Les jurisconsultes romains avaient pour cela imaginé deux expédients.

Le premier était, que cet absent qui ne voulait pas ratifier et prendre sur son compte le prêt que vous aviez fait en son nom, le ratiſiat à vos risques, à l'effet seulement de vous céder, sans garantie, l'action qui naît de ce prêt, pour par vous l'intenter à vos risques contre celui qui a reçu l'argent.

Comme il pouvait arriver que l'absent ne voulût pas se prêter à cet expédient, quoiqu'il pût vous faire ce plaisir sans courir aucun risque, ils avaient trouvé un second expédient, qui était de vous donner, *rectâ viâ* une action contre celui à qui vous avez compté la somme, pour l'obliger à vous la restituer. Cette action n'est pas *civilis et directa conductio ex mutuo*, puisqu'il n'y a pas eu proprement un contrat de prêt, mais elle est une action *utilis ad instar* de l'action *ex mutuo*, comme si vous aviez effectivement fait le prêt de cette somme.

La Loi 4, *Cod. si cert. pet.* fait mention des deux expédients que nous venons de rapporter ; il y est dit : *Si absentis pecuniam nomine ejus fœnori dedisti, et reprobato nomine mandatis actionibus experiris, Præses provinciæ jurisdictionem suam præstabit : idem si cessare mandatum animadverterit, utilem tibi adversus debitorem actionem eo nomine competere non negabit.*

Dans notre jurisprudence française, où l'on néglige les subtilités, il n'est pas douteux que, lorsque celui au nom duquel vous avez prêté votre argent à quelqu'un, refuse de ratifier ce que vous avez fait en son nom, le prêt est en ce cas censé fait par vous et pour votre compte : c'est pourquoi, jusqu'à la ratification de celui au nom duquel vous avez compté l'argent, l'obligation de celui qui l'a reçu est en suspens. Si celui au nom duquel vous avez prêté, ratifie, c'est envers lui qu'elle est censée avoir été contractée dès l'instant du contrat ; s'il refuse de ratifier, elle est censée avoir été contractée envers vous. Ainsi, c'est vous qui êtes censé le prêteur de la somme que vous avez comptée, et qui avez l'action pour vous la faire rendre contre celui qui l'a reçue.

34. Passons à présent au cas auquel celui qui avait entre ses mains une somme de deniers, ou une certaine quantité d'autres choses fongibles qui m'apparteniaient, l'a prêtée à quelqu'un en son nom, et sans mon consentement, comme chose à lui appartenant.

Le prêt en ce cas n'est pas valable, faute de translation de propriété, comme nous l'avons vu *suprà* ; mais lorsque la consommation que l'emprunteur aura faite de bonne foi de ces choses aura rétabli le prêt, l'obligation que l'emprunteur contracte par la consommation de bonne foi, de rendre une pareille somme ou une pareille quantité, est contractée envers celui qui a prêté en son nom, quoique la chose prêtée ne lui appartint pas ; l'emprunteur n'en contracte aucune envers moi, à qui la chose prêtée appartenait ; car, ce n'est pas avec moi qu'il a contracté, et les contrats ne peuvent produire d'action qu'entre les parties contractantes : c'est pourquoi je n'ai aucune action contre l'emprunteur, pour la restitution de ma chose qui lui a été prêtée, et qu'il a consommée de bonne foi, à moins que celui qui la lui a prêtée en son nom, et qui seul a action pour la restitution d'autant, ne m'ait subrogé à son action. C'est ce que décide Antonin : *Quamvis pecuniam tuam Asclepiades suo no-*

mine crediderit; stipulando tamen, sibi jus obligationis quæsivit; quam pecuniam ut possis petere, mandatis ab eo actionibus consequeris; L. 2, Cod. si cert. pet.

Les jurisconsultes romains avaient apporté une exception à la rigueur de ce principe en faveur des mineurs : lorsque leur tuteur ou curateur avait prêté en son nom leurs deniers, ils leur donnaient une action utile contre l'emprunteur pour la restitution de pareille somme. Ils avaient accordé aussi le même privilége aux gens de guerre ; L. 26, ff. de *Reb. cred.*

Dans notre droit, lorsque quelqu'un a prêté en son nom une somme de deniers qui m'appartenait, je n'ai pas à la vérité d'action directe contre l'emprunteur pour la restitution de cette somme⁽¹⁾ ; mais j'ai la voie de saisir et arrêter, en vertu d'une permission du juge, entre les mains de l'emprunteur, la somme qu'il doit au prêteur qui lui a prêté en son nom un argent qui m'appartenait ; et sur la demande que je donnerai en consentement d'arrêt contre celui qui a prêté la somme, en justifiant que les deniers m'appartaient, je ferai condamner l'emprunteur à me faire délivrance de la somme qu'il lui doit.

Au moyen de cette voie, nous n'avons pas besoin d'avoir recours à l'action *utile* que le droit romain accordait aux mineurs et aux gens de guerre.

§ I. Quel est l'objet de l'obligation de l'emprunteur ; et de l'action qui en naît.

35. Premier cas. — Lorsque c'est une somme d'argent qui a été prêtée, l'obligation de l'emprunteur a pour objet une pareille somme d'argent, dont le prêteur a droit de demander le paiement à l'emprunteur, par l'action *ex mutuo*.

36. C'est une question entre les interprètes, si l'argent prêté doit être rendu sur le pied qu'il vaut au temps du paiement, ou sur celui qu'il valait au temps du contrat ?

L'usage est constant dans notre jurisprudence, qu'il doit être rendu sur le pied qu'il vaut au temps du paiement. Notre jurisprudence est fondée sur ce principe, que dans la monnaie on ne considère pas les corps et pièces de monnaie, mais seulement la valeur que le prince y a attachée : *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem* ; L. 94, § 1, ff. de *Solut.* Les pièces de monnaie ne sont que le signe public de cette valeur qui seule est considérée : *Ea materia formâ publicâ percussa usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate* ; L. 1, ff. de *Contrah. empt.*

Il suit de ce principe, que ce ne sont point les pièces de monnaie, mais seulement la valeur qu'elles signifient, qui fait la matière du prêt, ainsi que des autres contrats. C'est donc la valeur signifiée par les pièces de monnaie, plutôt que les pièces mêmes qui n'en sont que le signe, que l'emprunteur emprunte, et par conséquent c'est cette valeur qu'il s'oblige de rendre ; et en rendant cette même valeur, il satisfait à son obligation, quoique le prince ait apporté du changement dans les signes qui la représentent ; *putâ*, quoique la monnaie, qui a cours au temps du paiement, soit d'un moindre aloy ou d'un moindre poids, ou qu'étant survenu une augmentation sur les espè-

(1) Je n'aurais pas non plus la reven- | « volé une chose, peut la revendiquer diction, quand même la quantité li- | « pendant trois ans, à compter du jour vrée ne serait pas encore consommée. | « de la perte ou du vol, contre celui

Art. 2279 : « En fait de meubles, la | « dans les mains duquel il la trouve ; « possession vaut titre. — Néanmoins | « sauf à celui-ci son recours contre ce- « celui qui a perdu ou auquel il a été | « lui duquel il le tient. »

ces, il en faille un moindre nombre pour faire cette valeur, que celui qu'il a reçu (¹).

Il faut pourtant convenir que le prêteur à qui on rend la somme qu'il a prêtée en espèces augmentées, souffre un préjudice du prêt qu'il a fait : car, outre qu'il aurait profité de l'augmentation, s'il n'eût pas fait le prêt, et qu'il eût gardé ces espèces, c'est que cette valeur qu'on lui rend n'est égale que *nomine tenus* à celle qu'il a prêtée ; mais quant à l'effet, elle est moindre, et il se trouve effectivement moins riche qu'il n'était avec celle qu'il a prêtée : car, comme les marchandises augmentent de prix à mesure que les espèces augmentent, cette somme ou valeur qu'on lui rend ne pourra pas lui procurer des choses dont il aura besoin, autant que pouvait lui en procurer celle qu'il a prêtée : il n'a donc pas le même moyen ; il est donc moins riche ; ce n'est donc que *nomine tenus* qu'on lui rend autant qu'il a prêté ; et quant à l'effet, on lui rend moins.

On ne peut pas non plus toujours dire que le risque que court le prêteur en prêtant, de perdre l'augmentation survenue sur les espèces qu'il aurait eues, s'il les eût gardées, se compense par l'avantage qu'il a de n'être pas exposé à la perte des diminutions d'espèces, s'il arrivait de la diminution au lieu d'augmentation ; car, le prêt peut être fait dans des circonstances telles qu'il y ait beaucoup plus lieu d'attendre des augmentations que des diminutions.

Ces raisons ont fait faire à Barbeyrac une distinction entre le prêt gratuit, et le prêt à intérêt. Il pense qu'il suffit à la vérité à l'emprunteur dans le prêt à intérêt, de rendre la même somme qui lui a été prêtée, quoiqu'il la rende en espèces de moindre aloi, ou augmentées de valeur, parce que le prêteur retirant du profit du prêt qu'il a fait, par les intérêts qu'il a stipulés, doit courir le risque du préjudice que lui peut causer l'augmentation de la monnaie : mais il prétend qu'il en doit être autrement dans le prêt gratuit ; *quam iniquum sit officium suum cuique esse damnosum.*

Cette opinion de Barbeyrac pour les prêts gratuits, a quelque apparence d'équité, mais elle n'est pas suivie dans la pratique.

32. Pourrait-on prêter, non une certaine somme, mais une certaine quantité d'écus de six livres, à la charge que l'emprunteur rendrait un pareil nombre de même poids et aloi, soit qu'ils fussent augmentés ou diminués ; et que si les espèces qu'il rendrait étaient de moindre poids et aloi, il y suppléeraît ; de même qu'on le récompenserait si elles étaient d'un plus fort poids ou d'un meilleur aloi.

Il semble que cette convention est valable : ce n'est point en ce cas la somme qui est la matière du prêt, ce sont les espèces mêmes, *ipsa corpora*, qui sont prêtées ; par conséquent, on doit rendre pareil nombre d'espèces de pareil poids et qualité. Je trouve néanmoins beaucoup de difficulté à admettre cette convention ; car, le prince distribuant sa monnaie aux particuliers pour leur servir de signe de la valeur de toutes choses, elle n'appartient aux particuliers que sous ce regard, et ne peut par conséquent que sous ce regard faire la matière des contrats de commerce, tel qu'est le prêt. On ne peut donc prêter la monnaie en elle-même, mais seulement comme signe de la somme qu'il a plu au prince de lui faire signifier, et par conséquent on ne peut obliger l'emprunteur à restituer autre chose que cette somme ; et toute convention contraire doit être rejetée, comme contraire au droit public, et à la destination que le prince a faite de la monnaie (²).

C'est en conséquence de ce principe que, lorsqu'il plaît au roi d'ordonner

(¹) V. art. 1895, C. civ., ci-dessus, p. 46, note 1. cette convention, ou plutôt sa décision est contraire : il n'y a d'exception

(²) L'article 1895, n'autorise pas qu'en ce qui concerne les lingots.

une nouvelle refonte de monnaie, et d'ordonner qu'il n'y aura que les espèces de la nouvelle refonte qui auront cours, et les anciennes espèces seront décriées et hors de cours, les particuliers sont obligés de porter aux monnaies ou chez les changeurs publics les espèces qu'ils ont par devers eux pour les convertir en nouvelles espèces; car, ces espèces n'appartenant aux particuliers que comme signes de la valeur que le prince a voulu qu'elles représentassent, dès lors qu'il plaît au prince que ce ne soient plus ces espèces, mais d'autres qui soient les signes représentatifs de la valeur des choses, les particuliers n'ont plus le droit de retenir ces espèces, mais ils doivent les porter au roi, qui leur donnera à la place les nouvelles espèces qui doivent servir de signe de cette valeur.

Contre ce que nous venons de décider, qu'on ne peut pas valablement convenir par un contrat de prêt d'argent, « que les espèces dans lesquelles la somme prêtée sera rendue, seront payées, non sur le pied de leur valeur au temps du paiement, mais sur le pied de la valeur qu'elles avaient au temps du prêt », on oppose que cette convention est admise en fait de lettres de change.

Je réponds que le contrat qui se fait par la lettre de change, est très différent du contrat de prêt, comme nous l'avons établi au long dans notre *Traité des Lettres de change*, n° 50. Ce contrat est un contrat d'échange, par lequel celui à qui la lettre de change est fournie, échange les espèces qu'il compte au tireur, contre celles qui lui seront comptées dans le lieu où la lettre de change est tirée: on ne peut donc pas argumenter de l'un à l'autre; *V. notre Traité du contrat de change*, n° 174.

38. Le prêteur a aussi droit de demander les intérêts de la somme prêtée, du jour qu'il a mis son débiteur en demeure de la lui rendre (¹); *Voy. notre Traité des Obligations*, n° 170 et suiv.

39. Second cas.—Lorsque c'est une certaine quantité de choses fongibles, autres que de l'argent, qui a été prêtée, l'objet de l'obligation de l'emprunteur est une pareille quantité de choses du même genre et de pareille qualité, dont le prêteur a droit de lui demander le paiement par l'action *ex mutuo*.

Il ne suffit pas de rendre la même *quantité*, il faut que la chose que rend l'emprunteur, soit de la même *qualité* que celle qui lui a été prêtée. Par exemple, si je vous ai prêté une douzaine de chapons de Beauce, vous ne satisfieriez pas à votre obligation, en offrant de me rendre une douzaine de chapons de Sologne (qui ont le goût du genêt dont ils se nourrissent): si je vous ai prêté des volailles engrangées dans l'épinette, vous devez m'en rendre d'engraissées: si je vous ai prêté un tonneau de bon vin vieux, vous devez me rendre un tonneau de vin vieux du même cru, ou d'un aussi bon cru. C'est ce que nous apprend Pomponius: *Quum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus ut æquæ bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem quæ ex eodem genere sit reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo, quod agitur pro cauto habendum est; id autem agi intelli-*

(¹) Il faut une demande judiciaire pour faire courir les intérêts. (1153, C. civ., et 1904.)

Art. 1153: « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution, ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi; sauf les règles particulières au commerce et au cautionne-

ment. — Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. — Ils ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit. »

Art. 1904: « Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la demande en justice. »

gitur, ut ejusdem generis et eadem bonitate solvatur quā datum sit ; L. 3, ff. de Reb. cred.

40. L'emprunteur est condamné à rendre la chose prêtée en pareille quantité et bonté, ou à son défaut, l'estimation⁽¹⁾. Lorsque le temps et le lieu où le paiement s'en doit faire, sont portés par le contrat, elle se fait eu égard au prix que la chose valait dans ledit temps ou dans ledit lieu. Lorsque le temps et le lieu ne sont pas portés par le contrat, l'estimation, suivant le droit romain, devait se faire eu égard au temps de la demande, et eu égard au lieu où elle a été donnée. C'est la décision de Julien : *Vinum quod mutuum datum erat per judicem petitum est.... Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc petitum esset : interrogavi cuius loci pretium sequi oporteat ? Respondit si convenisset ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset ; si dictum non esset, quanti ubi esset pretium ; L. 22, eod. tit.*

41. Cette décision a lieu dans le cas auquel l'emprunteur n'a pas été en demeure de rendre, et auquel les parties, aussitôt que la demande en a été faite, sont convenues entre elles pour leur commodité réciproque, que l'emprunteur paierait l'estimation à la place de la chose. Mais lorsque l'emprunteur a été mis en demeure de rendre la chose prêtée, si le prix de la chose qu'il doit rendre est augmenté depuis la demande, il doit être condamné à le payer sur le pied que la chose vaut au temps de la condamnation ; car la peine de la demeure est que le débiteur en indemnise le créancier, en lui faisant raison non-seulement de la perte que la demeure lui a fait souffrir, mais du profit dont elle le prive (*Traité des Obligations*, n° 143). Or, il est évident qu'elle le prive de l'augmentation qui est survenue sur le prix ; car, si le débiteur lui eût livré la chose lorsqu'elle lui a été demandée, le créancier qui aurait la chose, profiterait de l'augmentation qui est survenue sur cette chose.

C'est ainsi que Cujas, dans son ouvrage sur les lois de Julien, concilie cette loi avec la loi 2, ff. de *Cond. trit.*, où il dit que l'estimation de la chose due se fait eu égard à ce qu'elle vaut au temps de la condamnation.

ART. III. — A qui, et où la somme ou la quantité qui a été prêtée, doit-elle être rendue.

42. Ce que nous avons dit dans notre *Traité du Prêt à usage, commodatum*, ch. 2, sect. 2, art. 1, § 2, sur la question de savoir à qui la chose prêtée devait être rendue, peut s'appliquer au prêt de consomption. Nous y renvoyons pour ne pas répéter.

43. Lorsqu'on a prêté une somme d'argent, si les parties ne se sont pas expliquées sur le lieu où elle serait rendue, c'est au lieu de son domicile que le débiteur qui l'a empruntée doit la payer, suivant les principes généraux établis en notre *Traité des Obligations*, n° 549, sur le paiement des dettes de somme d'argent⁽²⁾.

(1) V. art. 1902 et 1903, C. civ.

Arl. 1902 : « L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu. »

Art. 1903 : « S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention. — Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le paiement se fait au prix du temps

et du lieu où l'emprunt a été fait. »

(2) V. art. 1247, C. civ.

Art. 1247 : « Le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le paiement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet. — Hors ces deux cas, le paiement doit être fait au domicile du débiteur. »

Lorsqué le prêteur a son domicile dans le même lieu, l'emprunteur doit la payer en la maison du prêteur; c'est une déférence qu'il lui doit; Molin., *Tract. de usur.; quæst. 9.*

44. Lorsque j'ai prêté une somme d'argent dans le lieu de mon domicile à quelqu'un qui a son domicile dans un lieu éloigné du mien, je puis licitement stipuler « que la somme me sera rendue au lieu de mon domicile où j'ai prêté la somme »: s'il en coûte quelque chose à l'emprunteur outre la somme prêtée, pour la remise de cette somme au lieu de mon domicile, on ne peut pas dire que ce soit une usure que j'exige de lui; car une usure est un profit que le prêteur retire du prêt, *lucrum ex mutuo exactum* (*infra*, part. 2). Or, il est évident que la somme que j'ai prêtée, m'étant rendue au lieu où je l'ai prêtée, et où je l'aurais encore si je ne l'avais pas prêtée, je ne retire aucun profit du prêt⁽¹⁾.

45. Il n'en est pas de même du cas auquel les parties conviendraient « que l'emprunteur ferait à ses frais la remise de la somme dans un lieu différent de celui où elle a été prêtée »; comme si un banquier expéditionnaire en Cour de Rome vous prêtait une somme d'argent à Paris, à la charge que vous la remettriez à vos frais à Rome à son correspondant, cette convention est usuraire et illicite; car il est évident que, par cette convention, ce banquier retirerait un profit du prêt à vos dépens, en vous faisant supporter les frais de la remise de cette somme à Rome où il en a besoin, qu'il eût été obligé de faire lui-même, s'il ne vous eût pas fait le prêt.

C'est pourquoi en lui faisant des offres à Paris de lui rendre la somme qu'il vous a prêtée, s'il refuse de la recevoir, vous êtes fondé à faire déclarer valables vos offres, sans avoir égard à la convention que la somme sera remise à Rome; cette convention sera déclarée nulle⁽²⁾.

46. Lorsque le prêt n'est pas d'une somme d'argent, mais d'une certaine quantité d'autres choses fongibles indéterminées, comme d'un tonneau de vin, de cent livres de beurre, etc.; quoique ordinairement les dettes d'une certaine quantité de choses fongibles indéterminées soient, de même que les dettes de sommes d'argent, payables au lieu du domicile du débiteur, néanmoins je pense que ces dettes d'une certaine quantité de choses fongibles indéterminées, lorsqu'elles naissent d'un prêt, doivent être payables au lieu où s'est fait le prêt, plutôt qu'au lieu du domicile du débiteur.

La raison est que la valeur de ces choses étant très différente dans les différents lieux, leur valeur dans un lieu étant quelquefois de plus du double de leur valeur dans un autre lieu, si celui à qui on a prêté dans un certain lieu une certaine quantité de ces choses, était obligé de rendre une pareille quantité dans un autre lieu que celui où le prêt lui a été fait, quand même cet autre lieu serait celui de son domicile, il rendrait plus que ce qu'on lui a prêté, si ces choses y étaient d'une plus grande valeur, que dans le lieu où le prêt lui a été fait; ce qui est contraire au caractère essentiel du prêt, qui ne permet pas qu'on exige du débiteur plus qu'il n'a reçu.

C'est ce qui sera sensible par un exemple⁽³⁾. J'ai prêté dans le canton d'Olivet, près d'Orléans, un tonneau de vin de ce canton à un Parisien, mon voisin de campagne, qui était venu passer quelque temps à sa maison de campagne voisine de la mienne: c'est à Olivet qu'il doit me rendre le tonneau de vin, et non

(1) L'intérêt pourrait aujourd'hui être cumulé avec cette obligation imposée à l'emprunteur.

(2) C'est bien là ce qu'enseigne Du-moulin: *nisi cum sunt ejusdem fori, et res sine alio sumptu et labore de-ferri potest*. Mais il est probable qu'on

serait aujourd'hui moins scrupuleux: même dans la supposition où l'intérêt aurait été stipulé.

(3) L'exemple que donne Pothier est frappant, mais s'il n'y avait que peu de différence, elle ne devrait point empêcher la validité de la clause.

à Paris, qui est le lieu de son domicile, car un tonneau de vin d'Olivet étant à Paris, est de la valeur du double de ce qu'il vaut à Olivet, par rapport à ce qu'il en coûte pour la voiture et les droits d'entrée. Si mon débiteur était obligé de me rendre à Paris le tonneau de vin, je ferais sur le prêt un profit du double, ce qui serait une usure monstrueuse.

Il faut dire la même chose dans le cas inverse. Si un Orléanais, étant à Paris pour ses affaires, a emprunté d'un Parisien un tonneau de vin d'Olivet, que celui-ci a pris dans sa cave à Paris; quoique les parties ne se soient pas expliquées sur le lieu où il serait rendu, on doit présumer que l'intention des parties a été qu'il serait rendu à Paris où le prêt a été fait, et non à Orléans, lieu du domicile de l'emprunteur; car, s'il n'était obligé de le rendre qu'en sa maison à Orléans, à ceux qui l'y viendraient chercher de la part du prêteur, le prêteur ne recevrait pas la moitié de ce qu'il a prêté, un tonneau de vin à Orléans ne valant pas la moitié de ce que vaut à Paris un tonneau de vin de la même qualité.

On établit parfaitement l'égalité en obligeant l'emprunteur à rendre dans le lieu où s'est fait le prêt, la quantité qui a été prêtée⁽¹⁾.

ART. IV. — Quelles exceptions l'emprunteur peut-il opposer contre l'action EX MUTUO.

47. Lorsque le contrat contient un certain terme dans lequel l'emprunteur s'est obligé de rendre ce qui lui a été prêté, il est évident qu'il a une exception contre l'action du prêteur qui demanderait avant le terme la restitution de la somme ou de la chose qu'il a prêtée; et que par cette exception, il doit obtenir le congé de la demande *quant à présent* avec dépens, sauf au prêteur à exercer son action après l'échéance du terme⁽²⁾.

48. Quoique le contrat ne porte aucun terme, et que l'emprunteur se soit même obligé expressément de rendre la somme prêtée à la volonté et à la première réquisition du prêteur, néanmoins le prêteur ne serait pas reçu à exiger la restitution de la somme prêtée, incontinent après que l'emprunteur a pu s'en servir; *puta*, le lendemain ou quelques jours après le prêt. Le prêteur, en prêtant cette somme, est censé avoir accordé tacitement un temps convenable dans lequel l'emprunteur pourrait faire de l'argent pour la lui rendre, et l'emprunteur ne l'aurait pas empruntée, s'il eût prévu qu'on l'exigerait de lui avant ce temps.

Si l'emprunteur était obligé de rendre incontinent, mieux aurait valu pour lui que le prêt ne lui eût pas été fait: le prêt lui serait onéreux et nuisible, au lieu de lui être avantageux, ce qui est contre cette règle de l'équité naturelle: *Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet*; L. 17, § 3, ff. *Commod.* Il n'est donc pas douteux que le prêteur doit accorder un temps plus ou moins long, selon les circonstances, *arbitrio judicis*, pour la restitution de la somme prêtée, et l'emprunteur a contre la demande du prêteur, s'il l'intentait avant ce temps, une exception par laquelle il doit obtenir du juge un délai pour le paiement⁽³⁾.

(1) L'article 1903, C. civ. (V. ci-dessus, p. 58, note 1) qui suppose, il est vrai, une autre espèce, veut néanmoins que l'emprunteur soit tenu de payer la valeur de la chose, eu égard au temps et au lieu où l'emprunt a été fait, à défaut de convention contraire.

(2) V. art. 1899, C. civ.

Art. 1899: « Le prêteur ne peut pas

« redemander les choses prêtées, avant « le terme convenu »

(3) V. art. 1900 et 1901, C. civ.

Art. 1900: « S'il n'a pas été fixé de « terme pour la restitution, le juge « peut accorder à l'emprunteur un dé- « lai suivant les circonstances. »

Art. 1901: « S'il a été seulement « convenu que l'emprunteur paierait

49. Lorsque quelqu'un qui se prétend créancier du prêteur, a fait une saisie-arrêt entre les mains de l'emprunteur, de ce qu'il doit au prêteur, l'emprunteur, en dénonçant au prêteur l'arrêt qui a été fait, a une exception pour se défendre de rendre ce qu'il doit, jusqu'à ce que le prêteur lui ait rapporté une mainlevée de l'arrêt.

Il n'importe que cet arrêt soit bien ou mal fondé ; s'il est mal fondé, c'est au prêteur à faire les poursuites nécessaires contre l'arrêtant pour en faire prononcer la mainlevée (1).

50. Quoique l'emprunteur n'ait pu se servir de la somme d'argent qui lui a été prêtée, *puta*, parce qu'en sortant de chez le prêteur qui venait de la lui compter, et avant que d'arriver au lieu où il allait porter cette somme, il a rencontré des voleurs qui la lui ont ravie, il n'est pas pour cela déchargé de la rendre au prêteur ; car, étant devenu propriétaire des espèces qui lui ont été comptées, par la tradition qui lui en a été faite, elles sont devenues à ses risques, c'est lui qui en doit porter la perte ; n'étant pas débiteur de ces espèces *in individuo*, mais d'une pareille somme, la perte de ces espèces n'a pu éteindre son obligation. *Voy. notre Traité des Obligations*, n° 658.

ART. V. — Si le prêteur contracte quelque obligation.

51. Le contrat de prêt de consommation est, comme nous l'avons déjà dit *suprà*, n° 20, un contrat *unilatéral*, qui ne produit d'obligation que d'un côté, savoir, du côté de l'emprunteur. Le prêteur, de son côté, ne contracte envers l'emprunteur aucune obligation qui naisse de la nature de ce contrat.

Mais la bonne foi qui doit régner dans le contrat de prêt, de même que dans tous les autres, l'oblige à ne point tromper l'emprunteur, et à ne lui point cacher les vices de la chose prêtée qu'il connaît, et que l'emprunteur ne connaît pas (2).

52. Suivant ces principes, si vous avez prêté une certaine quantité de mauvaise huile à quelqu'un qui ne s'y connaissait pas, à la charge de vous en rendre autant, et que vous la lui ayiez prêtée comme bonne, ou même que, sans assurer expressément qu'elle était bonne, vous lui en ayiez dissimulé le vice, non-seulement l'emprunteur ne sera pas obligé de vous rendre de bonne huile, n'étant obligé de vous en rendre que de la même qualité que celle qu'il a reçue ; mais si l'usage qu'il a fait de cette huile, dont vous lui avez dissimulé le vice, lui a causé quelque préjudice, vous devez être tenu de ses dommages et intérêts.

Si vous lui avez prêté de bonne foi cette mauvaise huile que vous croyiez bonne, il ne sera à la vérité obligé de vous en rendre que de la même qualité ; mais vous ne serez tenu d'aucuns dommages et intérêts pour le préjudice que

« quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances. »

(1) *V. art. 1242, C. civ.*

Art. 1242 : « Le paiement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants opposants : ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement,

son recours contre le créancier. »

(2) *V. art. 1898 et 1891, C. civ.*
Art. 1898 : Dans le prêt de consommation, le prêteur est tenu de la responsabilité établie par l'art. 1890 pour le prêt à usage. » *V. ci-dessus, p. 32, note 1.*

Art. 1891 : Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il naissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur. »

l'usage qu'il a fait de cette huile lui a causé ; car vous n'êtes obligé à rien autre chose qu'à apporter la bonne foi au contrat.

Si vous m'avez prêté une certaine quantité de *choses songibles* que vous saviez ne vous pas appartenir, et que vous m'avez prêtées comme choses à vous appartenir, et qu'après que j'ai fait des préparatifs pour l'usage que j'en voulais faire, lesquels m'ont constitué en dépense, ces choses que je n'avais pas encore employées aient été saisies et arrêtées sur moi par le propriétaire (¹) à qui j'ai été obligé de les délaisser, vous serez tenu des dommages et intérêts que j'ai soufferts de cette éviction. Votre obligation ne naît pas en ce cas du prêt ; car il n'y a pas eu proprement de contrat de prêt, faute de translation de propriété des choses prêtées, laquelle est de l'essence de ce contrat ; mais elle naît du dol que vous avez commis en me disant que ces marchandises vous appartaient.

Si vous me les aviez prêtées de bonne foi, croyant qu'elles vous appartaient, vous ne seriez alors tenu envers moi d'aucuns dommages et intérêts.

(¹) Qui les avait perdues ou à qui elles avaient été volées.

FIN DU CONTRAT DE PRÊT DE CONSOMPTION.

SECONDE PARTIE.

TRAITÉ DE L'USURE.

DE L'USURE QUI SE COMMET DANS LE CONTRAT DE PRÉT DE CONSOMPTION.

53. Dans le contrat de prêt de consommation *mutuum*, on appelle *sorit principal* la somme d'argent, ou la quantité de *choses fongibles* que l'emprunteur a reçues ; et on appelle *intérêts* ou *usures* tout ce que le prêteur exige de l'emprunteur de plus que le *sorit principal* : *usura est quidquid ultra sortem mutualam exigitur*.

54. On distingue deux principales espèces de ces intérêts ou usures ; savoir, celles qu'on appelle *usuræ lucrativæ*, et celles qu'on appelle *usuræ compensatoriæ*.

Usuræ lucrativæ sont celles qui renferment un profit que le prêteur retire du prêt, et qu'il exige de l'emprunteur, comme une récompense du prêt qu'il lui a fait : *Lucrum suprà sortem exactum, tantum propter officium mutualonis* ; ou en moins de paroles, *Lucrum ex mutuo exactum*.

Usuræ compensatoriæ sont celles qui sont dues par l'emprunteur, comme un dédommagement de la perte ou de la privation de profit qu'il a causé au prêteur : tels sont, par exemple, les intérêts qui sont dus par l'emprunteur d'une somme d'argent, du jour que par une interpellation judiciaire il a été mis en demeure de la rendre.

Ce sont les usures de la première espèce, *Usuræ lucratoriae*, qu'on appelle proprement *usures*.

Celles de la seconde espèce, qu'on appelle *Usuræ compensatoriæ*, ne sont connues que sous le nom d'*intérêts*.

Les usures de la première espèce feront la matière des trois premières sections de cette seconde partie.

Nous traiterons, dans la première, de l'injustice que renferme l'usure, et de la défense qui en est faite par l'Écriture, la tradition et les lois du royaume.

Nous examinerons, dans la seconde, si la défense de l'usure doit souffrir exception dans les prêts de commerce qui se font aux marchands, et dans quelques autres cas.

Dans la troisième, nous verrons ce que comprend la défense d'exiger rien au delà du *sorit principal*.

La quatrième section traitera des *usures compensatoires*.

La cinquième traitera de l'*escrocompte*.

SECT. I^e. — DE L'INJUSTICE QUE RENFERME L'USURE ; DE LA DÉFENSE QUI EN EST FAITE PAR L'ÉCRITURE SAINTE, PAR LA TRADITION, ET PAR LES LOIS DU ROYAUME.

ART. I^e. — De l'injustice que renferme l'usure.

55. C'est une règle de l'équité qui doit régner dans tous les contrats, que l'une des parties qui n'a pas intention de faire une donation à l'autre, ne peut être obligée à lui donner que l'équivalent de ce que l'autre de son côté lui a donné, ou s'est obligée de lui donner. Si on l'oblige à donner plus, l'équité qui consiste dans l'égalité, est blessée, et le contrat est inique.

Par exemple, un contrat de vente est inique, si la chose vendue que le vendeur s'oblige de donner à l'acheteur, était de plus grande valeur que le prix qu'il a reçu de lui, ou *vice versa*, si le prix était de plus grande valeur que la chose : il y aurait iniquité dans un bail à loyer, si la jouissance de l'héritage donné à loyer, était de plus grande valeur que le loyer, ou *vice versa*, si le loyer était de plus grande valeur que cette jouissance, il y aurait iniquité dans un contrat aléatoire, si le risque dont je me charge était d'une plus grande valeur que le prix de ce risque que j'ai reçu, ou *vice versa*, si le prix du risque était de plus grande valeur que le risque.

Pour faire l'application de cette règle d'équité au contrat de prêt *mutuum*, et pour faire connaître que toute usure, c'est-à-dire tout ce qui est exigé par le prêteur dans ce contrat au delà du sort principal, blesse cette règle d'équité, et renferme par conséquent une injustice, il ne faut que faire attention à la nature des choses *fongibles*, qui font la matière de ce contrat, et à la différence qui est entre ces choses et les choses *non fongibles*.

Les choses *non fongibles* sont susceptibles d'un usage qu'on peut faire de ces choses sans les détruire, *salvā ipsarum substantiā*. Cet usage qu'on peut, au moins par l'entendement, distinguer de la chose même, est appréciable : il a un prix distingué de celui de la chose ; d'où il suit, que, lorsque j'ai donné à quelqu'un une chose de cette nature pour s'en servir, je puis en exiger de lui le loyer, qui est le prix de l'usage que je lui en ai accordé, outre la restitution de la chose qui n'a pas cessé de m'appartenir.

Au contraire, les choses *fongibles*, qui font la matière du prêt *mutuum*, étant de nature à se consommer par l'usage qu'on en fait, on n'y peut pas concevoir un usage de la chose outre la chose, et qui ait un prix outre celui de la chose : d'où il suit, qu'on ne peut accorder à quelqu'un l'usage de ces choses, sans lui céder entièrement la chose, et lui en transférer la propriété.

C'est pourquoi, lorsque je vous prête une somme d'argent pour vous en servir comme bon vous semblera, à la charge de m'en rendre autant, vous ne recevez de moi que cette somme d'argent, et rien de plus (¹). L'usage que vous aurez de cette somme d'argent, est renfermé dans le droit de propriété que vous acquérez de cette somme d'argent : ce n'est pas quelque chose que vous

(¹) Cette proposition est loin d'être exacte : L'emprunteur, en recevant de moi cette somme, se trouve à même de satisfaire à ses besoins, ou de se procurer un lucre tout aussi grand et peut-être plus, que si je lui avais concédé, moyennant un prix, l'usage d'un corps certain ; et l'intérêt que j'exigerai de cet emprunteur n'est que la juste compensation du profit qu'il peut retirer,

et du gain dont moi-même je suis privé.

Il est sans doute d'une utilité générale que des emprunteurs aussi inintelligents que peu prudents, ne se soumettent pas à payer un taux d'intérêt trop élevé, mais il n'y a aucune iniquité dans la stipulation d'intérêts, pourvu qu'elle soit restreinte dans des limites convenables.

ayez outre la somme d'argent. Ne vous ayant donné que la somme d'argent, et rien de plus, je ne puis donc exiger de vous rien de plus que cette somme, sans violer la règle de l'équité ci-dessus rapportée, qui, dans tous les contrats, ne permet pas à l'une des parties d'exiger plus de l'autre, que ce qu'elle lui a, de son côté, donné, ou s'est obligée de lui donner.

56. S. Thomas, *quest. 78, art. 1*, en sa seconde Seconde, emploie pour faire voir l'injustice de l'usure, un argument assez semblable au nôtre. Il dit que les *chooses songibles*, qui font la matière du prêt *mutuum*, étant de nature à se consommer par l'usage qu'on en fait, elles n'ont pas un usage qui soit distingué de la chose même ; d'où il conclut, que recevoir quelque chose pour le prix de l'usage qu'on en accorde par le prêt *mutuum*, est une injustice semblable à celle de celui qui vendrait pour un prix quelque chose qui n'existe pas (1).

Il ajoute que l'usage de ces choses étant renfermé dans la chose même, et n'étant pas quelque chose qui en soit distingué, exiger des intérêts pour l'usage de ces choses outre le sort principal, c'est se faire payer deux fois d'une même chose : *Accipere usuram pro pecunia mutuata, est secundum se injustum, quia venditur id quod non est; ad cuius evidentiam sciendum, quod quædam res sunt quarum usus est ipsarum rerum consumptio... In talibus non debet seorsum computari usus rei à re ipsa, sed cuicunque conceditur usus, ex hoc ipso conceditur res. Si quis ergo seorsum vellet vendere vinum, et seorsum vendere usum vini, venderet eamdem rem bis, vel venderet id quod non est. Simili ratione, injustitiam committit qui mutua vinum aut triticum, petens sibi dari duas recompensations, unam quidem recompensationem aequalis rei, aliam verò pretium usus, quod usura dicitur.*

Voy. aussi les arguments qu'emploie Domat, liv. 1, tit. 6.

ART. II. — De la défense qui est faite de l'usure par l'Écriture sainte et la tradition.

57. Nous trouvons la défense de l'usure dans le Deutér., ch. 23, v. 19 et 20. Il y est dit en termes formels : Vous ne prêterez point à usure à votre frère : *Non fænerabis fratri tuo ad usuram pecuniam, nec fruges, nec quamlibet aliam rem; sed... fratri tuo absque usurâ id quo indiget commodabis.*

La même défense se trouve dans le Lévitique, ch. 25, v. 36 et 37 : *Ne accipias usuras ab eo, nec amplius quam dedisti... pecuniam tuam non dabis et ad usuram, et frugum superabundantiam non exiges.*

58. Les partisans de l'usure opposent que ce précepte de la loi de Moïse qui défend l'usure, n'obligeait que les juifs, et n'oblige point les chrétiens, la loi de l'Evangile ayant abrogé celle de Moïse.

La réponse à cette objection est, qu'il faut distinguer dans la loi de Moïse les préceptes moraux, et les préceptes cérémoniaux et figuratifs. Ce sont ces derniers que la loi de l'Evangile a abrogés, la vérité de l'Evangile ayant fait cesser toutes les figures. Mais la loi de l'Evangile n'a point abrogé les préceptes moraux de la loi de Moïse ; elle les a plutôt confirmés et perfectionnés. Je ne suis pas venu, dit Jésus-Christ, pour abolir la loi, mais pour l'accomplir : *Non veni solvere legem, sed adimplere.* Or, le précepte qui défend l'usure, est du nombre des préceptes moraux, comme nous l'établirons par suite ; il oblige donc les chrétiens aussi bien que les juifs.

59. Les partisans de l'usure insistent et disent, que si l'usure était injuste

(1) Ce raisonnement n'est qu'un sophisme : je ne retirerai aucune utilité de la chose qui n'existe pas, tandis que je retire une utilité très réelle de la quantité qui m'a été remise à titre de prêt.

en soi, et contraire au droit naturel, Moïse, dans le passage du Deutéronome ci-dessus cité, en défendant aux juifs de prêter à usure à leur frère, ne leur aurait pas permis de le faire aux étrangers : *Non fenerabis fratri tuo... sed alieno.* Il n'a donc pas défendu l'usure comme une chose injuste en soi, puisqu'elle était permise aux juifs, envers tout autre que leurs frères, par conséquent cette défense n'est pas un précepte moral, mais un précepte purement politique, et qui ne regardait que l'état temporel des juifs.

A cette objection, deux réponses.

La première est, que Moïse a permis aux juifs, ou plutôt toléré plusieurs choses, quoique contraires au droit naturel, pour éviter un plus grand mal, à cause de la dureté de leur cœur (¹). C'était une imperfection de la loi de Moïse, qui devait être perfectionnée par l'Évangile. Nous en avons un exemple dans le divorce que la loi de Moïse permettait, en observant les formalités prescrites par la loi, quoique Jésus-Christ nous enseigne qu'il est contraire au droit naturel, et que Moïse ne l'avait permis ou plutôt toléré, que par condescendance, *Quid ergo*, disaient les juifs, *Moyses mandavit dare libellum repudii et dimittere?* Jésus-Christ leur répond : *Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras; ab initio autem non fuit sic* (²) etc. Pareillement, ce n'est que *ad duritiam cordis* que Moïse paraît permettre aux israélites de prêter à usure aux étrangers; et ce qu'il dit, doit être entendu en ce sens : Vous ne prêterez pas à usure; et si vous ne voulez pas renoncer entièrement à ce commerce injuste, au moins contentez-vous de prêter à usure à l'étranger, et ne prêtez pas à usure à vos frères.

Cette réponse est celle de S. Thomas, au lieu ci-dessus cité (³).

Saint Ambroise, dans son commentaire sur le livre de Tobie, ch. 15, donne une autre réponse : il dit que l'étranger à qui Moïse dit aux israélites de prêter à usure, doit s'entendre de ces nations que Dieu leur avait ordonné d'exterminer : *Legis verba considera : Fratri tuo non fenerabis ad usuram, sed alienigenæ.... Quis erat tunc alienigena, nisi Amalech, nisi Amorrhæus, nisi hostes? Ibi, inquit, usuram exige.... ab hoc usuram exige quem non sit crimen occidere* (⁴).

Mais lorsque les restes de ces peuples, originairement soumis à l'anathème, ont été, ou éteints, ou réfugiés dans les villes des Philistins, ou convertis au judaïsme, les prophètes ne mettent plus d'exception à la défense de prêter à usure.

¶ David, dans le psaume 14, où il fait le portrait de l'homme juste, sans aucun rapport au culte judaïque, rapporte entre les qualités qui en font le caractère et qui sont nécessaires pour entrer dans le ciel, celle de ne pas prêter son argent à usure : *Domine, quis habitabit in tabernaculo tuo, aut quis requiescerit in monte sancto tuo?.... Qui pecuniam suam non dedit ad usuram* (⁵).

(¹) Assez mauvaise raison : Dieu ne peut se prêter ainsi aux passions des hommes.

être observé à l'égard de tous les hommes?

(²) Voir à ce sujet le chapitre 19 de l'évangile selon Saint-Mathieu, et surtout l'observation que les disciples soumettent à leur maître, ainsi que la réponse très peu satisfaisante et fort obscure qui leur est faite; il est vrai qu'il ajoute : *Qui potest capere capiat!*

(⁴) Outre que cette interprétation est divinatoire ; on pourrait répliquer que même envers les ennemis on ne doit point violer le droit naturel : *sunt et belli, sicut et pacis jura*, disait Camille, qui cependant n'était pas un saint.

(³) Elle n'est pas meilleure pour cela : le droit naturel ne doit-il pas

(⁵) Voilà sans doute de la belle poésie, un conseil très louable, mais non pas une véritable règle.

Dans un autre endroit, David met l'usure au rang des injustices, et de niveau avec les fraudes : *Non defecit de plateis ejus usura et dolus* (¹).

Ezéchiel, ch. 18, rapporte aussi parmi les qualités de l'homme juste, celle de ne pas prêter à usure : *Si fuerit justus.... et ad usuram non commodaverit, et amplius non acceperit, hic justus est* (²), et *vita vivet*.

61. On allègue aussi avec raison contre l'usure, ce que Jésus-Christ dit dans l'Evangile de S. Luc : *Si mutuum dederitis his à quibus SPERATIS PRECIPERE, quæ vobis est gratia? Nam et peccatores peccatoribus fenerantur, ut RECIPIANT EQUALIA: verumtamen diligite inimicos vestros, benefacite et mutuum date, NIHIL indè SPERANTES.* C'est-à-dire : Si vous ne prêtez qu'à vos amis, et à ceux de qui vous espérez qu'il vous rendront la pareille, quelle vertu y a-t-il en cela? Les pécheurs en font autant. Aimez même vos ennemis, faites du bien, et prêtez même à ceux de qui vous n'espérez aucun retour ni reconnaissance.

Jésus-Christ, en cet endroit, perfectionne la loi de Moïse sur le prêt (³). Il ne se contente pas qu'il soit gratuit, et que le prêteur n'en exige pas des intérêts, à quoi se terminait la loi de Moïse ; il veut qu'il soit fait par un principe de charité, *sans en attendre aucun retour* ni reconnaissance : il est donc bien éloigné d'abroger la défense de l'usure, portée par la loi de Moïse.

62. Quand même ces textes ne paraîtraient pas suffisants aux partisans de l'usure pour les persuader que la défense de l'usure, dans la loi de Moïse, est un précepte moral ; l'autorité de l'église, qui dans tous les temps l'a regardé comme tel, ne doit leur laisser aucun doute (⁴).

Pour établir le sentiment de l'église sur ce point, nous commencerons par les canons qui portent ordinairement le nom des apôtres : quoiqu'ils ne soient pas véritablement d'eux, tous conviennent qu'ils sont d'une très grande antiquité, et qu'ils contiennent la discipline qui était observée dans l'église durant les premiers siècles. Or, le quarante-quatrième de ces canons dit : *Episcopus, Presbyter aut Diaconus usuras à debitoribus exigens, aut desinat, aut certe damnetur.* Si les auteurs de ces canons n'eussent pas regardé l'usure comme mauvaise en soi, et défendue par un précepte de la loi divine qui obligeait les chrétiens comme il avait obligé les juifs, pourquoi auraient-ils prononcé des peines contre les ecclésiastiques qui prêtaient à usure?

En vain les partisans de l'usure disent-ils que l'usure n'était pas défendue aux ecclésiastiques, comme une chose mauvaise en soi, mais par une raison qui leur était particulière ; savoir, qu'il ne leur était pas permis de s'embarrasser dans les affaires séculières (⁵).

Je réponds que cette raison milité pour qu'un ecclésiastique ne puisse être ni banquier ni marchand ; mais elle ne militait pas pour empêcher qu'il ne pût faire un emploi de son bien en billets à intérêt, si ces billets n'avaient rien de mauvais. Cet emploi le détourne moins de ses fonctions ecclésiastiques, que s'il en faisait l'emploi en fonds de terre, qui sont un genre de bien qui exige plus de soin que n'en exigent des billets. S'ils n'étaient donc pas en soi mauvais et injustes, on ne voit pas pourquoi il n'eût pas été permis à un ecclésias-

(1) Il est plus que probable que *usura* dans ce texte signifie un intérêt immodéré, et perçu en fraude de la loi.

(2) Sans doute c'est une admirable qualité de ne point exiger d'intérêt, mais il ne suit pas de là que le contraire soit un péché.

(3) Il est plus qu'évident que ce n'est

là qu'un conseil et non pas un précepte.

(4) Ce n'est point à l'église, mais à l'autorité civile qu'il appartient d'établir des règles sur cette matière. La mission de l'Eglise est de sacrifier, mais non pas d'organiser.

(5) *Traité des Prêts de commerce*, imprimé à Lille, p. 224, c. 2. (Note de l'édition de 1766.)

tique de placer son bien de cette manière, comme il lui est permis aujourd'hui de le placer en constitutions de rentes.

63. Quoique ce canon ne prononce des peines que contre les clercs, néanmoins l'usure leur étant défendue par ce canon, comme quelque chose de mauvais en soi, elle ne doit pas être plus permise aux laïques; c'est ce qui paraît par le vingtième canon du concile d'Elvire.

Ce concile est très respectue : il est le plus ancien de ceux dont les canons nous sont parvenus, ayant été tenu vers l'an 305.

Voici comme il s'exprime : *Si quis Clericorum detectus fuerit usuras accipere, placuit eum degradari : si quis etiam laicus accepisse probetur usuras, et promiserit correctus se cessaturum, placuit ei veniam tribui ; si verò IN EA INIQUITATE perseveraverit, ab ecclesiā esse projiciendum.*

Le premier concile d'Arles, tenu l'an 314, condamne pareillement l'usure : il est dit au canon 12 : *De ministris qui fenerant, placuit eos, juxta formam divinitū datam, à communione abstinere.*

Cette règle de la loi divine dont parle le canon par ces termes *juxta formam divinitū datam*, en conséquence de laquelle le concile veut qu'on punisse les ecclésiastiques qui prêtent à usure, ne peut être que le précepte qui défendait l'usure aux israélites, et la loi évangélique qui la défend aux chrétiens. Le concile reconnaît donc, en infligeant une aussi grande peine aux ecclésiastiques qui la transgessent, que ce précepte dans l'ancienne loi est un précepte moral; et que dans la nouvelle, il n'oblige pas moins les chrétiens qu'il n'obligeait les juifs.

Les partisans de l'usure entendent ces termes *juxta formam divinitū datam*, de ce précepte que nous trouvons dans saint Paul : *Nemo militans Deo implicat se negotiis sacerularibus.* Mais cette interprétation est fausse, et nous avons déjà remarqué ci-dessus, que les billets à intérêts étant un genre de biens qui exige moins de soin qu'aucun autre, on ne peut pas dire que celui qui place son bien de cette manière, *se implicat negotiis sacerularibus.*

64. Le concile général de Nicée, tenu en 325, s'exprime ainsi dans le canon 17 : *Quoniam plerique qui in canone recensentur, avaritiam et turpem quæstum sectantes obliuiscuntur divinæ scripturæ dicentis : PECUNIAM SUAM NON DEDIT AD USURAM, et fenerantes centesimas exigunt ; æquum censuit sancta synodus, ut si quis inventus fuerit post hanc definitionem usuras sumere ex mutuo, vel aliter eam rem consecrari, vel sescupla exigere, vel omnino aliquid aliud excoigitare turpis lucri gratia, è clero deponatur.*

Le concile, en apportant pour motif de son décret contre les clercs qui prêtent à usure, la défense de prêter à usure, qui se trouve dans les livres saints, *obliuiscuntur divinæ scripturæ dicentis : PECUNIAM SUAM NON DEDIT AD USURAM*, ne déclare-t-il pas ouvertement qu'il regarde cette défense de prêter à usure, non comme un précepte politique qui ne concernait que les juifs, mais comme un précepte moral qui oblige les chrétiens?

Les objections que font les partisans de l'usure contre ce canon, sont des plus frivoles. L'auteur du *Traité des billets de commerce*, imprimé à Lille, oppose en premier lieu, que le concile n'a défendu le prêt à intérêt qu'aux clercs; d'où il conclut qu'il est permis aux laïques.

La conséquence est mal tirée. Le concile, en déclarant dans ce canon, que le prêt à intérêt est défendu par la loi divine dans les Saintes Ecritures, déclare suffisamment qu'il n'est pas plus permis aux laïques qu'aux clercs, les laïques n'étant pas moins soumis à la loi de Dieu que les clercs.

De ce que le concile n'a pas prononcé de peine contre les laïques qui prètent à intérêt, vouloir en conclure qu'il a permis aux laïques le prêt à intérêt, c'est comme si on voulait conclure que toutes les autres espèces d'injustices qui se commettent dans le commerce, comme de vendre les choses au delà

de leur juste prix, de vendre pour bon ce qui est mauvais, etc., ne sont pas des injustices, et sont permises, parce que l'église n'a pas jugé à propos de prononcer des peines contre ceux qui commettent ces injustices. L'église, dans la punition des crimes par l'excommunication, épargne la multitude; mais elle n'est pas censée pour cela permettre et autoriser les crimes et autres péchés contre lesquels elle ne prononce pas cette peine.

L'auteur oppose en second lieu, que le concile n'ayant prononcé des peines que contre les clercs qui exerceraient à l'avenir l'usure, il n'a pas cru coupables ceux qui l'avaient exercée auparavant.

Je réponds que le concile dit, qu'en prêtant à intérêt, ils commettaient un péché d'avarice, et faisaient un profit déshonnête, et condamné par la loi de Dieu : *Avaritiam et turpe lucrum sectantes obliviscuntur divinæ scripturæ dicentis, qui pecuniam suam non dedit ad usuram.* N'est-ce pas dire bien clairement qu'ils étaient coupables?

S'il ne leur inflige pas des peines pour le passé, c'est que l'église n'inflige pas des peines à tous les pécheurs, elle ne les inflige qu'à ceux qui sont contumax.

L'auteur oppose en troisième lieu, que le concile parle des clercs qui exigeaient l'usure *centésime* de l'argent qu'ils prêtaient; que cette usure qui était d'un pour cent par mois, quoique permise par la loi, était regardée comme odieuse; qu'il y en avait de plus modérées, comme celles de six, cinq ou quatre pour cent par an, qui étaient pratiquées par les honnêtes gens, et qu'on appelait *usuræ modestæ*.

Je réponds que, quoique le concile ait parlé des clercs qui exigeaient l'usure centésime, il n'a pas pour cela restreint la condamnation de l'usure à cette espèce d'usure, mais il les a condamnées toutes, les petites comme les grandes; car il dit indistinctement, *si quis inventus fuerit post hanc definitiō nem usuras sumere*; et il se fonde sur la défense de l'usure qui est dans les livres saints, laquelle condamne indistinctement tout ce qui est exigé au delà du principal.

65. Les conciles tenus depuis celui de Nicée, ont pareillement condamné l'usure comme une chose condamnée par la loi de Dieu.

Dans le cinquième canon de la collection des conciles d'Afrique, l'archevêque Aurélius, en proposant de défendre l'usure aux clercs, s'exprime ainsi : *De quibus aperitissimè divina scriptura sanxit non est ferenda sententia, sed potius exequenda; prouidè quod in laicis reprehenditur, id multò magis debet clericis prædamnari. Universum concilium dixit, nemo contra prophetas, nemo contra Evangelium facit sine periculo.*

Le concile de Tours, tenu l'an 461, canon 13, dit : *Ne quis clericus qui negotiandi studium habere voluerit usuras accipiat, quia scriptum est, qui pecuniam suam non dedit ad usuram: manifestum est enim beatitudinis non posse consequi gloriam, qui à præceptis divinis deviaverit.*

Nous avons, dans le sixième siècle, les conciles d'Agde, de Tarragone, le troisième d'Orléans, qui condamnent l'usure.

Dans le huitième siècle, le concile de Northumberland, tenu l'an 787, condamne les intérêts du prêt, comme étant condamnés par la loi de Dieu; il est dit au canon 17 : *Usuras prohibemus, dicente Domino ad David dignum fore habitatorem tabernaculi sui, qui pecuniam suam non dederit ad usuram.*

En l'an 789, dans les capitulaires que Charlemagne fit dans une assemblée des évêques et des grands du royaume, tenue à Aix-la-Chapelle, nous trouvons à l'article cinquième le dix-septième canon du concile de Nicée, qui y est inséré tel qu'il a été ci-dessus rapporté.

Dans le neuvième siècle, les conciles de Reims, de Mayence, de Châlons, tenus tous les trois en 812, condamnent les usures, qu'ils appellent *turpia lucra*.

Celui d'Aix-la-Chapelle, tenu l'an 816, en présence de Louis le Débonnaire, les condamne aussi, en renouvelant le canon de Nicée.

Celui de Paris, de l'an 829, les condamne aussi, comme condamnées par la loi de Dieu : il y est dit : *Quidam clericorum et laicorum oblii præceptionis Dominicæ quā dicitur, PECUNIAM TUAM NON DEDISTI AD USURAM, etc.*

Le concile de Meaux, de l'an 845, dit : *Episcopi se ipsos, et maximè ecclesiasticos, cunctosque Christianos in suâ parochiâ, perpendentes statuta Nicæni concilii, et cæterum conciliorum, ab usuris sine excusatione compescant.*

Celui de Pavie, de l'an 850, Canon 21, dit : *Quia terribiliter propheticus sermo minatur ad usuram dantem, et amplius accipientem, non habitaturum in tabernaculo Altissimi... censemus, etc.*

On trouve les mêmes défenses de l'usure dans les conciles des siècles suivants, notamment dans le second concile de Latran du douzième siècle, comme condamnée *in veteri et in novo testamento*.

66. Les écrits des pères concourent avec les conciles, à établir la tradition de l'église sur ce point.

Saint Grégoire de Nice, *Epist. canon. ad Letoium Mitilen.*, episc., n° 5, dit : *Apud divinam scripturam, et usura, et superabundantia sunt prohibita.*

Saint Jérôme, sur Ezéchiel, lib. 6, cap. 18, condamne toute usure, comme défendue par les Saintes Ecritures, et il observe que l'usure consiste à recevoir quelque chose que ce soit autre le sort principal : *Putant quidam usuram tantum esse in pecunia; quod prævidens scriptura divina omni rei afferat superabundantiam, ut plus non accipias quam dedisti... Alii solent muscula accipere, et non intelligunt usuram appellari et superabundantiam, quicquid illud est, si ab eo quod dederint, plus acceperint.*

Saint Ambroise, sur Tobie, ch. 13, regarde tout ce qui est exigé au delà du sort principal, comme défendu par la loi de Dieu : *Et esca usura est, et quodcumque sorti accedit, quod velis nomen imponas, usura est... Audiant quid lex dicat : Neque usuram escarum accipies, neque omnium rerum quas fœneraveris fratri tuo; fraus ista et circumscripicio legis est.*

Saint Augustin, sur le Ps. 36, serm. 3, n° 6, dit : *Si quodlibet, si plusquam dedisti expectas accipere, fœnerator es... Nolo sitis fœneratores, et ideo nolo quia Deus non vult, etc.*

Saint Léon, *Epistola prima ad episcop.. cap. 3*, dit : *Nec hoc prætereundum esse diximus quosdam turpis lucri cupiditate captos usurariam pecuniam exercere... quod vindicare acrius in eos qui fuerint confutati, decernimus.*

ART. III. — De la défense de l'usure par les lois du royaume.

67. L'usure a toujours été défendue dans le royaume par les ordonnances de nos rois.

Ce ne sont pas seulement les usures énormes : toute usure, quelque modique qu'elle soit, est défendue par les ordonnances, avec cette seule différence qu'il n'y a que les usures énormes qui donnent lieu à la poursuite criminelle.

C'est ce que nous apprenons d'une déclaration du roi Philippe le Bel, donnée à Poissy le 8 décembre 1312, où il est dit :

« Pour ce que nous plus âprement poursuivons les plus grievous usures... nul homme de sain entendement ne devoit entendre que voulussions souffrir « que nous avons réprimé et défendu expressément; mais à ce que ne se « donne lieu de doute à aucun simple, ou malicieux, nous déclarons que « nous avons réprimé et défendu, et encore réprimons et défendons toutes « manières d'usures : de quelque quantité qu'elles soient causées, comme étant

« de Dieu et des saints pères défendues ; mais la peine de corps nous ne mettons mie, hors contre ceux qui les plus grosses usures recevront..... mais pour ce, nous ne recevrons mie expressément usures de menue quantité, ains voulons être donnée simplement et de pleine barre, défense à tous ceux à qui seront demandées, afin qu'ils ne les soient tenus de payer, et répétition de ceux qui les auront payées, de quelque manière ou quantité soient icelles usures, etc. »

L'ordonnance de Blois, art. 202, a renouvelé les défenses de l'usure ; il y est dit :

« Faisons défenses à toutes personnes, de quelque sexe ou condition qu'elles soient, d'exercer aucunes usures, prêts de deniers à profit ou intérêts..... encore que ce fût sous prétexte de commerce public. »

Nonobstant ces ordonnances, l'usage des prêts à intérêt était devenu si commun dans les provinces de Berry et d'Anjou, pendant les troubles du royaume, qu'il porta Henri IV à tirer un voile sur le passé, en validant pour le passé dans ces provinces tous les intérêts illicitement stipulés et exigés par les prêteurs, sans que les débiteurs pussent être reçus à en faire l'imputation sur le principal ; à la charge néanmoins que le principal demeurerait aliéné pour l'avenir, et le prêt converti en une constitution de rente.

C'est ce que portent les déclarations de ce prince, du 17 février 1605 pour le Berry et du 14 mars 1606 pour l'Anjou. Et par l'arrêt d'enregistrement, la permission d'exiger les intérêts courus par le passé, et qui seroient encore dus, est restreinte aux veuves et aux mineurs.

Le prêt à intérêt étant défendu par les ordonnances, quand même il ne serait pas défendu par le droit naturel et par la loi divine, il ne serait pas permis dans le for de la conscience dans ce royaume, les sujets étant obligés dans le for de la conscience d'obéir aux lois du prince (1).

(1) V. art. 1905, 1906 et 1970, C. civ., et la loi du 3 septembre 1807.

Art. 1905 : « Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières. »

Art. 1906 : « L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital. »

Art. 1907 : « L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. — Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. »

Loi du 3 septembre 1807, sur le taux de l'intérêt de l'argent.

Art. 1^{er} : « L'intérêt conventionnel ne pourra excéder, en matière civile, cinq pour cent, ni en matière de commerce, six pour cent, le tout sans retenue. »

Art. 2 : « L'intérêt légal sera, en matière civile, de cinq pour cent; et en matière de commerce, de six pour cent, aussi sans retenue. »

Art. 3 : « Lorsqu'il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux excédant celui qui est fixé par l'article 1^{er}, le prêteur sera condamné, par le tribunal saisi de la contestation, à restituer cet excédant s'il l'a reçu, ou à souffrir la réduction sur le principal de la créance, et pourra même être renvoyé, s'il y a lieu, devant le tribunal correctionnel, pour y être jugé conformément à l'article suivant. »

Art. 4 : « Tout individu qui sera prévenu de se livrer habituellement à l'usure, sera traduit devant le tribunal correctionnel, et, en cas de conviction, condamné à une amende qui ne pourra excéder la moitié des capitaux qu'il aura prêtés à usure. — S'il résulte de la procédure qu'il y a eu escroquerie de la part du prêteur, il sera condamné, outre l'amende ci-dessus, à un emprisonnement qui ne pourra excéder deux ans. »

Art. 5 : « Il n'est rien innové aux stipulations d'intérêts par contrats ou autres actes faits jusqu'au jour de la publication de la présente loi. »

SECT. II. SI LA DÉFENSE DU PRÊT A INTÉRÊT SOUFFRE EXCEPTION A L'ÉGARD DU PRÊT DE COMMERCE, ET DANS QUELQUES AUTRES CAS.

ART. I^{er}. — Si elle souffre exception à l'égard du prêt de commerce

68. Plusieurs auteurs ont prétendu que la défense de stipuler et d'exiger des intérêts dans le contrat de prêt d'argent, devait souffrir exception à l'égard des prêts d'argent qui étaient faits à des commerçants qui empruntaient pour employer dans leur commerce la somme qui leur était prêtée, et l'y faire fructifier.

C'était l'opinion de Calvin dans ses *Institutions* : il prétend que la défense de prêter à intérêt, qui se trouve dans les livres saints, ne concerne que les prêts faits aux pauvres.

En conséquence, les lois civiles des états protestants permettent le prêt à intérêt, pourvu qu'l'intérêt n'excède pas le taux réglé par la loi.

Quelques docteurs catholiques ont aussi entrepris de justifier le prêt à intérêt fait à des commerçants. Il parut en 1684 une apologie de ces contrats, sous le titre de *Traité de la Pratique des billets et du prêt d'argent entre les négociants, par un docteur en théologie*. Cet ouvrage, imprimé à Mons, fit beaucoup de bruit, et donna lieu à plusieurs ouvrages qui furent faits pour le réfuter. En 1738, parut un nouveau *Traité des Prêts de commerce*, par un docteur de la faculté de théologie de Paris, imprimé à Lille, par lequel on s'efforce de faire l'apologie de ces contrats.

Nous rapporterons très sommairement dans un premier paragraphe, les principaux moyens allégués pour légitimer l'usure du prêt de commerce; et dans un second, les réponses qu'on y a faites.

§ 1. Moyens allégués pour la légitimité des prêts à intérêts, appelés prêts de commerce.

69. Le fondement des moyens allégués en faveur des prêts de commerce, consiste dans une distinction que fait l'auteur de la *Pratique des billets*.

Il dit que l'argent que l'on prête est susceptible de deux différentes espèces d'usage : il y a un usage de l'argent qui est un usage de consomption, il y en a un autre qui est un usage d'emploi et d'accroissement.

Lorsque l'argent est prêté pour l'usage de la première espèce, c'est-à-dire, lorsqu'il est prêté à quelqu'un qui l'emprunte pour le dépenser et se procurer les choses dont il a besoin pour les nécessités de la vie, ces auteurs conviennent qu'il n'est pas permis au prêteur de stipuler ou d'exiger aucun intérêt autre le sort principal, parce qu'en ce cas, la somme d'argent qui est prêtée étant consommée et détruite par l'emprunteur, par cette espèce d'usage qu'il en fait, on ne peut pas concevoir un usage de cette somme que le prêteur lui ait donné autre cette somme. Le prêteur, en la prêtant pour cet usage, n'a donc rien donné à l'emprunteur autre cette somme; il ne peut donc rien exiger de plus, l'équité qui doit régner dans les contrats ne permettant pas que l'un des contractants exige de l'autre plus qu'il ne lui a donné.

Les prêts qui sont faits aux pauvres, ne sont faits que pour cette première espèce d'usage. On peut faire même à des riches de semblables prêts d'argent, lorsqu'ils ne l'empruntent que pour le dépenser.

70. L'usage d'emploi et d'accroissement, qui est la seconde espèce d'usage dont, suivant ces auteurs, l'argent est susceptible, est l'usage qu'en fait un marchand en l'employant dans son commerce, et l'y faisant fructifier, *puta*, en achetant avec cet argent des marchandises sur lesquelles il y aura beaucoup à gagner.

Tel est aussi l'usage que fait de son argent celui qui l'emploie à acheter une terre, un office, ou d'autres choses qui lui produisent un revenu.

Lorsqu'on dit que l'argent est susceptible de cet usage d'accroissement, on ne considère pas l'argent physiquement. Des louis d'or, des écus ne peuvent d'eux-mêmes rien produire, mais l'argent considéré moralement et par rapport à l'emploi qu'en sait faire la personne entre les mains de qui il est, est frugifère, et susceptible d'un usage d'accroissement; puisqu'un commerçant, par l'emploi utile qu'il sait faire de l'argent, lui fait produire dix, vingt ou trente pour cent de profit, et quelquefois plus.

Les prêts de commerce qui se font à des commerçants, disent ces auteurs, étant présumés faits pour cette seconde espèce d'usage, afin d'employer dans leur commerce la somme prêtée, et l'y faire fructifier; et cet usage, très différent en cela de l'usage de consommation, étant un usage qui est véritablement quelque chose de distingué de la somme prêtée, un usage appréciable, puisqu'il fait produire un profit à cette somme, le prêteur peut équitablement, outre la restitution de la somme prêtée, exiger de l'emprunteur des intérêts de cette somme, qui sont le prix de cet usage qu'il a accordé à l'emprunteur.

¶ 1. Ces auteurs ajoutent que, de même que je puis avec justice retirer un profit de mon champ qui serait sté: ile entre mes mains, pour l'usage qu'en fait mon fermier de qui je reçois la ferme, qui est le prix de l'usage que je lui en ai accordé; de même, je puis avec justice retirer un profit de mon argent pour l'usage que ce commerçant à qui je l'ai prêté, en fait, en le faisant fructifier, et exiger qu'il m'en paie un intérêt; qui est le prix de cet usage que je lui en ai accordé.

¶ 2. Ces auteurs ajoutent encore que ces prêts d'argent faits à des commerçants, ne sont pas proprement des prêts *mutuum*; que le prêteur retient la propriété de la somme prêtée, non pas à la vérité *ipsorum corporum seu nummorum*, mais de cette somme considérée seulement comme *valeur*; qu'il en accorde seulement l'usage à l'emprunteur, lequel, après qu'il s'en sera servi, doit rendre cette somme au prêteur qui est censé en être le propriétaire, avec l'intérêt pour le prix de l'usage qu'il en a accordé. En considérant de cette manière le contrat, c'est, disent ces auteurs, plutôt *locatio*, un bail à intérêt, que ce n'est *mutuum*. L'argent, à la vérité, et les autres choses de même nature, ne sont pas susceptibles de louage, lorsqu'on ne considère dans ces choses que leur usage de consommation; mais elles en sont susceptibles par rapport à leur usage *d'emploi et d'accroissement*, de même que toutes les autres choses, puisque par cet usage on les fait fructifier, et on en retire un profit, de même que de toutes les autres choses.

¶ 3. A l'égard des textes de l'Écriture Sainte, des conciles et des pères qui défendent de rien exiger de plus que la somme prêtée, ces auteurs disent que tous ces textes ne doivent s'entendre que des prêts qui sont faits pour un usage de pure consommation, et qu'on ne doit pas les étendre aux prêts de commerce qui sont faits pour un usage *d'emploi et d'accroissement*.

La défense de prêter à usure, qui est rapportée au livre de l'Exode, ch. 22, v. 25, et placée au nombre des préceptes que Moïse propose de la part de Dieu aux israélites, n'est, disent ces auteurs, que dans le cas des prêts qui sont faits aux pauvres: *Si pecuniam mutuam dederis populo meo PAUPERI qui habitat tecum, non urgebis eum quasi exactor, nec usuris opprimes.*

Il en est de même de celui qui est rapporté au Lévitique, 25, v. 25 et 26: *Si ATTENUATUS fuerit frater tuus et infirmus manu.... ne accipias usuras ab eo, nec amplius quam dedisti... Pecuniam tuam non dabis ad usuram, et frumentum superabundantium non exiges.*

N'étant parlé dans ces deux textes que du prêt qui est fait aux pauvres, il s'ensuit, suivant ces auteurs, que ce n'est que dans le prêt qui est fait aux pauvres, que Dieu défend de recevoir rien au delà du principal, parce que le prêt

qui leur est fait, est fait pour un usage de consommation ; mais que cette défense ne doit pas s'étendre aux prêts qui sont faits aux riches pour un usage d'emploi et d'accroissement.

¶ 4. Les apologistes du prêt de commerce répondent de même au passage du Deutéronome, ch. 23, v. 19 et 20, où il est dit : *Non fannerabis fratri tuo... absque usurâ, id quo indiget commodabis.* La défense, disent-ils, de prêter à usure, est jointe dans cet endroit du Deutéronome au précepte de prêter à ses frères ce dont ils ont besoin, *id quo indiget commodabis*. Or, ce précepte ne peut concerner que les indigents et les pauvres : donc, il ne s'agit dans cet endroit du Deutéronome, que des prêts faits aux pauvres : donc, la défense qui y est faite de prêter à usure, ne concerne que les prêts faits aux pauvres.

D'ailleurs, les préceptes rapportés dans le Deutéronome, qui furent proposés aux israélites, lorsqu'ils étaient sur le point d'entrer dans la terre promise, n'étant que la récapitulation et la confirmation de ceux qui avaient été déjà donnés à leurs pères à Sinai, et qui sont rapportés dans l'Exode et le Lévitique ; et ceux-ci n'ayant défendu l'usure que dans les prêts qui sont faits aux pauvres, il s'ensuit, disent ces auteurs, que la défense de l'usure qui se trouve dans le Deutéronome, ne concerne pareillement que les prêts qui se font aux pauvres.

¶ 5. La défense qui est faite par la loi de Dieu de rien exiger au delà de la somme prêtée, ne concernant, selon ces auteurs, que les prêts qui sont faits aux pauvres, et par conséquent ceux qui sont faits pour un usage de pure consommation, ils en ont tiré cette conséquence, que ce qui est dit dans les psaumes et dans Ezéchiel, « que l'homme juste est celui qui ne prête point son argent à intérêt », doit s'entendre en ce sens, qu'il ne prête point son argent à intérêt aux pauvres, et pour un usage de pure consommation ; car la Loi n'ayant, selon ces auteurs, défendu d'exiger des intérêts que dans ce cas, il suffit, pour être à cet égard homme juste et observateur de la Loi, de ne pas prêter à intérêt aux pauvres. David et les prophètes n'ont rien recommandé de plus que l'observation de la Loi de Moïse, comme l'a remarqué Bossuet.

¶ 6. Ces auteurs répondent pareillement au passage de saint Luc, que le précepte que Jésus-Christ y fait de prêter par un pur motif de charité sans aucune vue intéressée, telle que celle de recevoir la pareille dans l'occasion, ne concerne que les prêts que les riches doivent faire aux pauvres, et que cela n'a aucune application aux prêts de commerce.

¶ 7. Ils répondent de même aux conciles et aux écrits des pères, en disant que les conciles et les pères, en condamnant l'usure, n'ont entendu condamner que l'intérêt du prêt d'argent fait aux pauvres pour un usage de pure consommation, et non l'intérêt du prêt de commerce, fait pour un usage d'emploi et d'accroissement.

Ils tirent un argument négatif du concile de Trente ; ils disent que Calvin ayant enseigné dans ses *Institutions*, que le prêt à intérêt n'était injuste que lorsqu'il était fait aux pauvres, si le concile eût regardé cette doctrine comme une erreur, il n'aurait pas manqué de la condamner comme il a condamné toutes les erreurs de Calvin ; donc le concile n'ayant pas condamné cette doctrine de Calvin, on en doit conclure qu'il ne l'a pas regardée comme une erreur.

§ II. Réponses aux moyens en faveur des prêts à intérêts.

¶ 8. La distinction entre les prêts d'argent faits pour un usage de pure consommation, et ceux faits pour un usage d'emploi et d'accroissement, fait tout le fondement de ce qu'on allègue pour la légitimité de l'intérêt dans les prêts qu'on appelle *prêts de commerce* ; cette distinction est impossible dans la pratique, et elle n'a d'ailleurs par elle-même aucune solidité.

1^o Elle est impossible dans la pratique; car, suivant les auteurs de cette distinction, le prêt à intérêt n'étant licite que lorsqu'il est fait pour un usage d'emploi et d'accroissement; pour que je puisse licitement prêter à intérêt mon argent, il faudrait que je susse que je prête mon argent pour cet usage. Or c'est ce que ne savent jamais ceux qui prêtent leur argent à intérêt; car ceux qui l'empruntent ne disent pas l'usage qu'ils en veulent faire.

Dira-t-on qu'il suffit que je sache que l'emprunteur est un commerçant riche, pour que je doive présumer qu'il emprunte mon argent pour le faire fructifier dans son commerce, et par conséquent pour un usage *d'emploi et d'accroissement*?

C'est ce qu'on ne peut pas dire; car lorsque les commerçants, même ceux qui sont riches, empruntent de l'argent à intérêt, ce n'est pas toujours pour le faire fructifier dans leur commerce qu'ils font ces emprunts, *putà*, pour acheter une partie de marchandises sur laquelle ils aperçoivent un profit considérable à faire; c'est le plus souvent pour acquitter des lettres de change dont ils sont débiteurs. Or c'est un usage de pure consommation, le commerçant qui emploie la somme qu'il a empruntée à payer la lettre de change dont il est débiteur, n'acquit, par cet usage qu'il en fait, que la libération d'autant, et rien de plus. Le prêt fait à ce commerçant pour cet usage, est donc un prêt pour lequel, même selon les principes des apologistes de l'usure, il n'est pas permis de retirer des intérêts; donc je ne puis pas licitement prêter mon argent à intérêt, même à un commerçant riche, parce que, ignorant l'usage qu'il compte en faire, je ne puis pas savoir si le prêt que je fais sera employé à un usage *d'accroissement*, pour lequel il me soit permis d'exiger des intérêts. Donc la distinction entre les prêts faits pour un usage de *pure consommation*, et ceux faits pour un usage *d'emploi et d'accroissement*, est une distinction impossible dans la pratique⁽¹⁾.

2^o, Je dis en second lieu qu'elle n'a aucune solidité, et que le profit que peut faire le commerçant sur l'argent que je lui ai prêté, n'est pas une raison pour que je puisse exiger de lui des intérêts.

La raison est, que l'équité ne permettant pas que dans les contrats l'une des parties exige de l'autre plus que le juste équivalent de ce qu'elle lui a donné, il suffit que, par le prêt que je fais d'une somme d'argent à ce commerçant, je ne lui donne que la somme prêtée, et rien de plus, comme nous l'avons établi *suprà*, n° 55 et 56, pour que je ne puisse licitement rien exiger de plus que cette somme, quelque profit qu'il puisse tirer de l'usage qu'il en fera; de même que, dans les contrats de vente et de louage, je ne puis pas licitement vous vendre une chose au delà de son juste prix, ni vous la louer au delà du juste prix⁽²⁾ de son loyer, quelque profit que vous deviez faire sur cette chose ou sur l'usage de cette chose.

Le droit qu'on a de se servir d'une somme d'argent n'étant pas quelque chose qu'on ait outre cette somme⁽³⁾, et étant renfermé dans le droit de propriété de cette somme, comme nous l'avons observé *dicto loco*; ce serait vouloir me faire payer deux fois le prix d'une chose, si, après m'être fait payer de la somme prêtée à ce commerçant par le paiement qu'il me fait d'une pareille somme, je voulais encore, par des intérêts que j'exigerais de lui, me faire payer de l'usage qu'il en a eu.

(1) L'adage vulgaire : *qui paie ses dettes s'enrichit*, a plus de sens que la réponse de Pothier.

(2) Mais que veut dire Pothier par JUSTE PRIX? La valeur vénale ou locative des choses augmente ou diminue précisément en raison, soit du

nombre des personnes qui ont besoin des choses, soit en raison de l'urgence de ces mêmes besoins.

(3) Mais il n'est pas indifférent d'avoir cette quantité à telle époque ou à telle autre époque; l'utilité plus grande est surtout dans l'opportunité.

80. Quelque profit qu'il ait pu faire par l'usage qu'il a fait de la somme prêtée, c'est un profit qu'il a fait sur ce qui lui appartenait, dont il ne doit rien à personne, puisque le droit de faire tel usage que bon lui semblerait de la somme prêtée, était essentiellement renfermé dans la propriété de cette somme qu'il avait acquise par le prêt que je lui avais fait.

Ce commerçant ayant par le prêt acquis la propriété des deniers que je lui ai prêtés, si, depuis le prêt, ils étaient perdus par une force majeure, lui seul en aurait souffert la perte; je n'en aurais rien supporté, et je n'aurais pas moins été en droit de lui demander la restitution d'une somme pareille à celle que je lui avais prêtée; donc, puisque le risque des deniers prêtés regarde l'emprunteur seul, le profit qu'il peut faire par l'usage qu'il en fera, doit pareillement le regarder seul, suivant cette règle d'équité, *Ubi periculum, ibi et lucrum.*

81. Les partisans des prêts à intérêt, pour en soutenir la légitimité, disent que ces prêts sont une espèce de contrat de louage; que le prêteur retient la propriété de la somme qu'il a prêtée, non pas à la vérité des mêmes espèces *in individuo*, mais de la valeur qu'il a prêtée, dont ces espèces ne sont que le signe.

De là ils concluent qu'outre la restitution de la somme prêtée, qui doit être rendue au prêteur, puisque cette somme lui appartient, le prêteur peut encore exiger les intérêts de cette somme; parce que continuant toujours, depuis le prêt, d'être le propriétaire de la somme prêtée, l'usage d'emploi et d'accroissement dont elle est susceptible, est quelque chose qui lui appartient; et que cet usage étant d'ailleurs appréciable, il peut accorder cet usage à l'emprunteur pour un prix qui consiste dans les intérêts qu'il stipule.

Nous avons déjà, par avance, détruit ce raisonnement, *suprà*, part. 1, chap. 1, art. 1, § 3, et nous y avons établi qu'on ne pouvait, sans renverser toutes les notions et les idées des choses, supposer que celui qui prête une somme d'argent à quelqu'un pour la dépenser, demeure propriétaire de cette somme, et que la propriété n'en est pas transférée à l'emprunteur, qui ne peut avoir le droit de la dépenser qu'autant que la propriété lui en a été transférée. Ce principe étant détruit, tout le raisonnement des partisans du prêt à intérêt tombe; car la propriété de la somme prêtée étant transférée à l'emprunteur, c'est à lui qu'appartient l'usage de cet argent, qui est inséparable de la propriété; le prêteur, à qui il n'appartient plus, ne peut donc licitement le faire payer à l'emprunteur par des intérêts qu'il exige de lui.

82. Les partisans des prêts de commerce ou prêts à intérêt, diront peut-être que notre argument contre la légitimité de ces intérêts, porte sur un faux principe. Notre principe est que le prêteur ne donne par ce prêt à l'emprunteur que la somme prêtée, et rien de plus. Or, diront-ils, ce principe est faux, car par le prêt, le prêteur se prive en faveur de l'emprunteur du profit qu'il eût pu faire sur la somme prêtée, par l'usage d'accroissement dont elle est susceptible, pendant le temps pour lequel il l'a prêtée. Il donne donc à l'emprunteur, outre la somme prêtée, ce profit dont il se prive en sa faveur, et par conséquent il peut pour cela en recevoir des intérêts.

A cela je réponds que si effectivement le prêteur, pour faire le prêt à son ami, s'était privé d'un profit certain et constant qu'il eût fait sur cet argent par l'emploi qu'il comptait en faire, s'il ne lui eût pas prêté; il pourrait en ce cas licitement exiger des intérêts qui l'en dédommageraient; ces intérêts sont les intérêts compensatoires, dont nous traiterons en la section quatrième, *usuræ compensatoriaæ*; ce ne sont pas les intérêts dont il est ici question. Ordinairement, dans les prêts à intérêt, qu'on appelle *prêts de commerce*, le prêteur ne se prive, pour faire le prêt d'aucun profit qu'il dût faire sur la somme prêtée; il ne la prête que parce qu'il n'a pas d'autre usage à en faire; s'il avait quelque usage à en faire qui dût lui être avantageux, il ne la prêterait

pas. Il ne se prive donc d'aucun profit par le prêt qu'il en fait; il ne donne donc rien de plus à l'emprunteur que la somme prêtée; et il ne peut par conséquent exiger rien de plus que la restitution de cette somme (1).

83. Contre ce que nous avons dit, « que la propriété de la somme prêtée était par le prêt transférée à l'emprunteur, l'usage de cette somme lui appartenait, et qu'en conséquence le prêteur ne pouvait pas licitement lui faire payer par des intérêts le prix de cet usage », on fait cet argument :

Lorsque j'ai vendu à quelqu'un une terre ou une maison, ou quelque autre héritage dont je l'ai mis en possession dès l'instant du contrat, quoique j'aie transféré à l'acheteur la propriété de l'héritage, il me doit néanmoins les intérêts du prix jusqu'au paiement, pour la jouissance qu'il a de l'héritage avant d'en avoir payé le prix; donc pareillement, dans le prêt, quoique j'aie par le prêt transférée à l'emprunteur la propriété de la somme que je lui ai prêtée, je puis stipuler de lui des intérêts pour la jouissance de cette somme que je pouvais ne lui pas prêter.

Je réponds qu'il n'y a aucune parité. Un héritage est une chose frugifère, dont la jouissance est quelque chose d'appréciable et de séparable de la propriété. Le vendeur s'étant, en faveur de l'acheteur, privé de cette jouissance de l'héritage qu'il avait droit de retenir jusqu'au paiement du prix, en doit être récompensé; il a donné à l'acheteur, outre l'héritage, cette jouissance de l'héritage qu'il pouvait retenir jusqu'au paiement; il doit recevoir le prix de l'un et de l'autre. Mais, dans le prêt d'argent, la somme de deniers qui est prêtée est une chose qui n'est pas frugifère, dont l'usage naturel et ordinaire n'est qu'un usage de consommation inséparable de la propriété de la chose; on ne peut donc pas dire du prêteur d'une somme d'argent, comme nous le disons du vendeur qui a vendu un héritage à crédit, que, outre la chose, il s'est privé de la jouissance de la chose; que, outre la chose, il a donné la jouissance de la chose qu'il eût pu retenir en donnant la chose; car la jouissance d'une somme d'argent, et l'usage qu'on en fait, n'étant pas quelque chose qu'on ait outre la somme d'argent; en prêtant la somme d'argent, il n'a donné à l'emprunteur que cette somme, et rien de plus, et par conséquent il ne peut rien exiger de plus (2).

Si la somme prêtée, entre les mains du commerçant à qui elle a été prêtée, est devenue susceptible d'un usage d'accroissement, ce n'est que *ex accidente*; le commerçant ne tient cela que de sa propre industrie; il ne tient point cela du prêteur, qui ne lui a donné que la somme d'argent et rien de plus (3).

On peut même dire que si ce commerçant, en se servant dans son commerce de la somme qui lui a été prêtée, a fait quelque profit, ce profit est le fruit de son industrie plutôt que de cette somme d'argent; cette somme n'a été qu'un instrument dont il s'est servi, et qui lui était à la vérité nécessaire, mais la cause productive du profit qu'il a fait, est son industrie (4). Or, de même qu'un sculpteur qui a fait une statue qu'il a vendue un prix immense, ne doit néan-

(1) Voilà une bien singulière réponse : pourquoi, en effet, supposer que celui qui prête son argent l'eût, sans cela, gardé oisif, sans aucun emploi utile, et n'en eût absolument retiré aucun profit ? C'est précisément le contraire qui doit être présumé, en sorte que dans un intérêt modéré, il y aura toujours l'idée d'une indemnité compensatoire ; l'*usura* sera toujours

compensatoria, et Pothier l'admet alors comme licite.

(2) Si la somme d'argent n'est pas frugifère *naturā suā*, elle occasionne un émolumenl qui est l'équivalent des fruits.

(3) Le prêteur a au moins fourni les moyens de réaliser cette industrie.

(4) La cause productive de ce profit est tout à la fois la somme prêtée et l'industrie.

moins au coutelier qui lui a vendu des ciseaux dont il s'est servi pour la faire, que le prix ordinaire des ciseaux, quoiqu'il n'eût pu faire la statue sans des ciseaux ; de même, quelque gain que ce commerçant ait fait en se servant dans son commerce de la somme qui lui a été prêtée, quoiqu'elle lui ait été nécessaire pour faire le profit qu'il a fait, il ne doit néanmoins rien de plus que cette somme qui lui a été prêtée, parce que le prêteur ne lui a donné rien de plus.

84. A l'égard des réponses que font les partisans des billets à intérêt aux autorités des saintes écritures et de la tradition, elles ne me paraissent pas soutenables. Ils disent que Dieu, par la loi de Moïse, n'a défendu l'usure que dans les prêts qui sont faits aux pauvres, et non dans ceux qui sont faits aux riches pour un usage d'emploi et d'accroissement. Mais cette distinction est une distinction inconnue dans toute l'antiquité. Ils tirent argument de ce que dans l'Exode il est dit : *Si pecuniam mutuam dederis populo meo PAUPERI*, etc., et dans le Lévitique : *Si attenuatus fuerit frater tuus*, etc.

La réponse est, que ces termes doivent être entendus *enuntiativè, secundùm id quòd magis communiter accidit*, parce que ce sont plus communément les pauvres qui empruntent ; on ne doit pas les entendre *restrictivè*, ces textes devant être interprétés par les autres textes de l'Ecriture qui proscriivent indistinctement l'usure dans le prêt, sans distinguer s'il est fait à des pauvres ou à des riches.

A l'égard du texte du Deutéronome, où il est dit : *Fratri tuo id quo indiget absque usurâ commodabis*, c'est mal à propos que les apologistes de l'usure prétendent tirer argument de ces termes, *id quo indiget*, pour soutenir qu'il n'est parlé dans ce texte que des prêts faits aux pauvres et aux indigents ; car ces termes, *id quo indiget commodabis*, signifient vous lui prêterez ce dont il a besoin ; ce qui convient aussi bien aux prêts faits aux riches qu'à ceux faits aux pauvres ; car les riches, comme les pauvres, n'empruntent que ce dont ils ont besoin.

Le célèbre Grotius n'a point connu ces distinctions ; il regarde tout intérêt de prêt comme défendu par la loi de Dieu, à moins qu'il ne fût purement compensatoire d'un préjudice réel que le prêteur aurait souffert du prêt ; et il décide en conséquence que la loi de Hollande, qui permet le prêt à intérêt, ne peut rendre légitime l'intérêt dans le for de la conscience : *Leges humanæ, dit-il, quæ concedunt aliquid stipulari pro usu pecuniae, ut apud Hollandos..., si quidem verè stant intrâ compensationem ejus quod abest, non pugnant cum naturali aut divino jure : sin eum modum excedunt, impunitatem dare possunt, jus dare non possunt* ; de Jur. bel. et pac., lib. 2, cap. 12.

L'interprétation que donnent les partisans des prêts à intérêts aux textes des livres saints, doit d'autant moins être reçue, qu'il n'est pas permis d'interpréter les saintes Ecritures selon son sens particulier, et qu'elles doivent être entendues dans le sens dans lequel la tradition de l'Eglise les a toujours entendues. Or il paraît par les canons des conciles, et par tous les monuments de la tradition qui ont été ci-dessus rapportés entre bien d'autres, que la défense qui est faite de l'usure dans les livres saints, a toujours été regardée comme une défense générale, et on ne voit aucun vestige de la distinction qu'on veut faire aujourd'hui entre les prêts qui sont faits aux riches, et ceux qui sont faits aux pauvres, ni entre ceux qui sont faits pour un usage de *pure consumption*, et ceux qui sont faits pour un usage d'*emploi et d'accroissement*. Il est vrai que les pères de l'Eglise, dans leurs homélies, prêchent principalement contre les usures qu'on exerce envers les pauvres, parce que ce sont les plus criantes ; mais aucun d'eux n'a restreint la défense de l'usure aux prêts qui sont faits aux pauvres. Au contraire, saint Ambroise, lib. de *Tobiâ*, cap. 14, n° 49, rapporte pour exemple des prêts usuraires défendus par la loi de Dieu, des prêts faits à des marchands : *Plerique refugientes præcepta Le-*

gis, quum dederunt pecuniam negotiatoribus, non in pecunia usuras exigunt, sed de mercibus eorum emolumentum percipiunt : audiant quid Lex dicat, etc.

L'argument négatif, tiré de ce que le concile de Trente n'a pas condamné la doctrine de Calvin sur le prêt à intérêt, ne prouve rien. Le concile s'est attaché à examiner la foi de l'Eglise sur le dogme; il n'a condamné que les différentes erreurs qui s'étaient répandues sur le dogme. Mais s'il n'a pas fait de canon contre les erreurs de Calvin sur la morale, et principalement contre sa doctrine sur l'usure, il ne s'ensuit pas qu'il l'ait approuvée. Le catéchisme de ce concile, p. 3 ad 7, *Decal. præcept.*, § 20, condamne expressément tout intérêt qu'on exige du prêt : il dit que, *qui s'ancrantur, bis idem vendunt, aut vendunt quod non est*, suivant l'idée et les expressions de saint Thomas.

85. A l'égard des lois et ordonnances du royaume qui défendent de prêter à intérêt, les partisans de l'usure n'ont pas encore pu persuader aux juges que les prêts faits aux commerçants en dussent être exceptés. C'est pourquoi, dans les prêts à intérêts que les usuriers font aux commerçants, ils ne manquent pas, pour tromper les juges, de faire comprendre l'intérêt avec le sort principal, dans la somme que l'emprunteur reconnaît par son billet avoir reçue. Par exemple, lorsqu'un usurier compte à un commerçant une somme de 1000 livres qu'il s'oblige de rendre dans six mois, il lui fait reconnaître par son billet qu'il a reçu une somme de 1,025 livres. Si néanmoins l'emprunteur voulait se dispenser de payer l'intérêt, il serait reçu dans les tribunaux à déferer au prêteur le serment, « s'il n'est pas vrai qu'il ne lui a compté réellement que la somme de 1000 livres » ; et sur le refus que le prêteur ferait de rendre ce serment, l'emprunteur, en affirmant n'avoir reçu que cette somme, serait déchargé du surplus.

Les lois du royaume ne permettant pas d'exiger des intérêts dans aucun prêt, quelle que soit la qualité de celui à qui le prêt est fait, il n'en faut pas davantage, quand même ces intérêts ne seraient pas condamnés comme ils le sont par la loi divine, pour qu'on ne puisse en conscience prêter à intérêt, même aux commerçants ; car les lois civiles obligent dans le for de la conscience (¹).

ART. II.— Si la défense du prêt à intérêt souffre exception à l'égard des deniers pupillaires.

86. C'est une erreur qui a eu, pendant un très long temps, cours dans plusieurs lieux, et surtout dans des villes de commerce, que la défense du prêt à intérêt devait souffrir exception à l'égard des deniers des mineurs. Cette erreur était fondée sur l'inconvénient qu'il y avait, surtout à l'égard des enfants des commerçants, à faire de leur argent un autre emploi; car les tuteurs, en faisant emploi des deniers de leurs mineurs en acquisition d'héritages ou de rentes, mettent leurs mineurs, lorsqu'ils sont parvenus à l'âge de majorité, dans l'impuissance de suivre l'état de leurs pères, et d'entreprendre un commerce, faute d'avoir en argent comptant les fonds nécessaires : ils sont obligés de revendre les héritages et rentes que leurs tuteurs leur ont achetés ; mais souvent on est très longtemps sans pouvoir trouver à les revendre, et on ne les revend qu'avec beaucoup de perte.

Pour remédier à cet inconvénient, on avait cru que les deniers des mineurs

(¹) Oui, on ne peut trop le répéter :
« *Les lois civiles obligent dans le for de la conscience.* »
C'est pour cela qu'il ne faudrait pas

si souvent opposer ce même for de la conscience aux lois civiles si on veut les rendre respectables.

pouvaient être exceptés de la loi qui défend le prêt à intérêt, et en conséquence l'usage s'était introduit dans plusieurs lieux, de donner à intérêt les deniers des mineurs jusqu'au temps de leur majorité. On faisait intervenir l'autorité du juge; on criait à l'audience, qu'une certaine somme de deniers, appartenant à un tel mineur, était à donner à intérêt jusqu'au temps de sa majorité; et le juge adjugeait cette somme à la personne qui offrait la meilleure condition pour le mineur; laquelle personne s'obligeait par l'adjudication qui lui en était faite, à rendre la somme au mineur lors de sa majorité, et à en payer l'intérêt par chacun an jusqu'au paiement; et on l'obligeait à donner bonne et suffisante caution.

Quoique cet abus eût été réprimé par un arrêt de la Cour du 13 juin 1539, que rapporte l'auteur de la *Bibliothèque du droit Français*, sur le mot *usure*; (par cet arrêt le lieutenant général d'Orléans, qui avait adjugé à intérêt une somme de deniers d'un mineur, à la charge de la lui rembourser à sa majorité, fut décrété d'ajournement personnel): néanmoins malgré cet arrêt, l'abus des baux à intérêt des deniers des mineurs, à la charge de rendre la somme à la majorité du mineur, s'était de nouveau introduit à Orléans, et il n'a cessé que depuis un arrêt du 7 septembre 1726, qui a fait défenses au prévôt d'Orléans de faire de pareilles adjudications. *Voy. notre Traité du Contrat de Constitution de Rentes*, n° 44.

C'est avec grande raison que le parlement a proscrit cet abus. Les inconvénients que nous avons ci-dessus exposés, ne pouvaient pas être une raison suffisante pour dispenser les tuteurs des mineurs de l'observation des lois divines et humaines, qui défendent le prêt à intérêt. Ces lois étant des lois générales, obligent toutes les personnes, les mineurs aussi bien que les majeurs. Aucune puissance ne peut dispenser de ce que la loi divine défend, quelque favorable que pût paraître la cause pour laquelle la dispense serait demandée. C'est pourquoi le pape Alexandre III, cap. 4, *Extrav. de Usuris*, dit fort bien: *Quum usurarum crimen utriusque Testamenti pagina detestetur, super hoc dispensationem aliquam fieri posse non videmus: quia quum scriptura sacra prohibeat pro alterius vitâ mentiri, multò magis prohibendus est quis, ne etiam pro redimendâ vitâ captivi* (¹), *usurarum crimine involvatur*. A plus forte raison, la conservation des deniers des mineurs orphelins ne doit pas être une raison suffisante pour les dispenser de la loi qui défend l'usure.

SECT. III.—QUE COMPREND LA DÉFENSE DE L'USURE.

Nous verrons:—1^o ce qu'il faut pour qu'il y ait usure;—2^o Nous rapporterons différents exemples de profits usuraires;—3^o Nous verrons quel est l'effet des lois qui ont défendu l'usure, et quelles sont les peines qu'elles prononcent contre les usuriers.

ART. I^{er}. — Ce qu'il faut pour qu'il y ait usure.

§ 7. L'usure, suivant la définition que nous en avons donnée *suprà*, n° 53, est le profit que le prêteur exige de l'emprunteur au delà du sort principal pour le prêt qu'il lui a fait; *Lucrum suprà sortem exactum, tantum propter officium mutationis, ou lucrum ex mutuo exactum*.

Il suit de là que, pour qu'il y ait usure, il faut trois choses:

1^o Il faut qu'il soit intervenu un contrat de prêt;—2^o Il faut que le prêteur retire un profit du prêt;—3^o Il faut qu'il ait été exigé de l'emprunteur.

(¹) Eh quoi! il vaudra mieux laisser le soutien de sa famille! Quelle morale! périr dans la captivité ce père qui est combien elle est utile à la société!

§ 1^{er}. Il faut qu'il soit intervenu un contrat de prêt.

88. Ce n'est proprement que dans le contrat de prêt que se commet l'usure proprement dite ; les autres contrats sont bien susceptibles de différentes injustices ; et en général, dans tous les contrats, il y a injustice lorsque l'une des parties exige de l'autre quelque chose de plus que le juste équivalent de ce que par le contrat elle lui a donné, ou s'est obligée de lui donner (*suprà*, n° 55) ; et ces espèces d'injustices qui se commettent dans les autres contrats, sont aussi quelquefois dans un sens impropre, *lato* et *improprio sensu*, appelées *usures*. Mais l'usure proprement dite, qui est celle dont nous traitons, ne se commet que dans le contrat de prêt ; c'est ce qui résulte de la définition que nous en avons donnée ; *Lucrum ex MUTUO exactum*.

Il n'est pas néanmoins nécessaire que ce soit un contrat de prêt formel et explicite ; il suffit que l'intention secrète des parties ait été de faire un contrat de prêt usuraire, quoiqu'elles l'aient déguisé sous la fausse apparence d'autres contrats. Ces contrats, en ce cas, qui ne sont intervenus que pour couvrir et déguiser le contrat de prêt que les parties avaient intention de faire, sont réputés n'être dans la vérité qu'un contrat de prêt ; et le lucre que l'une des parties en retire, est une véritable usure.

On peut donner pour exemple le contrat *Mohatra*, dont nous avons parlé dans notre *Traité du Contrat de Vente*, n° 38, par lequel, « pour déguiser le prêt usuraire d'une somme d'argent que j'ai intention de vous faire, je vous vends une certaine chose, pour une certaine somme que vous vous obligez de me payer au bout d'un certain terme, *putà*, pour une somme de 600 livres, payables dans six mois ; ensuite je vous rachète cette chose ou par moi-même, ou par une personne interposée, pour une somme moindre, *putà*, pour une somme de 540 livres que je vous paie comptant ».

Ces contrats ne passent que pour un contrat de prêt d'une somme de 540 liv. ; et le lucre que je fais d'une somme de 60 livres, est une vraie usure.

Nous avons rapporté dans notre *Traité du Contrat de Société*, n° 22, un autre exemple de contrats simulés, pour couvrir et déguiser un prêt usuraire : c'est le cas vulgairement appelé par les casuistes *le cas des trois contrats*.

89. De là la division des usures, en usures *formelles* et usures *palliées*.

On appelle *usures formelles*, le profit que le prêteur exige au delà du sort principal, par un contrat de prêt formel et explicite : comme lorsque je vous prête vingt écus, à la charge que vous me rendrez vingt-un écus au bout d'un certain temps ; ou douze mines de blé, à la charge que vous m'en rendrez treize ; l'écu, ou la mine de blé que j'exige de plus que ce que je vous ai prêté, est une usure formelle.

On appelle *usure palliée*, le profit qui est fait par ces contrats simulés qui servent à déguiser un contrat de prêt usuraire.

Par exemple, dans l'espèce du contrat *Mohatra*, rapportée ci-dessus, le profit que je fais d'une somme de 60 livres, en vous vendant à terme pour 600 livres, ce que je rachète de vous au comptant pour 540 livres, est une usure palliée.

Ces usures palliées ne sont pas moins défendues, ni moins criminelles que les usures formelles : elles le sont même davantage, puisque l'usurier ajoute au péché de l'usure, celui du mensonge et de l'hypocrisie.

90. Ce qu'un créancier exige de son débiteur, pour une prorogation du terme qu'il lui accorde pour le paiement d'une somme d'argent, doit aussi passer pour une usure proprement dite ; car cette convention renferme, *per fictionem brevis manūs*, une espèce de prêt implicite : le créancier est censé *per fictionem brevis manūs*, recevoir de son débiteur la somme qui lui est due, et la lui remettre incontinent, pour que le débiteur ne la rende qu'après l'expiration de la prorogation du terme avec l'intérêt convenu.

Cette prorogation de terme étant quelque chose d'équivalent à un prêt,

l'intérêt ou tout autre profit, quel qu'il soit, que le créancier retire de cette prorogation, est en quelque façon *lucrum ex mutuo exactum*, et par conséquent une usure proprement dite. Il en serait autrement néanmoins, si ce que le créancier a exigé pour la prorogation du terme n'était pas un profit, mais un dédommagement du préjudice qu'aurait causé au créancier la prorogation du terme⁽¹⁾.

91. *Vice versa*, lorsque le débiteur d'une somme d'argent, qui en fait le paiement à son créancier avant le terme auquel elle était payable, retiens quelque chose sur cette somme pour l'intérêt du temps à courir depuis le jour du paiement qu'il en fait, jusqu'au jour auquel elle était payable; quoiqu'il ne souffre rien de cette avance qu'il fait à son créancier, cet intérêt que ce débiteur retient pour la récompense de l'anticipation du paiement, qu'on appelle *escampte*, est une véritable usure, semblable à celle qu'un prêteur exige pour la récompense du prêt; cette anticipation de paiement étant en cela semblable au prêt.

Nous traiterons *ex professo* de cette matière de *l'escampte*, dans la dernière section de cette partie.

92. On avait autrefois douté si le contrat de constitution de rente était un contrat usuraire. Les décisions des papes se sont accordées avec les lois des princes, pour déclarer que ce contrat est licite, et n'est aucunement infecté d'usure, pourvu néanmoins qu'on y observe les règles que prescrivent les lois pour la légitimité de ce contrat⁽²⁾: sur quoi voyez ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat de Constitution*, ch. 2.

Lorsque quelqu'une de ces règles a été ouvertement violée, le contrat de constitution de rente passe pour un prêt à intérêt, et il est nul; et non-seulement les arrérages ne peuvent être exigés, mais le constituant qui les a payés peut les diminuer sur la somme qu'il a reçue pour le prix de la constitution, et même les répéter jusqu'à concurrence de ce qu'ils excéderaient cette somme, comme nous l'avons expliqué dans le *Traité ci-dessus* mentionné.

Cela surtout doit avoir lieu lorsque par le contrat de constitution il n'y a pas une parfaite aliénation de la somme qui a été payée pour le prix de la rente, qu'on a coutume d'appeler *le principal de la rente*; c'est-à-dire, lorsque le créancier à qui la rente a été constituée, a retenu le droit d'exiger un jour cette somme principale du débiteur de la rente; car, en ce cas, le contrat de constitution ne peut passer que pour un véritable prêt usuraire de cette somme.

93. Cette aliénation du principal de la rente, requise pour la légitimité du contrat de constitution, ne doit se considérer que de la part du créancier à qui la rente a été constituée. Il suffit pour que le contrat soit légitime, qu'il ne puisse, ni par lui-même, ni par aucune personne par lui interposée, exiger le rachat de la rente: car, quoique le débiteur puisse être obligé un jour à ce rachat par un tiers; quoique le créancier à qui la rente a été constituée, ait eu, dès le temps du contrat, connaissance que le constituant, débiteur de la rente, pourrait un jour être contraint par ce tiers au rachat de la rente, et qu'il ait eu en conséquence une certitude morale que la rente qu'on lui constituait lui serait remboursée, le contrat de constitution n'en est pas moins légitime, pourvu que ce ne soit pas le créancier de la rente qui ait le droit d'exiger ce rachat.

C'est ce qui paraît évidemment par l'exemple d'un contrat de constitution,

(1) Pourquoi ne pas supposer qu'il en est toujours ainsi, et que l'intérêt est compensatoire. (2) Et c'est en admettant une fiction qui était un mensonge qu'on était arrivé à permettre la constitution de rente.

dans lequel intervient un tiers qui se rend pour le constituant, caution de la prestation de la rente, et qui stipule que le constituant le fera au bout d'un certain temps, décharger de son cautionnement. Quoique dans cette espèce le créancier soit assuré de recevoir le remboursement de sa rente, auquel la caution ne manquera pas d'obliger le débiteur de la rente, pour être déchargée de son cautionnement; néanmoins comme ce n'est pas le créancier qui a le droit de l'exiger, personne ne doute de la légitimité du contrat de constitution: *Voy. notre Traité des Obligations, n° 443.*

On peut encore apporter plusieurs autres exemples, auxquels notre principe reçoit application; *putā*, lorsqu'un titulaire de bénéfice obtient une ordonnance du juge, qui lui permet de prendre une certaine somme d'argent à constitution de rente, pour faire des réparations considérables aux biens de son bénéfice, auxquelles quelque accident de force majeure a donné lieu.

Quoique l'ordonnance porte que le titulaire du bénéfice sera tenu de rembourser au bout d'un certain temps, sur les épargnes qu'il doit faire du tiers des revenus du bénéfice qui est destiné à la charge des réparations, la somme qu'il prendra à constitution; et qu'en conséquence celui qui donnera à ce titulaire à constitution de rente la somme que ce bénéficiaire a été autorisé de prendre, soit assuré de recevoir dans un certain temps le rachat de sa rente; néanmoins personne ne doute que, dans cette espèce, le contrat de constitution que ce titulaire a passé à celui qui a fourni la somme pour cet emploi, ne soit très légitime. Car si ce bénéficiaire peut être contraint au bout d'un certain temps, de racheter la rente, ce n'est que par le ministère public qu'il y peut être contraint: ce n'est pas le créancier à qui la rente a été constituée, qui a le droit d'exiger ce rachat; ce qui suffit pour qu'il y ait une véritable alienation de la somme qu'il a payée pour le prix de la rente.

Il en est de même du cas auquel un tuteur, pour une cause urgente, a été autorisé par une ordonnance du juge, à prendre à constitution en son nom de tuteur, pour son mineur, une certaine somme d'argent. Quoique par une clause de cette ordonnance il soit dit qu'il sera tenu d'en faire le remboursement au bout d'un certain temps, sur les revenus du mineur qu'il aura touchés, le contrat de constitution qu'il passera en exécution de cette ordonnance, au profit de celui qui lui fournira la somme, n'en sera pas moins légitime. Il suffit pour cela que ce ne soit pas le créancier à qui la rente a été constituée, qui ait le droit d'exiger le remboursement.

¶ 4. Notre principe ainsi développé, sert à décider une question sur une espèce qui m'a été proposée, et dans laquelle des casuistes avaient cru trouver de l'usure. Il s'agissait de billets d'emprunt sur la compagnie des Indes.

Cette compagnie, suivant ce qui m'a été exposé, a été autorisée par un édit (que je n'ai pas vu, et dont je ne sais pas la date) à faire un emprunt de 10 millions, à la charge d'en rembourser une certaine partie tous les ans, sur les profits que ferait la compagnie, jusqu'au remboursement de la somme entière, qui devait s'achever au bout d'un certain temps.

Cet emprunt était partagé en billets, qui étaient chacun de 1,000 livres ou de 500 livres, par lesquels la compagnie promettait un intérêt de cinq pour cent par an de la somme de 1,000 livres (ou de 500 livres) qu'elle reconnaissait avoir reçue, jusqu'au rachat qu'elle ferait de cette somme. Ces billets étaient numérotés; et, pour satisfaire à la clause de l'édit qui en ordonnait le remboursement, on tirait tous les ans au sort les numéros des billets qui devaient être remboursés.

Ces billets ont paru usuraires à quelques casuistes, parce que le créancier du billet étant assuré par l'édit, qu'il serait remboursé de la somme qu'il payait pour le prix du billet, ces billets paraissaient renfermer un prêt à intérêt, plutôt qu'une constitution de rente, n'y ayant pas, selon eux, d'aliénation du

principal. Je pense qu'on doit décider au contraire que ces billets renferment un contrat de constitution de rente très légitime.

La raison est, que ce n'est pas envers les créanciers de ces billets que la compagnie s'oblige au rachat : elle ne contracte cette obligation qu'envers le roi, qui met cette condition à la permission qu'il lui accorde de faire l'emprunt : il n'y a que le roi qui puisse contraindre la compagnie à ce rachat, de même qu'il peut en proroger le terme, ou même l'en dispenser tout à fait⁽¹⁾. Ce ne sont donc pas les créanciers des billets qui ont le droit d'exiger le rachat, ce qui suffit, selon les principes que nous avons exposés, pour que ces billets contiennent une aliénation du principal, et qu'ils soient de légitimes contrats de constitution de rente.

§ II. *Il faut pour qu'il y ait usure, que ce que le prêteur exige au delà de la somme prêtée, soit un lucre et un profit qu'il retire du prêt, lucrum ex mutuo exactum.*

¶ 5. De ce principe on tire deux corollaires.

Le premier corollaire est, que, si ce que le prêteur a exigé au delà de la somme prêtée, n'était qu'un dédommagement du préjudice qu'il aurait souffert du prêt, ce ne serait pas une usure, mais un intérêt compensatoire, dont nous traiterons dans la section suivante.

De là naît la décision de la question, si c'est un contrat usuraire, que celui par lequel je vous prête un tonneau de vin, dans un temps où les vins sont à très vil prix, à la charge que vous m'en rendez un dans un certain temps, auquel il est moralement certain que le prix des vins sera beaucoup plus cher ?

La raison de douter est, qu'en exigeant de vous un tonneau de vin d'un prix plus cher que n'était celui que je vous ai prêté, j'exige de vous plus que ce que je vous ai prêté.

La raison de décider qu'il n'y a pas d'usure, est que je ne retire aucun profit du prêt que je vous ai fait par la plus-value de votre tonneau de vin ; car, si je ne vous eusse pas prêté le mien, et que je l'eusse gardé, j'aurais profité sur le tonneau de vin que je vous ai prêté, de l'augmentation du prix des vins ; ce que celui que vous me rendez vaut aujourd'hui de plus que ne valait, lors du prêt, celui que je vous ai prêté, ne fait que m'indemniser du profit que j'y aurais fait, si je ne vous l'eusse pas prêté : je ne retire donc aucun profit du prêt que je vous ai fait : le contrat ne renferme donc aucune usure.

¶ 6. Le second corollaire qui naît du principe « que l'usure doit être un lucre que le prêteur retire du prêt », est qu'il n'y a que le profit dont le prêt est la cause principale, qui soit une usure ; celui dont le prêt n'a été que la condition, et qui a une autre cause principale, n'est pas une usure.

Par exemple, si quelqu'un m'a légué un certain héritage à condition que je prêterais à ses héritiers après sa mort une certaine somme pour acquitter les dettes de sa succession, le legs que je recueillerai après avoir satisfait à la condition, et fait le prêt ordonné par le testament, est un lucre qui n'est pas une usure ; car le prêt que j'ai fait n'est que la condition qui y a donné lieu, la cause principale est le testament : ce n'est pas *lucrum ex mutuo*, c'est *lucrum ex testamento*.

¶ 7. Pareillement, le profit dont le prêt n'a été que l'occasion, n'est pas un profit usuraire. Par exemple, quoique le prêt que j'ai fait à mon métayer pour

(1) Pothier nous paraît aller beaucoup trop loin : il oublie la maxime de *uniuscunque contractus initium spectant* | *dum et causam*. Mais il est facile de voir que, dans tout ce traité, il fait constamment une concession aux idées reçues de son temps.

le mettre plus en état de mieux cultiver ma terre, me procure un profit qui consiste en ce que ma terre en sera mieux cultivée, ce profit n'est pas une usure ; le prêt n'en a été que l'occasion. Cette culture n'est pas quelque chose que j'exige de lui pour le prêt, ni comme la récompense du prêt ; il me doit cette culture par le contrat du bail à ferme que je lui ai fait de ma terre, et je lui en paie le prix par la jouissance de ma terre que je lui donne par ce bail.

Nous avons rapporté dans notre *Traité des Obligations*, n° 618, un autre exemple de profit dont le prêt n'a été que l'occasion ; *voyez-le*.

§ III. *Pour qu'il y ait usure, il faut que l'intérêt ou autre profit que le prêteur a retiré du prêt, ait été exigé.*

❸. C'est ce qui résulte de la définition de l'usure, *lucrum ex mutuo EXACTUM*. C'est pourquoi si celui à qui j'ai prêté une somme d'argent, après me l'avoir rendue, veut de son bon gré me faire un présent, pour me témoigner sa reconnaissance ; quoique je fisse mieux de le refuser, je puis néanmoins très licitement l'accepter : ce qui m'a été donné n'est pas une usure ; car, ne l'ayant pas exigé, ce n'est pas *lucrum ex mutuo exactum*.

❹. Pour que le présent que le prêteur a reçu de l'emprunteur soit réputé lui avoir été fait librement, et ne soit pas en conséquence infecté du vice d'usure, il faut que l'emprunteur ne l'ait fait que dans le temps qu'il a rendu la somme prêtée, ou après : s'il l'avait fait auparavant, il serait présumé ne l'avoir fait que pour que le prêteur ne le pressât pas pour le paiement, et par conséquent ne l'avoir pas fait avec liberté entière ; ce qui suffit pour que ce présent que le prêteur a reçu, soit regardé en quelque façon comme exigé, et par conséquent comme infecté du vice d'usure.

Cela doit néanmoins beaucoup dépendre des circonstances. Si celui à qui j'ai prêté une somme d'argent, était dans l'usage, dès avant que je lui eusse fait aucun prêt, de me faire de petits présents à certains jours, *putâ*, le jour de ma fête ou le jour des étrennes, et que, depuis le prêt que je lui ait fait, quoique avant la restitution de la somme prêtée, il m'ait fait, aux jours accoutumés, un petit présent semblable à ceux qu'il était dans l'usage de me faire ; je ne crois pas que, dans ces circonstances, le présent doive être présumé fait par l'emprunteur dans la vue de n'être pas pressé pour le paiement, ni par conséquent qu'il doive passer pour usuraire.

Cela dépend aussi beaucoup de la qualité des personnes, et de celle des choses données en présent. Par exemple, si un gentilhomme qui a emprunté une somme d'argent de son ami, lui a fait présent de quelques pièces de gibier de sa chasse, ou de quelques corbeilles de beaux fruits de son jardin, je ne crois pas qu'un tel présent, qu'il serait incivil de refuser, doive passer pour usuraire, quoiqu'il ait été fait avant la restitution de la somme prêtée.

❺. Au contraire, quoique le présent n'ait été fait que lors ou depuis la restitution de la somme prêtée, il ne laisse pas quelquefois d'être usuraire. Cela est évident, lorsqu'il avait été promis : car, quoique la promesse que l'emprunteur m'a faite ne fût pas obligatoire, et que je n'eusse pu le contraindre à me donner ce que je lui fais promettre de me donner ; néanmoins, on ne peut pas dire qu'il m'a donné de son bon gré ce qu'il m'a donné, puisqu'il ne me l'a donné que pour tenir la promesse que je lui avais fait faire, à laquelle il croyait ne pouvoir pas décentement manquer. J'ai véritablement exigé de lui ce qu'il m'a donné, par la promesse que lui ai fait faire de me le donner ; c'est *lucrum ex mutuo EXACTUM*, et par conséquent une véritable usure.

❻. Si lors du prêt j'avais seulement dit à l'emprunteur, « que je le laissais le maître de la récompense qu'il me donnerait pour le service que je lui rendais », la récompense que je recevais de lui, serait encore en ce cas une usure ; car je l'ai exigée de lui, en lui déclarant, lors du prêt que je lui ai fait, que j'en-

tendais en recevoir une récompense : je n'ai laissé à sa discrétion que la mesure de la récompense, mais j'ai exigé la récompense ; c'est *lucrum ex mutuo exactum*.

102. Quand je n'aurais stipulé expressément aucune récompense pour les prêts que j'ai faits, il suffit que j'ait par quelque fait donné à entendre aux emprunteurs que je m'attendais à recevoir d'eux une récompense, pour que celle que je recevrai d'eux soit une véritable usure ; car je suis censé l'avoir exigée d'eux, en leur donnant, quoique tacitement, à entendre que je ne leur faisais le prêt que parce que je m'attendais qu'ils me la donneraient.

Supposons, par exemple, qu'un propriétaire de moulin fût dans l'usage de prêter à ses pratiques, et de recevoir des présents de ceux à qui il faisait ces prêts, sans qu'il y en eût aucune convention. Si quelqu'un de ceux à qui il prêtait ne lui ayant pas donné de récompense, il en avait témoigné du mécontentement, et n'avait plus voulu lui prêter, il aurait par là donné suffisamment à entendre à ceux à qui il avait coutume de prêter, qu'il s'attendait à une récompense pour les prêts qu'il faisait ; et, par conséquent, celle qu'il recevait d'eux, devrait être regardée comme une récompense *exigée*, et une véritable usure.

103. Les théologiens vont bien plus loin.

Il suffit, suivant eux, que le prêteur, en prêtant son argent, se soit attendu à recevoir une récompense du prêt, quoiqu'il n'en ait rien témoigné à l'emprunteur, pour que, par cette intention, il se soit rendu coupable d'usure, et pour que la récompense que l'emprunteur lui donnerait ensuite de son bon gré, soit une usure que le prêteur ne puisse en conscience ni recevoir ni retenir.

Ils appellent cette récompense à laquelle le prêteur s'est attendu, une *usure mentale*, qu'ils disent être condamnée par ce précepte de Jésus-Christ, rapporté dans l'Evangile de Saint-Luc : *Mutuum date, nihil indè sperantes*. C'est pourquoi ils ne se contentent pas de définir l'usure, *lucrum ex mutuo exactum*, comme la définissent les jurisconsultes ; ils ajoutent à cette définition ces termes, *vel speratum*, ou ceux-ci, *vel intentum*.

Je ne suis pas théologien, et il ne m'appartient pas de combattre les opinions des théologiens. Je ne puis néanmoins m'empêcher de dire que j'aurais bien de la peine à regarder comme une usure criminelle, un présent qu'un riche à qui vous avez prêté une somme d'argent, vous fait très librement et de son bon gré, pour vous en témoigner sa reconnaissance, quoique vous vous y soyez attendu, sans néanmoins avoir jamais fait paraître, ni donné à entendre en aucune manière que vous vous y attendiez. Je ne vois pas que cela soit condamné par le passage de saint Luc, sur lequel les théologiens se fondent, et que nous avons rapporté *suprà*, n° 61. Jésus-Christ, dans cet endroit, commande aux chrétiens d'observer la loi d'une manière plus parfaite que ne le faisaient les juifs : ceux-ci se contentaient de l'observer littéralement. Lorsqu'ils prêtaient, ils n'exigeaient rien au delà de la somme prêtée ; mais ils ne prêtaient que par des vues intéressées, et qu'à ceux de qui ils espéraient recevoir la pareille dans l'occasion : *Fænerantur ut recepiant aequalia*. Jésus-Christ nous commande de prêter par principe de charité, et par conséquent de prêter même à ceux de qui nous n'avons aucune reconnaissance à attendre ; et même, dans un cas de besoin pressant, à ceux qui pourront n'être pas en état de nous rendre ce que nous leur avons prêté. Voilà, je crois, le sens de ce précepte, *mutuum date, nihil indè sperantes*. On contrevient à ce précepte, lorsqu'on est dans la disposition de volonté de ne pas prêter à ceux de qui on n'a aucune reconnaissance à attendre, quoiqu'on en ait la commodité. Mais je ne vois pas que par ce précepte il soit défendu à celui qui prête à un riche, de s'attendre à une récompense, et de la recevoir, pourvu qu'il ne l'exige pas, et qu'il ne fasse pas même connaître qu'il s'y attend.

On ne s'est jamais avisé de faire un crime à un paysan qui a trouvé une

chose précieuse que j'avais égarée, de s'être attendu à une récompense, et de l'avoir reçue, pourvu qu'il ne l'ait pas exigée, et qu'il ait été dans la disposition de me rendre la chose qu'il a trouvée, quand même je ne lui donnerais aucune récompense. Il est cependant moins en droit d'en attendre une que celui qui me fait un prêt, puisque la restitution de ma chose qu'il a trouvée, m'est due en rigueur de justice ; au lieu qu'un prêt qu'on fait, est un bienfait qu'on n'était pas obligé de faire.

ART. II. — Différents exemples de profits usuraires.

104. On appelle *profits usuraires*, non-seulement les intérêts que le prêteur exige de la somme prêtée, et toutes les choses qu'il se fait donner outre le sort principal, mais en général tout profit, quel qu'il soit, qu'il exige pour le prêt qu'il a fait.

C'est pourquoi le prêteur n'est pas exempt d'usure, quoiqu'il n'exige qu'une somme ou une quantité parcellaire à celle qu'il a prêtée, pour peu qu'il retire d'ailleurs quelque profit du prêt.

Par exemple, si je vous ai prêté un tonneau de mon vin de Saint-André, à la charge qu'après la vendange, vous me rendrez un tonneau de votre vin de Saint-Denis. Le vin de Saint-Denis étant plus précieux que celui de Saint-André, je serais coupable d'usure, si je ne vous faisais pas raison de ce qu'un tonneau de vin de Saint-Denis vaut de plus qu'un tonneau de vin de Saint-André : car, sans cela, la plus-value du tonneau de vin de Saint-Denis serait un profit que je retirerais du prêt, et par conséquent un profit usuraire.

Serais-je obligé de vous faire cette raison, si le prix des vins étant diminué, le tonneau de vin de Saint-Denis que vous me rendrez, n'était pas de plus grande valeur que mon tonneau de Saint-André, lorsque je vous l'ai prêté ?

Je réponds que j'y suis obligé, même dans ce cas. La raison est, que ne vous ayant pas vendu, mais vous ayant prêté un tonneau de vin, vous avez, par le prêt, contracté l'obligation, non de me rendre la somme que valait mon tonneau de vin lorsque je vous l'ai prêté, mais de me rendre un autre tonneau de vin de la même qualité. Il n'importe donc quel ait été le prix de mon tonneau de vin lorsque je vous l'ai prêté ; car ce n'est pas de ce prix que vous êtes mon débiteur. Si le prix des vins était augmenté, vous ne me devriez pas moins un tonneau de vin, et je proliférais de l'augmentation : par la même raison, je dois supporter la diminution ; et quoique le prix des vins soit diminué, vous ne me devez toujours qu'un tonneau de vin de la qualité de celle que je vous ai prêté. Je ne puis donc licitement en exiger de vous un d'une qualité supérieure, sans vous faire raison de la plus-value.

Par la même raison, si je vous avais prêté des tonneaux de vin en fûts vieux, à la charge que vous m'en rendiez d'autres en fûts neufs, je dois vous faire raison de ce que les fûts neufs, dans lesquels vous me rendez le vin que je vous ai prêté, valent plus que les vieux, quand même, lors du prêt, les vieux fûts auraient valu autant que valent les neufs, lorsque vous m'aurez rendu les tonneaux.

105. La défense de l'usure comprend non-seulement le profit que le prêteur ferait en exigeant que l'emprunteur lui donne quelque chose outre la somme prêtée ; il comprend pareillement celui qui consiste à exiger qu'outre la restitution de la somme prêtée, l'emprunteur fasse quelque chose pour lui.

Il faut néanmoins, à l'égard des services que le prêteur exigerait de l'emprunteur outre la restitution de la somme prêtée, distinguer ceux qui sont appréciables, et ceux qui ne le sont pas.

Lorsque le service exigé de l'emprunteur est appréciable, et qu'il l'a rendu, le prêteur doit imputer et diminuer sur la somme prêtée qui doit lui être rendue, celle à laquelle est appréciable le service que l'emprunteur lui a rendu. Par exemple, si j'ai prêté une somme d'argent à un laboureur, à la charge qu'il me

ferait une voiture ; ou à un jardinier, à la charge qu'il me taillerait mes arbres, il n'est pas douteux que je dois diminuer à ce laboureur, sur la somme prêtée, le prix de la voiture qu'il m'a faite, et au jardinier, le prix des journées qu'il a employées à tailler mes arbres.

106. Lorsque le service que le prêteur a stipulé de l'emprunteur, par le prêt qu'il lui a fait, n'est pas appréciable à prix d'argent, le prêteur n'a pas à la vérité d'action pour contraindre l'emprunteur à lui rendre ce service, et ne peut même, en conscience, l'exiger. Mais si l'emprunteur le lui a rendu, le prêteur n'est pas tenu de lui faire pour ce service aucune diminution sur la somme prêtée : car, dès qu'on suppose que ce service n'est pas appréciable, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir aucun prix, aucune somme dont le prêteur puisse être obligé de faire raison à l'emprunteur pour ce service.

Observez qu'il dépend souvent de l'état et de la qualité de la personne de l'emprunteur, si le service que j'ai exigé de lui, par le prêt que je lui ai fait, est ou n'est pas appréciable.

Par exemple, si j'ai prêté une somme d'argent à un musicien de profession, à la charge de la rendre dans un certain temps, et en outre de m'enseigner les premiers principes de la musique, ce service de la part de ce musicien de profession, est un service appréciable à prix d'argent ; et je suis obligé de lui faire diminution sur la somme que je lui ai prêtée, du prix des leçons qu'il m'aura données, sur le pied qu'elles lui sont payées par ses autres écoliers.

Si, au contraire, celui de qui j'ai stipulé le même service, par le prêt que je lui ai fait, quoique savant dans la musique, n'est pas néanmoins musicien de profession, mais d'un état qui ne lui permet pas de pouvoir décentement se faire payer des leçons de musique qu'il donne à ses amis, ce même service que j'ai stipulé de lui pour le prêt que je lui ai fait, eu égard à l'état et à la qualité de sa personne, n'est pas un service appréciable : je ne puis pas, à la vérité, tant qu'il ne m'a pas encore rendu ce service, exiger de lui qu'il me le rende ; mais, après qu'il me l'a rendu, je ne suis tenu de lui faire, pour ce service, aucune diminution sur la somme que je lui ai prêtée.

107. N'étant pas obligé de payer à l'emprunteur le prix des leçons de musique qu'il m'a données, parce qu'elles ne sont pas appréciables, eu égard à la qualité de sa personne, et qu'il ne pourrait pas décentement en recevoir le prix, ne suis-je pas obligé de donner aux pauvres le prix qu'elles m'auraient coûté, si elles m'eussent été données par un maître de musique ?

La raison de douter est qu'en exigeant, par le prêt que j'ai fait à l'emprunteur, qu'il m'enseignât la musique, j'ai épargné la somme que j'eusse été obligé de donner à un maître pour en apprendre les principes. Or cette épargne est un profit appréciable que j'ai retiré du prêt, et par conséquent une usure qu'il ne m'est pas permis en conscience de retenir.

Nonobstant ces raisons, je crois qu'il faut décider au contraire que je ne suis sujet, dans cette espèce, à aucune restitution ; et la raison est, que le profit qui résulte de cette épargne, est un profit que je ne retire qu'indirectement du prêt. Ce profit n'est pas quelque chose que j'aie exigé de l'emprunteur, à qui il était indifférent que les leçons qu'il me donnait me procurassent ou non cette épargne ; ce n'est donc pas une usure. Tout ce que j'ai exigé de l'emprunteur, sont les leçons de musique qu'il m'a données ; ces leçons n'étant point, eu égard à la qualité de l'emprunteur qui me les a données, quelque chose d'appreciable, on ne peut pas dire que j'aie exigé du prêt rien d'appreciable, et par conséquent aucune usure sujette à restitution.

Un profit que le prêteur peut retirer à l'occasion du prêt qu'il a fait, n'est usuraire qu'autant que c'est aux dépens de l'emprunteur qu'il fait ce profit : car l'usure n'est mauvaise et n'est défendue qu'autant qu'elle renferme une injustice envers l'emprunteur, et un tort que le prêteur lui fait dans ses biens, soit en exigeant quelque chose des biens de l'emprunteur, que l'emprunteur

ne lui doit pas, soit en privant l'emprunteur de quelque chose qui lui serait dû. Or le prêteur, en se faisant donner des leçons de musique par l'emprunteur son ami, lorsqu'ils se trouvaient ensemble, ne lui a causé aucun tort ; il n'a rien exigé des biens de l'emprunteur, et il n'a privé l'emprunteur de rien qui lui fut dû, puisqu'il n'en a rien coûté à l'emprunteur pour donner ces leçons de musique, et qu'il n'était pas d'état à s'en faire payer. On ne peut donc pas dire que le prêteur, en donnant ces leçons, ait commis une usure, ni par conséquent qu'il soit sujet à aucune restitution.

108. Un autre exemple du profit usuraire est la jouissance ou l'usage que le prêteur conviendrait qu'il pourrait avoir de la chose qui lui a été donnée en nantissement par l'emprunteur ; car cette jouissance ou cet usage est quelque chose que le prêteur recevrait outre la restitution qui doit lui être faite de la somme prêtée ; c'est un profit qu'il retirerait du prêt, *lucrum ex mutuo exactum*, et par conséquent une usure.

C'est pourquoi, lorsque la chose donnée en nantissement, est une chose frugisère, le prêteur, pour n'être pas coupable d'usure, doit tenir à l'emprunteur un compte exact de tous les fruits qu'il a perçus de cette chose, et lui faire diminution sur la somme prêtée, du prix de ces fruits, sous la déduction des impenses qu'il a faites ⁽¹⁾.

A l'égard des choses non frugisères, le prêteur qui les a reçues en nantissement, doit les garder soigneusement, et il ne doit pas s'en servir. S'il s'en est servi, et que l'usage qu'il en a eu soit appréciable, il doit faire diminution à l'emprunteur du prix de l'usage qu'il en a eu.

Si l'usage est appréciable, lorsque la chose était de nature à pouvoir être louée par le débiteur qui l'a donnée en nantissement ; en ce cas, on estimera ce que vaut le loyer de cette chose, pour le temps que le prêteur s'en est servi ; et le prêteur devra faire à l'emprunteur diminution sur le sort principal de la somme à laquelle on aura estimé le loyer.

Lorsque la chose n'était pas de nature à être louée par le débiteur qui l'a donnée en nantissement ; si elle était de celles qui s'usent et se déprécient par l'usage qu'on en fait, le prêteur qui s'en est servi pendant un temps peu considérable, doit faire diminution sur le sort principal de ce dont on estimera qu'elle a été dépréciée par l'usage qu'il en a fait.

On peut apporter pour exemple le cas auquel un bourgeois de condition honnête aurait donné des draps ou du linge de table en nantissement d'une somme d'argent qui lui aurait été prêtée. Si le prêteur s'était servi de ces choses, je ne pense pas que l'emprunteur dût être écouté à en demander le loyer ; mais il doit l'être à demander ce dont on estimera qu'elles ont été dépréciées par l'usage que le prêteur en a fait.

Si la chose n'était ni de nature à être louée, ni de nature à se déprécier sensiblement par l'usage, l'usage que le prêteur aurait fait de cette chose, quoique sans droit, n'étant pas en ce cas appréciable, ne l'obligerait à faire aucune diminution sur le sort principal.

109. Est-ce une convention usuraire que celle par laquelle, en vous prê-

(1) V. art. 2081 et 2089, C. civ. Mêmes décisions.

Art. 2081 : « S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance ce porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus. — Si la dette pour la sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage, ne porte point elle-

« même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette. »

Art. 2089 : « Lorsque les parties ont stipulé que les fruits se compensent avec les intérêts, ou totalement, ou jusqu'à une certaine concurrence, cette convention s'exécute comme toute autre qui n'est point prohibée par les lois. »

tant de l'argent sans intérêt, je vous fais promettre de me rendre la pareille dans l'occasion, lorsque je me trouverai avoir besoin d'argent, et que vous vous trouverez avoir la commodité de m'en prêter?

Les casuistes décident que cette convention est usuraire. Leur raison est que, par cette convention, le prêteur exige et se fait promettre par l'emprunteur quelque chose outre la restitution de la chose prêtée. Or l'usure consiste à exiger et à se faire promettre quelque chose outre la somme prêtée; d'où ils concluent que cette convention est usuraire, et qu'un prêteur se rend coupable d'usure en faisant cette convention. C'est la décision de saint Antonin, archevêque de Florence, en son traité *de Usuris*, chap. 2, n° 14, qui se trouve dans la grande collection de Venise.

Cette décision me paraît mériter explication. Je conviendrais volontiers que je ne puis pas imposer à celui à qui je prête une somme d'argent, une obligation formelle et parfaite de me rendre la pareille, lorsque j'aurai moi-même besoin d'argent, et qu'il se trouvera avoir la commodité de m'en prêter. Je conviens que la promesse qu'il m'en aurait faite, ne peut me donner aucun droit dans le *for extérieur*, ni aucune action pour le contraindre à l'accomplir, ni même pour lui déclérer le serment décisoire sur le fait de savoir s'il ne se trouve pas avoir la commodité de me prêter l'argent que je lui demande. La raison est, qu'en imposant à celui à qui j'ai fait le prêt, une obligation formelle et parfaite de me rendre la pareille dans l'occasion, au lieu d'un devoir de reconnaissance volontaire, c'est exiger de lui plus qu'il ne me doit, et par conséquent c'est une injustice.

Mais si en prêtant une somme d'argent à mon ami, je lui dis : *Je veux bien vous prêter la somme que vous me demandez, mais c'est à condition que vous me rendrez la pareille dans l'occasion, promettez-le moi.* Je n'entends néanmoins vous imposer sur cela aucune obligation formelle et parfaite; je m'en rapporte aisément à votre honneur et à votre probité; je ne vois pas qu'en prêtant de cette manière je sois un usurier, ni que je commette aucune injustice. Il me semble qu'il est facile de répondre au raisonnement des casuistes. Il y a, disent-ils, usure, lorsqu'on se fait promettre quelque chose outre le sort principal. J'en conviens, pourvu que ce ne soit pas quelque chose que l'emprunteur me devrait, quand même je ne le lui aurais pas fait promettre; car il n'y a d'injustice dans une convention que lorsqu'une des parties se fait promettre par l'autre plus qu'elle ne lui doit. Elle ne peut être ni injuste, ni par conséquent usuraire, lorsqu'elle ne se fait promettre que ce qui lui est dû, et de la manière dont il lui est dû. Or la convention dont il est question est dans ce cas. En faisant un prêt à quelqu'un, je lui fais un bienfait qui mérite sa reconnaissance : en lui faisant promettre qu'il me rendra la pareille dans l'occasion, lorsqu'il en aura la commodité, je ne lui fais promettre que ce que la reconnaissance qu'il me doit exige de lui, et à quoi il ne pourrait pas manquer sans se rendre coupable d'ingratitude, quand même il ne l'aurait pas promis. Je ne lui fais donc promettre que ce qui m'est dû; et en ne lui imposant pas une obligation parfaite, mais en me rapportant sur cela à son honneur et conscience, non-seulement je n'exige de lui et je ne lui fais promettre que ce qu'il me doit, mais je ne l'exige et je ne le lui fais promettre que de la manière dont il me le doit; je ne commets donc à son égard aucune injustice, ni par conséquent aucune usure.

N'y ayant pas d'usure, lorsque je vous prête mon argent, de vous faire promettre, de la manière dont nous l'avons dit, que vous me rendrez la pareille dans l'occasion, c'est une conséquence que je puis très licitement, et sans me rendre coupable d'usure, solliciter, dans l'occasion, l'exécution de votre promesse, et recevoir de vous la pareille que vous avez promis de me rendre.

A propos de ces prêts faits à la charge de rendre la pareille dans l'occasion, je me souviens d'avoir oui dire à une personne qui est encore vivante, que,

dans sa jeunesse, quoique le commerce fût encore plus considérable à Orléans qu'il ne l'est aujourd'hui, le prêt à intérêt était entièrement inconnu aux marchands d'Orléans, et qu'ils se prêtaient réciproquement l'argent dont l'emprunteur avait besoin, à la charge de le rendre au temps auquel le prêteur prévoyait qu'il en aurait lui-même besoin, et à la charge de se rendre la pareille dans l'occasion. Il y avait alors un accord tacite entre les marchands d'Orléans, de s'aider ainsi mutuellement.

Les casuistes nous persuaderont-ils que ces bonnes gens étaient des usuriers, et que cet accord tacite qui subsistait entre eux, qui était une chose si louable et si utile au bien public, était un accord criminel et usuraire ? C'est rendre odieuse la théologie morale, que de lui prêter de pareilles décisions (1).

110. Les casuistes ont imaginé une autre espèce qui a rapport à la précédente. Ils supposent que le propriétaire d'un moulin, en prêtant du grain à de pauvres paysans, leur fait promettre qu'ils lui donneront ou lui conserveront leur pratique, aux offres de leur faire une aussi bonne condition que celle que leur feraient les autres meuniers ; et en supposant qu'il est entièrement indifférent à ces paysans de porter leur blé à moudre au moulin de celui qui leur a fait le prêt, ou à d'autres, les casuistes demandent si cette convention est usuraire.

Ils décident pour l'affirmative, parce que, disent-ils, il y a usure toutes les fois que le prêteur exige, par le prêt, quelque chose outre la restitution de la somme prêtée ; et que c'est, de la part du prêteur, exiger quelque chose des emprunteurs, que d'exiger qu'ils lui donnent ou qu'ils lui conservent leur pratique. Ils portent si loin la rigueur de leur décision, qu'ils vont jusqu'à dire que le profit que le propriétaire du moulin a retiré de la pratique de ces paysans, est un profit usuraire, qu'il ne peut retenir en conscience ; qu'il n'est pas obligé de le restituer à ces paysans, parce que ces paysans, en lui donnant ou lui conservant leur pratique, n'ont souffert aucun tort, ne lui ayant payé pour la mouture de leur blé que ce qu'ils auraient été obligés de payer à d'autres meuniers, s'ils eussent porté leurs grains à d'autres moulins ; mais qu'il est obligé de le restituer aux pauvres. C'est la décision de saint Antonin, en son traité de *Usuris*, cap. 2, n° 19, qui cite d'autres auteurs.

Cette décision ne me paraît pas juste. Je conviens que la convention ne doit pas être obligatoire dans le for extérieur, parce que le propriétaire du moulin n'a pas dû, par le prêt qu'il a fait à ces paysans, leur faire une obligation précise de ce qui ne doit être de leur part qu'un devoir de reconnaissance volontaire. Mais la convention, par rapport à la chose en elle-même qui en fait l'objet, ne renferme aucune injustice ; car c'est une chose juste qu'ils donnent ou conservent leur pratique à leur bienfaiteur, préférablement à d'autres, lorsqu'ils n'en souffrent aucun préjudice. Le profit que celui qui a fait le prêt a retiré de leur pratique n'est donc point un profit injuste, qu'il ne puisse retenir en conscience.

Les saintes Ecritures, les conciles, la tradition, les ordonnances de nos rois, condamnent l'usure comme une injustice semblable au vol, par laquelle le prêteur cause à l'emprunteur un tort dans ses biens, en exigeant de lui quelque chose, ou en le privant de quelque chose qui lui est dû. Les casuistes conviennent que, dans l'espèce dont il est question, le prêteur n'a causé aucun tort aux emprunteurs : il n'a donc pas commis d'usure. Une usure qui ne fait de tort à personne, est quelque chose qui implique contradiction ; c'est un *hincorvèce* qui n'a jamais subsisté que dans l'imagination des casuistes.

ART. III. — De l'effet des lois qui défendent l'usure ; et des peines qu'elles prononcent contre les usuriers.

111. Les lois divines et humaines ayant condamné l'usure, c'est une con-

(1) On pourrait également dire que c'est rendre le droit odieux que de proscrire tout intérêt même modéré.

séquence que toutes les conventions par lesquelles le prêteur stipule des intérêts, ou quelque autre chose outre la somme prêtée, sont nulles, et ne produisent aucune obligation, suivant cette règle : *Pacta quæ contrâ leges sunt, nullam vim habere indubitati juris est*; L. 6, Cod. de Pact.

Ces conventions ne produisent pas même d'obligation naturelle; et le débiteur qui a promis les intérêts usuraires, non-seulement ne peut être contraint dans le for extérieur à les payer, mais il n'y est pas même tenu dans le for de la conscience : car, quand on supposerait que l'emprunteur, par la promesse qu'il a faite de payer ces intérêts, aurait contracté une obligation de les payer, cette obligation serait détruite par celle que le créancier aurait contractée, de son côté, de l'en décharger. Or on ne peut pas douter que le créancier, par l'injustice qu'il a commise d'exiger de l'emprunteur la promesse de payer les intérêts usuraires, n'ait contracté envers lui l'obligation de réparer cette injustice, et par conséquent de le décharger de cette promesse : d'où il suit que l'obligation qu'on supposerait résulter de la promesse de l'emprunteur, ne subsiste pas, et que, même dans le for de la conscience, il n'est pas obligé à payer les intérêts usuraires qu'il a promis de payer.

112. Quid, si l'emprunteur s'y était obligé par la religion du serment?

Même en ce cas, il ne pourrait être contraint, dans le for extérieur, à ces intérêts : — mais y serait-il obligé dans le for de la conscience? Voy. sur cette question notre *Traité des Obligations*, part. 1, ch. 1, sect. 1^{re}, art. 8.

Dans le sentiment de ceux qui pensent que le serment quoique extorqué par violence, oblige dans le for de la conscience, il faut dire, à plus forte raison, que le serment que l'usurier a extorqué de l'emprunteur, par le besoin pressant où il était, sans employer d'ailleurs aucune violence extérieure, doit obliger l'emprunteur dans le for de la conscience. Mais dans le sentiment de ceux qui pensent que le serment extorqué par violence, n'est pas obligatoire, les raisons sur lesquelles ils se fondent, et que nous avons rapportées dans notre Traité, militent également pour décider que celui extorqué par l'usurier, quoique sans avoir employé aucune violence, n'est pas non plus obligatoire.

113. Les intérêts et autres profits usuraires que l'emprunteur a promis, n'étant pas dus, non-seulement on ne peut lui en demander le paiement; mais lorsqu'il les a payés, le paiement qu'il en a fait, s'impute sur le principal, et diminue de plein droit d'autant la dette du principal (1).

Enfin, lorsque le principal a été payé en entier avec les intérêts, le prêteur qui a reçu les intérêts outre le principal, est obligé de restituer ces intérêts à l'emprunteur qui les lui a payés; à moins que l'emprunteur, de son bon gré, ne voulût bien faire remise de cette restitution au prêteur qui la lui aurait offerte. Cette obligation passe aux héritiers du prêteur, pour la part dont ils sont héritiers; cap. 9, *Extrav. de usuris*.

114. Lorsque c'est un tuteur qui a fait un prêt à intérêt des deniers de ses mineurs, l'emprunteur n'ayant pu être obligé par ce prêt à plus qu'au paiement de la somme principale, le mineur ne peut lui en demander davantage. Mais lorsque l'emprunteur a payé au tuteur tant les intérêts que le principal, la restitution des intérêts, qui lui est due dans le for de la conscience, ne lui est due que par le tuteur qui lui a fait le prêt; elle ne lui est pas due par le mineur, quoique le tuteur ait compté au mineur des intérêts.

La raison est, que le tuteur ayant dû faire fructifier les deniers de son mineur, par un autre emploi permis qu'il en devait faire; faute de l'avoir fait, il en doit les intérêts à son mineur.

(1) V. art. 1906, et art. 3, loi du 3 septembre 1807, ci-dessus, p. 71, note 1.

Le mineur, en recevant le reliquat du compte, dans lequel ces intérêts étaient employés, n'a reçu que ce qui lui était dû. Il n'a pas entendu approuver le prêt à intérêt que son tuteur a fait : il a reçu les intérêts de ses deniers, non parce que son tuteur les a reçus du débiteur à qui il les a prêtés, mais parce que son tuteur lui doit des intérêts de ses deniers, quand même il n'en aurait fait aucun emploi : il n'est donc sujet à aucune restitution. Si l'emprunteur, en payant ces intérêts, a souffert une injustice, ce n'est pas le mineur qui l'a commise, puisque ce n'est pas lui qui a fait le prêt, ni qui a exigé les intérêts.

On ne peut pas dire que le mineur doive être tenu du fait de son tuteur, qui a fait le prêt et exigé les intérêts, par la règle, « que le fait du tuteur est le fait du mineur » ; car cette règle n'est vraie que lorsque ce que le tuteur a fait, est quelque chose que l'administration de la tutelle l'a obligé de faire : mais l'administration de la tutelle n'obligeait pas le tuteur à faire des prêts usuraires des deniers de son mineur, que les lois lui défendaient de faire.

115. Il nous reste à parler des peines que les lois prononcent contre les usuriers. L'ordonnance de Blois, art. 202, défend les usures sur peine, pour la première fois, d'amende honorable, bannissement, et condamnation de grosses amendes, dont le quart sera adjugé au dénonciateur; et pour la seconde, de confiscation de corps et de biens (c'est-à-dire d'une peine qui fasse encourir la mort civile, tels que sont la condamnation aux galères à perpétuité, ou le bannissement hors du royaume à perpétuité) ⁽¹⁾.

L'ordonnance étend cette peine aux proxénètes, médiateurs et entremetteurs des contrats usuraires.

Observez que, quoique l'ordonnance de Blois et les autres lois antérieures et postérieures condamnent toutes les usures, les petites aussi bien que les grandes, néanmoins ces peines n'ont lieu que pour les usures énormes, n'y ayant que ces usures énormes que le ministère public poursuive extraordinairement.

La distinction que nous faisons à cet égard entre les usures énormes et les petites usures, est constante dans l'usage; et elle se trouve d'ailleurs autorisée par l'ordonnance de Philippe le Bel de 1313, rapportée ci-dessus, n° 67.

Les notaires qui passent les contrats usuraires, sont aussi sujets à des peines. L'ordonnance de Louis XII porte : « Défendons à tous notaires de recevoir « aucun contrats usuraires, sur peine de privation de leurs états, et d'amende « arbitraire. »

Cette peine n'a lieu qu'à l'égard des contrats qui contiendraient des usures énormes. Pour les autres, les notaires ne sont sujets qu'à des peines plus légères, telles qu'une interdiction pour quelques mois, ou quelque aumône.

116. Des canons ont aussi prononcé des peines contre les usuriers; savoir, celle de la déposition contre les clercs, et celle de l'excommunication contre les laïques, comme nous l'avons vu *suprà*.

A l'égard de celle que les décrétales y ont ajoutée, en déclarant nuls les testaments des usuriers, elle est manifestement abusive. JÉSUS-CHRIST ayant déclaré que son royaume n'était pas de ce monde, la puissance ecclésiastique est toute spirituelle; et elle ne s'étend point aux choses séculières, elle ne peut par conséquent infirmer les testaments des usuriers.

SECT. IV. — DES INTÉRÉTS COMPENSATOIRES.

117. L'usure, comme nous l'avons déjà dit, étant *lucrum ex mutuo*, il n'y a d'intérêts et de profits usuraires que ceux qui renferment un lucre que

(1) V. art. 4, loi du 3 septembre 1807, ci-dessus, p. 71, note 1.

le prêteur retire du prêt. Mais quand ce que le prêteur exige de l'emprunteur au delà du sort principal, ne renferme qu'un simple dédommagement du préjudice que le prêteur a souffert du prêt, ce n'est point une usure; c'est ce qu'on appelle *des intérêts compensatoires*, que le prêteur peut licitement recevoir.

Le préjudice que le prêteur souffre du prêt, naît ou du retard que l'emprunteur a apporté à lui rendre la somme prêtée, ou du prêt même.

La loi civile a pourvu au dédommagement qui était dû au prêteur, de même qu'à tout autre créancier de somme d'argent, pour le préjudice que lui aurait causé le retard du paiement. Nous avons parlé de ce dédommagement dans notre *Traité des Obligations*, depuis le n° 169 jusqu'à la fin de l'article: nous y renvoyons.

C'est à ces intérêts compensatoires qu'a rapport ce que dit Ulpien en la loi 12, § 1, ff. de *Verb. sign.* *Minus solvit qui tardius solvit, nam et tempore minus solvitur.* Ce n'est que eu égard à ce que le créancier a souffert, ou manqué de gagner par le retard apporté au paiement de la dette, que le débiteur *qui tardius solvit* paraît *minus solvere*, et qu'il doit en conséquence dédommager le créancier; mais lorsque le retard n'a causé aucun préjudice au créancier, le créancier en ce cas *tantumdem recipit quantum dedit, quamvis debitor tardius solvat*; et on ne peut dire en ce cas que *minus solvit qui tardius solvit*.

118. Le préjudice que le prêteur souffre du prêt, naît quelquefois du prêt même; et il consiste, ou dans un dommage que le prêt a causé au prêteur, ou dans un profit dont le prêt l'a privé.

On peut donner pour exemple du dommage que le prêt a causé au prêteur, le cas auquel mon ami m'ayant prié de lui prêter une somme d'argent dont il avait un pressant besoin, j'ai été obligé, pour faire cette somme que je n'avais pas, de vendre à la hâte plusieurs effets pour un prix au-dessous de leur juste valeur, lesquels je n'aurais pas vendus sans cela. La perte que je souffre sur les effets que j'ai vendus, est un dommage que je souffre du prêt que j'ai fait à mon ami; ne l'ayant souffert que pour lui faire ce prêt, c'est *damnum ex mutuo emergens*.

Dans ce cas, et dans tous les autres semblables qu'on peut imaginer, les théologiens et les jurisconsultes s'accordent à convenir que le prêteur peut licitement se faire promettre par l'emprunteur et recevoir de lui, outre la restitution du sort principal, un dédommagement de la perte que le prêt lui a causée; c'est ce qu'ils appellent le cas de *damnum emergens*.

Cela est fondé sur cette règle d'équité: *Est iniquum damnosum cuique esse officium suum*; L. 7, ff. *Testam. quemadm. aper.*

Si le prêt et les autres devoirs d'amitié doivent être gratuits, s'il n'est pas permis d'en exiger une récompense; d'un autre côté, il n'est pas juste qu'il nous en coûte pour rendre service à nos amis; et l'équité veut que, lorsqu'il nous en a coûté quelque chose du nôtre, celui à qui nous avons rendu le service, nous en dédommagine.

Ce dédommagement que le prêteur peut exiger, n'est point contraire au principe "que le prêteur ne peut exiger plus que ce qu'il a donné"; car il doit être censé avoir donné à l'emprunteur, outre la somme qu'il lui a prêtée, la valeur de la perte que lui a causée le prêt, puisque c'est pour rendre service à l'emprunteur qu'il a bien voulu souffrir cette perte: l'emprunteur lui en doit donc un dédommagement. Saint Thomas, 2, *quæst.*, art. 1, ad 1, regarde ce dédommagement comme juste: *Dicendum quod ille qui mutuum dat, post absque peccato in pactum deducere cum eo qui mutuum accipit recompensationem damni per quod sibi subtrahitur aliquid quod debet habere; hoc enim non est vendere usum pecuniae, sed damnum vitare.*

Au reste, ce dédommagement n'est licite que jusqu'à concurrence de la perte que le prêteur a réellement soufferte du prêt.

119. Le préjudice que le prêt a causé au prêteur, peut aussi consister dans la privation d'un profit dont le prêt a privé le prêteur; c'est ce qu'on appelle le cas de *lucrum cessans*.

Si ce profit est un profit que j'aurais certainement fait avec mon argent, si je ne l'avais pas prêté à mon ami, et dont je ne me suis privé que pour lui faire plaisir, je puis licitement convenir que mon ami m'indemnisera de ce profit que j'ai sacrifié, et que j'ai manqué de faire pour lui prêter la somme dont il avait besoin.

Cela est fondé sur la maxime d'équité ci-dessus rapportée : *Est iniquum damnosum cuique esse officium suum*; et sur ce qu'on peut dire véritablement que le prêteur a donné à l'emprunteur, outre la somme prêtée, la valeur du profit qu'il eût fait avec cette somme, puisque ce n'est que pour lui faire plaisir et pour la lui prêter, qu'il s'est volontairement privé de ce profit.

On peut apporter plusieurs exemples de ce cas. J'avais entre les mains une somme de mille écus que j'étais sur le point d'employer au rachat d'un principal de rente de pareille somme dont j'étais débiteur: vous me priez de vous prêter cette somme, dont vous me dites avoir un très grand besoin; je vous l'ai prêtée, et au moyen de ce prêt, je n'ai plus de quoi faire le rachat de la rente. Il est évident que, dans ce cas, le prêt que je vous ai fait, me prive du profit de la libération de la rente que je m'étais proposé de racheter: vous devez donc m'indemniser, en me faisant raison des arrérages que je serai obligé de payer jusqu'à ce que vous m'ayez rendu la somme que je vous ai prêtée, laquelle m'est nécessaire pour racheter la rente que je dois.

Voici un autre exemple. Lorsque vous m'avez demandé une somme de mille écus à emprunter, dont vous m'avez dit avoir un pressant besoin, j'étais dans la disposition et volonté de faire emploi de cette somme, en l'acquisition d'un certain héritage qui était alors à vendre, et qui me convenait beaucoup. Sensible au besoin que vous aviez de cette somme, je vous l'ai prêtée, et ne l'ayant plus, je n'ai pu faire l'acquisition de cet héritage; c'est un profit dont j'ai été privé par le prêt que je vous ai fait, et dont il est équitable que vous me récompensiez, en me tenant compte du revenu que m'aurait produit cet héritage, jusqu'à la restitution que vous me ferez de la somme prêtée⁽¹⁾.

120. Dans les espèces que nous venons de rapporter, le profit dont le prêteur s'est privé pour faire le prêt, était un profit certain; c'est-à-dire qu'il eût certainement fait, si, pour plaisir à son ami, il ne se fut pas mis, par le prêt qu'il lui a fait, hors d'état de le faire. Si le profit dont le prêteur s'est privé était seulement très vraisemblable, sans être certain, le prêteur peut-il de même licitement se faire dédommager par l'emprunteur, de ce profit dont il s'est privé pour lui faire le prêt?

Supposons, par exemple, que lorsque vous m'avez demandé une certaine somme d'argent à emprunter, j'étais sur le point de l'employer à l'acquisition d'une certaine partie de marchandises qui était à vendre au comptant, sur laquelle il y avait un profit à faire très vraisemblable. Si, pour vous faire plaisir, et pour vous prêter la somme dont vous aviez besoin, je me suis mis dans le cas de ne pouvoir faire cette emprise, puis-je licitement demander un dédommagement du profit que m'aurait procuré cette emprise, et dont je me suis privé pour vous faire le prêt?

Le sentiment commun est que je le puis, de telle manière néanmoins que le dédommagement ne soit pas de tout le profit qu'il y a eu à faire, mais seu-

(1) Mais cette indemnité pourrait pour lui que d'autres capitalistes puis- devenir excessivement onéreuse à sent licitement lui prêter cette somme l'emprunteur: il est bien plus utile moyennant un intérêt modéré.

lement de la somme à laquelle on appréciera l'espérance que j'avais de faire ce profit lors du prêt ; car le profit dont je me suis privé pour vous faire le prêt, et dont le dédommagement m'est dû, n'était pas un profit qui fut absolument certain ; il n'était qu'en espérance : or un profit en espérance, quelque probable que soit l'espérance, ne peut jamais être de la même valeur que le profit, lorsqu'il est né et certain.

121. Si le profit que le prêteur attendait de l'emploi qu'il s'était proposé de faire de son argent, supposé qu'il ne l'eût pas prêté, n'était ni certain ni très vraisemblable, si ce n'était qu'un profit incertain, le prêteur ne pourrait en exiger aucun dédommagement. C'est de ce profit incertain qu'on doit entendre ce que dit saint Thomas : *Secunda secundæ, quest. 78, A. 2, ad. 1 : Compensationem damni consideratur in hoc quod de pecunia non lucrat, non potest in pactum deducere ; quia non debet vendere id quod nondum habet, et potest impediri multipliciter ab habendo.*

122. Pour que le prêteur puisse licitement recevoir quelque chose *ultrâ sortem ratione lucri cessantis*, il faut non-seulement que, lors du prêt, il eût une occasion de faire un autre emploi de la somme prêtée, qui dût lui procurer un profit ou certain, ou très vraisemblable : il faut encore qu'il ait été véritablement dans la disposition de faire cet emploi ; que ce n'ait été que pour faire plaisir à son ami qu'il se soit privé de le faire ; et qu'à ne consulter que son intérêt particulier, il eût mieux aimé faire cette acquisition, que de faire le prêt avec l'intérêt que l'emprunteur s'obligeait de lui payer pour dédommagement.

Mais lorsque le prêteur qui a prêté son argent à intérêt, n'a pas été dans la disposition de volonté d'en faire un autre emploi, ou que c'est pour son intérêt particulier qu'il a préféré de prêter son argent à intérêt, à tout autre emploi qu'il eût pu faire, les intérêts qu'il reçoit sont usuraires : il ne peut en rien retenir, *ratione lucri cessantis*, sous prétexte qu'il pouvait faire d'autres emplois de la somme prêtée, qui lui eussent procuré un profit, et qu'il ne dépendait que de lui de placer cette somme en une constitution de rente qui lui eût produit des intérêts ; car on ne peut pas dire que le prêteur se soit privé du profit qu'eussent pu lui procurer les autres emplois qu'il pouvait faire de son argent, puisqu'il n'a jamais eu la volonté de les faire. Il ne peut pas dire que *officium suum non debet sibi esse damnosum*, puisque ce n'est pas pour faire plaisir à l'emprunteur, mais par cupidité et pour son intérêt particulier, qu'il a préféré le prêt qu'il lui a fait, à tout autre emploi qu'il pouvait faire de son argent.

123. Dans les cas où le prêteur peut licitement prétendre un dédommagement, *ratione damni ex mutuo emergentis, aut lucri cessantis*, il ne lui est dû que lorsque l'emprunteur s'y est soumis : il faut que le prêteur ait fait, lors du prêt, connaître à l'emprunteur la perte qu'il souffrait, et le profit dont il le privait par le prêt qu'il lui faisait, et qu'il lui ait déclaré qu'il lui faisait le prêt à la charge qu'il l'en dédommagerait ; sans cela, le dédommagement n'est pas dû par l'emprunteur, qui n'eût peut-être pas voulu accepter le prêt à la charge de ce dédommagement.

124. Tout ce que nous venons de dire sur les cas auxquels le prêteur peut licitement recevoir quelque chose *ultrâ sortem ratione damni emergentis aut lucri cessantis*, n'a lieu que pour le for de la conscience. Dans le for extérieur, un prêteur ne serait recevable à demander rien au delà du sort principal, sous prétexte de la perte que lui aurait causée le prêt, ou du profit dont elle l'aurait privé. La raison est que, s'il y était écouté, on ouvrirait la porte aux usures. On aurait un moyen de les pallier toutes, en supposant faussement, dans tous les prêts à intérêts, quelque perte que le prêt aurait causée au prêteur, ou quelque profit dont elle l'aurait privé. D'ailleurs les hommes n'étant pas ordinairement assez charitables pour prêter leur argent à

leurs amis, lorsqu'ils en ont besoin eux-mêmes pour leur propres affaires, il y a lieu de présumer que ce qu'un prêteur allègue sur le préjudice prétendu que lui a causé le prêt, n'est allégué que pour couvrir l'usure qu'il en retire.

125. Les intérêts que les monts-de-piété se font payer pour les sommes qu'ils prêtent, sont une espèce d'intérêts compensatoires, qui ne sont pas par conséquent usuraires ; ils sont même autorisés dans le for extérieur.

On vient d'établir un de ces monts-de-piété en France, ce qu'on avait tenté inutilement dans le siècle qui a précédé celui-ci. Il y en a beaucoup en Italie.

Ces monts-de-piété consistent dans un gros fonds d'argent destiné à faire des prêts d'argent aux particuliers du lieu où le mont-de-piété est établi, qui se présentent pour emprunter les sommes dont ils ont besoin.

Les administrateurs du mont-de-piété prêtent à ces particuliers, pour un temps limité, les sommes dont ils ont besoin, sous des gages suffisants pour répondre de la somme prêtée ; ils les remettent aux administrateurs du mont-de-piété, qui s'en chargent sur leurs registres. A défaut par les emprunteurs d'avoir rendu, dans le temps prescrit, la somme qui leur a été prêtée, les administrateurs sont autorisés à vendre les gages, en observant les formalités requises par les lois du lieu : sur le prix de ces gages, ils retiennent ce qui est dû au mont-de-piété, et rendent le surplus du prix aux propriétaires des gages, au cas qu'il en reste.

Les administrateurs de plusieurs de ces monts-de-piété exigent des emprunteurs, outre la restitution du principal, un intérêt modique des sommes qui leur sont prêtées. Ces intérêts sont destinés à subvenir aux frais nécessaires pour l'entretien du mont-de-piété ; tels que sont les appointements qu'il faut donner aux commis qui tiennent les livres, le loyer des magasins où on loge les gages, etc. Cela leur est permis, lorsque ces établissements n'ont pas des biens immeubles qui leur aient été donnés par leur fondation, ou depuis, dont les revenus puissent subvenir à ces frais ; pourvu que ces intérêts soient modiques, et qu'ils n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour y subvenir ; car, en ce cas, il est évident que ces intérêts ne sont pas des intérêts lucratifs, mais des intérêts purement compensatoires, lesquels ne sont par conséquent infectés d'aucun vice d'usure.

Si les intérêts exigés des différents emprunteurs excédaient ce qui est nécessaire pour subvenir à ces frais, les administrateurs devraient leur rendre l'excédant ⁽¹⁾.

126. Il y a une autre espèce d'intérêts compensatoires que le prêteur peut licitement exiger de l'emprunteur, *ratione periculi sortis à mutuante suscepti*.

Tels sont les intérêts que le prêteur, dans le *Contrat de Prêt à la grosse aventure*, stipule de l'emprunteur pour le prix des risques de la mer par rapport aux effets sur lesquels le prêt est fait, dont le prêteur se charge à la décharge de l'emprunteur ; *Voy.* sur cette matière notre *Traité du Prêt à la grosse aventure*.

Ces intérêts ne sont rien moins qu'usuraires : ils ne sont pas la récompense du prêt, ils ont une autre cause qui est extrinsèque au prêt ; ils sont le prix du risque dont le prêteur veut bien se charger à la décharge de l'emprunteur, sur qui ce risque devait naturellement tomber. Le prêteur n'était pas obligé de se charger de ce risque pour en décharger l'emprunteur ; il peut donc licitement exiger le prix de ce risque, qui est quelque chose d'appreciable.

127. Il en est bien autrement du risque que court le prêteur de perdre la somme qu'il a prêtée, par l'insolvabilité de celui à qui il l'a prêtée : il n'est permis au prêteur de rien exiger de l'emprunteur pour raison de ce risque ; ce

⁽¹⁾ *V.* Loi, 16 pluviôse an 12, et décret 24 messidor an 12 ; 8 thermidor an 13 ; 30 juin 1806 ; 10 mars 1807, et avis du conseil d'Etat du 12 juill. 1807.

risque étant une suite naturelle du prêt dont il est inséparable, ce serait alors exiger quelque chose *ultrà sortem propter mutuum*, ce qui est une usure. Bien loin que la pauvreté de l'emprunteur, qui fait craindre qu'il ne devienne insolvable, puisse être une raison pour exiger de lui des intérêts ; au contraire, c'est une raison pour rendre plus criminels les intérêts du prêt qui lui est fait : sa pauvreté est une raison qui doit porter à lui subvenir, et non à l'opprimer. Si la crainte de l'insolvenabilité de l'emprunteur était une raison pour exiger de lui des intérêts, il s'ensuivrait la plus grande absurdité ; c'est que plus un homme serait pauvre, plus il serait permis de l'accabler d'usures.

SECT. V. — DE L'ESCOMPTE.

128. On appelle *escompte*, la déduction que fait celui qui paie une somme, avant l'échéance du terme auquel elle est payable, d'une partie de cette somme, pour lui tenir lieu de l'intérêt de la somme payée depuis le jour du paiement jusqu'à celui de l'échéance du terme auquel cette somme était payable.

Par exemple, si, en vous payant aujourd'hui une somme de 1000 livres qui vous était due, mais qui n'était payable que dans un an, je retiens sur cette somme, une somme de 50 livres pour me tenir lieu de l'intérêt de cette somme depuis le jour du paiement que je vous en fais d'avance, jusqu'à celui de l'échéance du terme auquel elle était payable, cette somme de 50 livres que je retiens, en ne vous payant que 950 livres pour les 1000 livres, est ce qu'on appelle *l'escompte de la somme qui est payée d'avance*.

Il y a une très grande ressemblance entre cet escompte et l'intérêt du prêt.

De même qu'il n'est permis au prêteur d'une somme d'argent d'exiger rien au delà de la somme prêtée, lorsque ce qu'il reçoit au delà de la somme prêtée, n'est autre chose que *lucrum ex mutuo exactum* ; de même celui qui paie d'avance à un créancier la somme d'argent qui lui est due, ne peut licitement rien retenir de cette somme, lorsque ce qu'il retient n'est autre chose qu'un profit et une récompense de l'avance qu'il fait, *lucrum ex prærogatâ solutione exactum*. Il y a entière parité de raison.

S'il n'est permis au prêteur d'une somme d'argent, de rien exiger de plus que la somme prêtée, c'est que par le prêt qu'il fait, il ne donne rien de plus que la somme prêtée, et que l'équité ne permet pas de recevoir plus qu'on n'a donné. Pareillement, celui qui paie par avance à un créancier la somme qui lui est due, ne donne néanmoins au créancier, en lui faisant ce paiement d'avance, rien de plus que la somme qui lui est due ; et par conséquent il ne lui est pas plus permis de retenir quelque chose pour l'avance qu'il fait, qu'à un prêteur d'exiger quelque chose pour le prêt qu'il fait.

Vous direz : celui qui paie d'avance, donne au créancier quelque chose de plus que la somme qui lui est due ; car il lui donne *commodum repræsentationis*, par rapport auquel il est dit, *plus etiam tempore solvitur*.

La réponse est, que ce *commodum repræsentationis* est de même nature, et est entièrement semblable au *commodum ex mutuo*, que le prêteur d'une somme d'argent procure à l'emprunteur, c'est pourquoi, de même que le prêteur d'une somme d'argent ne peut licitement tirer aucun profit du *commodum ex mutuo* qu'il procure à l'emprunteur ; pareillement celui qui paie d'avance à un créancier la somme qui lui est due, ne peut licitement tirer aucun profit du *commodum repræsentationis* qu'il lui procure (¹).

129. L'escompte n'est illicite que lorsqu'il renferme un profit que celui qui paie d'avance, retire de l'avance qu'il fait, lorsqu'il est *lucrum ex prærogatâ solutione* ; ce qui arrive lorsque l'anticipation du paiement ne cause au-

(¹) Mais lorsque l'intérêt est permis, l'escompte doit l'être également.

cune perte à celui qui fait le paiement d'avance, et ne le prive d'aucun gain. Mais lorsque le paiement que quelqu'un fait d'avance à un créancier, cause quelque perte à celui qui fait le paiement, ou le prive de quelque gain qu'il eût fait sur la somme qu'il paie d'avance ; celui qui paie d'avance peut en ce cas retenir licitement, sur la somme qu'il paie, un escompte jusqu'à concurrence de la perte que lui cause l'anticipation du paiement, ou du gain dont elle le prive. Cet escompte en ce cas est licite ; car ce n'est pas *lucrum ex prærogatâ solutione* ; c'est un juste dédommagement de la perte que l'anticipation du paiement cause à celui qui paie d'avance, ou du gain dont elle le prive ; c'est *justa recompensatio damni ex prærogatâ solutione emergentis, aut lucri cessantis* : et ce dédommagement est très permis ; car si, d'un côté, l'équité ne permet pas que nous exigeons un profit pour le plaisir que nous faisons à quelqu'un, lorsqu'il ne nous en coûte rien pour le lui faire ; d'un autre côté elle veut que, s'il nous en coûte quelque chose pour le lui faire, nous en soyons dédommagés ; *Iniquum est damnosum cuique esse officium suum* ; L. 7, ss. *Testam. quemad. aper.* En cela l'escompte est semblable à l'intérêt du prêt, qui n'est illicite et usuraire que lorsqu'il renferme un profit que le prêteur retire du prêt, lorsqu'il est *lucrum ex mutuo exactum* ; et qui au contraire est permis, lorsqu'il ne renferme qu'un juste dédommagement de la perte que le prêt cause au prêteur, ou du gain dont elle le prive, comme nous l'avons vu en la section précédente.

130. Il y a une autre espèce d'escompte qui se pratique assez souvent entre marchands, par ceux qui achètent au comptant des créances qui ne sont payables qu'au bout d'un certain terme.

La créance d'une somme ne peut être licitement vendue pour une moindre somme, lorsque le vendeur garantit la solvabilité du débiteur, surtout lorsqu'il s'oblige de l'acquitter lui-même sur le premier refus qu'en ferait le débiteur ; *Voy. le Traité du Contrat de Vente*, n° 577. Néanmoins lorsque la créance n'est payable qu'au bout d'un certain terme, il arrive souvent, entre marchands, que l'acheteur fait diminution au vendeur, d'une partie de la somme pour l'escompte, c'est-à-dire pour l'intérêt que la somme aurait produit depuis le paiement que fait l'acheteur, jusqu'au jour de l'échéance du billet.

Par exemple, si je vous achète au comptant un billet de 1000 livres, qui n'est payable que dans un an, je fais déduction sur la somme de 1000 livres, d'une somme de 50 livres pour l'escompte ou l'intérêt d'un an de cette somme, jusqu'à l'échéance du billet, et en conséquence je ne vous compte pour le prix du billet que la somme de 950 livres.

Lorsque l'acheteur a acheté le billet pour le garder dans son portefeuille jusqu'au temps de l'échéance, et que l'avance qu'il a faite de son argent au vendeur, ne lui a causé aucune perte, et ne l'a privé d'aucun gain, il n'est pas douteux que l'escompte du billet est aussi illicite et usuraire que l'est l'intérêt que le prêteur d'une somme d'argent exige de l'emprunteur.

Il est même encore plus usuraire que l'intérêt du prêt, lorsque le prêteur ne l'exige qu'au taux de l'ordonnance ; car l'acheteur d'un billet de 1000 livres, qui n'est payable que dans un an, en faisant payer au vendeur un escompte de 50 livres, et en ne lui comptant en conséquence qu'une somme de 950 livres, exige de lui pour cette somme de 950 livres, qu'il lui compte, un intérêt plus fort que celui de l'ordonnance ; puisque l'intérêt de cette somme, suivant le taux de l'ordonnance, n'est que de 47 livres 10 sols, et que d'ailleurs l'acheteur se fait payer d'avance de l'escompte, au lieu qu'un prêteur ne se fait payer de l'intérêt qu'à l'échéance du terme⁽¹⁾.

Mais lorsque le billet payable au bout d'un certain temps, que j'achète de

(1) Telle est aussi l'usure que commettent les prêteurs, qui, au moment du prêt, retiennent l'intérêt.

vous au comptant, doit me servir incontinent à payer mon créancier, à qui je dois pareille somme, ou à payer le prix des marchandises dont je me propose de faire emplète, et que je suis moralement certain que mon créancier, ou celui qui me vendra les marchandises, ne le prendra en paiement que sous la déduction de l'escompte ordinaire ; en ce cas, je puis licitement, en vous achetant au comptant ce billet, retenir l'escompte : car l'escompte n'est pas en ce cas *lucrum ex prærogatâ solutione* ; il n'est qu'un juste dédommagement de l'escompte que je serai moi-même obligé de payer, pour me servir de votre billet, que je ne vous ai acheté au comptant que pour vous faire plaisir : et ce dédommagement peut être licitement exigé ; car, comme nous l'avons déjà observé ci-dessus, s'il n'est pas permis de retirer du profit d'un plaisir qu'on fait à son prochain, il est permis de se faire dédommager de ce qu'il en coûte pour le faire.

C'est par cette raison qu'on peut excuser l'escompte qui se pratique entre marchands dans les foires de Lyon et autres ; car le marchand qui retient un escompte sur le prix d'un billet payable au bout d'un certain temps, qu'il prend en paiement, compte le commerce incontinent, et le donner lui-même en paiement à un autre marchand, qui lui retiendra un pareil escompte ; et c'est en compensation de celui qu'on lui retiendra, qu'il a fait payer un escompte celui de qui il a reçu le billet.

131. Il y a un autre espèce d'escompte qui est licite ; c'est dans le cas auquel l'acheteur d'un héritage, ou d'une autre chose frugifère, qui ne doit entrer en possession de la chose vendue qu'au bout d'un certain temps, en paie néanmoins le prix d'avance au vendeur.

L'acheteur peut licitement retenir l'escompte, qui consiste dans les intérêts du jour du paiement anticipé qu'il en fait, jusqu'au jour qu'il entrera en possession de l'héritage. Le vendeur doit, en ce cas, les intérêts du prix pour les fruits de l'héritage qu'il perçoit ; car de même que, dans le cas inverse, l'acheteur qui est entré en possession et jouissance de l'héritage vendu avant que d'en avoir payé le prix, doit les intérêts du prix pour les fruits qu'il perçoit, n'étant pas juste qu'il ait tout à la fois la jouissance de la chose et du prix ; de même, dans cette espèce, le vendeur qui reçoit d'avance le 'prix de l'héritage vendu, dont il retient la jouissance, doit pour les fruits qu'il perçoit, les intérêts du prix qu'il a reçus, ne devant pas avoir tout à la fois jouissance de la chose et du prix (1).

(1) Toute la doctrine de Pothier sur l'usure est inapplicable aujourd'hui : au temps où il écrivait, elle n'était déjà plus en harmonie avec les mœurs ; mais la jurisprudence, aidée d'idées de théologie assez mal entendue,

maintenait la prohibition de l'intérêt : aujourd'hui des idées plus saines, plus utiles, ont prévalu, et l'intérêt est permis. Mais il sera toujours nécessaire d'en déterminer le *maximum* pour protéger l'ignorant et l'imprudent.

TROISIÈME PARTIE.

TRAITÉ DU QUASI-CONTRAT APPELÉ *PROMUTUUM*,
ET DE L'ACTION *CONDICTIO INDEBITI*.SECT. I^{re}. — DU *Promutuum*.

Nous verrons, dans un premier article, ce que c'est que le quasi-contrat *promutuum*; quels sont les rapports qu'il a avec le contrat *mutuum*, et en quoi il en diffère.

Nous verrons dans un second article, quelle est l'obligation qui en naît.

ART. I^{er}. — Ce que c'est que le quasi-contrat PROMUTUUM; quels sont ses rapports avec le contrat MUTUUM, et en quoi il en diffère.

132. On appelle *promutuum*, le quasi-contrat par lequel celui qui reçoit une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles, qui lui a été payée par erreur, contracte envers celui qui la lui a payée par erreur, l'obligation de lui en rendre autant⁽¹⁾.

C'est le paiement qui est fait par erreur, qui forme ce quasi-contrat: on l'appelle *promutuum*, à cause des rapports qu'il a avec le contrat *mutuum*.

133. Ces rapports consistent en ce que :

1^o Il faut pour l'un et pour l'autre la tradition d'une certaine somme, ou d'une certaine quantité de choses fongibles.

2^o De même que le *mutuum* n'est parfait que lorsque la propriété de cette somme ou quantité a été transférée à l'emprunteur, ou lorsqu'à défaut de cette translation de propriété, l'emprunteur l'a consommée de bonne foi; de même lorsque je vous ai payé une certaine somme ou une certaine quantité que je croyais par erreur vous devoir, le *promutuum* n'est point parfait, et ne produit point en vous l'obligation de me rendre une pareille somme ou quantité, si je ne vous ai pas transférée la propriété des espèces, ou si, à défaut de translation de propriété, vous ne les avez pas consommées: en attendant, vous êtes seulement sujet à la revendication des espèces de la part de ceux à qui elles appartiennent;

3^o Le principal rapport qu'a le *promutuum* avec le *mutuum*, consiste dans la parfaite ressemblance des obligations qui en naissent; car de même que, par le contrat *mutuum*, l'emprunteur qui a reçu une certaine somme d'argent, ou

(1) On voit que ce que Pothier appelle *promutuum* n'est rien autre chose que d'une quantité : il était peut-être assez inutile d'imaginer ce nom de *promutuum*.

une certaine quantité de choses fongibles, est obligé envers le prêteur de qui il l'a reçue, à lui rendre une pareille somme ou quantité; de même par le *promutuum*, celui qui a reçu par erreur le paiement d'une certaine quantité de choses fongibles qui ne lui était pas dû, est obligé envers celui de qui il l'a reçue, et qui la lui a payée par erreur, à lui rendre une pareille somme, ou une pareille quantité: c'est pourquoi la loi 5, § 3, ff. de *Oblig. et act.*, dit que celui *Qui non debitum accepit per errorem solventis, obligatur quasi ex MUTUI DATIONE, et eādem actione tenetur quā debitores creditoribus.*

134. Nonobstant ces rapports, le *promutuum* est très différent du *mutuum*.

Le *mutuum* est un contrat; c'est par le consentement des parties qu'est formée l'obligation qu'il produit: le prêteur ne prête que dans l'intention que l'emprunteur s'obligera envers lui à lui rendre une somme ou une quantité pareille à celle qu'il lui prête et l'emprunteur consent et se soumet à s'y obliger.

Au contraire, le *promutuum* n'est pas un contrat, c'est un quasi-contrat.

Il est rapporté parmi les quasi-contrats, au tit. des *Instit. de Oblig. quā ex quasi-contr. nasc.*, § 7, et dans la loi 5, ff. de *Oblig. et act.* ci-dessus.

Il n'intervient aucun consentement des parties pour former l'obligation qui en naît; celui qui, par erreur, paie à quelqu'un ce qu'il ne lui doit pas, croyant le lui devoir, n'a intention de lui faire contracter aucune obligation; et celui qui reçoit, n'a pareillement intention d'en contracter aucune.

On ne doit pas même, comme quelques-uns l'ont pensé, supposer un pacte tacite entre les parties, de rendre, au cas que la chose ne fût pas due; car la persuasion en laquelle on suppose que les parties étaient quā la chose était due, exclut ce pacte tacite. Gaius, en parlant du *promutuum*, dit: *Non potest intelligi is qui ex eā causā tenetur, ex contractu obligatus esse; qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quām contrahendae dare videtur; ead. L. 5, ff. de Oblig. et act.*

L'obligation qui naît du *promutuum*, est donc formée sans qu'il intervienne, pour la former, aucun consentement des parties. C'est l'équité qui la forme, et qui ne permet pas que celui qui a reçu le paiement de ce qui ne lui était pas dû, s'enrichisse aux dépens de celui qui le lui a payé par erreur: *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detimento fieri locupletiorem* (1); *L. 206, ff. de Reg. jur.*

(1) Il est très important de bien remarquer le principe de cette obligation, et par conséquent de l'action qui en naît: c'est l'équité qui la forme, en effet, le consentement des parties n'y est pour rien, car elles voulaient dissoudre, éteindre une obligation, et non pas en faire naître une nouvelle: or, lorsqu'un principe n'a pour base que l'équité, son application doit cesser lorsqu'il est équitable de ne pas aller plus loin, et qu'une extension de la règle produirait une iniquité contre l'autre partie.

De cette observation nous conclurons une différence importante entre

le *mutuum* et le paiement du non-dû ayant pour objet des quantités. Dans le *mutuum* la quantité une fois livrée est complètement aux risques et périls de l'emprunteur, qu'il en retire du profit ou non; il n'en doit pas moins la même quantité au prêteur. Au contraire, dans le paiement du non-dû, si par un événement de force majeure, bien prouvé, il est établi que celui qui a reçu de bonne foi, n'a profité en rien du paiement, il y aurait iniquité à le contraindre à restituer: celui qui a payé est plus en faute que celui qui a reçu, et la perte doit retomber sur lui.

ART. II. — De l'obligation qui naît du PROMUTUUM.

135. Du *promutuum* naît l'obligation de rendre une somme ou quantité pareille à celle qui a été payée par erreur comme due, quoiqu'elle ne le fût pas.

136. C'est celui à qui la somme ou quantité a été payée, qui contracte cette obligation, et il la contracte envers celui qui l'a payée⁽¹⁾.

La somme ou quantité est censée m'avoir été payée, et je contracte l'obligation de rendre pareille somme ou quantité, soit que je l'aie reçue par moi-même, soit qu'elle ait été reçue en mon nom par un autre qui avait qualité de la recevoir pour moi, ou à qui j'avais donné ordre de la recevoir, suivant la règle : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset* ; L. 180, ff. de *Reg. jur.*

Il en est de même lorsque j'ai ratifié la réception qui en avait été faite en mon nom par quelqu'un : *Nam ratihabitio mandato comparatur* ; L. 12, § 4, ff. de *Solut.*

137. Pareillement, vous êtes censé m'avoir payé la somme ou quantité qui ne m'était pas due, et c'est envers vous que je contracte l'obligation de rendre une pareille somme ou pareille quantité, soit que vous me l'ayez payée en votre nom ; soit que vous me l'ayez payée au nom d'un autre.

138. L'objet de cette obligation est une somme ou quantité pareille à celle qui a été reçue ; en quoi cette obligation ressemble à celle de *mutuum*.

Celui qui a payé par erreur, ne peut répéter que la somme : il n'en peut prétendre aucun intérêts⁽²⁾ ; L. 1, Cod. de *Condict. indeb.*

139. Suivant les principes du droit romain, de cette obligation naissaient deux actions, dont celui qui avait payé par erreur, avait le choix.

La première est celle qu'on appelle *condictio certi*, qui est la même qu'avait le prêteur dans le *mutuum*, et en général la même qu'avaient tous ceux qui étaient, *ex quacumque causâ*, créanciers de quelque chose de *certain* et de *déterminé*. C'est de cette action que Gaius entend parler, lorsqu'il dit : *Qui non debitum accipit..... eadem actione tenetur, quâ debitores creditoribus* ; L. 5, § 3, ff. de *Oblig. et act.*

La seconde est l'action qu'on appelle *condictio indebiti*, dont nous allons parler dans la section suivante.

La distinction de ces différentes actions qui ont un même objet, n'est pas d'usage dans notre droit français.

SECTION II.—DE L'ACTION APPELÉE *Condictio indebiti*.

140. L'action qu'on appelle *Condictio indebiti*, est celle qui a lieu toutes les fois que quelqu'un a payé par erreur à un autre, non-seulement une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles, qui est le cas du *promutuum*, mais généralement quelque chose que ce soit, qu'il croyait, par erreur, devoir.

Cette action naît de l'obligation que celui qui a reçu quelque chose qui ne

(1) V. art. 1376, C. civ.

Art. 1376 : « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. »

(2) Oui, si celui qui a reçu était de bonne foi ; car, dans le cas contraire,

il devrait les intérêts. V. art. 1378, C. civ.

Art. 1378 : « S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement. »

lui était pas due, a contractée par le paiement qui lui en a été fait, de la rendre à celui qui la lui a payée par erreur. Le paiement qui lui en a été fait, est un quasi-contrat qui forme en lui cette obligation.

Le fondement de cette obligation est cette règle de l'équité naturelle : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuriâ fieri locupletiorem*; L. 206, ff. de *Reg. jur.* Cette règle ne permet pas que celui qui a reçu une chose qui ne lui était pas due, s'enrichisse par ce paiement, aux dépens de celui qui lui a fait ce paiement par erreur; et elle l'oblige en conséquence à lui rendre ce qu'il lui a ainsi payé par erreur.

141. De là il suit : 1^o que l'action *condictio indebiti* est une action personnelle, puisqu'elle naît de l'obligation personnelle que contracte celui à qui on a payé par erreur une chose qui ne lui était pas due.

De là il suit ; 2^o que l'action *condictio indebiti* ne se donne contre celui à qui le paiement a été fait par erreur, que jusqu'à concurrence de ce qu'il a profité et s'est enrichi par le paiement qui lui a été fait par erreur; car son obligation, d'où n'aît l'action *condictio indebiti*, n'a pour fondement que la règle d'équité qui ne permet pas qu'il s'enrichisse aux dépens de celui qui a fait le paiement (¹).

142. Pour qu'il y ait lieu à l'action *condictio indebiti*, il faut : — 1^o que ce qui est payé, ne soit pas dû; — 2^o qu'il n'y ait eu aucun sujet réel de payer; — 3^o que le paiement ait été fait par erreur.

Nous discuterons ces trois points dans les trois premiers articles.

Nous verrons dans les suivants, qui sont ceux qui ont cette action, et qui sont ceux qui en sont tenus; quel est l'objet de cette action; et enfin si elle peut quelquefois avoir lieu contre des tiers détenteurs de la chose payée par erreur.

ART. I^{er}. — Il faut que ce qui est payé ne soit pas dû.

On peut supposer plusieurs cas dans lesquels on paie ce qui n'est pas dû, et dans lesquels en conséquence il y a lieu à l'action *condictio indebiti*.

143. *Premier et second cas.*—On paie ce qui n'est pas dû, et il y a lieu à la répétition et à l'action *condictio indebiti*, non-seulement lorsqu'il n'a jamais existé aucun titre de la dette qu'on croit acquitter, mais aussi lorsque le titre est un titre nul, dont on a découvert la nullité depuis le paiement. *Ex omnibus causis quæ jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, seculâ per errorem solutione, condictioni locus erit*; L. 54, ff. de *Condict. indeb.*

On peut apporter pour exemple le cas d'un héritier qui paie des legs portés par le testament du défunt. Le testament qui était le titre de la dette que l'héritier croyait acquitter, se trouve nul, *putâ*, par la révocation qui en a été faite par un autre testament, dont l'héritier n'avait pas alors connaissance; ou de nul effet par les dettes de la succession, qui en ont absorbé les biens, et n'ont pas laissé de quoi acquitter les legs. L'héritier, en acquittant ces legs, se trouve avoir payé ce qui n'était pas dû (²), et il y a lieu à l'action *condictio indebiti*. *Si quid ex testamento solutum sit, quod posteâ falsum vel ruptum apparuerit, repetetur; vel si post multum temporis emerserit æs alienum*, etc. L. 2, § 1, ff. de *Condict. indeb.*

Voici un autre exemple : Vous m'avez vendu une chose dont je vous ai payé le prix : j'ai depuis découvert que la chose que vous m'avez vendue, était une chose qui m'appartenait, et par conséquent que la vente que vous m'en avez faite, était nulle : je vous ai en ce cas payé ce qui n'était pas dû, et il y

(1) V. nos observations, ci-dessus, p. 102, note 1.

(2) On voit que Pothier ne fait pas de doute que l'héritier n'est pas tenu des legs *ultrâ vires*, puisqu'il lui accorde même la répétition.

a lieu à la répétition : *Servum meum insciens à te emi, pecuniamque tibi solvi, eam me à te repetiturum, et eo nomine condictionem mihi esse omnimodò puto, sive scivisses meum esse, sive ignorasses* ; L. 37, ff. eod. tit.

144. Troisième cas.—Je suis censé avoir payé ce qui n'est pas dû, quoique, selon la subtilité du droit, je puisse paraître en être débiteur, lorsque j'avais une exception préemptoire pour m'en défendre : *Indebitum solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat; quare hoc quoque repeti potest, nisi sciens se tutum exceptione solvit* ; L. 26, § 3, ff. eod. tit.

Par exemple, si je vous ai payé une certaine somme, portée en une promesse de mon père, dont je suis l'héritier, et que j'aie découvert depuis que vous aviez extorqué de mon père cette promesse par dol ou par violence ; quoique, selon la subtilité du droit, je puisse paraître débiteur de cette promesse, néanmoins, dans la vérité, j'ai payé une chose non due, au moyen de l'exception préemptoire de dol ou de violence que j'avais pour m'en défendre⁽¹⁾.

145. Notre principe n'a pas lieu indistinctement à l'égard de toutes les exceptions préemptoires : il faut en excepter celles qui laissent subsister avec elles une obligation naturelle de ce qui a été payé : car, comme nous le verrons au paragraphe suivant, cette obligation naturelle suffit pour exclure la répétition de ce qui a été payé⁽²⁾.

C'est le jurisconsulte Marcellus qui insinue cette distinction entre les exceptions préemptoires qui détruisent toute obligation, et celles qui laissent subsister une obligation naturelle, lorsqu'il dit : *Desinit debitor esse qui nanciatus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem* ; L. 66, ff. de Reg. jur.

On peut apporter pour exemple d'une exception préemptoire qui laisse subsister une obligation naturelle, la prescription trentenaire que j'ai acquise contre une dette dont je suis véritablement débiteur.

Il en est de même de l'exception *rei judicatae*, qui résulte d'un jugement en dernier ressort, qui, faute de preuves que mon créancier n'a recouvrées que depuis le jugement, m'a donné congé de la demande d'une somme dont j'étais véritablement débiteur. Cette exception laissant subsister l'obligation naturelle, si je paie, je ne serai pas censé avoir payé une chose non due, et il n'y aura pas lieu à la répétition : *Judex si malè absolvit, et absolutus suā sponte solverit, repetere non potest* ; L. 28, ff. de Condic. indeb.

Cela doit avoir lieu, quand même le débiteur, lors du paiement, n'aurait pas encore eu connaissance du jugement qui lui donnait congé de la demande, et qui lui avait procuré l'exception *rei judicatae* : car ce n'est pas la connaissance du jugement rendu à son profit, qu'il avait lors du paiement, qui l'exclut de la répétition de la somme qu'il a payée ; c'est son obligation naturelle, que le jugement n'a pas détruite, et qui subsiste, soit qu'il ait ignoré le jugement, soit qu'il en ait eu connaissance⁽³⁾.

146. Quatrième cas.—On a payé une chose non due, non-seulement lorsque rien de ce qu'on a payé n'était dû, mais aussi lorsqu'on a payé plus qu'il

(1) Je ne puis pas même être censé avoir ratifié par l'exécution ; car je ne connaissais pas, lors de cette exécution, le vice dont l'obligation était entachée.

(2) V. art. 1235, C. civ., 2^e alinéa.

Art. 1235 : « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans

être dû, est sujet à répétition. — La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

(3) Cette décision, ainsi que la précédente, relative à l'exception tirée de la prescription trentenaire, peuvent être contestées.

n'était dû ; et il y a lieu en conséquence à la répétition de l'excédant par l'action *condictio indebiti* : *Si quid probare potueris patrem tuum cui hæres extitisti amplius debito creditori suo persolvisse, repetere potes* ; L. 1, Cod. de *Condictione indeb.*

Je suis censé avoir payé plus que je ne devais, et il y a lieu en conséquence à la répétition, lorsque par erreur j'ai omis de faire quelque déduction ou quelque rétention sur la chose payée, que j'avais droit de faire.

Javolenus rapporte cet exemple : *Si is qui hæreditatem vendidit et emptori tradidit, id quod sibi mortuus debuerat non retinuit, repetere poterit, quia plus debito solutum, per condictionem rectè recipietur* ; L. 45, ff. eod. tit.

Voyez un autre exemple en la loi 40, § 1, ff. eod. tit.

147. Pomponius nous rapporte un exemple d'une rétention qu'on a omis de faire sur la chose payée : *Quum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi; incerti condicam, ut iter mihi concedatur* ; L. 22, § 1, eod. tit.

N'eussé-je omis que de me faire donner une caution que j'avais droit de me faire donner en payant, je suis censé avoir, pour cela seul, payé plus que je ne devais, et je puis répéter cette caution par l'action *condictio indebiti*.

Nous en trouvons un exemple dans la loi 39, ff. eod. tit. *Si qui à fidei-commissario sibi cavere poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

148. Cinquième cas. — C'est payer une chose non due, non-seulement que de payer ce qui n'a jamais été dû, mais aussi que de payer ce qui a cessé d'être dû.

C'est pourquoi il n'est pas douteux que si, dans l'ignorance où j'étais du paiement que mon codébiteur avait fait de la somme entière dont j'étais co-débiteur solidaire avec lui, j'ai payé cette somme une seconde fois, j'en ai la répétition, parce que j'ai payé ce qui n'était plus dû.

Quid, si nos deux paiements étaient de même date ?

En ce cas, nos deux paiements faisant le double de ce qui était dû, nous avons payé plus qu'il n'était dû, et nous devons avoir par conséquent, chacun pour moitié, la répétition de l'excédant. C'est ce qu'enseigne Celsus : *Si duo rei qui decem debebant, viginti pariter solverint, Celsus ait singulos quina repetituros; quia quum decem deberent, viginti solvissent, et quod amplius ambo solverint, ambo repetere possunt* ; L. 19, § 4. La loi 20 ajoute : *Si reus et fidejussor solverint pariter, in hâc causâ non differunt à duobus reis promittendi.* Je crois néanmoins que pour éviter le circuit d'actions, on doit accorder à la caution la répétition de tout ce qui a été payé de trop ; et le créancier, en le lui restituant, sera déchargé envers le débiteur principal.

149. Lorsque deux différentes choses étaient dues sous une alternative, par deux débiteurs solidaires, dont chacun en a payé une ; si les paiements sont de différente date, il est évident que c'est le second qui est un paiement de chose non due. Mais si les paiements sont de même date, chacun des deux débiteurs n'a pas, comme dans l'espèce précédente, la répétition pour moitié de ce qu'il a payé : car le créancier doit avoir en entier l'une des deux choses. C'est pourquoi, dans ce cas, le créancier a le choix de rendre celle des deux choses qu'il voudra ; et en la rendant à celui qui l'a payée, il sera quitte tant envers lui, qu'envers celui qui lui a payé celle qu'il retient : *Hoc casu, dit Paul, electio est creditoris cui velit solvere, ut alterius repetitio impediatur* (¹) ; L. 21, ff. eod. tit.

(¹) Le jursiconsulte romain laisse le choix au créancier qui a reçu, parce qu'il le considère comme débiteur quant à la restitution ; ce qui n'est peut-être pas très équitable, car les débiteurs primitifs sont ainsi victimes

150. *Sixième cas.*—C'est payer une chose non due, que de la payer avant l'accomplissement de la condition sous laquelle elle est due : car, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, n° 218, ce qui est dû sous condition, n'est pas encore dû : *Tantum spes est debitum iri.*

C'est pourquoi il y a lieu en ce cas à la répétition de ce qui a été payé, tant que la condition n'est pas accomplie. Mais si, avant que la répétition ait été exercée, la condition vient à s'accomplir, il n'y a plus lieu à la répétition, parce que l'accomplissement des conditions ayant un effet rétroactif, on est alors censé avoir payé une chose due. C'est ce qu'enseigne Pomponius : *Sub conditione debitum per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur; conditione autem existente repeti non potest*; L. 16, ff. *eod. tit.*

151. Il n'en est pas du terme de paiement comme de la condition. Le terme n'empêche pas que la dette n'existe ; il en diffère seulement l'exigibilité : c'est pourquoi le paiement, quoique fait avant le terme, n'est pas un paiement de chose non due, et ne donne pas lieu par conséquent à la répétition. *In diem debitor adeò debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit* (¹) ; L. 10, ff. *eod. tit.*

Une condition qui doit certainement s'accomplir, n'est pas proprement une condition, et n'a l'effet que d'un terme de paiement : c'est pourquoi, *Si sub ea conditione debetur quæ omnimodò exstitura est, solutum repeti non potest*; L. 18, ff. *eod. tit.*

152. On ne peut pas à la vérité répéter la somme ou la chose qui a été payée avant l'échéance du terme du paiement. Mais celui qui a payé par erreur avant le terme, ne peut-il pas au moins répéter la valeur du bénéfice que celui à qui le paiement a été fait, a dû ressentir de l'anticipation du terme ?

Non ; ce serait exiger un escompte. L'escompte n'étant pas plus licite que l'intérêt du prêt, et ne pouvant être licitement stipulé (²), comme nous

de leur erreur en ce qu'ils ont perdu le choix qu'ils avaient primitivement : l'équité, base unique de cette action, n'exigerait-elle pas que les parties fussent remises au même état qu'avant le paiement, ne faudrait-il pas opérer une restitution pleinement *in integrum* ?

(¹) *V. art. 1186, C. civ.*

Art. 1186 : « Ce qui n'est dû qu'à « terme ne peut être exigé avant l'é- « chéance du terme ; mais ce qui a « été payé d'avance ne peut être ré- « pété. »

Cependant, si nous supposons que le débiteur a ignoré l'existence du terme apposé à l'obligation, est-il conforme à l'équité de le priver ainsi de la jouissance qu'il pouvait conserver pendant plusieurs années ? Le créancier n'a-t-il pas reçu plus qu'il ne lui était dû ? *Non solum in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur : plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.* Inst., § 5, de *Fidej*. Aussi celui qui demandait avant le terme encourrait la

peine de la plus pétition, *qui præmatrè petit, plus petere videtur. Inst., § 33, de Act.*

Nous pensons que les rédacteurs du Code ont voulu dire que le débiteur, en payant d'avance, était censé renoncer au bénéfice du terme ; mais, pour appliquer une telle présomption, il faut que le débiteur ait connu ou au moins pû connaître ce terme : et, si on refuse au débiteur le droit d'agir pour être remis en possession de la chose, au moins faudra-t-il lui accorder une action pour être indemnisé de la perte qu'il souffre de la privation de cette jouissance, jusqu'à concurrence du profit que le créancier en retire, autrement l'équité serait évidemment blessée.

(²) Cette raison n'a aucune valeur aujourd'hui, l'intérêt étant permis et par conséquent l'escompte : d'ailleurs il ne s'agit pas toujours d'une somme d'argent, ou d'une quantité, le paiement anticipé par erreur a pu avoir pour objet un corps certain, même un immeuble.

l'avons vu *suprà*, il ne peut pas, à plus forte raison, être demandé, lorsqu'il n'a pas été promis.

153. Septième et huitième cas.—C'est payer une chose non due, lorsqu'on la paie à un autre qu'à celui à qui elle est due, ou lorsqu'un autre que celui qui la doit, la paie comme s'en croyant par erreur le débiteur; *Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur si alii solvatur; aut si id quod alius debeat, alius quasi ipse debeat, solvat* (¹); L. 65, § fin. ff. *eod. tit.*

On peut apporter pour exemple de la première partie de cette règle, le cas auquel j'ai payé à celui qui se disait faussement être fondé du pouvoir de mon créancier; L. 8, *Cod. de Conduct. indeb.* ou qui se disait faussement son héritier; L. 26, § 11, ff. *eod. tit.*

On peut apporter pour exemple de la seconde partie, le cas auquel j'aurais payé la dette de celui dont je m'étais faussement persuadé être l'héritier, et par conséquent le débiteur de son créancier. C'est le cas que Pomponius rapporte en la Loi 19, § 1, ff. *eod. tit.* *Quamvis debitum sibi quis recipiat; tamen si is qui dat, non debitum dat, repetitio competit; veluti si is qui hæredem se falsò existimans, creditori hæreditario solverit.*

Mais lorsque le paiement a été fait pour le véritable débiteur, et en son nom, quoique ce ne soit pas le débiteur qui l'ait fait, il n'y a pas lieu à la répétition. C'est de ce cas qu'il faut entendre ce que dit Paul: *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam à vero debitore solutum est;* L. 44 (²), ff. *eod. tit.*

154. Neuvième cas.—Enfin c'est payer ce qui n'est pas dû, que de payer par erreur une autre chose que celle qui est due.

Par exemple: *Si putem me Stichum aut Pamphilum debere, quum Stichum debeam, et Pamphilum solvam, repetam quasi indebitum solutum; nec enim pro eo quod debo videor id solvisse;* L. 19, § 3, ff. *eod. tit.*

Il en serait autrement, si sachant ne devoir que Stichus, j'avais, du consentement de mon créancier, payé Pamphilus à sa place (³).

155. Dixième cas.—Il dépend quelquefois d'un événement futur, si le paiement qui a été fait, a été d'une chose non due, et si en conséquence il y a lieu ou non à la répétition. C'est ce qui arrive dans le cas des dettes alternatives.

Par exemple, si dans nos Colonies j'étais débiteur de dix écus ou du nègre Jacques, et que je paie une partie de l'une de ces deux choses, *putà*, cinq écus; ce paiement dépendra de celui que je ferai par la suite: car si par la suite je paie les cinq écus restants, le paiement que j'ai fait des premiers cinq écus, se trouvera avoir été valable: mais si je paie le nègre, le paiement que j'ai fait en premier lieu des cinq écus, se trouvera être le paiement d'une chose non due, et j'aurai pour le répéter, l'action *condictio indebiti* (⁴). *Posterior solutio com-*

(¹) Il faut cependant distinguer ces deux cas: dans le premier, celui qui a reçu, a reçu ce qui ne lui était pas dû, il n'a aucune raison pour le retenir; ce cas est prévu par l'art. 1376. V. ci-dessus, p. 103, note 1. Dans le second, au contraire, celui qui a reçu était créancier, *suum recepit*, on conçoit que la répétition soit admise moins facilement; cette hypothèse est régie par l'art. 1377, C. civ.

Art. 1377: « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit

« de répétition contre le créancier.— Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du paiement, sauf le « recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur. »

(²) Si Paul n'a voulu dire que cela, il a énoncé une vérité incontestable.

(³) Ce serait une dation en paiement.

(⁴) Il faut supposer que le débiteur ne connaissait pas que la dette était alternative, car autrement le paiement même partiel de l'une des deux choses nous paraît avoir consommé son choix.

probabit priora quinque ultrum debita, an indebita solverentur; L. 26, § 13, ff. de Cond. indeb.

Voyez dans notre *Traité des Obligations*, n° 255 et 257, deux autres cas de répétition dans l'espèce des dettes alternatives.

ART. II. — Il faut qu'il n'y ait eu aucun sujet réel de payer la chose non due qui a été payée.

156. L'action *condictio indebiti* est une branche de l'action générale *condictio sine causâ*, qui donne la répétition de tout ce qui a été donné ou payé sans aucun sujet réel : il suffit donc qu'il y ait eu un sujet réel et probable de payer la chose non due qui a été payée, pour qu'il ne puisse y avoir lieu à la répétition de ce qui a été payé.

Suivant ce principe, il n'y a pas lieu à la répétition, lorsque la chose qui a été payée, était à la vérité une chose non due dans le *for extérieur*, mais due dans le *for de l'honneur et de la conscience*; car, quoique, dans le sens propre des termes, une chose ne soit *due* que lorsqu'elle est due en vertu d'une obligation civile, suivant cette définition de la Loi 108, *de Verb. signif. Debitor intelligitur is à quo invito exigi pecunia potest*; et qu'en conséquence, la chose qui n'était due que dans le *for de la conscience*, et en vertu d'une obligation purement naturelle, fut dans la rigueur une chose non due, néanmoins on ne peut pas douter que cette obligation naturelle, dont s'est voulu acquitter celui qui l'a payée, n'ait été un sujet réel et probable d'en faire un paiement; ce qui suffit pour exclure la répétition.

C'est pourquoi Julien dit : *Licet minus propriè debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse*⁽¹⁾; L. 16, § 3, in fin. ff. de *Fidej.*

On peut apporter pour exemple de paiement de dettes naturelles, le cas auquel on paie une dépense de cabaret; celui auquel une femme devenue veuve, ou son héritier, paie ce qu'elle s'était obligée de donner étant sous puissance de mari, sans être autorisée; celui auquel quelqu'un paie une dette contre laquelle la prescription trentenaire était acquise.

Dans tous ces cas, quoique ce qui a été payé ne fut pas dû dans le *for extérieur*, néanmoins on ne peut répéter ce qui a été payé, parce qu'il y a eu un sujet réel de faire le paiement.

157. Du principe « qu'il n'y a pas lieu à la répétition de ce qui a été payé, lorsqu'il y a eu un sujet réel et probable de faire le paiement », il suit encore que si, pour éviter une contestation née ou prête à naître entre vous et moi, sur ce que vous prétendiez, quoique mal à propos, que j'étais votre débiteur d'une chose, je vous en paie par forme de transaction une partie, quoique dans la vérité je ne vous dusse rien, il n'y aura pas lieu à la répétition de ce que je vous ai payé, quoique sans devoir, parce que j'ai eu un sujet réel de faire ce paiement, savoir celui d'éviter de faire un procès.

C'est ce qu'enseigne Paul, en la Loi 65, § 1, ff. de *Cond. indeb.* *Quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur; nam hoc ipsum quod à lite disceditur, causa videtur esse.*

Cette décision de Paul a lieu, pourvu que cette transaction ne soit pas infectée de quelque vice qui la rende nulle, comme elle le serait si vous aviez employé des mauvaises manœuvres pour me faire transiger; ou si la transaction n'était intervenue qu'après un jugement en dernier ressort, que nous ignorions, qui ayant nettement décidé la question, l'empêchait d'être susceptible de transaction⁽²⁾; *ead. L. 65, § 1; L. 23, §. ff. de Cond. indeb.*

(1) *V. art. 1235, § 2^e, C. civ., ci-dessus, p. 105, note 2.*

(2) *V. art. 2053 et 2056, C. civ. Art. 2053 : « Une transaction peut*

Le jugement en dernier ressort qui m'a donné congé de la demande d'une certaine somme d'argent, que vous aviez formée contre moi, n'empêche pas que le paiement que je vous ai fait depuis, ne soit valable, soit que j'eusse connaissance du jugement, soit que je l'ignorasse, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 140. Pourquoi ce jugement empêchera-t-il plutôt la validité de la transaction que j'ai faite depuis, sur ce qui faisait l'objet de la contestation, dans l'ignorance où nous étions qu'elle fut décidée?

La raison de différence est évidente. Le paiement que je fais d'une somme d'argent depuis le jugement qui avait donné congé de la demande qui m'en avait été faite, fait présumer en moi une obligation naturelle de cette somme, que le jugement n'a pas détruite, n'y ayant que l'obligation civile que le jugement puisse détruire; et cette obligation naturelle est une cause suffisante pour rendre valable le paiement qui a été fait de cette somme. Mais une transaction ne peut avoir pour cause que l'ambiguité et l'incertitude du droit qui fait la matière de la contestation, et la fin qu'on veut mettre au procès auquel cette incertitude donne ou peut donner lieu. La transaction est essentiellement *de re incertâ et dubiâ*: donc, lorsqu'un jugement a levé l'incertitude et mis fin au procès, il ne reste plus de matière à transaction: d'où il suit que celle qui est faite depuis le jugement, dans l'ignorance où étaient les parties qu'il fut intervenu, est nulle, faute d'une matière qui fut susceptible de transaction; et par conséquent le paiement qui s'est fait en vertu de cette transaction est nul, comme fait sans cause.

158. La clause qui est en fin d'un acte de compte, par laquelle il est dit, « qu'au moyen de la solde, les parties se tiennent respectivement quittes, et qu'elles ne pourront de part ni d'autre se faire aucunes contestations », ne doit pas faire passer cet acte pour une transaction, ni par conséquent empêcher la répétition de ce que l'une des parties aurait, par cet acte, payé à l'autre sans le devoir. C'est ce qu'enseigne Scævola: *Quæsiti an pactum quod in pârationibus adscribi solet in hunc modum, ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse, impediat repetitionem? Respondit nihil proponi cur impediret*; L. 67, § 3, ff. de *Cond. indeb.*

159. Si je ne puis répéter ce que j'ai payé sans le devoir, lorsque je l'ai payé en vertu d'une transaction, à plus forte raison lorsque c'est en vertu d'un jugement qui m'y a condamné, quoique injustement; car ce jugement forme une obligation civile en ce cas; *Propter auctoritatem rei judicatæ repetitio cessat*; L. 29, § 5, ff. *Mand.* C'est pourquoi Antonin dit: *Pecuniae indebitæ per errorem, NON EX CAUSA JUDICATI solvæ, esse repetitionem jure condictionis non ambigitur*; L. 1, Cod. de *Condict. indeb.*

ART. III. — Il faut que la chose non due qui a été payée, l'ait été par erreur.

160. Il n'y a lieu à l'action *condictio indebiti*, pour la répétition de ce qu'on a payé sans le devoir, que lorsque c'est par erreur qu'on a payé. Si, lors du paiement que j'ai fait d'une chose, je savais ne la pas devoir, je n'en ai aucune répétition: *Si quis indebitum per errorem solvit, par hanc actionem*

« être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. — Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence.»

Art. 2056: « La transaction sur un procès terminé par un jugement

« passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle. — Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction sera valable. »

condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio; L. 1, § 1, ff. de Conduct. indeb. Indebitum solutum sciens non rectè repetit (¹); *L. 9, Cod. eod. tit.*

C'est une conséquence de ce qui a été établi en l'article précédent, « qu'il n'y a pas lieu à la répétition de ce qu'on avait payé sans le devoir, lorsqu'il y avait eu un sujet réel de faire le paiement »; car celui qui paie ce qu'il ne doit pas, ayant connaissance qu'il ne le doit pas, a intention d'exercer une libéralité envers celui à qui il le paie, laquelle libéralité est un sujet réel et probable de faire ce paiement. Le paiement renferme une véritable donation entre vifs de la chose qui a été payée, qui reçoit son entière perfection par la tradition réelle qui en est faite, les donations des meubles n'étant pas sujettes à d'autres formes (²).

161. *Quid*, lorsqu'il est incertain si celui qui a payé ce qu'il ne devait pas, ignorait ou savait qu'il ne le devait pas?

Il faut, dans le doute, présumer qu'il l'ignorait, et lui en accorder la répétition; c'est le cas de la règle de droit: *In re obscurā melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro; L. 41, § 1, ff. de Reg. jur.*

162. Il nous reste à observer que l'erreur qui a fait accorder la répétition de ce qu'on a payé sans le devoir, doit être une *erreur de fait*; car on n'est pas écoute à alléguer une *ignorance de droit*, qui ne se présume pas, et qui n'est pas excusable, parce que dans les affaires qu'on a, on doit se consulter et se faire instruire. C'est ce que décide la Loi 10, *Cod. de Jur. et fact. ignor. Quum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio; per ignorantiam enim facti tantum, indebiti soluti repetitionem competere libi notum est.*

On peut apporter pour exemple de cette distinction entre l'ignorance ou l'erreur de fait, et l'ignorance et l'erreur de droit, le paiement qu'un héritier a fait des legs qui entamaient, ou la Quarte Falcidienne, dans les pays de droit écrit; ou dans nos provinces, les réserves coutumières: en ce cas, ce qu'il a payé de trop, est payé par erreur de fait, et l'héritier en a la répétition. Mais si l'héritier, lorsqu'il a payé les legs en entier, avait une connaissance suffisante des forces de la succession, pour savoir que ces legs entamaient ou la falcidienne ou les réserves coutumières, il n'est pas écoute pour répéter ce qu'il a payé de trop, à dire que lorsqu'il a fait le paiement, il ne connaissait pas ses droits, et ne savait pas que la loi lui avait réservé une quarte falcidienne, ou, dans nos provinces, les réserves coutumières: *Sciant*, disent, dans cette espèce, les empereurs Sévère et Antonin, *ignorantiam facti non juris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus* (³); *L. 9, § 5, ff. de Jur. et fact. ignor.*

(¹) Quoique le Code ne signale l'erreur de celui qui paie, que dans le cas de l'art. 1377, C. civ. (*V. ci-dessus* , p. 108, note 1), nous croyons cependant que cette erreur est, dans tous les cas, une condition de la répétition.

(²) Autrement celui qui a payé aurait tendu un piège à celui qui a reçu.

(³) Cette doctrine se comprend assez facilement dans les exemples que cite

Pothier; car, même en mettant de côté l'ignorance du droit, il reste toujours l'idée d'exécuter pleinement la volonté du défunt, ce qui peut être cause suffisante pour empêcher la répétition; mais lorsqu'il n'y a aucune cause pour retenir, autre que l'erreur de droit dans laquelle a été celui qui a payé, c'est une assez mauvaise raison pour autoriser celui qui a reçu à retenir ce qui a été payé.

ART. IV. — Qui sont ceux qui ont l'action *CONDICTIO INDEBITI*

163. C'est celui qui a payé, qui a l'action *condictio indebiti*, pour répéter ce qu'il a payé par erreur, soit qu'il ait payé par lui-même, soit qu'un autre ait payé pour lui.

Suivant ce principe, si mon tuteur et mon procureur ont payé pour moi ou en mon nom quelque chose qu'ils croyaient par erreur que je devais, c'est moi, au nom duquel le paiement a été fait, qui suis censé avoir payé, et j'ai l'action *condictio indebiti* pour le répéter : *Quum indebitum impuberis nomine tutor numeravit, impuberis condictio est*; L. 57, ss. de *Cond. indeb.* *Si per ignorantiam facti, non debitam quantitatem pro alio solvisti.... hanc ei cuius nomine soluta est restitui, eo agente (Præses) providebit*; L. 6, *Cod. eod. tit.*

Ni mon tuteur, ni mon procureur, qui ont fait le paiement pour moi et en mon nom, n'auraient l'action *condictio indebiti*, quand même ils auraient fait ce paiement de leurs propres deniers, parce que l'ayant fait en mon nom, ce ne sont pas eux qui sont censés avoir payé : *Julianus ait neque tutorem, neque procuratorem solventes repetere posse; neque interesse suam pecuniam an pupilli vel domini solvant*; L. 6, §. ss. *fin. eod. tit.*

164. Quoique celui qui a payé de ses propres deniers, en mon nom, ce que je ne devais pas, n'ait pas de son chef l'action *condictio indebiti* pour répéter la somme qu'il a payée, parce que le paiement ayant été fait en mon nom, c'est moi, plutôt que lui, qui suis censé l'avoir payée ; néanmoins comme en ce cas celui qui a payé de ses propres deniers pour moi, aurait action contre moi pour les répéter de moi, s'il l'avait fait par mon ordre, et moi contre celui à qui on les avait payés pour moi, ce qui fait un circuit d'actions ; les jurisconsultes romains, quoique attachés à la subtilité, ont cru qu'on pouvait la négliger en ce cas, et que, pour éviter ce circuit d'actions, on pouvait accorder à celui qui a payé de ses propres deniers pour moi, l'action *condictio indebiti*, pour les répéter *recta viā*, de celui à qui ils ont été payés indument : *Tam benignus quam utilius est recta viā ipsum qui nummos dedit, suum recipere* (¹); L. 53, ss. *eod. tit.*

165. Lorsque c'est sans mon ordre que quelqu'un a payé de ses propres deniers, en mon nom, une somme que je ne devais pas, et que je désavoue ce paiement qu'il a fait pour moi mal à propos, on doit à plus forte raison lui accorder directement l'action *condictio indebiti* contre celui qui a reçu la somme ; car on ne peut lui subvenir autrement, puisqu'il ne peut la répéter de moi, qui désavoue le paiement qu'il a fait sans mon ordre.

On ne peut pas dire que celui qui a fait ce paiement en mon nom de ses deniers, puisse demander que, si je ne veux pas lui rendre la somme, je lui cède au moins l'action *condictio indebiti* ; car, au moyen du désaveu que je fais du paiement qu'il a fait en mon nom, ce n'est pas moi qui ai payé, et je n'ai pas par conséquent l'action *condictio indebiti* : c'est donc à lui qu'il faut donner cette action directement contre celui qui a reçu indûment la somme.

C'est de cette manière qu'il faut entendre ce qui est dit en la loi 6, ss. *cod. tit.* *Si procurator tuus indebitum solverit, et tu ratum non habeas, posse repeti, Labeo scripsit.*

166. Il y a un cas auquel l'action *condictio indebiti* n'est pas accordée à celui qui a fait le paiement lui-même et en son nom, mais à un autre ; c'est le cas auquel ayant été institué héritier par le testament d'une personne, j'aurais payé des deniers de la succession les legs portés par ce testament. Si ce

(¹) A plus forte raison doit-on le décider ainsi chez nous.

testament ayant depuis été déclaré faux ou inofficieux, j'ai été obligé de rendre l'héritier à l'héritier légitime, ce n'est pas moi qui aurai l'action *condictio indebiti* pour la répétition des legs que j'ai payés des deniers de la succession, et qui se trouvent, au moyen de la nullité du testament, n'avoir pas été dus : quoique ce soit moi qui aie fait moi-même et en mon nom le paiement de ce legs, ce sera l'héritier légitime qui aura l'action *condictio indebiti* pour les répéter ; L. 2, § 1, ff. *eod. tit.* Il en est de même de quelque autre manière que ce soit que le testament ait été infirmé ; L. 3, L. 4, ff. *eod. tit.*

Cela a été établi pour éviter les embarras (*ambages*) d'une cession d'actions : l'héritier testamentaire ayant employé de bonne foi les deniers de la succession à payer les legs portés au testament, qui paraissaient dus, tant que le testament n'était pas encore infirmé, il n'eût pu être tenu que de céder à l'héritier légitime l'action *condictio indebiti* pour la répétition de ces legs. Pour éviter les *ambages* de cette cession d'action, Adrien accorde, *recitā viā*, à l'héritier légitime l'action *condictio indebiti*, pour la répétition des sommes payées indûment des deniers de la succession aux légataires.

On peut ajouter que l'héritier testamentaire qui a fait ces paiements, ne les a pas faits en son nom *simpliciter*, mais en son nom en qualité d'héritier qu'il croyait avoir : c'est donc en quelque façon au nom de la succession que le paiement a été fait, et par conséquent c'est celui à qui se trouve appartenir la succession, qui doit avoir l'action *condictio indebiti*.

Il en est de même du cas auquel un mineur héritier a payé des deniers de la succession, des legs ou autres choses qu'il croyait par erreur dues par la succession, et s'est depuis fait restituer contre son acceptation de la succession : *Nec novum*, dit dans cette espèce Ulpien, *ut quod alius solverit, alius repeatet ; nam et quum minor 25 annis inconsulte aditā hæreditate, solutis legatis in integrum restituitur ; non ipsi repetitionem competere, sed ei ad quem bona pertinent* ; L. 5.

C'est celui qui, à son défaut, est héritier; ou s'il n'y en a point, c'est le curateur à la succession vacante, qui a l'action *condictio indebiti*.

ART. V. — Contre qui se donne l'action CONDICTIO INDEBITI.

167. L'action *condictio indebiti* se donne contre celui à qui le paiement a été fait.

Le paiement est censé fait à moi, soit qu'il l'ait été à moi-même, soit qu'il ait été fait de mon ordre à un autre, suivant la règle : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est ac si ipsi solutum esset* ; L. 180, ff. *de Reg. jur.* C'est pourquoi en ce cas, ce n'est pas contre celui à qui on a payé de mon ordre la somme qu'on croyait par erreur m'être due, que doit se donner l'action *condictio indebiti*, mais c'est contre moi.

Cette décision a lieu quand même ce serait lui qui aurait profité de cette somme, *putā*, parce que je l'aurais déchargé de m'en rendre compte.

De là cette règle de droit : *His solis pecunia condicitur, quibus quoquomodo soluta est, non quibus proficit* ; L. 49, ff. *de Cond. indeb.*

168. Quoique quelqu'un ait reçu en mon nom une certaine somme d'argent, ou d'autres choses, que celui qui les a payées croyait par erreur me devoir, le paiement n'est censé m'en avoir été fait qu'autant que celui qui les a reçues aurait eu un ordre spécial de ma part, ou que j'aurais ratifié et approuvé le paiement qui lui en a été fait pour moi. Sans cela je puis désavouer le paiement ; et au moyen de mon désaveu, le paiement ne peut être censé avoir été fait à moi, et en conséquence l'action *condictio indebiti* ne peut se donner contre moi : mais en ce cas, elle doit se donner contre celui qui a reçu pour moi sans mon ordre ; L. 6, § 1 et 2, ff. *dicto titulo* ; L. 14, ff. *de Cond. caus. dat.*

Cette décision a lieu, quand même celui qui a reçu pour moi aurait de moi une procuration générale : car cette procuration renferme bien le pouvoir de recevoir tout ce qui m'est dû, mais non pas de recevoir ce qui ne m'est pas dû : c'est pourquoi, soit qu'il reçoive pour moi ce qui ne m'est pas du tout dû, soit qu'il reçoive plus qu'il ne m'est dû, je puis désavouer ces paiements ; et en ce cas, ce n'est pas contre moi, mais contre ce procureur, que devra se donner l'action *condictio indebiti* ; L. 6, § 2 ; L. 57, § 1, ff. de *Cond. indeb.*

ART. VI.— Quel est l'objet de l'action CONDICTIO INDEBITI.

169. L'objet de cette action est la répétition de la chose même qui a été payée par erreur, ou bien d'une somme ou quantité pareille à celle qui a été payée par erreur : *Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantumdem repetitur* ; L. 7, ff. de *Cond. indeb.*

Cette règle contient deux cas. L'un, auquel *tantumdem repetitur*, est le cas où l'on a payé par erreur une certaine somme d'argent ou une certaine quantité de choses songibles qui se consomment par l'usage : c'est le cas du *promutuum*, dont nous avons parlé dans la section précédente. Celui qui a payé par erreur, ne répète pas alors les choses mêmes qu'il a payées, mais une somme ou une quantité pareille à celle qu'il a payée.

Nous n'en dirons pas davantage sur ce cas.

Le cas auquel *tantumdem repetitur*, peut aussi s'appliquer à celui auquel ce qui a été payé, est quelque chose qui ne peut se rendre en espèce ; comme lorsqu'on a rendu à quelqu'un des services appréciables qu'on croyait lui être dus, ou lorsqu'on lui a donné une jouissance ; il doit rendre *tantumdem*, c'est-à-dire, le prix de ces services ou de cette jouissance ; L. 26, § 12 ; L. 65, § 7.

Observez que celui à qui on a payé par erreur, n'étant tenu que *quanti locupletior est*, on ne doit estimer ces services ou cette jouissance que eu égard à ce qu'il en a profité, c'est-à-dire au loyer qu'il en aurait donné, et non eu égard à ce que celui qui les a rendus indûment en aurait pu retirer en les louant à d'autres, auxquels il avait occasion de les louer plus avantageusement : *Non quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses* ; eod. L. 65, § 7.

170. L'autre cas de la règle auquel *hoc ipsum repetitur*, qui est celui dont nous nous proposons de traiter ici, est le cas auquel on a payé une certaine chose qui n'est pas du nombre des choses songibles qui se consomment par l'usage. C'est en ce cas la chose même qui a été payée, qui est l'objet de l'action *condictio indebiti*.

Celui qui a payé par erreur une telle chose, étant en ce cas créancier de la chose même, *in individuo*, qu'il a payée, il doit se contenter qu'on la lui rende telle et en l'état qu'elle se trouve au temps auquel il en exerce la répétition.

Quand même la chose se trouverait dépréciée ou détériorée par le peu de soin qu'en aurait eu celui à qui on a payé par erreur, celui qui a payé ne pourrait pas s'en plaindre, ni en demander aucun dédommagement ; car de même qu'un possesseur de bonne foi de la chose d'autrui, n'est pas tenu envers le propriétaire de son défaut de soin à conserver une chose qu'il croyait lui appartenir ; *quia qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est* ; L. 31, § 3, ff. de *Petit. hared.* ; de même celui à qui on a par erreur payé une chose qu'on croyait lui être due, a été en droit de négliger cette chose qui lui appartenait, et qu'il ignorait être sujette à restitution, sans qu'on puisse le rendre responsable des détériorations qui ont résulté de son défaut de soin⁽¹⁾ ; *quia qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est*.

(1) V. art. 1379, C. civ.

Art. 1379 : « Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue s'o-

171. Cela a lieu, tant que celui à qui la chose a été payée par erreur, & cru de bonne foi qu'elle lui était due. Mais lorsqu'il a connaissance qu'elle ne lui est pas due, et qu'il est par conséquent informé de l'obligation en laquelle il est de la rendre à celui qui l'a payée par erreur, soit qu'il ait eu cette connaissance dès le temps du paiement, soit qu'elle lui soit survenue depuis, la bonne foi l'oblige, depuis qu'il a eu cette connaissance, à apporter un soin convenable à la conservation de cette chose, afin de pouvoir remplir son obligation de la rendre à celui qui l'a payée; et il est tenu des détériorations qui seraient survenues à la chose, faute par lui d'avoir apporté ce soin.

Quoiqu'il ait toujours cru de bonne foi que la chose lui était due, il est obligé à ce soin du jour que la demande en répétition a été donnée contre lui.

172. Celui qui a payé la chose par erreur, devant en supporter la perte et les détériorations, à moins qu'elles ne soient survenues par la faute de celui qui l'a reçue, depuis qu'il a eu connaissance qu'elle ne lui était pas due; il doit en revanche profiter des augmentations qui seraient survenues à cette chose, suivant ces règles de droit: *Ubi periculum, ibi et lucrum; L. fin. § 3, Cod. de Furt. et Secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda; L. 10, ff. de Reg. jur.*

C'est pourquoi il a droit de répéter aussi avec la chose les fruits qu'en a perçus celui à qui elle a été payée par erreur: car celui-ci ne doit s'enrichir en rien aux dépens de celui qui a payé par erreur.

C'est ce qu'enseigne Paul: *Et quod rei solutæ accessit, venit in condictionem, ut putà partus qui ex ancillâ natus sit, vel quod alluvione accessit; immò et fructus quos is cui solutum est bonâ fide percepit, in condictionem venient; L. 15, ff. de Condict. indeb.*

Cela a lieu, soit que celui à qui la chose a été payée, soit qu'elle ne lui était pas due, soit qu'il crût de bonne foi qu'elle lui était due. C'est ce qui résulte de ces derniers termes de la loi⁽¹⁾, *et fructus quos bonâ fide percepit.*

Il y a néanmoins une différence entre l'un et l'autre cas.

Celui qui savait que la chose qu'on lui a payée ne lui était pas due, est tenu de faire raison, non-seulement des fruits qu'il a perçus, mais de ceux qu'il a manqué de percevoir: et il en est tenu, soit qu'il en ait profité, soit qu'il n'en ait pas profité. Au contraire, celui qui a cru de bonne foi que la chose lui était due, n'est tenu qu'autant qu'il en a profité, et qu'il s'en est enrichi.

173. Celui qui a payé par erreur une chose, peut, par l'action *condictio indebiti*, recouvrer la chose qu'il a payée par erreur, non-seulement avec les augmentations naturelles, mais encore avec les augmentations artificielles qui y ont été faites par celui à qui la chose a été payée.

Par exemple, si je vous ai payé par erreur un certain terrain, sur une partie duquel vous avez construit un édifice, j'ai droit de répéter de vous ce terrain avec l'édifice que vous avez construit, lequel en fait partie, suivant la règle, *Edificium solo cedit*: mais ce n'est qu'à la charge par moi de vous rembourser de vos impenses jusqu'à concurrence de ce que la chose s'en trouve plus précieuse: car la même règle d'équité qui me donne contre vous l'action *condictio indebiti*, afin que vous ne vous enrichissiez pas à mes dépens par le paiement que je vous ai fait par erreur, vous donne parcelllement une ex-

« blige à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est périe ou détériorée par sa faute; il est même garant de sa perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi.»

(1) L'art. 1378 C. civ. (V. ci-dessus, p. 103, note 2), ne rend possible des intérêts ou des fruits que celui qui a reçu de mauvaise foi: donc à contrario celui qui a reçu de bonne foi, doit gagner les fruits. V. cet article.

ception contre mon action pour vous faire rembourser de vos impenses, afin que je ne m'enrichisse pas à vos dépens⁽¹⁾.

Observez que, si celui à qui j'ai payé par erreur une chose sur laquelle il a fait des augmentations et améliorations, y a fait aussi des dégradations, il ne peut prétendre le remboursement des améliorations qu'il a faites, que sous la déduction du prix des dégradations : car, quoiqu'il ne soit pas tenu par la voie d'action, de faire raison des dégradations qu'il a faites sur une chose qu'il ignorait être sujette à répétition (*suprà*, n° 166), il est tenu d'en faire raison par la voie de déduction sur le prix des améliorations, une chose n'étant véritablement améliorée que sous la déduction de ce dont elle est dégradée.

174. Lorsque, me croyant débiteur envers vous d'une plus grande somme d'argent que celle dont je vous étais effectivement débiteur, je vous ai donné, de votre consentement, en paiement de cette somme, un certain héritage, ou une autre chose qui n'est pas du nombre des choses *songibles*, puis-je répéter une partie de cette chose par proportion à la somme que je croyais par erreur devoir plus que je ne devais effectivement ? ou suis-je obligé de répéter la chose entière, et de vous offrir le paiement de la somme que je vous devais ?

Par exemple, si ne vous devant que 800 livres, j'ai cru par erreur vous en devoir 1200, et qu'en paiement de ces 1200 livres je vous aie donné une maison, puis-je répéter un tiers de cette maison, au moyen de ce qu'il y avait un tiers de la somme pour laquelle je vous l'ai donnée en paiement, que je ne vous devais pas ? ou suis-je obligé de répéter la maison entière, à la charge de vous payer préalablement la somme de 800 livres que je dois ?

Il faut décider que je ne suis pas recevable à répéter la maison pour partie.

La raison est, que vous avez bien voulu recevoir une maison entière en paiement de la somme que vous croyiez vous être due ; mais que vous n'eussiez peut-être pas consenti de même à recevoir une partie de maison en paiement de la somme de 800 livres, si vous eussiez su qu'il ne vous fût dû que cette somme ; car on n'aime pas ordinairement acquérir des biens pour les avoir en communauté avec un autre.

Par la même raison, si c'était moi qui vous demandasse la restitution de la maison entière, aux offres de vous payer préalablement les 800 livres que je vous dois, vous ne seriez pas recevable à m'offrir la restitution du tiers de cette maison, et à vouloir en retenir les deux tiers pour les 800 livres qui vous

(1) V. art. 555, C.civ., qui renferme application du principe.

Art. 555 : « Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever. — Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui ; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds. — Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et con-

structions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression desdits ouvrages, plantations et constructions ; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur. »

sont dues : car, si j'eusse su ne vous devoir que les 800 livres, je n'eusse peut-être pas voulu vous donner en paiement une partie de maison ; la crainte de posséder le surplus en communauté, eût pu m'en empêcher.

Tout ceci est conforme à ce qu'enseigne Marcellus : *Si centum debens, quasi ducenta deberem fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus sribit, et centum manere stipulationem : licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate, majoris pretii res soluta est, non sit confusio partis rei cum pecunia ; nemo enim invitus compellitur ad communionem, sed et condictio integræ rei manet et obligatio incorrupta ; ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur ; L. 26, § 4, ff. de Condict. indeb.*

175. Il en est autrement, lorsque, me croyant débiteur d'une somme d'argent plus grande que celle dont j'étais effectivement débiteur, j'ai donné des choses fongibles en paiement de la somme que je croyais devoir : le même inconvénient en ce cas ne se rencontre pas ; c'est pourquoi je répéterai une partie des choses fongibles que j'ai payées, par proportion à ce que je croyais devoir de plus que je ne dois effectivement : *Si pecuniam debens, oleum deridem pluris pretii, quas plus debens..... superfluum olei esse repetendum, non totum, et ob hoc peremptam esse obligationem, ead. L. 26, § 5.*

176. L'action *condictio indebiti*, et l'obligation d'où elle naît, ayant pour objet la même chose, *in individuo*, qui a été payée, lorsque le paiement n'a pas été un paiement de choses fongibles, c'est une conséquence que cette action et l'obligation d'où elle naît, doivent s'éteindre lorsque la chose qui en est l'objet, vient à périr ou devient hors de commerce.

C'est un principe commun à toutes les obligations d'une chose certaine et déterminée, comme nous l'avons amplement établi en notre *Traité des Obligations*, part. 3, chap. 6.

Observez néanmoins une différence entre celui qui savait que la chose qu'on lui a payée par erreur ne lui était pas due, et celui qui croyait de bonne foi qu'elle lui était due.

Le premier n'est libéré de son obligation de rendre la chose, par la perte de cette chose, ou lorsqu'elle est devenue hors de commerce, que lorsque cela est arrivé sans son fait, et sans aucune faute de sa part, par une force majeure qui eût pareillement causé la perte de cette chose à celui qui l'a donnée en paiement, quand même il ne l'aurait pas donnée en paiement.

Mais celui qui a cru de bonne foi que la chose qui lui a été payée était due, est libéré de l'obligation de la rendre, de quelque manière que la chose soit périe, ou devenue hors de commerce ; car, comme nous l'avons déjà vu ci-dessus, n° 166, on ne peut lui imputer aucune faute à l'égard de cette chose.

Paul nous donne un exemple de cette distinction en la loi 65, § 8, ff. de *Cond. indeb.* : *Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumiseris ; si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus ;* parce que c'est par votre fait que la chose que vous me deviez rendre est devenue hors de commerce : *si nesciens, non teneberis*, quoique ce soit par votre fait que cette chose que vous étiez obligé de me rendre soit devenue hors de commerce, et hors d'état par conséquent de pouvoir m'être rendue ; car votre bonne foi, et l'ignorance où vous étiez que la chose devait m'être rendue, empêchent qu'on ne puisse vous imputer ce fait.

Observez ce que Paul ajoute à la fin de cette loi, « que vous êtes néanmoins obligé de me faire raison de tout le bénéfice que vous avez eu du droit de patronage que vous avez retenu sur cet esclave, tant par rapport aux services qu'il vous a rendus, que par rapport à la succession que vous avez recueillie par droit de patronage » : *Sed propter operas ejus liberti (teneberis), et uthreditatem ejus restitutas.*

De là on doit tirer une maxime, « que, quoique celui à qui on a payé par erreur une chose qu'il croyait lui être due, soit libéré de l'obligation de la rendre, lorsqu'elle est pérée ou devenue hors de commerce, il demeure néanmoins obligé à faire raison à celui qui l'a payée, de tout le profit qu'il a eu de cette chose » : c'est une suite de la règle d'équité qui ne permet pas qu'il s'enrichisse par le paiement qui lui a été fait, aux dépens de celui qui le lui a fait.

■ 77. Lorsque la chose qui a été payée par erreur à quelqu'un qui croyait qu'elle lui était due, existe, à la vérité, mais n'est plus en sa possession, *puta*, parce qu'il l'a vendue ; n'étant tenu de l'action *condictio indebiti* que *quatenus locupletior est*, il n'est pas tenu de rendre la chose qu'il n'a plus ; il lui suffit de rendre le prix qu'il l'a vendue, et les fruits qu'il en a perçus avant qu'il l'ait vendue, quand même il l'aurait vendue à vil prix.

C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Solvi tibi hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distractisti; nempè hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes* (¹) ; L. 26, § 12, ff. de *Cond. indeb.*

Si celui à qui la chose a été payée par erreur, l'avait vendue à si vil prix qu'il y eût lieu à la restitution pour cause de lésion d'autre moitié du juste prix, il serait en outre obligé de céder son action rescatoire contre l'acheteur, à celui qui la lui a payée par erreur, pour par celui-ci l'exercer à ses propres risques.

Lorsque celui à qui la chose a été payée par erreur, a connaissance qu'elle ne lui est pas due, il ne peut pas, en la vendant, se décharger de son obligation de la rendre à celui qui la lui a payée ; et comme il ne peut plus remplir son obligation, parce qu'il n'a plus la chose, il est tenu de tous les dommages et intérêts de celui à qui il devait la rendre, résultant de ce qu'elle ne lui pas été rendue.

ART. VII. — Si le paiement fait par erreur peut donner action contre les tiers détenteurs de la chose payée par erreur.

■ 78. Celui qui paie à quelqu'un par erreur une chose qu'il croit lui devoir, a la volonté de lui en transférer le domaine par la tradition qu'il lui en fait ; celui à qui elle est payée, a pareillement la volonté d'en acquérir le domaine : ce concours de leurs volontés suffit, avec la tradition, pour la translation de la propriété.

Le paiement fait par erreur contient donc une aliénation que celui qui paie une chose, quoique par erreur, fait de la chose qu'il paie à celui à qui il la paie. Celui qui l'a payée cesse donc d'en être le propriétaire ; il ne peut donc avoir la revendication de cette chose, cette action étant attachée à la propriété de la chose qu'il n'a plus ; il n'a que l'action *condictio indebiti* qui naît de l'obligation personnelle que celui à qui la chose a été payée, a, par le paiement, contractée de la lui rendre, laquelle action, selon la nature des actions personnelles, ne se donne que contre celui qui a contracté l'obligation, et ses héritiers, ou autres successeurs universels : il n'a donc aucune action contre les tiers détenteurs de la chose.

Hac ita stricto jure : mais l'erreur par laquelle il a fait le paiement, peut être quelquefois une juste cause pour rescinder ce paiement et l'aliénation qu'il renferme ; et pour donner en conséquence à celui qui l'a fait, comme étant (au moyen de cette rescission) réputé propriétaire de la chose, une action *utilis in rem* pour la revendiquer contre le tiers qui la possède.

(¹) V. art. 1380, C. civ.

Art. 1380 : « Si celui qui a reçu de

« bonne foi, a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente. »

179. Je pense que cette action rescatoire ou *utilis in rem*, doit être accordée à celui qui a payé une chose par erreur, contre un tiers qui la possède à titre lucratif, *puta*, par la donation entre-vifs ou par le legs que lui en a fait celui à qui elle a été payée par erreur.

L'action est fondée, en ce cas, sur la règle d'équité qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, ni par conséquent que ce donataire ou légataire, *qui certat de lucro captando*, profite de la chose payée qui lui a été donnée ou léguée, aux dépens de celui qui l'a payée par erreur, *qui certat de vitando damno quod ex hujus rei indebita solutione sensit*.

Il en doit être autrement de celui qui a acheté de bonne foi la chose payée par erreur. Il n'est pas dans le cas de la règle qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'un autre, puisqu'il a payé le prix de cette chose qu'il a légitimement acquise : on ne doit donc pas donner d'action contre ce tiers détenteur ; et on doit renvoyer celui qui a payé la chose par erreur, à se pourvoir contre celui à qui il l'a payée, pour répéter de lui le prix qu'il l'a vendue (1).

Mais si celui qui a acheté la chose payée par erreur, en ayant eu connaissance en l'achetant, il devrait être sujet à l'action rescatoire, sans qu'il pût rien répéter contre son vendeur, que le prix qu'il lui a payé ; car, ayant connu le vice de la chose, il ne peut prétendre aucun dommages et intérêts. *Voy.* notre *Traité du Contrat de Vente*, n° 187.

(1) Il faut le décider ainsi, avec d'autant plus de raison, que c'est le fait de celui qui a payé qui a occasionné la situation actuelle, et que la question présente surtout de l'intérêt au cas d'insolvabilité de celui qui avait reçu indûment. Or, puisqu'il doit y avoir perte, il est équitable qu'elle tombe plutôt sur celui qui a payé imprudemment, et qui se trouve ainsi être en faute, que sur celui qui n'a rien à se reprocher.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE DÉPOT.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Le *dépôt* est un contrat par lequel l'un des contractants donne une chose à garder à l'autre, qui s'en charge gratuitement, et s'oblige de la rendre lorsqu'il en sera requis⁽¹⁾.

Celui qui donne la chose à garder, s'appelle le *déposant*; celui qui la reçoit, s'appelle le *dépositaire*.

Le terme de *dépôt* se prend non-seulement pour le contrat de dépôt, il se prend aussi pour les choses qui ont été déposées.

Ulpien nous apprend l'étymologie de ce terme *dépôt* (DEPOSITUM). Il est composé de *positum* et de la préposition *de*, qui est de la nature de celles qui augmentent la force du verbe devant lequel elles sont mises, comme dans ces mots, *deamare, deprecari, derelinquere* et autres. *Depositum*, nous dit-il, *dictum ab eo quod ponitur*, c'est-à-dire, de ce que par le dépôt on met la chose ès mains du dépositaire; et la préposition *de* marque la plénitude de confiance avec laquelle elle y est mise: *Præpositio enim DE* (ajoute-t-il) *auget depositum, ut ostendat totum fidei ejus commissum quod ad custodiam rei pertinet*; L. 1, ff. *Depos.*

Il y a deux principales espèces de dépôt; le *dépôt simple* et le *séquestré*⁽²⁾.

Le *dépôt simple* est lorsqu'il n'y a qu'un déposant. Lorsque plusieurs personnes déposent en commun une chose à laquelle elles ont un intérêt commun, elles ne sont censées faire toutes ensemble qu'un déposant, et le dépôt qu'elles font est un dépôt simple.

Le *séquestré* est le dépôt qui est fait par deux déposants qui ont des intérêts différents, à la charge de rendre la chose à qui il sera jugé qu'elle devra être rendue⁽³⁾.

⁽¹⁾ V. art. 1915, C. civ.

Art. 1915: « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature. »

⁽²⁾ V. art. 1916, C. civ.

Art. 1916: « Il y a deux espèces de dépôts; le dépôt proprement dit et le séquestré. »

⁽³⁾ V. art. 1956, C. civ.

Art. 1956: « Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir. »

Nous traiterons dans les trois premiers chapitres, du *dépôt simple* :—dans le premier, de sa nature ;—dans le second, des obligations et des actions qui en naissent ;—et dans le troisième, de quelques espèces particulières de ce dépôt.

Dans le quatrième chapitre, nous traiterons du *séquestré*, et des *dépôts judiciaires*.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du contrat de dépôt.

Nous verrons dans un premier article, quelles sont les choses qui peuvent être la matière du contrat de dépôt, et entre quelles personnes il peut intervenir ;— dans un second, ce qui est nécessaire pour former le contrat de dépôt ;— dans un troisième, à quelles classes de contrats il doit être rapporté.

ART. I^{er}. — *Quelles choses peuvent être la matière du contrat de dépôt, et entre quelles personnes il peut intervenir.*

§ 1^{er}. *Quelles choses peuvent être la matière du contrat de dépôt.*

2. Il n'y a que les choses corporelles qui soient susceptibles du contrat de dépôt, et qui en puissent être la matière ; car il n'y a que les choses corporelles qui soient susceptibles de garde ; les choses incorporelles, comme sont les droits de créance, de servitude, etc., ne le sont pas : mais les titres de ces droits de créance et autres, *ipsa instrumentorum corpora*, peuvent, de même que les autres choses corporelles, être la matière du contrat de dépôt.

3. Entre les choses corporelles, les meubles sont la matière, au moins la plus ordinaire, du contrat de dépôt⁽¹⁾ ; et c'est même une question entre les docteurs, si les meubles seuls en peuvent être la matière, ou si un immeuble, *puta*, une maison, peut aussi être susceptible du contrat de dépôt simple ?

Ceux qui tiennent qu'un immeuble peut être susceptible de ce contrat, allèguent pour leur opinion plusieurs lois qui sont dans le cas de la séquestration, et dont on ne peut par conséquent rien conclure pour le dépôt simple.

On tire argument pour l'opinion contraire, de l'étymologie du terme de *dépôt*, qui est appelé ainsi, *ex eo quod ponitur*, c'est-à-dire, de ce que la chose dont on confie par ce contrat la garde à quelqu'un est mise ès mains de celui à qui on la confie ; ce qui ne peut convenir qu'aux meubles.

Cet argument ne me paraît pas concluant. Le contrat par lequel on confie à quelqu'un la garde d'une chose, a pu recevoir le nom de *dépôt*, sans qu'il soit pour cela de l'essence de ce contrat que la chose soit réellement et de fait *posée* et mise entre les mains du dépositaire. Il suffit que ce contrat, qui presque toujours a des meubles pour objet, ne se forme ordinairement que par la remise de la chose entre les mains de celui à qui la garde en est confiée ; car les choses prennent leur dénomination *ex eo quod frequentius fit*. Ainsi on ne peut pas tirer de l'étymologie du *dépôt* un argument solide pour soutenir que les choses qu'on peut remettre ès mains de celui à qui on en confie la garde, sont les seules qui soient susceptibles de ce contrat, et que les immeubles n'en soient pas susceptibles.

(1) *V. art. 1918, C. civ.*

Art. 1918 : «(Le dépôt) ne peut avoir pour objet que des choses mobilières.»

La meilleure raison qu'on peut apporter pour soutenir que les immeubles ne sont pas susceptibles du contrat de dépôt, est que ce qui caractérise essentiellement ce contrat, est la fin pour laquelle l'un des contractants confie une chose à l'autre. Il faut que ce soit pour la garder, afin que le déposant la trouve chez le dépositaire lorsqu'il en aura besoin. Mais si elle est donnée pour une autre fin, c'est une autre espèce de contrat. Or une chose immeuble, telle qu'est une maison, n'est pas de nature que celui à qui elle appartient, puisse jamais avoir besoin de la donner en garde à quelqu'un, pour qu'il puisse la retrouver : donc elle n'est pas susceptible du contrat de dépôt.

C'est pourquoi lorsque quelqu'un, en partant pour quelque voyage, confie à son ami les clefs de sa maison, le dépôt qu'il a fait à son ami est un dépôt de ses clefs, ou même encore des meubles qui sont gardés sous ces clefs dans la maison ; mais ce n'est pas un dépôt de la maison elle-même, qui, ne pouvant être déplacée, n'a pas besoin qu'on la garde.

Si la fin qu'il s'est proposée a été aussi que cet ami visitât la maison de temps en temps, pour examiner s'il ne survient pas quelques réparations à y faire, et les faire faire, s'il en survient ; cette fin étant une fin qui excède les termes d'une simple garde, ce contrat est, par rapport à la maison, un contrat de mandat, et non pas un dépôt de la maison.

4. Il nous reste à observer sur les choses qui sont susceptibles du contrat de dépôt, qu'on ne peut pas valablement donner à titre de dépôt une chose qui appartient à celui à qui on la donne à ce titre. C'est pourquoi si j'ai reçu par erreur à titre de dépôt une chose que j'ignorais m'appartenir, le contrat est nul de plein droit, et ne produit aucune obligation : *Qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendum rogat, nec depositi, nec commodati actione tenetur* (¹) ; L. 15, ff. *Depos.*

Quand même le dépôt aurait été valablement contracté, parce que la chose donnée en dépôt est une chose dont le dépositaire n'était pas alors propriétaire ; si, depuis, ce dépositaire l'est devenu en devenant l'héritier du propriétaire, ce domaine de la chose donnée en dépôt détruit absolument le contrat de dépôt, et les obligations qui naissent de ce contrat. C'est pourquoi le dépositaire, en justifiant sommairement du droit de propriété de cette chose, qui lui est survenu, n'est pas tenu de la rendre. Cela est conforme à cette règle de droit : *Etiam ea quae rectè constituerunt resolvuntur; quum in eum casum reciderunt à quo non potuissent consistere* ; L. 98, ff. de *Verb. obl.* Bruneman, *eād L. 1, § fin. ff. Depos.* et *eād L. 15, ff. cod. tit.*

Ce principe « que le dépôt n'est pas valable lorsque le dépositaire se trouve être le propriétaire de la chose qui lui a été donnée en dépôt, » souffre exception dans le cas auquel celui qui a donné une chose à titre de dépôt au propriétaire de la chose, aurait eu le droit de retenir cette chose par devers lui.

Par exemple, l'usufruitier d'une chose, ou celui à qui elle a été donnée en nantissement, peut valablement la donner à titre de dépôt au propriétaire de la chose.

(¹) *V. art. 1946, C. civ.*

Art. 1946 : « Toutes les obligations du dépositaire cessent, s'il vient à découvrir et à prouver qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée. »

Cette décision ne souffrirait aucune difficulté dans la loi romaine : mais aujourd'hui, et à cause de la règle de l'article 2279, *en fait de meubles possession vaut titre*, notre article rece-

vra assez rarement son application ; c'est le déposant qui possède, et qui, par conséquent, peut invoquer la règle ci-dessus ; il ne peut dépendre du dépositaire de transformer par son fait, sa simple détention *custodiæ causâ* en une véritable possession. Il ne reste, pour appliquer l'article, que le cas de perte ou de vol, comme aussi le cas où le déposant n'aurait pas eu la véritable possession civile de l'objet déposé.

§ II. *Entre quelles personnes le contrat de dépôt peut-il intervenir.*

5. Le contrat de dépôt n'a rien à cet égard de particulier : il peut intervenir entre toutes les personnes qui sont capables de contracter, et il ne peut intervenir entre celles qui en sont incapables (¹) ; sur quoi voyez notre *Traité des Obligations*, part. 1, chap. 1, sect. 1, art. 4.

C'est pourquoi si je reçois une chose d'un enfant qui n'a pas encore l'usage de raison, ou d'un insensé, ce n'est pas un contrat de dépôt de cette chose, qui intervient entre nous, ne pouvant pas y avoir de contrat entre des parties dont l'une n'est pas capable de consentement, ni par conséquent de contracter ; c'est le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, lorsque j'ai reçu cette chose dans une bonne intention, pour qu'elle ne se perdit pas entre les mains de cet enfant ou de cet insensé, et avec la volonté de la remettre à ses parents, ou à son tuteur, ou à son curateur. Si j'avais reçu la chose avec une mauvaise intention, pour l'appliquer à mon profit, ce serait un vol que j'aurais commis de cette chose.

6. Pareillement, lorsque la personne qui m'a donné une chose à garder, est incapable de contracter par la loi civile ; *puta*, si c'est une femme sous puissance de mari, qui, sans être autorisée de son mari, m'a donné cette chose à garder, ce n'est point, dans le *for extérieur*, un contrat de dépôt (²) ; mais je contracte, en ce cas, envers son mari, ou l'obligation *negotiorum gestorum*, si je reçois la chose dans le dessein de la lui rendre ; ou l'obligation *furti*, si je la reçois dans l'intention de favoriser le divertissement de cette chose.

Vice versa, si j'ai donné une somme de deniers ou quelque autre chose à garder à une femme sous puissance de mari, non autorisée pour la recevoir, il n'y a pas de contrat de dépôt dans le *for extérieur*, dans lequel cette femme est réputée incapable de contracter. Mais si la chose est encore entre ses mains, je puis l'entiercer, et la revendiquer contre son mari : quoiqu'elle n'y soit plus, si elle en a profité, j'ai action pour la restitution, jusques à concurrence de ce dont elle a profité. Cette action n'est pas l'action de *dépôt*, le contrat étant nul ; mais c'est une action qui naît de la règle d'équité qui ne permet pas que personne s'enrichisse aux dépens d'un autre (³) ; Voyez notre *Traité des Obligations*, n° 123.

(¹) *V. art. 1921, 1922 et 1925, 1926, C. civ.*

Art. 1921 : « Le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit. »

Art. 1922 : « Le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite. »

Art. 1925 : « Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter.—Néanmoins, si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un véritable

dépositaire ; elle peut être poursuivie par le tuteur ou administrateur de la personne qui a fait le dépôt. »

Art. 1926 : « Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier. »

(²) Le Code (art. 1925, *V.* la note précédente) soumet dans ce cas celui qui a reçu la chose, à toutes les obligations d'un véritable dépositaire.

(³) Cette doctrine est reproduite dans l'art. 1926. *V. ci-dessus*, note 1.

ART. II. — De ce qui est nécessaire pour former le contrat de dépôt.

Il faut :—1^o qu'il soit fait au dépositaire une tradition de la chose déposée ; si elle n'est déjà par devers lui ;—2^o que la fin principale de la tradition soit la garde de cette chose ;—3^o que le dépositaire se charge gratuitement de cette garde ;—4^o il faut, comme dans tous les contrats, que le consentement des parties intervienne.

§ I^{er}. Il faut qu'il intervienne une tradition de la chose déposée.

7. Le contrat de dépôt est un *contrat réel*, qui ne peut se faire que par la tradition que le déposant fait au dépositaire, de la chose dont il lui confie la garde.

Le déposant est censé faire cette tradition au dépositaire, soit qu'il la fasse par lui-même, soit qu'elle soit faite en son nom par un autre, de son ordre, ou avec son approbation.

Pareillement, la tradition est censée faite au dépositaire, soit que le dépositaire reçoive par lui-même la chose, soit qu'elle soit reçue en son nom par un autre, de son ordre, ou avec son approbation (1).

8. Lorsque la chose est déjà par devers celui à qui on veut la donner en dépôt, il est évident qu'on ne peut lui faire une tradition réelle de cette chose ; car il est impossible, *per rerum naturam*, qu'on fasse à quelqu'un la tradition réelle d'une chose qu'il a déjà par devers lui ; mais, en ce cas, le dépôt peut se faire par une tradition feinte, que les docteurs appellent *traditio brevis manus*, parce qu'elle renferme *brevi compendio*, l'effet de deux traditions.

Un premier exemple d'un dépôt qui se contracte par cette tradition feinte, c'est lorsque, m'ayant offert de me rendre une chose que vous teniez de moi à titre de prêt ou de louage, nous convenons que vous la garderez à titre de dépôt. Cette convention renferme un véritable contrat de dépôt ; et ce contrat se fait par une tradition feinte de cette chose, qui renferme l'effet de deux traditions : car on feint que vous m'avez rendu la chose que je vous avais prêtée ou louée, et que depuis je vous l'ai de nouveau délivrée pour la garder à titre de dépôt.

Un second exemple, c'est, lorsqu'un débiteur voulant payer une somme de deniers qu'il doit, son créancier convient avec lui qu'il la retiendra par forme de dépôt, en donnant un bordereau des espèces dans lesquelles il entendait payer cette somme. Cette convention contient un véritable contrat de dépôt des espèces comprises au bordereau, qui se forme par une tradition feinte, par laquelle on feint que le débiteur a payé ces espèces au créancier, et que le créancier les lui a depuis délivrées pour les garder à titre de dépôt.

Cette tradition feinte, en ce cas, a la force de transférer au créancier le *dominium* de ces espèces qu'en avait le débiteur, qui n'en est plus que le dépositaire.

§ II. Il faut que la principale fin pour laquelle la tradition se fait, soit la garde de la chose.

9. Pour que le contrat par lequel l'un des contractants fait à l'autre la tradition d'une certaine chose, soit un contrat de dépôt, il faut que la principale fin de la tradition soit uniquement que celui à qui la tradition est faite, se charge de la garde de cette chose.

(1) *V.* art. 1919, C. civ.

Art. 1919 : « (Le dépôt) n'est pas fait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée.—La tra-

dition feinte suffit, quand le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, dela chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt. »

Cette fin fait le caractère essentiel du contrat de dépôt, qui le distingue des autres contrats.

Lorsque la tradition se fait pour une autre fin, ce n'est pas un contrat de dépôt, c'est une autre espèce de contrat. Par exemple, si la tradition est faite pour transférer à celui à qui elle est faite, la propriété de la chose, c'est une donation, ou une vente, ou un échange, ou quelque autre contrat semblable. Si c'est pour lui en accorder seulement l'usage pour son utilité, c'est un prêt ou un louage. Si c'est afin de faire quelque chose pour l'utilité de celui qui en fait la tradition, c'est, ou un *louage*, si celui à qui la tradition est faite, reçoit pour cela une *rétribution*; ou un *mandat*, s'il s'en charge gratuitement.

Par exemple, si je donne à mon procureur des titres afin qu'il s'en serve pour la défense de ma cause, ce n'est point un contrat de dépôt, mais un contrat de mandat, parce que je ne les lui donne pas uniquement *custodiæ causâ*, mais pour qu'il s'en serve à la défense de ma cause : *Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causæ reddat, quâ actione mihi teneatur? Labeo putat mandati eum teneri, nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causâ agi posse expositi*; L. 8, ff. *Mand.*

Pareillement, lorsque je donne à quelqu'un de l'argent ou d'autres choses pour qu'il les porte dans un autre lieu, ce n'est pas un contrat de dépôt, mais un contrat de mandat; car je ne les donne pas pour qu'on me les garde, *custodiæ causâ duntaxat*, mais pour qu'on les transporte dans le lieu où je les envoie.

Il y a plus : quand même, dans le contrat par lequel je vous aurais mis ès mains une chose pour la porter à une personne, j'aurais ajouté, que, si cette personne ne voulait pas la recevoir, vous me la garderiez, et que sur son refus, vous l'ayez effectivement gardée, le contrat intervenu entre nous doit passer pour un contrat de mandat, et non pour un contrat de dépôt; parce que la principale fin pour laquelle je vous ai remis ès mains la chose, n'a pas été pour que vous me la gardassiez, mais pour que vous la portassiez à cette personne; ce n'est que *secundariò* que vous avez été chargé de la garder : *Si rem tibi dedi (ut eam ad Titium perferres, et) ut si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit... puto mandati esse actionem, quia plenius sicut mandatum habens et custodiæ legem*; L. 1, § 12, ff. *Depos.*

Pareillement, si je vous ai chargé de retirer une chose que j'avais mise en dépôt chez une autre personne, et de la garder, ce n'est pas un contrat de dépôt, mais un contrat de mandat, quoique par ce contrat je vous aie chargé de la garde de ma chose; parce que le principal objet du contrat n'a pas été de vous charger de cette garde, mais de vous charger de retirer la chose de la personne chez qui elle était : *Pomponius querit si tibi mandavero ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis? et magis probat mandati esse actionem; quia hic est primus contractus, cād.* L. 1, § 13⁽¹⁾.

10. Il est très important de bien distinguer ces contrats; les prestations auxquelles est tenu un mandataire, étant bien différentes de celles auxquelles est tenu un dépositaire, comme nous le verrons par la suite.

On doit, pour les bien distinguer, s'attacher à cette règle proposée par Ulpien : *Uniuscujusque contractus initium spectandum et causa*; L. 8, ff. *Mand.*

De même que, suivant cette règle, lorsque la fin principale pour laquelle la tradition de la chose a été faite, n'a pas été de confier la garde de cette chose à celui à qui elle a été faite, quoiqu'il ait été aussi *secundariò* chargé de cette garde, le contrat n'est pas un contrat de dépôt, mais une autre espèce de contrat, comme nous l'avons vu dans les espèces précédentes; de même, *viceversa*,

⁽¹⁾ *Id est, hoc primū principale | cundariò duntaxat custodia tibi sicut | fait in contractu ut eam reciperes, se- | mandata.* (Note de l'édition de 1766.)

lorsque la fin principale pour laquelle la tradition de la chose a été faite, a été de confier la garde de la chose à celui à qui elle a été faite, le contrat ne laissera pas d'être un vrai contrat de dépôt, quoiqu'on ait ajouté à ce contrat quelque autre convention, *puta*, « que le dépositaire pourrait se servir de la chose qui lui aurait été déposée, s'il arrivait qu'il en eût besoin. »

Par exemple, si étant sur le point de partir pour un long voyage, j'ai fait porter chez vous mon argenterie, que je vous ai prié de garder: quoique, en la confiant à votre garde, je vous aie permis de vous en servir, s'il arrivait que vous en eussiez besoin, le contrat n'en est pas moins un contrat de dépôt, et non un contrat de prêt à usage; et quoique vous ayez usé de la permission que je vous ai donnée, et que vous vous soyez servi de mon argenterie, *puta*, pour le festin des noces de votre fille, que vous avez mariée pendant mon absence, le contrat intervenu entre nous continue toujours d'être un contrat de dépôt, et n'est pas transformé en un contrat de prêt à usage; vous continuez toujours d'être dépositaire de mon argenterie, plutôt que *commodataire*: *Uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causa*.

11. Lorsque c'est de l'argent, ou d'autres choses qui se consomment par l'usage, que je vous ai données en garde, avec la clause « que vous pourriez vous en servir, si vous en aviez besoin, » cette clause n'empêche pas, à la vérité, que le contrat ne soit un vrai contrat de dépôt, tant que vous ne vous en êtes pas servi: (*Si pecunia apud te ab initio hác lege deposita sit, ut si voluisses, uteris, priusquam utaris, depositi tenebris; L. 1, § 34, ff. Depos.*); mais lorsque vous vous en serez servi, la consommation que vous en aurez faite de mon consentement, et suivant la permission que je vous ai donnée, aura formé le contrat *mutuum*, et ne laissera plus subsister le contrat de dépôt, ne pouvant plus y avoir de dépôt d'une chose qui a cessé d'exister par la consommation que vous en avez faite: c'est pourquoi la loi dit, *priusquam utaris* (1).

12. L'unique fin pour laquelle la tradition de la chose se fait dans le contrat de dépôt, étant d'en confier la garde au dépositaire, il s'ensuit que le déposant, par cette tradition, ne se dépouille ni de la propriété, ni même de la possession de la chose déposée, et qu'il continue de la posséder par le dépositaire, qui ne la tient que pour le déposant, et au nom du déposant: *Rei deposita proprietas apud deponentem manet, sed et possessio; L. 17, § 1, ff. Depos.*

§ III. *Il faut que celui à qui la garde de la chose est confiée s'en charge gratuitement.*

13. Le contrat de dépôt est un contrat de bienfaisance: il renferme un office d'ami que le dépositaire rend au déposant. De là il suit que, pour que le contrat par lequel on confie la garde d'une chose à quelqu'un, soit un contrat de dépôt, il faut que celui à qui on la confie s'en charge gratuitement; car, si par le contrat il exige quelque rétribution pour sa garde, le contrat n'est plus un contrat de bienfaisance, il ne renferme plus un service d'ami. Ce n'est pas par conséquent un contrat de dépôt, c'est une autre espèce de contrat; c'est un contrat de louage, par lequel le gardien loue sa garde pour le prix convenu.

Suivant ces principes, Ulpien décide: *Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi cum teneri.... si accepit, ex conducto; L. 1, § 8, ff. Depos.*

La même distinction se trouve dans les paragraphes suivants de cette loi.

Quoiqu'il soit de l'essence du contrat de dépôt d'être gratuit de la part du dépositaire, néanmoins les présents que le dépositaire reçoit du déposant, en

(1) C'est probablement une espèce | 1928, § 3 (V. la note suivante, p. 128), semblable que les rédacteurs du Code | ils supposent que le dépôt a été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire. avaient en vue, lorsque dans l'article

reconnaissance du bon office qu'il lui rend en se chargeant de la garde de la chose n'altèrent point la nature du contrat de dépôt ; il suffit que le dépositaire ne les ait pas exigés, pour que le dépôt soit gratuit de la part du dépositaire, et pour que le contrat soit en conséquence un vrai contrat de dépôt (¹).

§ IV. *Du consentement des parties qui doit intervenir dans le contrat de dépôt.*

14. Le consentement des parties est de l'essence du contrat de dépôt, de même que de tous les autres.

Il n'est pas néanmoins nécessaire que ce consentement soit exprès, et qu'il soit déclaré par des paroles ou par des écrits. Un consentement tacite suffit, de même que pour tous les autres contrats, qui ne sont régis que par le droit naturel.

Ce consentement tacite dans le contrat de dépôt, résulte de ce que le déposant a porté ou fait porter une chose, et l'a laissée chez le dépositaire, au vu et su de ce dépositaire, qui l'a souffert. Ulpien le décide en la loi 1, § 8, ff. *Nautæ, Caup. Stab.*, à l'égard du dépôt fait à un maître de navire : *An hoc ipso quod res in navem missæ sunt, receptæ videantur? Puto omnium eum recipere custodiam quæ in navem illatæ sunt.*

On doit pareillement le décider dans toutes les autres espèces de dépôt.

Par exemple, si un écolier, à qui il n'est pas permis d'entrer dans les écoles avec son épée (²), met son épée dans la boutique d'un cordonnier, voisin des écoles, au vu et su de ce cordonnier, il en résulte un consentement tacite, qui suffit pour former un contrat de dépôt entre l'écolier et le cordonnier.

15. Le consentement des parties dans le contrat de dépôt, de même que dans tous les autres contrats, doit intervenir sur le contrat même ; c'est-à-dire qu'il faut que l'une et l'autre parties aient la volonté de faire un contrat de dépôt.

Il faut que celui qui donne la chose à l'autre, ait la volonté de la lui donner pour la garder ; et que celui qui la reçoit, ait la volonté de la recevoir pour la garder. Mais si l'une des parties compte faire un certain contrat, et que l'autre s'imagine faire un contrat d'une autre espèce, il n'intervient entre elles aucun contrat, faute de consentement.

Par exemple : *Si ego quasi deponens tibi dedero (certam pecuniae quantitatem), tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est; L. 18, § 1, ff. de Reb. cred.*

Je n'aurai donc pas, en ce cas, contre vous l'action *depositi*, pour répéter de vous la somme de deniers que je vous ai comptée, croyant vous la donner en dépôt : mais j'aurai ou la revendication des espèces, si vous les avez encore

(¹) V. art. 1917, C. civ.

Art. 1917 : « Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit. »

Et cependant l'art. 1928, § 2^o, prévoit le cas où le dépositaire *aurait stipulé un salaire pour la garde du dépôt*, il faut convenir que le contrat participe alors du louage d'ouvrage ; aussi ce prétendu dépositaire sera-t-il tenu plus strictement. V. art. 1927 et 1928.

Art. 1927 : « Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il ap-

porte dans la garde des choses qui lui appartiennent. »

Art. 1928 : « La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur, — 1^o si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt ; — 2^o s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt ; — 3^o si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire ; — 4^o s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute. »

(²) Les étudiants n'ont heureusement plus l'habitude de porter l'épée.

en nature, ou une action personnelle pour que vous me rendiez une pareille somme, si vous les avez employées; laquelle action ne naît ni d'un contrat de dépôt, ni d'un contrat *mutuum*, puisque ni l'un ni l'autre contrat n'est intervenu, mais de la règle d'équité qui ne permet pas que vous vous enrichissiez et que vous profitiez de cette somme à mes dépens.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce qui est dit à la fin de cette même loi : *Consumptis nummis condictioni locus crit; eod. § 1.*

16. Le consentement des parties doit intervenir dans le contrat de dépôt sur la chose qui en fait l'objet. Pour qu'il soit censé intervenu, il suffit que le déposant ait eu la volonté d'obliger le dépositaire à rendre précisément, *in individuo*, la même chose qu'il lui a donnée à garder, quelle qu'elle soit; et que le dépositaire ait eu pareillement la volonté de s'obliger à rendre cette même chose *in individuo*: et il n'importe que l'une ou l'autre partie se soit trompée sur la quantité ou la qualité de la chose qu'elle donnait ou qu'elle recevait en dépôt: car ce n'est pas ce que l'une ou l'autre des parties a pu croire par erreur donner ou recevoir en dépôt, qui fait l'objet du dépôt, et de l'obligation de ce contrat; mais c'est ce qui a effectivement été donné en dépôt.

C'est pourquoi dès que les parties sont convenues, que le dépositaire rendrait au déposant précisément la même chose *in individuo* qu'il a reçue, il est vrai de dire que leur consentement est intervenu sur la chose qui fait l'objet du dépôt et de l'obligation du dépôt, quelle qu'ait pu être l'opinion de l'une ou de l'autre des parties sur la qualité ou la quantité de cette chose.

17. De même que l'erreur sur la qualité et quantité de la chose qui fait la matière du dépôt, n'empêche pas le contrat de dépôt d'être valable, pareillement l'erreur sur la personne de l'un des contractants n'empêche pas non plus le contrat d'être valable.

Par exemple, si j'ai donné une chose à garder à Pierre que je prenais pour Paul, le contrat n'en sera pas moins valable; et celui qui a reçu de moi la chose pour me la garder, n'en sera pas moins obligé à me la rendre, quoique je l'aie pris pour un autre: car ce n'est pas tant la personne de Paul, à qui je croyais par erreur donner la chose à garder, que j'ai eu volonté d'obliger à me la rendre, que celui à qui je l'ai effectivement donnée, quel qu'il fût, soit qu'il fût Paul, soit qu'il fût Pierre ou autre.

Vice versa, si j'ai reçu de vous une chose pour la garder, vous prenant pour Pierre, quoique vous fussiez Paul, le contrat n'en est pas moins valable, et je ne suis pas moins obligé à vous rendre cette chose; car j'ai eu intention de m'obliger à la rendre à celui qui me la donnait en garde, quel qu'il fût (¹).

ART. III. — A quelles classes de contrats doit-on rapporter le contrat de dépôt?

18. Le contrat de dépôt est de la classe de ceux qui se régissent par le pur droit naturel. C'est de ce droit que sont prises toutes les règles de ce contrat; il n'est assujetti par le droit civil à aucune règle, ni à aucune forme. Si les ordonnances portent qu'il en sera fait un acte par écrit, lorsque l'objet de ce

(¹) Il y a sans doute l'obligation de rendre: mais y aura-t-il aussi l'obligation de continuer de garder la chose pendant tout le temps convenu? nous ne le pensons pas: en effet, le dépôt est un contrat de bienfaisance, c'est le

dépositaire qui rend le service, et il le rend *intuitu personæ*, c'est à telle personne désignée qu'il veut rendre ce service, dès lors, l'erreur sur la personne amène l'erreur sur la cause même de son obligation.

contrat excédera la somme de 100 livres ⁽¹⁾, c'est une forme qui ne concerne pas la substance de ce contrat, mais seulement la manière de le prouver, lorsqu'on en disconvenit, et qui d'ailleurs n'est pas particulière à ce contrat, mais qui a lieu à l'égard de tous les autres contrats. Voy. notre *Traité des Obligations*, n° 15.

19. Le contrat de dépôt est de la classe des contrats de bienfaisance ; car il ne se fait que pour l'utilité de l'une des parties, qui est le déposant. L'autre partie, qui est le dépositaire, n'a aucun intérêt au contrat ; il n'y intervient que pour rendre un office d'ami au déposant, et il doit être gratuit ; *suprà*, n° 13.

20. Le contrat de dépôt est de la classe des contrats *réels* : il ne peut pas être formé par le seul consentement des parties ; il ne peut l'être que par la tradition de la chose qui fait l'objet du contrat. Voy. *suprà*, n°s 7 et 8.

21. Le contrat de dépôt est de la classe des contrats *synallagmatiques* ; car il produit des obligations réciproques que chacun des contractants contracte, l'un envers l'autre.

Mais il est de celle des contrats *synallagmatiques* imparfaits ; car il n'y a que l'obligation de l'une des parties, savoir celle du dépositaire, qui soit l'obligation principale de ce contrat ; celles du déposant ne sont que des obligations incidentes ⁽²⁾. Voy. notre *Traité des Obligations*, n° 9.

CHAPITRE II.

Des obligations que produit le contrat de dépôt, et des actions qui en naissent.

SECT I^e. — DES OBLIGATIONS DU DÉPOSITAIRE, ET DES ACTIONS QUI EN NAISSENT.

22. L'obligation que le dépositaire contracte par le contrat de dépôt envers le déposant, est la principale obligation de ce contrat.

Elle a deux chefs principaux ; car le dépositaire s'oblige : 1^o — A garder avec fidélité la chose qui lui a été confiée ; — 2^o A la rendre au déposant, lorsqu'il la demandera. Ces deux chefs d'obligation occuperont les deux premiers articles de cette section.

Nous traiterons dans un troisième, de l'action qui en naît.

(1) V. art. 1923, C. civ.

Art. 1923 : « Le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit. La preuve testimoniale n'en est point reçue pour valeur excédant cent cinquante francs. »

—(2) Aussi il ne faudrait pas appliquer au dépôt la règle de l'art. 1325, C. civ.

Art. 1325 : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en

« autant d'originiaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. — Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. — Chaque original doit contenir la mention du nombre des originiaux qui en ont été faits. — Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte. »

ART. I^e. — De la fidélité que doit avoir le dépositaire à la garde du dépôt.

23. Le premier chef d'obligation que le dépositaire contracte par le contrat de dépôt, est de garder avec fidélité la chose dont la garde lui a été confiée.

Corollaire premier. — La fidélité que le dépositaire s'oblige d'apporter à la garde de la chose qui lui a été confiée, l'oblige à apporter le même soin à la garde des choses qui lui ont été confiées, qu'il apporte à la garde des siennes : *Nec enim salvā fide minorem iis (rebus apud se depositis) quam suis rebus diligentiam præstabit* (¹) L. 32, ff. *Depos*.

Une négligence crasse du dépositaire par rapport à la garde de la chose qui lui a été confiée, qu'on appelle *lata culpa*, est contraire à cette fidélité, parce qu'il n'est pas croyable que le dépositaire, quelque peu soigneux qu'on le suppose, eût apporté une pareille négligence dans ses propres affaires.

C'est pourquoi, quoique la loi 18, ff. *de Reg. jur.*, et la loi 5, § 1, ff. *Commod.*, disent que, dans le contrat de dépôt, le dépositaire n'est tenu que du *dol*, c'est-à-dire du défaut de bonne foi (*Quidam contractus dolum tantum recipiunt, ut depositum, ead. L. 18. In contractibus interdum dolum solum præstamus, dolum in deposito, ead., L. 5, § 1*); néanmoins il n'est pas douteux qu'un dépositaire est tenu de la perte ou de la détérioration des choses confiées à sa garde, lorsqu'elle est causée par une négligence crasse; parce qu'une telle négligence étant contraire à la fidélité du dépôt, elle se trouve comprise sous le terme de *dol* et de *défaut de bonne foi*, dont ces lois disent que le dépositaire est tenu.

C'est ce que nous apprend Celse : *Quod Nerva diceret latiorcm culpam dolum esse Proculo displicebat, mihi verissimum videtur; nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est; nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret; ead. L. 32, ff. Depos.*

On peut apporter pour exemple d'une négligence crasse, le cas auquel le dépositaire à qui on aurait confié de l'argent, des diamants, ou autres choses précieuses qui sont de nature à être gardées sous la clef, aurait laissé dans un vestibule ou dans une antichambre de sa maison, ces choses exposées à tous les allants et venants; il n'est pas douteux que, si ces choses étaient volées, il serait responsable de la perte de ces choses, comme ayant été causée par sa négligence crasse.

24. La fidélité à garder le dépôt est tellement requise dans le dépositaire, qu'on ne pourrait pas valablement convenir par le contrat de dépôt, « que le dépositaire ne serait pas tenu, pour quelque cause que ce fût, de la perte des choses déposées, même pour cause de défaut de fidélité à la garde du dépôt, » une telle convention étant contraire aux bonnes mœurs : *Illud non probabis dolum non esse præstandum, si convenerit; nam hæc conventio contraria bonos mores est, et ideo nec sequenda est* (²) ; L. 1, § 7, ff. *Depos*.

25. Il en est autrement de cette autre convention par laquelle on conviendrait « que le déposant s'en rapporte entièrement à la bonne foi du dépositaire pour la restitution du dépôt, sans qu'il puisse intenter contre lui aucune action pour l'y contraindre ». Paul décide qu'une telle convention est valable : *Illud nullæ pactione effici potest, ne dolus præstetur; quamvis si quis paciscatur ne de dolo agat, quod pactum proderit; L. 27, § 3, ff. de Pact.*

(¹) V. art. 1927, C.civ., p. 128, note 1.

(²) V. art. 6, C. civ.

Art. 6 : « On ne peut déroger, par

des conventions particulières, aux

lois qui intéressent l'ordre public et

les bonnes mœurs. »

Ulpien dit la même chose : *Si quis paciscatur ne depositi agat... valet pacatum* ; L. 7, § 15, ff. eod. tit.

Quoique cette seconde espèce de convention paraisse, *vi ipsā*, équipoler à la première, en ce qu'elle laisse également au pouvoir du dépositaire de manquer impunément à la fidélité du dépôt, elle en est néanmoins très différente, en ce que la première paraît permettre expressément au dépositaire le défaut de fidélité, ce qui la rend contraire aux bonnes mœurs et nulle ; au lieu que la seconde ne permet pas au dépositaire le défaut de fidélité ; mais elle le suppose tellement incapable de ce défaut, qu'elle ne veut pas que le déposant soit recevable à en éléver la question : en quoi il n'y a rien de contraire aux bonnes mœurs.

On peut, pour appuyer d'autant plus cette différence entre les deux conventions, alléguer cette règle de droit : *Sapè expressa nocent, non expressa non nocent* ; L. 195, ff. de *Reg. jur.*

¶ 6. Le contrat de dépôt n'exige rien autre chose du dépositaire que la fidélité à garder le dépôt : il ne le rend pas responsable des fautes, même légères, qu'il pourrait commettre à l'égard des choses confiées à sa garde, parce que ces fautes ne sont pas toujours incompatibles avec la fidélité que le dépositaire doit à la garde du dépôt. C'est ce qui est expressément décidé par la loi 18, ff. de *Reg. jur.* ; et par la loi 5, ff. *Commod.*, que nous avons rapportée ci-dessus, n° 23.

Cette dernière loi nous dit la raison pourquoi le dépositaire n'est pas responsable de la faute légère, dont on est responsable dans les autres contrats. C'est que, dans les autres contrats qui se font pour l'intérêt commun, l'intérêt que l'une des parties retire du contrat, exige qu'il apporte à la chose qui en fait l'objet, le soin ordinaire que les diligents pères de famille ont coutume d'apporter à leurs affaires ; au lieu que, dans le contrat de dépôt, le dépositaire ne retirant aucun intérêt du contrat, qui se fait en entier pour l'intérêt du déposant, le déposant aurait mauvaise grâce d'exiger du dépositaire autre chose que la fidélité à garder le dépôt : *Quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus prestatur solus... sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto... et dolus et culpa præstatur* ; ead., L. 5, § 6, ff. *Commod.*

On opposera peut-être contre ce raisonnement, que, dans le contrat de *mandat*, le mandataire ne retire pareillement aucune utilité du contrat, qui se fait pour le seul intérêt du mandant, et que néanmoins le mandataire est tenu de la faute légère, et même quelquefois de la faute très légère qu'il commet dans la gestion de l'affaire dont il s'est chargé (¹).

La raison de différence vient de la différence de l'objet de ces contrats.

L'objet du contrat de mandat est une affaire à gérer, pour la gestion de laquelle il faut de l'application, du soin, et une certaine industrie. Le mandataire, en se chargeant de la gestion de l'affaire, est censé se charger et se faire fort, ou répondre de l'application, du soin, de l'industrie nécessaires pour cette gestion : *spondet diligentiam gerendo negotio parem*. Au contraire, le contrat de dépôt n'ayant pour objet que la garde des choses déposées, pour laquelle garde il ne faut ordinairement que de la fidélité, le dépositaire qui se charge de cette garde, n'est pas censé s'obliger à autre chose qu'à apporter cette fidélité à la garde du dépôt.

¶ 7. Observez que le dépositaire n'est déchargé de la faute légère que parce

(¹) V. art. 1992, C. civ., qui consacre le principe.

Art. 1992 : « Le mandataire répond non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa ges-

tion. — Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. »

qu'elle peut être compatible avec la fidélité qu'il doit à la garde du dépôt : et elle est effectivement compatible avec cette fidélité, lorsque le dépositaire est un homme simple, ou peu soigneux, sujet par conséquent à commettre pareilles fautes dans ses propres affaires : car la fidélité ne l'oblige qu'à avoir, pour la garde du dépôt, le même soin qu'il a pour ses propres affaires ; elle ne l'oblige pas à en avoir davantage.

Si au contraire il était justifié que la personne du dépositaire est un homme intelligent, soigneux, attentif dans la conduite de ses propres affaires ; c'est une question entre les docteurs, si un tel dépositaire est tenu de la faute légère qu'il commettrait à l'égard des choses confiées à sa garde.

L'opinion pour l'affirmative me paraît la plus conforme aux principes.

La fidélité que le dépositaire doit à la garde du dépôt, ne lui permettant pas d'avoir moins de soin des choses qui lui sont confiées que des siennes ; (*Non salvā fide minorem quām suis rebus diligentiam præstabat*, L. 32, ff. *Depositi*;) dès que la faute commise par le dépositaire à l'égard des choses qui lui ont été confiées, est une faute qu'on puisse présumer qu'il n'aurait pas commise si les choses lui eussent appartenu, attendu le caractère qu'on lui connaît d'homme soigneux et attentif à ses affaires ; dès là cette faute doit être regardée comme une infidélité de sa part, dont il est responsable.

Pour la négative, on dit que les lois ont établi pour règle générale dans le contrat de dépôt, « que le dépositaire n'est tenu que du défaut de foi, et qu'il ne l'est pas de la simple faute ». Elles n'ont fait aucune exception à l'égard des dépositaires intelligents, soigneux et attentifs à leurs propres affaires : donc, disent-ils, un dépositaire, quelque attentif qu'on le suppose à ses propres affaires, ne doit pas être tenu d'une simple faute qu'il a commise à l'égard des choses confiées à sa garde.

La réponse est, qu'en rendant le dépositaire responsable d'une faute qu'il n'aurait pas commise dans ses propres affaires, nous ne nous écartons pas de la définition de ces lois, qui disent que le dépositaire *dolum tantum præstat* ; parce que cette faute étant, comme nous l'avons établi, une infidélité, elle se trouve comprise dans le terme **DOLUM**, dont ces lois se servent.

Quoique la faute commise par ce dépositaire, étant considérée *in abstracto*, ne dût être prise que comme une faute simple, différente du dol, cette même faute considérée *in concreto*, dans la personne de ce dépositaire, qui ne l'eût pas commise dans ses propres affaires, doit être réputée un vrai dol, et non pas une simple faute.

Il faut néanmoins avouer que, dans la pratique du for extérieur, on n'entrerait pas facilement dans la discussion du caractère de la personne du dépositaire ; et que, lorsque la faute que le dépositaire a commise à l'égard des choses qui lui ont été confiées, étant considérée *in abstracto*, n'est qu'une faute légère et ordinaire, et non une faute grossière, on présume facilement que le dépositaire est de caractère à en commettre de pareilles dans ses propres affaires, et qu'en conséquence il n'a point, en la commettant, manqué de fidélité à la garde du dépôt.

Mais dans le for de la conscience, quoique la faute qu'un dépositaire a commise à l'égard de la chose qui lui a été confiée, étant considérée *in abstracto*, ne soit qu'une faute légère, le dépositaire doit s'examiner et se juger lui-même ; et lorsqu'il a lieu de croire qu'il n'eût pas fait une pareille faute, si la chose lui eût appartenu, il doit se croire responsable du dommage qu'il a causé par cette espèce de faute.

28. Celse nous donne pour exemple d'une faute légère dont un dépositaire n'est pas responsable, le cas auquel ayant reçu une chose en dépôt, d'un esclave dont vous ne connaissez pas le maître, vous auriez rendu cette chose à une personne qui serait venue vous la demander, en se disant faussement le maître de celui qui vous l'avait confiée, sans vous informer si elle l'était effec-

tivement : *Si rem à servo depositam, Titio quem dominum esse putasti, quum non esset, restituisses, depositi actionem te non teneri Celsus ait, quia nullus dolus intercessit* ; L. 1, § 32, ff. *Depos.*

29. Un autre exemple de faute dont le dépositaire n'est pas tenu, c'est lorsque le feu ayant pris à la maison où il avait mis les choses qui lui avaient été confiées, il ne les a pas délogées avant que les flammes parvinssent au lieu où elles étaient, soit parce qu'il avait mal-à-propos espéré que les flammes ne parviendraient pas jusques-là, soit parce que le trouble que l'accident de l'incendie avait causé dans son esprit, l'avait empêché d'y penser.

Cela sur-tout doit avoir lieu, s'il avait des effets à lui appartenant, dans le lieu où étaient les choses qui lui ont été confiées, et qu'il ne les ait pas délogés, et les ait laissé périr par les flammes avec les choses qui lui avaient été confiées.

Mais s'il a eu le soin de déloger les effets à lui appartenant, et qu'ayant eu le temps de déloger pareillement ceux qui lui ont été confiés, il ne l'ait pas fait, et les ait laissé périr par les flammes, on peut, en ce cas, lui reprocher de n'avoir pas eu pour les choses qui lui avaient été confiées, le même soin qu'il a eu pour les siennes ; et c'est une infidélité qui doit le rendre responsable de la perte des choses qui lui ont été confiées.

S'il n'avait pas eu assez de temps pour sauver et ses propres effets, et ceux qui lui ont été confiés, on ne devrait pas lui faire un crime d'avoir sauvé ses effets préférablement à ceux qui lui avaient été confiés.

Si néanmoins ceux qui lui avaient été confiés, étaient d'un prix beaucoup plus grand que les siens, et plus faciles, ou du moins aussi faciles à sauver, il ne serait pas excusable d'avoir, en ce cas, sauvé préférablement les siens, et de n'avoir pas plutôt sauvé ceux qui lui avaient été confiés ; sauf à lui à se faire indemniser par le déposant, de la perte des siens qu'il aurait sacrifiés pour leur salut.

30. Le principe « que le dépositaire n'est pas tenu de la faute légère », reçoit plusieurs exceptions.

La première est lorsqu'il en a été convenu autrement par une clause expresse du contrat : *Si convenit ut in deposito et culpa præstetur, rata est convention; contractus enim legem ex cœnventione accipiunt* ⁽¹⁾ ; L. 1, § 6, ff. *Depos.*

La seconde exception est dans le cas auquel le dépositaire est allé s'offrir à la garde du dépôt, sans attendre qu'il en fût requis. Il est, en ce cas, tenu d'apporter à la garde du dépôt tout le soin possible ; car, en allant s'offrir à la garde du dépôt, il a pu empêcher qu'on n'en donnât la garde à une autre personne qui aurait été plus soigneuse que lui : *Si quis se deposito obtulit, Julianus scribit periculo se depositi illigasse; ita tamen ut non solùm dolum, sed etiam culpam et custodiam præstet, non tamen casus fortuitos* ⁽²⁾ ; *cœd.* L. 1, § 35.

31. La troisième exception est lorsque le dépositaire s'est fait payer de sa garde ; c'est pourquoi Ulpien, après avoir dit en la loi 5, § 2, ff. *Commod. In deposito... dolus præstatur solus*, ajoute de suite, *nisi fortè et merces accessit; tunc enim etiam culpa exhibetur.*

La raison est, que ce contrat, en ce cas, n'est pas un vrai contrat de dépôt, n'étant pas gratuit, mais un contrat qui tient plutôt du louage, comme nous l'avons dit ci-dessus, n° 13. Ce contrat étant, en ce cas, un contrat intéressé de part et d'autre, le dépositaire doit, suivant le principe commun à tous les contrats *in quibus utriusque utilitas vertitur*, être tenu de la faute légère ⁽³⁾.

Cela a lieu lorsque le dépositaire a exigé une récompense pour sa garde.

(1) *V. art. 1928, § 4^o, C. civ., ci-dessus, p. 128, note 1.*

(2) *V. art. 1928, § 1^o, C. civ., ibid.*

(3) *V. art. 1928, § 2^o, C. civ., ibid.*

Mais si, sans avoir rien exigé, il avait, pendant le temps de la garde, reçu quelques présents que le déposant lui aurait faits volontairement, quoiqu'il les lui eût faits en considération de sa garde, cela ne changerait pas la nature du contrat, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 13 : le dépositaire ne laisserait pas d'être, en ce cas, un pur dépositaire, qui ne doit pas être tenu à autre chose qu'à la fidélité à garder le dépôt.

32. Une quatrième exception est lorsque le dépôt n'a pas été fait pour l'intérêt de celui qui l'a fait, comme il se fait ordinairement, mais pour l'intérêt seul du dépositaire. En ce cas, il est évident que le dépositaire doit être tenu de la faute la plus légère à l'égard de la chose qui lui a été confiée, de même que dans le *commodatum*, suivant le principe établi en notre *Traité des Obligations*, n° 142.

Il pien en apporte cet exemple : Vous m'avez prié de vous prêter une certaine somme, au cas que vous en eussiez besoin pour l'acquisition d'un héritage que vous vous proposiez de faire. Sur le point de partir pour un voyage, je vous ai laissé cette somme pour vous la prêter, au cas que vous fissiez l'acquisition, et pour qu'en attendant elle restât entre vos mains par forme de dépôt. Ce dépôt ne vous étant fait que pour vous faire plaisir, vous êtes tenu de la plus légère faute à l'égard de cette somme que je vous ai confiée : *Si quis nec causam nec propositum fenerandi habuerit, et tu empturus prædia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris crediti nomine antequam emisses, suspicere, atque ita creditor, quia necessitatem fortè proficisciendi habebat, deposuerit apud te pecuniam, ut si emisses, crediti nomine obligatus essem, hoc depositum periculo est ejus qui suscepit* (¹) ; L. 4, ff. de *Reb. cred.*

Ces termes, *periculo est*, sont équivoques. Ils signifient quelquefois qu'une chose est entièrement aux risques de quelqu'un qui doit supporter à l'égard de cette chose, même les accidents de force majeure : quelquefois ils signifient seulement que quelqu'un est tenu à l'égard d'une chose, même de la faute la plus légère. Je pense que c'est dans ce second sens qu'ils doivent être entendus dans cette loi ; *Voyez d'Avezan, de Contractibus*, cap. 27.

33. Le dépositaire n'est tenu en aucun cas des accidents de force majeure, tant qu'il n'a pas été mis en demeure de rendre la chose qui lui a été confiée. Mais après qu'il a été mis en demeure de la rendre, il est tenu d'indemniser des accidents de force majeure celui à qui il la devait rendre, dans le cas auquel il n'eût pas souffert cette perte, si la chose lui eût été rendue lorsqu'il l'a demandée ; L. 12, § 3, et L. 14, § 3, ff. *Depos.*

Le dépositaire a cela de commun avec tous les autres débiteurs de corps certains (²) ; *Voyez notre Traité des Obligations*, n°s 663 et suiv.

34. Corollaire II. — La fidélité que le dépositaire doit à la garde du dépôt, l'oblige, en second lieu, à ne se pas servir des choses qui lui ont été confiées ; à moins que ce ne soit avec la permission expresse ou présumée de celui qui les lui a données en dépôt ; car les choses qui lui ont été données en dépôt, ne lui ont été données que pour les garder (³).

Le dépositaire qui se sert des choses confiées à sa garde, sans le consentement, au moins présumé, de celui qui les lui a confiées, non-seulement viole la fidélité qu'il doit à la garde du dépôt ; il se rend de plus coupable de vol (⁴) :

(¹) *V. art. 1928, § 3^o, C. civ., ci-dessus, p. 128, note 1.*

(³) *V. art. 1930, C. civ. Même principe.*

(²) *V. art. 1929, C. civ.*

Art. 1930 : « (Le dépositaire) ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant. »

(⁴) *Ce ne serait aujourd'hui qu'un abus de confiance.*

Qui rem depositam, invito domino, sciens prudensque in usus suos convertebit, etiam furti delicto succedit; L. 3, Cod. Depos.

Ce vol n'est pas, à la vérité, le vol de la chose même, mais c'est un vol de l'usage de cette chose ; et le vol de l'usage d'une chose, quoique différent du vol de la chose même, ne laisse pas d'être un véritable vol. C'est ce qui résulte de la définition que les lois nous donnent du vol : *Furtum est contrectatio rei fraudulenta, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel ETIAM USUS EJUS, possessionis, quod lege naturali prohibitum est admittere* ; L. 1, § 3, ff. de *Furt.*

En effet, l'usage de la chose d'autrui ne nous appartient pas plus que la chose même ; c'est pour nous un bien d'autrui auquel la loi naturelle ne nous permet pas de toucher : *Abstine ab alieno.*

La chose déposée n'est point entre les mains du dépositaire comme chez lui ; elle y est comme chez celui qui la lui a donnée en dépôt, et à qui il est censé prêter le lieu où il l'a mise pour l'y garder. C'est pourquoi le dépositaire ne commet pas moins un vol lorsqu'il l'en déplace pour s'en servir, que celui qui emporterait furtivement une chose de la maison de celui à qui elle appartient, avec le dessein de la rendre après qu'il s'en serait servi.

De ce principe, « qu'il n'est pas permis au dépositaire de se servir des choses qu'il a en dépôt, sans le consentement de celui qui les lui a confiées », M. de Saci, dans son *Traité de l'Amitié*, en a tiré cette conséquence, que, même dans le cas auquel le dépositaire aurait besoin d'une somme d'argent qu'il a en dépôt, pour sauver la vie à son intime ami, il devrait plutôt laisser périr son ami, que de violer la foi du dépôt, en touchant à cette somme sans la permission de celui qui la lui a donnée en dépôt.

Je pense néanmoins que cette décision doit souffrir une modification, qui est, que, si celui qui a donné l'argent en dépôt, n'est pas sur les lieux, et que le besoin soit si pressant, que le dépositaire ne puisse pas, en lui écrivant, recevoir de lui assez à temps une réponse qui accorderait la permission de se servir de l'argent, et que d'ailleurs le dépositaire ait le moyen de rendre cette somme, il peut, en ce cas, se servir de la somme qu'il a en dépôt pour sauver la vie à son ami ; car, à défaut d'une permission expresse de la personne à qui elle appartient, il a un juste sujet de croire que cette personne a assez d'humanité pour être dans la disposition de volonté de permettre qu'on se serve de son argent pour un cas aussi favorable que celui de sauver la vie à un homme. C'est donc, en ce cas, avec le consentement présumé de la personne qui lui a donné l'argent en dépôt, qu'il s'en sert, et il ne viole pas par conséquent la foi du dépôt (1).

35. Pour que le dépositaire se rende coupable de vol en se servant des choses qui lui ont été confiées, il faut que ce soit *invito domino* ; ce qui ne doit pas s'entendre en ce sens, qu'il faille qu'il le lui ait défendu. Il suffit qu'il n'y ait pas consenti ; car le terme *invitus* signifie seulement *non volens* ; c'est l'interprétation qu'en donne Ulpien. En matière de vol, dit-il, *vetare dominum accipimus etiam cum qui ignorat, hoc est eum qui non consensit* ; L. 48, § 3, ff. de *Furt.*

Mais lorsque le dépositaire ne s'est servi des choses qui lui ont été confiées, que du consentement, ou exprès, ou même seulement présumé, de celui qui les lui a confiées, il n'est coupable ni de vol, ni même d'infidélité à la garde du dépôt.

36. Pour que le consentement soit présumé, il ne suffit pas que le dépositaire, pour se flatter, se persuade que celui qui lui a confié le dépôt, aurait consenti à l'usage qu'il fait des choses déposées, s'il lui en eût demandé la

(1) Ne suffirait-il même pas que le [cette somme ? La décision de M. de dépositaire eût les moyens de rendre | Saci est inhumaine.

permission : il faut qu'il ait un juste sujet de croire qu'il la lui aurait accordée ; comme si la chose qu'il lui a donnée à garder, est une chose qu'il lui avait prêtée auparavant plusieurs fois, et toutes les fois qu'il la lui avait demandée à emprunter.

Quelque sujet qu'ait le dépositaire de croire que celui qui lui a donné une chose en dépôt, est dans la disposition de volonté de lui permettre de s'en servir, il ne doit s'en servir sans lui en demander la permission, que lorsqu'il n'est pas à portée de la lui demander, *put à*, parce qu'il est absent. Mais si étant à portée de la lui demander, il ne le fait pas, c'est une marque qu'il craint un refus, et qu'il n'est pas bien certain du consentement.

37. Il y a des usages de la chose donnée en dépôt, à l'égard desquels on présume plus ou moins difficilement le consentement de celui qui l'a donnée en dépôt.

Par exemple, lorsqu'on a donné en dépôt des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, comme de l'argent, on ne présume que très difficilement le consentement de celui qui les a données en dépôt, pour que le dépositaire se serve de cet argent ; ce qui ne se peut faire qu'en convertissant le dépôt en prêt.

A l'égard des choses qui ne se consomment pas, à la vérité, par l'usage, mais qui se détériorent par l'usage qu'on en fait, comme du linge, on ne doit encore présumer que très difficilement que celui qui les a données en garde, ait consenti qu'on s'en servit.

On présume plus facilement le consentement de celui qui a donné quelque chose en dépôt, pour les usages de cette chose qui ne la peuvent détériorer, comme si quelqu'un m'a laissé en dépôt un chien couchant, on doit facilement présumer son consentement pour que je m'en serve à la chasse des perdreaux ; car, bien loin que cet usage que je ferais de son chien le détériore, au contraire il ne peut lui être qu'avantageux, en l'entretenant dans l'habitude qu'il a d'arrêter le gibier.

Lorsqu'un savant, n'ayant pas chez lui de quoi loger ses livres, les a mis en dépôt chez un de ses amis, c'est surtout en ce cas qu'on doit présumer son consentement à l'usage qu'en voudra faire son ami en les lisant ; car un vrai savant, qu'on doit présumer aimer la vérité, ne désire rien tant que d'en procurer aux autres la connaissance, par la lecture qu'ils feront de ses livres.

Sans ce consentement présumé de celui qui a donné la chose en dépôt, il n'est pas permis à un dépositaire de se servir des choses qui lui ont été confiées ; il est surtout défendu aux dépositaires de deniers de s'en servir pour leurs affaires. La certitude morale qu'ils prétendraient avoir d'être en état de trouver et de représenter la somme lorsque celui qui la leur a confiée la demandera, n'est pas une raison suffisante pour les excuser du vol qu'ils commettent en s'en servant.

J'ai été surpris de voir dans un auteur moderne de théologie morale, qu'un dépositaire pouvait licitement et sans péché se servir, pour ses affaires, des deniers qu'il avait en dépôt, lorsqu'il avait cette certitude morale, pourvu que celui qui les lui a donnés en dépôt, ne les lui eût pas donnés dans un sac cacheté, ou ne lui eût pas fait connaître de quelque autre manière, qu'il ne voulait pas qu'il s'en servit.

Il est très faux qu'il doive suffire au dépositaire que l'usage des deniers ne lui ait pas été défendu ; il faut qu'il ait le consentement de celui qui les lui a donnés en dépôt, ou qu'il ait un juste sujet de le présumer ; sans cela, il est un voleur, s'il s'en sert.

38. Corollaire III.—La fidélité que le dépositaire doit à la garde du dépôt, l'oblige, en troisième lieu, à ne pas chercher à connaître les choses qui lui ont

été données en dépôt, lorsque celui qui les lui a données en dépôt, a voulu les tenir cachées⁽¹⁾.

Par exemple, si quelqu'un a donné en dépôt une cassette fermée, le dépositaire ne peut, sans violer la fidélité qu'il doit au dépôt, ouvrir la cassette pour connaître ce qu'elle renferme.

Pareillement, si quelqu'un avait donné en dépôt son testament ou d'autres papiers sous une enveloppe cachetée, le dépositaire commettrait une infidélité énorme, s'il décachetait l'enveloppe, pour prendre lecture du testament ou des autres papiers qui lui ont été donnés sous cette enveloppe.

39. Lorsque celui qui a donné en dépôt des choses de nature à être tenues cachées, a bien voulu, pour témoigner davantage sa confiance au dépositaire, lui donner connaissance des choses qu'il lui donnait en dépôt, la fidélité que le dépositaire doit au dépôt, l'oblige à n'en pas donner connaissance à d'autres.

Par exemple, si quelqu'un m'a donné en dépôt son testament tout ouvert, je puis bien le lire ; car, en me le donnant ouvert, il m'en a tacitement accordé la permission : mais je commettrais une infidélité énorme, si je le donnais à lire à d'autres.

Celui qui l'a donné en dépôt, peut même, en ce cas, avoir l'action d'injure contre le dépositaire : *Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse : ego arbitror et injuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus, ut judicia secreta ejus qui testatus est divulgarentur* ; L. 1, § 38, ff. *Depos.*

Il en serait autrement, si c'était par une bonne intention que le dépositaire eût donné communication à quelqu'un du testament qui lui a été confié, *puta*, s'il en a fait prendre la lecture à un jurisconsulte pour savoir s'il n'y avait pas dans ce testament quelques dispositions mal expliquées qui pourraient donner lieu à des contestations, afin d'en avertir celui qui le lui a confié, pour qu'il y remédiât.

La bonne intention du dépositaire doit, en ce cas, l'excuser, et il ne doit pas passer pour infidèle, quoiqu'il eût mieux fait de n'en donner la lecture à personne, et même de ne la pas prendre lui-même, à moins que celui qui le lui a donné en dépôt, ne l'eût prié de la prendre pour lui en dire son avis.

ART. II. — Du second chef d'obligation du dépositaire, qui consiste dans la restitution du dépôt.

Le second chef de l'obligation que le dépositaire contracte par le contrat de dépôt, est la restitution du dépôt.

Nous verrons, sur cette matière, quels sont les objets de la restitution du dépôt ; à qui, où et quand la restitution en doit être faite, et pour quelles causes elle peut quelquefois être retardée.

§ 1er. Quelles choses sont l'objet de la restitution du dépôt.

40. Les choses qui ont été données en dépôt, sont le principal objet de la restitution du dépôt, à laquelle s'est obligé le dépositaire par le contrat.

Ce sont les mêmes choses *in individuo* que le dépositaire doit rendre, quand même ce serait une somme de deniers ou d'autres choses *fongibles* qui auraient

(1) V. art. 1931, C. civ., même décision.

Art. 1931 : « (Le dépositaire) ne doit point chercher à connaître quelles

« sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée. »

éité données en dépôt : le dépositaire est tenu, en ce cas, de rendre non-seulement la somme, mais les mêmes espèces *in individuo* qu'il a reçues en dépôt, et auxquelles il ne lui a pas été permis de toucher (¹).

C'est pourquoi, s'il est survenu depuis le dépôt une augmentation ou une diminution sur les monnaies, c'est celui qui a donné la somme de deniers en dépôt qui doit profiter de l'augmentation, lorsque les espèces ont été augmentées, ou supporter la diminution, lorsqu'elles ont été diminuées; car le dépositaire doit rendre les mêmes espèces *in individuo* qu'il a reçues, suivant le bordereau qu'il a dû en donner à celui qui les lui a données en dépôt.

Par exemple, s'il a reçu en dépôt une somme de 600 livres en quinze louis d'or et quatre-vingts écus de trois livres, il doit rendre les quinze louis d'or et les quatre-vingts écus de trois livres qu'il a reçus en dépôt, quelque augmentation ou quelque diminution qui soit survenue sur les espèces (²).

41. S'il n'y avait pas de bordereau, qui serait cru de celui qui a donné l'argent en dépôt, ou du dépositaire, sur la qualité des espèces données en dépôt, il pourrait y avoir lieu à cette question, si l'augmentation ou la diminution n'était arrivée que sur les espèces d'or, et non sur celles d'argent, *aut vice versâ*.

Il n'est pas douteux que c'est le dépositaire qui doit, en ce cas, être cru; celui qui a fait le dépôt, doit s'imputer de ne s'être pas fait donner un bordereau; en ne l'exigeant pas, il a suivi la foi du dépositaire sur la qualité des espèces.

D'ailleurs, en fait de restitution de dépôt, c'est celui qui a donné l'argent en dépôt, qui est le demandeur, et qui est par conséquent chargé de la preuve de ce qu'il avance : *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*; L. 21, *ff. de Probat*. Faute par lui d'avoir la preuve de ce qu'il avance sur la qualité des espèces données en dépôt, on doit plutôt en croire le dépositaire qui est le défendeur, suivant cette autre règle : *Favorabiliore rei potius quam actoris habentur* (³); L. 15, *de Reg. jur.*

Observez que, lorsque l'objet du dépôt excède 100 livres, celui qui a fait le dépôt ne peut faire que par un bordereau ou par quelque autre écrit la preuve de ce qu'il avance sur la qualité des espèces. A défaut de cette preuve, il n'est pas reçu à la preuve testimoniale, il ne peut que demander l'affirmation du dépositaire. Lorsque l'objet n'excède pas 100 livres, il peut être admis à la preuve testimoniale.

42. Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, qu'en l'état qu'elle se trouve, quand même elle serait détériorée. Néanmoins, si c'était par son dol qu'elle fut détériorée, ou par une faute, de l'espèce de celles dont il est tenu (V. *suprà*, nos 26 et suiv.), il serait tenu, en ce cas, des dommages et intérêts de celui qui la lui a donnée en dépôt, résultant de cette détérioration (⁴).

(¹) V. art. 1932, § 1^{er}, C. civ.

Art. 1932 : « Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue.—Ainsi, le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur. »

(²) V. art. 1932, § 2^e, C. civ. V, note précédente.

(³) V. art. 1924, C. civ.

Art. 1924 : « Lorsque le dépôt, étant au-dessus de cent cinquante francs,

« n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire, en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution. »

(⁴) V. art. 1933, C. civ.

Art. 1933 : « Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution. Les détériorations qui ne sont pas survenues par son fait, sont à la charge du dépositaire. »

43. Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose qui lui a été donnée, qu'autant qu'il l'a par devers lui. S'il l'avait perdue par quelque accident il serait quitte de l'obligation de la rendre.

Néanmoins, si c'était par son dol qu'il ne l'eût plus, ou par quelque faute, de l'espèce de celles dont il est tenu ; en ce cas, il ne serait pas déchargé de son obligation de rendre la chose. Faute d'y pouvoir satisfaire, il serait tenu d'en rendre le prix ; et même, selon les circonstances, il pourrait être, en outre, tenu des dommages et intérêts de celui qui la lui a donnée en dépôt. *Voy. notre Traité des Obligations*, part. 1, ch. 2, art. 3, et part. 3, n°s 661 et 662..

Le dépositaire qui a vendu de mauvaise foi la chose qui lui a été donnée en dépôt, n'est pas déchargé de l'obligation de la rendre, quoiqu'il ait racheté la chose pour la garder comme auparavant, et qu'elle soit depuis périe chez lui sans sa faute. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Si rem depositam vendisti, eamque posteā redemisti in causam depositi, etiam si sine dolo malo posteā perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, quum venderes* ; L. 1, § 25, lf. *Depos*.

La raison est, que le dépositaire, en vendant de mauvaise foi la chose qui lui a été donnée en dépôt, commet un vol de cette chose ; il devient voleur de cette chose, et la chose devient infectée du vice de vol, qui ne se purge point jusqu'à ce qu'elle soit rendue au propriétaire. Or, c'est un principe, « qu'une chose volée est aux risques du voleur, qui est censé être dans une perpétuelle demeure de la rendre : » et on ne distingue pas, à l'égard du voleur, si la chose qui est périe depuis le vol qui en a été fait, fût ou ne fût pas également périe entre les mains de celui à qui elle doit être rendue ; *quod ita receptum odio furti*, comme nous l'avons observé en notre *Traité des Obligations*, n° 664.

44. Quoique le dépositaire ne soit pas tenu de rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, lorsqu'il ne l'a plus, et que c'est sans aucun dol ni faute de l'espèce de celles dont il est tenu, qu'il a cessé de l'avoir ; néanmoins s'il lui en est resté quelque chose, il est tenu de rendre ce qui en est resté.

Par exemple, lorsqu'on a donné à quelqu'un un cheval en dépôt ; si le cheval est mort, le dépositaire est quitte à la vérité de l'obligation de rendre le cheval ; mais il doit rendre la peau, les fers, et l'équipage du cheval, avec lequel le cheval lui avait été donné en dépôt.

45. Lorsque le dépositaire qui, par quelque accident dont il n'est point responsable, n'a plus les effets qui lui ont été donnés en dépôt, a reçu quelque chose à la place desdits effets, il est obligé de rendre cette chose à celui qui lui avait fait ce dépôt. Par exemple, si une personne, en partant pour un voyage, m'a laissé en dépôt une grande quantité de blé, et que, dans un temps de disette, j'aie été contraint par le magistrat de mener ces blés au marché et de les vendre, je suis obligé de rendre à celui qui m'avait donné les blés en dépôt la somme d'argent que j'ai reçue pour le prix de la vente ; cette somme leur est subrogée, et j'en suis devenu dépositaire à la place des blés⁽¹⁾.

Un autre exemple, c'est lorsque l'héritier du dépositaire, ignorant le dépôt, a vendu la chose donnée en dépôt, qu'il croyait être de la succession du défunt : cet héritier qui l'a vendue de bonne foi, n'est pas obligé, à la vérité, de rendre la chose à celui qui l'a donnée en dépôt au défunt ; mais il est obligé de lui rendre la somme qu'il a reçue pour le prix de cette chose⁽²⁾ ; à moins

(1) *V. art. 1934, C. civ.*

Art. 1934 : « Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure, et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit resti-

« tuer ce qu'il a reçu en échange. »

(2) *V. art. 1935, C. civ.*

Art. 1935 : « L'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est

que celui qui avait donné la chose en dépôt, n'aimât mieux la revendiquer sur l'acheteur par devers qui elle est ; auquel cas ce serait à cet acheteur que l'argent devrait être rendu (2).

46. L'héritier du dépositaire qui a vendu de bonne foi la chose qu'il ignorait avoir été donnée en dépôt au défunt, n'ayant rien fait, en la vendant, contre la bonne foi due au dépôt, dont il n'avait pas de connaissance, il ne doit être tenu de rendre le prix qu'il l'a vendue, que lorsqu'il l'a reçu ; s'il n'en avait pas été payé, il ne serait tenu à autre chose qu'à céder ses actions contre l'acheteur, quand même cet acheteur serait insolvable.

Par la même raison, quand même cet héritier aurait vendu la chose au-dessous de sa valeur, il ne serait tenu de rendre que le prix qu'il l'a vendue, et qu'il a reçu (3).

C'est ce que nous enseignent les jurisconsultes romains : *Si hæres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxerit, ignorans depositam..... quia dolo non fecit, non tenebitur de re : an tamen de pretio teneatur quod ad eum pervenit ? Et verius est teneri eum ; L. 1, § fin. ff. Depos. Quid ergo si pretium nondum exegit, aut minoris quam debuit, vendidit ? Actiones suas tantummodo præstabit ; L. 2, ff. eod. tit.*

47. Les fruits de la chose donnée en dépôt, que le dépositaire a perçus, sont aussi un des objets de la restitution du dépôt. Soit qu'il ait encore par devers lui la chose qui lui a été donnée en dépôt, soit qu'il ne l'ait plus, il doit tenir compte des fruits qu'il en a perçus, à celui qui la lui a donnée en dépôt ; car un dépositaire ne doit profiter en rien du dépôt.

Par exemple, lorsqu'on a donné à quelqu'un des vaches en dépôt, le dépositaire doit tenir compte à celui qui les lui a données en dépôt, du lait et des veaux, sous la déduction des frais qu'il a faits pour la nourriture et la garde (4).

Le dépositaire, tant qu'il n'a pas été en demeure de rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, n'est tenu de rendre que les fruits qu'il a perçus : il n'est pas tenu de ceux qu'on eût pu percevoir, et qu'il n'a pas perçus : mais depuis qu'il a été mis en demeure, il est tenu de tenir compte de tous ceux qu'on a pu percevoir, quoiqu'il ne les ait pas perçus ; c'est un effet de la demeure, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n° 143.

48. A plus forte raison, lorsque c'est une somme d'argent qui a été donnée en dépôt, le dépositaire, tant qu'il n'a pas été mis en demeure de la rendre, n'en doit aucun intérêts ; car non-seulement il n'en a pas perçu, mais il n'a pu en percevoir, ne lui ayant pas été permis de toucher à cette somme. Mais depuis qu'il a été mis en demeure de rendre cette somme, il en doit les intérêts ; *Usuræ in depositi actione, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, ex mora venire solent* (4) ; L. 2, Cod. Depos.

« tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix. »

(1) L'acheteur sera presque toujours à l'abri de la revendication. V. art. 2279, C. civ.

Art. 2279 : « En fait de meubles, la possession vaut titre. — Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ;

« sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. »

(2) V. art. 1935, C. civ., ci-dessus, p. 104, note 1.

(3) V. art. 1936, C. civ.

Art. 1936 : « Si la chose déposée a produit des fruits qui aient été perçus par le dépositaire, il est obligé de les restituer. Il ne doit aucun intérêt de l'argent déposé, si ce n'est du jour où il a été mis en demeure de faire la restitution. »

(4) V. art. 1936, in fine, C. civ. V. note précédente.

§ II. *A qui la chose donnée en dépôt doit-elle être rendue.*

49. Le dépositaire doit rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, à celui qui la lui a donnée; car c'est envers lui qu'il contracte par le contrat de dépôt, l'obligation de la rendre.

Ce n'est pas toujours celui qui a fait la tradition de la chose au dépositaire, qui est censé l'avoir donnée en dépôt; c'est celui au nom duquel le dépôt en a été fait, soit qu'il en ait fait la tradition par lui-même, soit qu'elle ait été faite par un autre en son nom.

Par exemple, si, de l'ordre de Pierre, vous m'avez donné en dépôt une chose, ce n'est pas vous qui êtes censé me l'avoir donnée en dépôt; c'est Pierre, de la part de qui vous me l'avez donnée, qui est censé me l'avoir donnée en dépôt; c'est à Pierre et non à vous que je dois la rendre, et c'est lui qui a contre moi l'action *depositi* pour se la faire rendre; L. 1, § 11, ss. *Depos.*

Mais si vous m'avez remis cette chose sans dire que c'était de la part de Pierre; quoique ce fût Pierre qui vous l'eût donnée pour me l'apporter, le dépôt est fait en votre nom; c'est vous qui avez action contre moi pour vous le faire rendre, sauf à Pierre à vous obliger *mandati judicium* à lui céder cette action⁽¹⁾; *eod.* §.

50. Lorsqu'une personne a donné quelque chose en dépôt dans un nom qualifié, comme de tuteur, de marguillier, etc., la chose ne lui doit être rendue que tant qu'il conserve la qualité en laquelle il l'a donnée.

Par exemple, si quelqu'un, en sa qualité de tuteur d'un tel, a donné une chose en dépôt, la chose ne lui doit être rendue que tant qu'il est tuteur: la tutelle finie, ce n'est plus à lui, c'est au mineur devenu majeur que la chose doit être rendue. Pareillement, lorsque quelqu'un, en qualité de marguillier, a donné en dépôt des effets d'une fabrique, ce n'est que pendant qu'il est marguillier que la restitution du dépôt doit lui être faite. Lorsqu'il est sorti de charge, ce n'est plus à lui, c'est à son successeur qu'elle doit être faite⁽²⁾.

51. Celui qui a donné la chose en dépôt, n'a pas besoin de prouver qu'il est le propriétaire; il suffit qu'il l'ait donnée en dépôt, pour qu'elle doive lui être rendue, quoiqu'elle ne lui appartienne pas, et quand même il l'aurait volée: *Si prædo vel sur deposuerint, et hos Marcellus putat rectè depositi ac turos*⁽³⁾; L. 1, § 39, ss. *Depos.*

Néanmoins si le dépositaire, depuis le dépôt qu'il a reçu de bonne foi, venait à découvrir que la chose qui lui a été donnée en dépôt, a été volée, et qu'il connaît la personne à qui elle a été volée, il devrait plutôt la rendre à la per-

(¹) *V.* art. 1937, C. civ.

Art. 1937: « Le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui la lui a confiée, ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir. »

(²) *V.* art. 1941, C. civ.

Art. 1941: « Si le dépôt a été fait par un tuteur, par un mari ou par un administrateur, dans l'une de ces qualités, il ne peut être restitué qu'à la personne que ce tuteur, ce mari ou cet administrateur représentaient, si leur gestion ou leur administration est finie. »

(³) *V.* art. 1938, 1^{er} alinéa, C. civ.

Art. 1938: « (Le dépositaire) ne peut pas exiger de celui qui a fait le dépôt, la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée.—Néanmoins, s'il découvre que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si celui auquel la dénonciation a été faite, néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en fait à celui duquel il l'a reçu. »

sonne à qui elle appartient, qu'à celui qui la lui a donnée en dépôt, et il devrait pour cela avertir cette personne de la réclamer.

C'est l'espèce d'une belle loi de Triphonin. *Latro spolia quæ mihi abstulit, posuit apud Seium inscium de malitiâ deponentis : utrum latroni an mihi restituere Seius debeat ? Si per se, dantem accipientemque intuemur, hac est bona fides ut commissam rem recipiat his qui dedit ; si totius rei aequitatem (quæ ex omnibus personis quæ negotio isto continguntur, impletur) mihi reddenda sunt, cui facto scelerrissimo adempta sunt ; et probo hanc esse justitiam quæ suum cuique ita tribuit, at non distrahatur ab ullius persona justiore repetitione ; L. 31, § 1, ff. eod. tit.* En ce cas, l'obligation que le dépositaire a contractée envers celui qui lui a donné la chose en dépôt, doit céder à une autre obligation plus forte, que la loi naturelle impose au dépositaire, de rendre la chose à celui à qui elle appartient ⁽¹⁾.

Observez que le dépositaire remplit toute justice, et satisfait à ce qu'on doit au propriétaire de la chose, par l'avis qu'il lui donne que la chose qui lui a été volée est entre ses mains : il n'est pas obligé de la lui rendre, jusqu'à ce que ce propriétaire ait fait ordonner que la chose lui serait restituée, par un jugement rendu avec celui qui l'a donnée en dépôt, lequel, sur la revendication faite sur le dépositaire, doit être mis en cause par ce dépositaire. Il ne serait pas juste que le dépositaire s'exposât à un procès en la rendant au propriétaire ayant que d'en être déchargé envers celui qui la lui a donnée en dépôt, par un jugement rendu avec lui.

C'est pourquoi, si le propriétaire de la chose, à qui elle a été volée, néglige l'avis que le dépositaire lui a donné, et ne réclame pas aussitôt la chose, le dépositaire pourra la rendre à celui qui la lui a donnée en dépôt, lorsqu'il la lui demandera : *Quod si ego, ajoute Triphonin, ad petenda ea non veniam, nihilominus ea restituenda sunt ei qui depositum, quamvis male quasita depositum ; eod. § 1.*

52. La chose qui a été donnée en dépôt, ne doit être rendue à celui qui l'a donnée, qu'autant qu'il conserve son état civil, et qu'il continue d'être usant de ses droits.

C'est pourquoi si celui qui m'a donné une chose en dépôt, a depuis perdu la vie civile par une condamnation capitale, dont j'ai connaissance, ce n'est pas à lui, en ce cas, que je dois rendre la chose qu'il m'a donnée en dépôt, c'est au seigneur à qui ses biens ont été confisqués par cette condamnation, que je la dois rendre ⁽²⁾. Il est vrai qu'à n'envisager que le pur droit naturel, *si tantum naturale jus et gentium intuemur*, il semblerait que les choses devraient être rendues à celui qui les a données en dépôt ; mais *si civile jus et legum ordinem (spectemus), magis in publicum deferenda sunt ; nam male meritus publicè, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet, ead. L. 31.*

Lorsque celui qui a donné la chose en dépôt, s'est depuis fait religieux profès, ce n'est point à lui que la chose donnée en dépôt doit être rendue, parce qu'il a perdu la vie civile par sa profession religieuse ; elle doit être rendue à ses héritiers, comme dans le cas de la mort naturelle. Voyez *infra*, n° 54.

Lorsque la personne qui lui a donné la chose en dépôt, a depuis passé sous puissance de mari, ou a été interdite, ce n'est point à elle que la chose doit être rendue, ayant cessé, par son mariage ou par son interdiction, d'être usante de ses droits ; mais elle doit être rendue à son mari ou à son curateur. La restitution du dépôt faite au mari ou au curateur de la personne qui a fait le

(1) V. art. 1938, 2^e alinéa, C. civ., profit de ses héritiers, c'est à eux que la note précédente.

(2) La succession étant ouverte au 1^{er} alinéa, C. civ., ci-après, p. 144, note 2.)

dépôt, est censée faite à elle-même, son mari ou son curateur ayant qualité de recevoir pour elle⁽¹⁾.

53. La chose donnée en dépôt est censée rendue à celui qui l'a donnée en dépôt, lorsqu'elle est rendue à celui à qui il a ordonné de la rendre, selon la règle : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset* ; L. 180, ff. de *Reg. jur.*

54. Après la mort de celui qui a donné la chose en dépôt, la restitution du dépôt doit se faire à ses héritiers.

Lorsqu'il a laissé plusieurs héritiers, si la chose donnée en dépôt est une chose susceptible de parties réelles, telle qu'est une somme d'argent, elle doit être restituée à chaque héritier pour la part dont il est héritier.

Si cet argent avait été mis en dépôt dans un sac cacheté ; sur la demande de l'un des héritiers, pour la restitution de la part qui lui appartient dans le dépôt, on doit faire l'ouverture du sac en présence du juge, à son hôtel, qui en dressera procès-verbal ; après laquelle ouverture, on délivrera à cet héritier la part qui lui appartient dans l'argent qui est dans ce sac, et le reste demeurera entre les mains du dépositaire : *Si pecunia in sacculo signato deposita sit, et unus ex hæredibus ejus qui depositum veniat repetens, promenda pecunia est vel coram Prætore, vel intervenientibus honestis personis, et exsolenda pro parte hæreditariæ* ; L. 1, § 36, ff. *Depos.*

Lorsque la chose donnée en dépôt n'est pas susceptible de parties réelles, elle ne peut être rendue à l'un des héritiers que du consentement des autres.

Lorsque les héritiers ne s'accordent pas sur celui d'entre eux à qui la chose sera rendue, ou lorsque tous ne paraissent pas, la restitution doit se faire à ceux qui ont la plus grande part dans la succession, à la charge par eux de donner caution au dépositaire de le défendre contre les autres héritiers⁽²⁾ : *Si plures hæredes extiterint ei qui deposuerit, dicitur, si major pars adicrit, restituendam rem præsentibus; majorem autem partem non ex numero personarum, sed ex magnitudine portionum hæreditiarum intelligendam; cautelâ idoneâ reddendâ* ; L. 14, ff. *eod. tit.*

55. Lorsque celui qui a donné la chose en dépôt, a fait à quelqu'un un legs particulier de cette chose, ou un legs universel dans lequel cette chose est comprise ; après que le légataire aura été saisi de son legs, et qu'il aura signifié au dépositaire l'acte ou la sentence de saisissement, la restitution du dépôt ne pourra plus se faire qu'à lui : mais, avant cette signification, le dépositaire peut la faire valablement aux héritiers, à moins qu'elle n'eût été saisie et arrêtée entre ses mains.

§ III. Où doit se faire la restitution du dépôt.

56. Lorsqu'on est convenu, par le contrat, du lieu où se ferait la restitution du dépôt, la chose donnée en dépôt doit être rendue dans ce lieu, si elle

⁽¹⁾ V. art. 1940, C. civ.

Art. 1940 : « Si la personne qui a fait le dépôt, a changé d'état; par exemple, si la femme, libre au moment où le dépôt a été fait, s'est mariée depuis et se trouve en puissance de mari; si le majeur déposant se trouve frappé d'interdiction; dans tous ces cas, et autres de même nature, le dépôt ne peut être restitué qu'à celui qui a l'administration des droits et des biens du déposant. »

⁽²⁾ V. art. 1939, C. civ., qui n'admet pas cette solution.

Art. 1939 : « En cas de mort naturelle ou civile de la personne qui a fait le dépôt, la chose déposée ne peut être rendue qu'à son héritier. — S'il y a plusieurs héritiers, elle doit être rendue à chacun d'eux pour leur part et portion. — Si la chose déposée est indivisible, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir. »

n'y est pas, et qu'il faille l'y transporter, le transport doit se faire aux frais de celui qui l'a donnée en dépôt : *Si quid in Asia depositum sit, ut Romæ red-datur, videtur id actum, ut non impensâ ejus id fiat apud quem depositum sit, sed ejus qui depositus* (1) ; L. 12, ff. *cod. tit.*

Cette décision est conforme à ce principe d'équité : *Officium suum nemini debet esse damnosum*. Le dépositaire ne s'étant chargé du dépôt que pour faire plaisir à celui qui lui a fait le dépôt, l'équité ne permet pas qu'il supporte aucun frais.

Quand même le dépôt aurait été fait dans le même lieu où on est convenu que s'en ferait la restitution, si le dépositaire a eu quelque juste sujet de le transporter ailleurs, ce sera aux frais de celui qui aura donné la chose en dépôt, qu'on l'en fera revenir.

57. Lorsque le contrat ne porte pas où doit se faire la restitution du dépôt, elle doit se faire où se trouve la chose qui a été donnée en dépôt, quand même elle se trouverait dans un lieu plus éloigné que celui où elle a été donnée, pourvu que ce soit sans malice qu'elle y ait été transportée, *putâ*, parce que le dépositaire a délogé (2) : *Depositum eo loco restitui debet in quo sine dolo ejus est apud quem depositum est; ubi verò depositum est nihil interest; ead. L. 12, § 1.*

§ IV. Quand doit se faire la restitution du dépôt, et pour quelles causes elle doit être retardée.

58. Le dépositaire doit rendre les choses qui lui ont été données en dépôt, à celui qui les lui a données, aussitôt qu'il les redemande.

Quand même le contrat porterait un temps déterminé auquel le dépôt devrait être rendu, celui qui a donné la chose en dépôt, peut, si bon lui semble, la redemander avant ce temps ; et le dépositaire n'est pas fondé à la lui refuser, et à la lui retenir jusqu'au temps porté par le contrat : car le dépôt n'étant fait que pour l'intérêt de celui qui a donné la chose en dépôt, le dépositaire n'ayant la chose que pour la garder, et n'ayant pas le droit de s'en servir, il ne peut avoir aucun intérêt de la retenir ; et le temps porté au contrat ne peut paraître avoir été mis en sa faveur. C'est ce que décide Ulpien : *Si sic depo-suero apud te, ut post mortem tuam reddas, ... possum mutare voluntatem, et ante mortem tuam depositum repetere* ; L. 1, § 45, ff. *Depos.*

Par la même raison, quoiqu'il soit dit par l'acte de dépôt, « que vous m'avez donné une chose en dépôt, pour vous la garder jusqu'à votre retour d'un certain voyage ; » je ne puis refuser de la rendre, avant votre retour, à celui qui se présente avec un pouvoir spécial de vous pour la redemander.

59. Le principe « que la restitution du dépôt doit se faire aussitôt qu'il est redemandé, » souffre quelques limitations, et il y a certaines causes qui peuvent retarder cette restitution.

1^o Lorsque la chose donnée en dépôt n'est pas sur le lieu où elle est demandée, et où la restitution doit s'en faire, il est évident qu'on doit accorder au dépositaire le temps qui est nécessaire pour la faire venir ;

(1) V. art. 1942, C. civ.

Art. 1942 : « Si le contrat de dépôt désigne le lieu dans lequel la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y porter la chose déposée. S'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant. »

(2) V. art. 1943, C. civ.

Art. 1943 : « Si le contrat ne dé-

signe point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt. »

Cet article dit *dans le lieu même du dépôt* : il est probable que ces expressions reproduisent la doctrine de Pothier, et que le mot *dépôt* est pris pour la chose déposée : dans le lieu où le dépôt se trouve.

2^o Lorsqu'il y a une saisie et arrêt de la chose donnée en dépôt, faite entre les mains du dépositaire, soit par quelqu'un qui s'en prétend le propriétaire, soit par quelqu'un qui se prétend créancier de celui qui l'a donnée en dépôt, le dépositaire ne doit rendre la chose à celui qui la lui a donnée, qu'après que celui-ci aura obtenu mainlevée, et la lui aura notifiée. Il n'importe à cet égard que le créancier ait fait une saisie et arrêt spécialement de la chose donnée en dépôt, ou qu'il ait arrêté en général toutes les choses appartenant à son débiteur, qui sont entre les mains du dépositaire.

Il n'importe aussi que l'arrêt soit bien ou mal fondé : quand même il serait évident qu'il est mal fondé, le dépositaire ne peut être obligé de rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, et qui est arrêtée entre ses mains, jusqu'à ce que celui qui la lui a donnée, ait rapporté la mainlevée de l'arrêt⁽¹⁾ ;

3^o Lorsque le dépositaire a fait des impenses pour la conservation de la chose qui lui a été donnée en dépôt, il a droit de la retenir jusqu'à ce qu'il en ait été remboursé⁽²⁾. Mais lorsque c'est pour quelque autre cause que le dépositaire est créancier de celui qui lui a donné la chose en dépôt, il ne peut opposer la compensation de ce qui lui est dû, pour exclure, ni pour différer la restitution du dépôt qui lui est demandée⁽³⁾. Voy. notre *Traité des Obligations*, n° 589 ;

4^o Enfin, il est évident que, si le dépôt est redemandé par quelqu'un qui se dit héritier de celui qui a fait ce dépôt, et que sa qualité ne soit pas connue au dépositaire, le dépositaire n'est pas obligé de rendre le dépôt, jusqu'à ce que cet héritier ait justifié de sa qualité.

ART. III. — De l'action DEPOSITI DIRECTA.

60. De l'obligation que le dépositaire contracte par le contrat de dépôt, dont nous avons expliqué les deux chefs dans les articles précédents, naît l'action *depositi directa*.

Cette action est une action personnelle, que celui qui a donné la chose en dépôt, a contre le dépositaire pour se la faire rendre.

Par *celui qui a donné la chose en dépôt*, nous entendons celui qui a été partie contractante, et au nom de qui le dépôt a été fait, soit qu'il ait fait par lui-même la tradition de la chose donnée en dépôt, soit qu'il l'ait faite par d'autres qui l'ont faite en son nom. Voy. *suprà*, n° 48.

61. Le propriétaire de la chose donnée en dépôt, lorsque ce n'est pas en son nom que la chose a été donnée en dépôt, n'a pas cette action, parce que n'ayant pas été partie contractante, ce n'est pas envers lui que le dépositaire a contracté, par le contrat de dépôt, l'obligation personnelle d'où naît cette action : ce propriétaire peut seulement arrêter et entercer la chose sur le dépositaire, lorsqu'elle se trouve entre ses mains ; et sur la déclaration que

(1) V. art. 1944, C. civ.

Art. 1944 : « Le dépôt doit être re-
mis au déposant aussitôt qu'il le ré-
clame, lors même que le contrat au-
rait fixé un délai déterminé pour la
restitution ; à moins qu'il n'existe,
entre les mains du dépositaire, une
saisie-arrêt ou une opposition à la
restitution et au déplacement de la
chose déposée. »

(2) V. art. 1948, C. civ.

Art. 1848 : « Le dépositaire peut
retenir le dépôt jusqu'à l'entier paie-

ment de ce qui lui est dû à raison
du dépôt. »

(3) V. art. 1293, § 2^o, C. civ.

Art. 1293 : « La compensation à
lieu, quelles que soient les causes de
l'une ou de l'autre des dettes, ex-
cepté dans le cas, — 1^o De la demande
en restitution d'uné chose dont le
propriétaire a été injustement dé-
pouillé ; — 2^o De la demande en resti-
tution d'un dépôt et du prêt à usage ;
— 3^o D'une dette qui a pour cause
des aliments déclarés insaisissables. »

le dépositaire fera qu'il la tient à titre de dépôt d'un tel, former l'action de revendication contre ce tel qui la possède, par celui à qui il l'a donnée en dépôt.

Néanmoins si celui qui a donné la chose en dépôt, quoique en son nom, l'avait donnée pour être rendue à ce propriétaire; quoique, en ce cas, le propriétaire n'ait pas l'action *depositi*, selon la subtilité du droit, le dépôt n'ayant pas été fait en son nom, et n'ayant pas été par conséquent partie contractante, néanmoins les lois lui accordent en ce cas une action *depositi*, qu'on appelle *utile*: *Si res tuas commodavit, aut depositum is cuius in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes: quod si pactus sis ut tibi restituerentur.... intelligis te ex ejus pacto actionem stricto jure non habere; utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio* (¹); L. 8, Cod. *Ad exhib.*

62. Lorsque plusieurs personnes ont donné une chose en dépôt, s'il y a clause par le contrat, « que la chose sera rendue à celle d'entre elles qui la redemandera, » ces personnes sont des *correi credendi*: chacune d'elles peut, sans le consentement des autres, intenter l'action *depositi*; et la restitution du dépôt, faite à l'une d'elles, décharge le dépositaire envers les autres. Hors le cas de cette clause, l'une de ces personnes ne peut intenter l'action *depositi* pour se faire rendre la chose donnée en dépôt, qu'en rapportant le consentement des autres; et s'il ne le rapporte pas, le juge doit ordonner qu'il les mettra en cause.

Néanmoins si la chose était susceptible de parties réelles, comme lorsque c'est une somme d'argent qui a été donnée en dépôt; ou si la chose donnée en dépôt ne pouvant plus, par le dol du dépositaire, être rendue, l'action *depositi* devait se terminer à une condamnation pécuniaire, chacun de ceux qui ont fait le dépôt, pourrait, sans les autres, intenter l'action *depositi* pour la part qu'il a dans le dépôt (²).

63. Du principe « que l'action *DEPOSITI directa* est une action qui naît de l'obligation personnelle que le dépositaire a contractée par le contrat de dépôt, envers celui qui a donné la chose en dépôt, » il s'ensuit qu'elle ne procède que contre le dépositaire, ses héritiers ou autres successeurs universels.

Néanmoins si je vous avais donné une chose en dépôt, et que vous l'eussiez vous-même donnée en dépôt à un tiers, quoique, selon la rigueur du droit, je n'aie point l'action de dépôt contre ce tiers, puisque ce n'est pas avec moi, mais avec vous qu'il a contracté, et conséquemment que ce n'est pas envers moi, mais envers vous qu'il s'est obligé de rendre la chose; néanmoins, *celeritate conjungendarum actionum*, pour éviter le circuit d'actions, les lois m'accordent aussi une action utile *depositi* contre ce tiers: *Si quis rem penes se depositam apud alium deposuerit, tam ipse directam, quam is qui apud eum depositum utilem actionem depositi habere possunt*. Paul, *Sent.*, lib. 2, tit. 12, § 8.

Hors ce cas, celui qui a donné une chose en dépôt ne peut avoir l'action *depositi* contre des tiers auxquels serait parvenue la chose qu'il aurait donnée en dépôt; il peut seulement, étant le propriétaire de cette chose, donner l'action en revendication contre les tiers qui s'en trouveraient en possession.

64. Lorsqu'une chose a été donnée en dépôt à deux dépositaires qui s'en

(¹) On peut dire qu'en France l'action serait directement accordée à celui au nom duquel le dépôt a été fait, car nous acquérons le droit par *extraneam personam* qui contracte en notre nom.

(²) On peut appliquer le même principe qu'au cas de mort du déposant, ayant laissé plusieurs héritiers. V. article 1939, C. civ., ci-dessus, p. 144, note 2.

sont chargés ensemble ; si c'est par le dol de l'un et de l'autre , ou par une faute de l'un et de l'autre , de l'espèce de celles dont les dépositaires sont tenus , que la chose n'est pas rendue , celui qui l'a donnée en dépôt , peut intenter solidairement l'action *depositi* contre l'un ou l'autre des dépositaires ⁽¹⁾.

Mais si ce n'était que par le dol de l'un d'eux que la chose ne pût être rendue , celui qui l'a donnée en dépôt ne pourrait intenter l'action *depositi* que contre lui ; l'autre dépositaire qui n'a pas participé au dol , n'en serait pas tenu. (L. 1, § 43, ff. *Depos.*) Bien entendu , à moins qu'il ne parût qu'en se rendant dépositaires , ils se sont rendus caution l'un pour l'autre ; auquel cas , celui qui n'aurait pas participé au dol de son codépositaire , ne laisserait pas d'en être tenu , comme étant sa caution.

65. Lorsque le dépositaire a laissé plusieurs héritiers , si c'est par le dol du défunt , ou par une faute de l'espèce de celles dont un dépositaire est tenu , que la chose donnée n'est pas rendue , l'action *depositi* peut s'intenter contre les héritiers , seulement pour la part dont chacun est héritier. Mais si c'est par le dol de l'un des héritiers que la chose n'est pas rendue , l'action *depositi* peut être intentée pour le total contre cet héritier , quoiqu'il ne soit héritier que pour partie ; et les autres héritiers qui n'ont pas participé au dol , ne sont point tenus de la perte de la chose qui avait été donnée en dépôt.

C'est ce qu'enseigne Paul , *in depositi actione* : *Si ex facto defuncti agatur adversus unum ex pluribus hæredibus, pro parte hæreditariæ agere debeo; si verò ex suo delicto, pro parte non ago: meritò, quia cestimatio refertur ad dolum quem in solidum ipse hæres admisit; L. 9, ff. eod. tit. Nec adversus cohæredes qui dolo carent, depositi actio competit; L. 10, ff. eod. tit.*

Ceci est conforme aux principes que nous avons exposés dans notre *Traité des Obligations* , n°s 304 et 305.

Si l'un des héritiers du dépositaire , par devers qui est la chose qui avait été donnée en dépôt au défunt , refusait de la rendre à celui qui l'a donnée en dépôt , et qui la redemande , et qu'il n'alléguât pour cause de son refus que l'absence de ses cohéritiers , ce serait un mauvais prétexte qu'il alléguerait , ses cohéritiers absents ne pouvant avoir aucun intérêt d'empêcher la restitution du dépôt ; et par conséquent son refus étant contraire à la bonne foi , et un dol de sa part , celui qui a donné la chose en dépôt peut intenter contre lui , pour le total , l'action **DEPOSITI directa** pour la restitution de la chose.

C'est ce que décide la loi 3 , § 3 , ff. *Commod.* dans le cas du contrat *commodatum* , qui est semblable à cet égard au cas du dépôt. Voy. notre *Traité des Obligations* , n° 303.

Lorsque c'est par le dol de tous les héritiers du dépositaire , que la chose donnée en dépôt n'est pas rendue , l'action **DEPOSITI directa** peut être intentée solidairement contre chacun desdits héritiers. Voyez , sur ce cas , notre *Traité des Obligations* , n° 306 ; et la loi 22 , ff. *Depositii* , sur laquelle Antoine Faber , *Lib. Rational. ad hanc legem.* , a fort bien observé que le dernier verset de cette loi , *Nec tamen absurdè* , etc. , était un mauvais glossème , qui en devait être retranché , comme contraire aux principes de droit , et aux véritables sentiments de Marcellus , auteur de cette loi.

66. Sur l'objet de l'action **DEPOSITI directa** , voyez ce qui a été dit dans les deux articles précédents.

(1) Ce cas de solidarité n'est point expressément reproduit par le Code : on pourrait peut-être tirer un argument de l'art. 55 du Code pénal.

Art. 55 : « Tous les individus con-

« damnés pour un même crime ou pour un même délit, seront tenus solidiairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais. »

67. On peut opposer contre l'action *depositi directa*, plusieurs exceptions dilatoires, résultant de plusieurs causes pour lesquelles nous avons vu *suprà*, n° 58, que la restitution du dépôt pouvait être retardée.

Le dépositaire peut aussi quelquefois être reçu dans une exception préemptoire contre cette action, lorsqu'il offre de justifier qu'il est le propriétaire de la chose qui lui a été donnée en dépôt, et qu'en conséquence le dépôt ne peut subsister ; *suprà*, n° 4. Mais pour qu'il soit reçu dans cette exception, il faut qu'il soit en état de prouver promptement et sommairement son droit de propriété : autrement la présomption est pour celui qui lui a donné la chose en dépôt, qui est censé la posséder par lui ; et il doit être condamné par provision à la lui rendre, sauf à se pourvoir contre lui ensuite par l'action de revendication⁽¹⁾ ; Bruneman, *edid. L. 21, Cod. Depos.*

68. A l'égard de la prescription, qui est une autre espèce d'exception préemptoire, le dépositaire et ses héritiers, tant que la chose donnée en dépôt est par devers eux, et qu'elle peut être saisie entre leurs mains, ne peuvent opposer aucune prescription contre cette action, quelque laps de temps qui se soit écoulé depuis le contrat de dépôt⁽²⁾. La raison est, que le dépositaire ayant commencé de tenir en qualité de dépositaire la chose qui lui a été donnée en dépôt, il est censé continuer de la tenir toujours à ce titre, tant qu'il ne fait pas voir qu'il lui est survenu un autre titre. C'est ce qui résulte de ce principe de droit : *Neminem sibi ipsi causam possessionis mulare posse* ; L. 3, § 19, ff. *de Acq. possess.* ; L. 2, § 1, ff. *Pro hered. et passim*.

Pareillement les héritiers du dépositaire, *qui in omne jus ipsius succedunt*, succédant à son obligation, sont censés, de même que le défunt, tenir à titre de dépositaires les choses données en dépôt au défunt. Or, cette qualité de détenteur à titre de dépôt, renfermant essentiellement la charge de rendre la chose donnée en dépôt à celui qui l'a donnée, il s'ensuit que cette qualité réclame perpétuellement en faveur de la restitution du dépôt, et empêche le dépositaire et ses héritiers d'opposer la prescription contre l'action *depositi directa*⁽³⁾.

Comme c'est la qualité de détenteur à titre de dépôt qui résiste à la prescription contre la demande en restitution de dépôt, lorsque le dépositaire n'est pas détenteur des choses qui lui ont été données en dépôt, rien ne l'empêche d'opposer contre cette demande, la prescription trentenaire, qui a lieu contre toutes les actions personnelles.

SECT. II. — DES OBLIGATIONS DE CELUI QUI A DONNÉ LA CHOSE EN DÉPÔT ; ET DE L'ACTION *depositi contraria*, QUI EN NAÎT.

69. Celui qui a donné une chose en dépôt, contracte de son côté, par le contrat de dépôt, envers le dépositaire, l'obligation de le rembourser des avances qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été donnée, et de l'indemniser généralement de tout ce que lui a coûté le dépôt⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ V. art. 1946, C. civ., ci-dessus, p. 123, note 1. Nous avons déjà fait observer que cet article recevra rarement son application.

⁽²⁾ V. art. 2236, C. civ.

Art. 2236 : « Ceux qui possèdent pour autrui, ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit.—Ainsi, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du

propriétaire, ne peuvent la prescrire. »

⁽³⁾ V. art. 2237, C. civ.
Art. 2237 : « Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu'un des titres désignés par l'article précédent (V. note 2), ne peuvent non plus prescrire. »

⁽⁴⁾ V. art. 1947, C. civ.
Art. 1947 : « La personne qui a fait le dépôt, est tenue de rembourser au

Par exemple, si on a donné à quelqu'un en dépôt des tonneaux de vin, celui qui les a donné en dépôt, est obligé de rembourser au dépositaire les frais qu'il a faits pour les faire descendre en sa cave, et ceux qu'il a faits pour les faire relier, si pendant le temps qu'il les a eus en dépôt, ils ont eu besoin d'être reliés.

Pareillement si on a donné à quelqu'un en dépôt un cheval, ou un autre animal, celui qui l'a donné est obligé de rembourser le dépositaire, des frais de nourriture ; et si l'animal a été malade, des frais de pansements et de médicaments.

70. Celui qui a donné une chose en dépôt est aussi, comme nous l'avons dit, obligé d'indemniser le dépositaire de tout ce que lui a coûté le dépôt.

Par exemple, si, dans nos colonies, on a donné en dépôt à quelqu'un un nègre, et que ce nègre ait rompu l'armoire du dépositaire, et lui ait volé l'argent qui y était, avec lequel il s'est enfui ; la perte que le dépositaire a soufferte par le vol qui lui a été fait de son argent, et l'effraction de son armoire, est une perte que lui a causée le dépôt, dont il doit par conséquent être indemnisé par celui qui lui a donné le nègre en dépôt ; L. 61, § 5, ff. *de Furt.*

Le dépositaire n'est fondé à prétendre cette indemnité que lorsqu'il n'y a aucune faute de sa part qui ait donné lieu à la perte qu'il a soufferte ; car, s'il l'avait soufferte par sa faute, il n'aurait aucune indemnité à prétendre.

C'est ce qu'enseigne Africanus, dans l'espèce ci-dessus rapportée. Après avoir dit que celui qui a donné l'esclave en dépôt, doit indemniser le dépositaire du vol que l'esclave lui a fait, il ajoute : *Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ejus mandatum aut depositum suscepit, intercedat; ceterum si ipse ultrò ei custodiam argenti fortè vel nummorum commiserit, quum nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter dicendum est; ead.* L. 61, § 7.

71. On peut encore apporter pour exemple de notre principe, le cas auquel les choses données en dépôt s'étant trouvées avec les propres effets du dépositaire, dans une maison incendiée, le dépositaire aurait sacrifié ses propres effets, et les aurait laissés périr dans l'incendie, pour sauver ceux qui lui avaient été donnés en dépôt, qui étaient plus précieux que les siens, et qu'il n'avait pu sauver qu'en sacrifiant les siens, l'incendie ne lui ayant pas laissé le loisir de sauver les uns et les autres. En ce cas, la perte que le dépositaire a soufferte de ses propres effets, qu'il aurait pu sauver, s'il n'eût pas sauvé ceux qui lui ont été donnés en dépôt, est une perte dont il doit être indemnisé par celui qui lui a fait le dépôt ; car non-seulement c'est le dépôt qui lui a causé cette perte comme dans l'espèce précédente, mais c'est une perte qu'il a directement soufferte pour la conservation des effets qui lui ont été donnés en dépôt, qu'il ne pouvait conserver que par ce moyen.

72. Cette obligation que contracte celui qui a donné la chose en dépôt, est appelée *obligatio depositi contraria* ; à la différence de celle du dépositaire, qui est appelée *obligatio depositi directa*.

La raison est que l'obligation du dépositaire est l'obligation principale qui naît du contrat de dépôt ; l'obligation de celui qui a donné la chose en dépôt, n'est qu'une obligation incidente, sans laquelle le contrat de dépôt pourrait subsister, comme il arrive lorsque le dépôt n'a rien coûté au dépositaire.

73. Lorsque la chose donnée en dépôt est une chose frugifère, le dépositaire ne peut prétendre le remboursement de ses impenses, et de tout ce que lui a coûté le dépôt, que sous la déduction des fruits qu'il a perçus ; car il ne peut profiter en rien de ces fruits (1).

« dépositaire les dépenses qu'il a faites
« pour la conservation de la chose dé-
« posée, et de l'indemniser de toutes

« les pertes que le dépôt peut lui avoir
« occasionnées. »

(1) V. art. 1936, C. civ., p. 141, note 3.

74. De l'obligation *depositi contraria*, que contracte celui qui a donné la chose en dépôt, naît l'action *depositi contraria*.

Cette action est une action personnelle qu'a le dépositaire contre celui qui lui a donné la chose en dépôt, pour le remboursement de ses impenses, et de tout ce que lui a coûté le dépôt.

Le dépositaire a pour ce remboursement un privilége sur les choses qui lui ont été données en dépôt, tant qu'elles sont par devers lui; et il a aussi le droit de les retenir jusqu'à ce qu'il ait été remboursé, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 58.

Mais s'il les avait rendues à celui qui les lui avait données en dépôt, sans se faire payer, il perdrat son privilége, en conservant néanmoins sa créance (¹).

CHAPITRE III.

De plusieurs espèces particulières de dépôts.

§ 1^{er}. *Du dépôt nécessaire.*

75. On appelle *dépôt nécessaire* celui qui est fait dans un cas de nécessité, et d'accident imprévu, tel qu'est le cas d'un incendie, d'une ruine ou du pillage d'une maison, d'un naufrage, ou d'une sédition (²).

Celui qui, pour sauver ses effets de l'incendie, ou de la ruine de la maison, ou du naufrage, ou du pillage, les confie au premier venu qu'il rencontre, contracte avec celui à qui il les confie, cette espèce de dépôt qui est appelé *nécessaire*, parce que c'est le cas d'une nécessité imprévue qui donne lieu à ce contrat.

On donne aussi à cette espèce de dépôt le nom de *dépôt misérable*, *dépositum miserabile*, parce que c'est le cas d'un malheur imprévu qui donne lieu à ce dépôt.

Cette espèce de dépôt est un véritable contrat de dépôt; et tout ce que nous avons dit dans les chapitres précédents, en général, du contrat de dépôt, des obligations et des actions qui en naissent, peut s'appliquer à cette espèce, de même qu'à tous les autres dépôts (³).

76. La seule chose qui par le droit romain était particulière à cette espèce de dépôt, est que l'infidélité du dépositaire qui ne rendait pas le dépôt, était punie de la peine du double de la valeur des choses données en dépôt; parce que le malheur de celui qui a donné les choses en dépôt, rend plus atroce la perfidie du dépositaire.

Cette peine du double n'est pas en usage dans notre jurisprudence.

La seule chose qui soit particulière à cette espèce de dépôt dans notre jurisprudence, est que la preuve par témoins de ce dépôt est reçue, lorsque le dépositaire en disconvient, à quelque somme que montent les choses qui font l'objet du dépôt; au lieu que dans les dépôts ordinaires, la preuve par témoins du dépôt n'est pas reçue, lorsque l'objet excède cent livres; *Ordonnance de 1667*, tit. 20, art. 2 et 3. La raison est, que, dans le cas du dépôt né-

(¹) L'article 2102, § 3^o, C. civ., accorde un privilége pour les frais faits pour la conservation de la chose.

(²) V. art. 1949, C. civ.

Art. 1949 : « Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelque accident; tels qu'un incendie, une

« ruine, un pillage, un naufrage ou « autre événement imprévu. »

(³) V. art. 1951, C. civ., qui rappelle le principe.

Art. 1951 : « Le dépôt nécessaire est d'ailleurs régi par toutes les règles précédemment énoncées. »

cessaire, il n'est pas au pouvoir de celui qui a fait le dépôt, de s'en procurer une preuve par écrit, étant obligé de confier les choses qui sont l'objet du dépôt, à la hâte, au premier venu, pour les sauver de l'incendie, du naufrage, de la ruine, ou du pillage (¹).

§ II. *Du dépôt de l'hôtellerie.*

77. Le dépôt d'hôtellerie est le dépôt qu'un voyageur fait à un aubergiste chez qui il va loger, de certains effets, pendant le temps du séjour qu'il y doit faire.

Ce contrat dégénère du contrat de dépôt ordinaire, en ce que l'aubergiste ne se charge pas du dépôt, comme dans les dépôts ordinaires, par un pur office d'amitié, mais par une suite de son état d'aubergiste, et en considération du profit qu'il retire des voyageurs qu'il loge dans son auberge.

Quoique pour ce dépôt considéré séparément il ne reçoive aucune rétribution, néanmoins, comme ce dépôt est une suite du contrat principal qui intervient entre l'aubergiste et le voyageur, pour loger le voyageur, et lui fournir dans son auberge les choses dont il aura besoin, et que ce contrat est un contrat intéressé de part et d'autre, et *in quo utriusque contrahentis utilitas vertitur*, on peut regarder le dépôt qui intervient, comme une suite de ce contrat, comme un dépôt *in quo vertitur utriusque contrahentis utilitas*; et il doit par conséquent obliger l'aubergiste dépositaire, à la prestation de la faute légère.

C'est ce que nous apprend Gaius : *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt, non pro custodiā; sed nauta, ut trajiciat vectores, caupo, ut viatores manere in cauponā patiatur.... et tamen custodiā nomine tenentur; sicut fullo et sarcinato, non pro custodiā, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiā nomine ex locato tenentur; L. 5, ff. Nautae caupones, etc.*

Ces termes : *custodiā nomine tenentur*, signifient que ces personnes doivent apporter à la garde des effets qui leur sont confiés, non pas seulement de la bonne foi, comme dans le cas des dépôts ordinaires, mais un soin exact, et qu'elles sont en conséquence tenues de la faute légère (²).

78. Suivant ces principes, lorsque les choses données en dépôt par un voyageur à un aubergiste, ont été volées dans l'auberge, quand même ce ne serait pas par les domestiques de l'auberge que le vol aurait été fait, mais par des allants et venants, ou par d'autres voyageurs logés dans l'auberge, l'aubergiste en est responsable, parce que ce vol est présumé être arrivé par le défaut de soin de l'aubergiste; à moins que l'aubergiste ne justifie que c'est par quelque accident de force majeure qu'il est arrivé (³).

C'est de ce dépôt fait à un maître de navire, ou à un aubergiste, qu'il est

(¹) *V. art. 1950, C. civ.*

Art. 1950 : « La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs. »

De plus il entraîne la contrainte par corps. *V. art. 2060, § 1^o, C. civ.* : « La contrainte par corps a lieu, 1^o pour dépôt nécessaire. »

(²) *V. art. 1952, C. civ.*

Art. 1952 : « Les aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par

le voyageur qui loge chez eux; le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire. »

(³) *V. art. 1953 et 1954, C. civ.*

Art. 1953 : « Ils sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait, ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie. »

Art. 1954 : « Ils ne sont pas responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure. »

dit : (Nauta) *factum non solum nautarum præstare debet, sed et vectorum, sicut et caupo viatorum*; L. 2, § fin.; L. 3, ff. *Nautæ, caup.*

Il en est de même du cas auquel les choses données en dépôt à l'aubergiste se trouvent endommagées. Il en est responsable, par quelque personne que ce soit qu'elles l'aient été ; car on présume que c'est par le défaut de soin de l'aubergiste à les bien garder, que le dommage est arrivé ; à moins qu'il ne justifie d'un cas de force majeure qui aurait causé le dommage, et qu'il n'aurait pu empêcher. C'est pourquoi Gaius dit : *Quæcumque de furto diximus, eadem et de damno debent intelligi; non enim dubitari oportet quin is qui salvum fore recepit, non solum à furto, sed etiam à damno recipere videatur*; L. 5, § 1, ff. *cod. tit.*

89. Observéz que ce dépôt n'est pas censé intervenu par cela seul que le voyageur a apporté ses effets dans l'auberge au vu et su de l'aubergiste, s'il ne les lui a pas expressément donnés en garde. C'est pourquoi si les effets de ce voyageur sont volés ou endommagés dans l'auberge par des allants et venants, ou même par d'autres voyageurs qui logent comme lui dans l'auberge, l'aubergiste n'en est pas responsable : mais si le vol avait été fait, ou le dommage causé par les serviteurs de l'aubergiste, ou par ses pensionnaires, il en serait responsable, quand même les choses ne lui auraient pas été données en dépôt ; car il ne doit se servir pour domestiques, ni avoir pour pensionnaires, que des personnes dont il connaît la fidélité ; au lieu qu'il n'est pas obligé de connaître les voyageurs, qui ne logent qu'en passant dans son auberge : *Caupo præstat factum eorum qui in eâ cauponâ ejus cauponæ exercendæ causâ ibi sunt, item eorum qui habitandi causâ ibi sunt, viatorum autem factum non præstat; namque viatorem sibi eligere caupo non videtur, nec repellere potest iter agentes, inhabitatores verò perpetuos ipse quodam modo elegit qui non rejectit, quorum factum oportet eum præstare* (¹); L. 1, § fin., ff. *Furt. adv. naut.*

Lorsqu'on ignore par qui le vol a été fait, ou le dommage causé, l'aubergiste à qui les choses n'ont pas été données en garde, n'en est pas responsable ; il faut, pour le rendre responsable, que le voyageur prouve que c'est par des gens de la maison que le vol a été fait, ou le dommage causé (²).

Danti, sur le troisième chapitre de Boiccau (*De la Preuve par témoins*), est d'avis contraire. Il soutient, sur le fondement de quelques arrêts, qu'il suffit que les effets d'un voyageur soient entrés dans l'auberge, quoiqu'à l'insu de l'aubergiste, pour qu'il soit responsable du vol qui en a été fait, quoiqu'il n'y ait pas de preuve qu'il ait été fait par ses domestiques. Mais ces arrêts, qui ont pu être rendus sur des circonstances particulières, et sur de fortes présomptions de fraude, ne sont pas décisifs, et ne peuvent détruire les principes de droit que nous avons tirés des lois romaines.

90. Un aubergiste n'est pas, à la vérité, responsable des effets que les voyageurs ne lui ont pas donnés en garde ; mais les voyageurs sont censés les lui avoir donnés en garde, non-seulement lorsqu'ils les lui ont donnés à lui-même, mais lorsqu'ils les ont donnés à une personne préposée par l'aubergiste pour recevoir les dépôts des effets des voyageurs. A l'égard des dépôts qui auraient été faits à un domestique de l'auberge, qui n'a point été préposé

(¹) Cette doctrine est évidemment changée par le Code : il suffit que *les effets aient été apportés par le voyageur qui loge chez eux* pour que les aubergistes ou hôteliers soient responsables, et le Code n'exige pas que le voyageur ait expressément donné en garde ces effets : et la responsabilité

est la même à l'égard du vol commis soit par les domestiques ou préposés, soit par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie. V. art. 1952 et 1953, C. civ., ci-dessus, p. 152, note 2.

(²) D'après le Code, il nous paraît qu'il suffit qu'il soit prouvé que les objets ont été apportés dans l'auberge.

pour cela, ces dépôts n'obligent pas l'aubergiste : *Si qui operā mediastini fungitur, non continetur, ut putā atrarii et focarii*; L. 1, § 5, ff. *Nautæ, caup.*

Les valets d'écurie doivent être censés préposés par les aubergistes pour recevoir en leur garde les chevaux et équipages des voyageurs.

§ 1. Une autre chose en quoi les dépôts d'hôtellerie diffèrent des dépôts ordinaires, est que la preuve par témoins peut en être reçue, quoique l'objet excède la somme de cent livres.

C'est ce qui est décidé par l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 4, où il est dit : « N'entendons exclure la preuve par témoins pour dépôts faits en logeant « dans une hôtellerie, entre les mains de l'hôte ou l'hôtesse, qui pourra être « ordonnée par le juge, suivant la qualité des personnes, et les circonstances « du fait ».

Ces derniers termes ont été ajoutés pour avertir les juges de n'admettre à cette preuve qu'avec beaucoup de circonspection, et d'avoir égard à la bonne ou mauvaise réputation, tant du voyageur que de l'aubergiste. Autrement, comme l'observa M. le premier président lors du procès-verbal, si cette preuve était indistinctement accordée à toutes sortes de personnes, les aubergistes seraient à la discrétion des filous : un filou viendrait loger dans une auberge, demanderait à faire la preuve d'un préteud dépôt qu'il dirait avoir fait à l'aubergiste ; et pour faire cette preuve, il ferait entendre, comme témoins, deux filous de ses camarades⁽¹⁾.

§ III. Du dépôt irrégulier.

§ 2. Le dépôt irrégulier est un contrat par lequel une personne qui a une somme d'argent, qu'il croit n'être pas en sûreté chez lui, la confie à un de ses amis, à la charge de la lui rendre lorsqu'il redemandera le dépôt, non les mêmes espèces, mais une pareille somme.

Ce dépôt diffère du véritable dépôt. Dans le véritable dépôt, celui qui a donné en dépôt à quelqu'un des espèces d'or ou d'argent, demeure le propriétaire des espèces, et même il continue d'en être le possesseur, le dépositaire ne les détenant qu'au nom de celui qui les lui a données en dépôt : ce dépositaire en conséquence n'a pas le droit d'y toucher, et il est obligé de rendre les mêmes espèces *in individuo* qu'il a reçues. Au contraire, dans le dépôt irrégulier, celui qui donne la somme d'argent en dépôt, en convenant que le dépositaire lui rendra, non précisément les mêmes espèces, mais une pareille somme, est censé tacitement convenir de transférer au dépositaire la propriété des espèces dans lesquelles il lui a compté la somme, pour que le dépositaire s'en serve comme bon lui semblera, et qu'il soit seulement créancier de pareille somme. Le dépositaire, de son côté, prend les espèces à ses risques, et se rend débiteur, non de la restitution des espèces, mais d'une somme pareille à celle qui lui a été confiée.

(1) V. art. 1348, § 2, C. civ., même décision.

Art. 1348 : « Elles (les règles relatives à la défense d'admettre à la preuve testimoniale) reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. — Cette seconde exception s'applique : — 1^o Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits ; — 2^o Aux dépôts néces-

« saires faits en cas d'incendie, ruine, « tumulte ou naufrage, et à ceux faits « par les voyageurs en logeant dans « une hôtellerie, le tout suivant la qua- « lité des personnes et les circonstan- « ces du fait ; — 3^o Aux obligations con- « tractées en cas d'accidents imprévus, « où l'on ne pourrait pas avoir fait des « actes par écrit ; — 4^o Au cas où le « créancier a perdu le titre qui lui ser- « vait de preuve littérale, par suite « d'un eas fortuit, imprévu et résultant « d'une force majeure. »

On distingue pareillement dans le louage deux espèces de louage : le louage régulier, et le louage irrégulier : on y observe les différences que nous venons de rapporter, et qui s'appliquent pareillement au dépôt.

C'est ce que nous apprend Alfenus dans la fameuse loi : *In navem Sauseii*, 31, ff. *Locat.*, où il est dit : *Rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut ejusdem generis redderetur, veluti quum argentum fabro daretur ut vasa fierent... ex superiori causa rem domini manere, ex posteriore in creditumiri* (Id est corpora alienari et locatorem fieri dunfaxat similis quantitatis creditorem) : *Idem juris esse in deposito.*

83. Le dépôt irrégulier ressemble beaucoup au contrat de prêt *mutuum*.

Le *dominium* des espèces est transféré dans ce contrat au dépositaire, de même qu'il est transféré à l'emprunteur dans le contrat de prêt : le dépositaire contracte par ce contrat, de même que l'emprunteur, l'obligation de rendre, non les mêmes espèces *in individuo*, mais une somme pareille à celle qu'il a reçue ; en conséquence les espèces, *ipsa nummorum corpora*, sont à ses risques, de même que dans le contrat *mutuum* elles sont aux risques de l'emprunteur ; et si le dépositaire vient, par quelque accident de force majeure, à perdre les espèces, il n'en demeure pas moins obligé, de même qu'un emprunteur, à la restitution d'une somme pareille à celle qu'il a reçue.

La différence entre les deux contrats, procède uniquement de la différence de la fin que se sont proposée les parties contractantes : le prêt *mutuum* se fait uniquement en faveur de l'emprunteur, qui a besoin de la somme qui lui est prêtée par ce contrat ; c'est uniquement pour lui faire plaisir que le prêteur la lui prête.

Au contraire, le dépôt irrégulier se fait principalement en faveur de celui qui donne son argent à garder, dans la crainte qu'il ne soit pas en sûreté chez lui.

Ce contrat n'intervient pas en faveur du dépositaire, qui ne demande pas cet argent, et qui pourrait s'en passer ; ce n'est qu'*ex accidenti* qu'on permet au dépositaire de se servir de l'argent qui lui est confié, jusqu'à ce qu'on le lui redemande, parce que, pourvu que celui qui a confié l'argent, soit assuré que la somme lui sera rendue lorsqu'il la redemandera, il lui est indifférent que jusqu'à ce temps le dépositaire se serve de l'argent, ou que cet argent demeure oisif.

De la différence de ces contrats naissaient par le droit romain différents effets. L'emprunteur ne devait pas des intérêts de la somme qui lui avait été prêtée, ni *ex morā*, ni *ex nudo pacto* ; il fallait qu'il intervint une stipulation : au contraire, dans le dépôt irrégulier, le dépositaire devait les intérêts *ex nudo pacto* et *ex morā* ; L. 24, ff. *Depos.*

Ces différences n'ont pas lieu dans notre droit. On ne peut stipuler des intérêts dans l'un ni dans l'autre contrat (¹), et ils sont dus dans l'un et dans l'autre contrat *ex morā*, c'est-à-dire, du jour de la demande judiciaire ; ou lorsque le titre est exécutoire, du jour du commandement.

C'est pourquoi, dans notre droit, la différence entre le prêt *mutuum* et le dépôt irrégulier, ne se trouve guère que dans la théorie : *in praxi* ces contrats ont les mêmes effets. On pourrait néanmoins assigner une différence, qui est que, dans le prêt *mutuum*, un prêteur ne serait pas recevable à demander le paiement de la somme prêtée, le lendemain ou peu de jours après le prêt ; cette demande précipitée serait contraire à la fin du prêt : la somme ayant été prêtée à l'emprunteur pour qu'il s'en servît à ses besoins, il faut lui en laisser le temps (²).

(¹) Une telle convention est aujourd'hui licite.

(²) V. art. 1900, C. civ., qui laisse la décision à l'arbitrage du juge.

Art. 1900 : « S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances. »

Au contraire, dans le dépôt irrégulier, celui qui a mis en dépôt la somme, peut incontinent la redemander; car il est de la nature du dépôt, qu'il soit rendu aussitôt qu'il est redemandé. Le contrat n'est fait qu'en faveur de celui qui donne son argent à garder: la fin principale du contrat n'est pas d'accorder au dépositaire la faculté de s'en servir; ce n'est qu'*ex accidenti* qu'on le lui permet, de manière néanmoins qu'il soit toujours d'ailleurs en état de rendre la somme lorsqu'on la lui redemandera.

CHAPITRE IV.

Du séquestre et des dépôts judiciaires.

§ 4. Le *séquestre* est une espèce de dépôt que deux ou plusieurs personnes qui ont contestation sur une chose, font de la chose contentieuse, à un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à celle d'entre elles à qui il sera décidé qu'elle doit être rendue.

Le terme de *séquestre* ne se prend pas seulement pour le contrat, il se prend aussi pour la personne à qui la garde de la chose contentieuse est confiée par ce contrat: *SEQUESTER dicitur apud quem plures eamdem rem de quâ controversia est deposuerunt; dictus ab eo quôd occurrenti, aut quasi sequenti cos qui contendunt committitur; L. 110, ff. de Verb. signif.*

Il y a deux espèces de séquestre, le *conventionnel* et le *judiciaire*.

Le *séquestre conventionnel* est le dépôt que les parties font de la chose contentieuse à un tiers, de leur consentement, sans qu'il ait été ordonné par le juge. C'est de cette espèce de séquestre que nous traiterons dans un premier article (¹).

Le *séquestre judiciaire*, est celui qui est ordonné par le juge, nous en traiterons au paragraphe second de l'article suivant.

ART. I^{er}. — Du séquestre conventionnel.

§ 5. Quoique le séquestre conventionnel soit une espèce de contrat de dépôt, il diffère néanmoins en plusieurs points du dépôt ordinaire.

La principale différence est que le dépôt ordinaire se contracte entre deux parties, savoir, le déposant et le dépositaire; et lorsque plusieurs personnes déposent ensemble à quelqu'un une chose qui leur est commune, elles ne sont toutes ensemble qu'une partie, et chacune d'elles ne la dépose que pour la part qu'elle y a. Au contraire, le séquestre ne peut se contracter qu'entre trois parties au moins; car, outre le dépositaire, il faut au moins deux déposants, qui ayant chacun des intérêts contraires, sont des parties différentes, et qui sont chacun déposants pour le total, d'une chose que chacun d'eux prétend lui appartenir pour le total: *Licet deponere, tam unus, quam plures possunt at tamen apud sequestrum non nisi plures deponere possunt; nam tûm id fit aliqua res inter plures in controversiam deducitur; itaque hoc casu unus quisque videtur in solidum deposuisse, quod aliter est quum rem communem plures deponunt; L. 17, ff. Depos.*

(¹) V. art. 1955 et 1956, C. civ.
 Art. 1955: « Le séquestre est ou « conventionnel ou judiciaire. »
 Art. 1956: « Le séquestre conven- « tionnel est le dépôt fait par une ou

« plusieurs personnes, d'une chose « contentieuse, entre les mains d'un « tiers qui s'oblige de la rendre après « la contestation terminée, à la per- « sonne qui sera jugée devoir l'obtenir. »

Lorsque la contestation sur la chose séquestrée est entre plus de deux personnes, il y a dans le contrat de séquestre, outre le dépositaire, autant de parties qu'il y a de contendants qui ont consenti au séquestre.

86. Une seconde différence entre le séquestre et le dépôt ordinaire, est que, dans le dépôt ordinaire, on ne confie au dépositaire que la garde de la chose qui lui est déposée ; on ne lui en transfère pas la possession, qui demeure par devers le déposant, au nom duquel le dépositaire est censé la retenir. Au contraire, dans le contrat de séquestre, la possession de la chose séquestrée est quelquefois transférée au séquestre ; ce qui arrive lorsque telle est l'intention des parties, dans le cas auquel elles sont en contestation sur la possession de la chose séquestrée.

C'est ce que nous apprenons de la même loi que nous venons de citer : *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrum deposita est; nam tunc sequester possidet, quum id agitur eâ depositione, ut neutrius possessioni in tempus procedat* (¹) ; *edd. L. 17, § 1.*

87. Une troisième différence qui suit de la précédente, est que, suivant l'opinion commune que nous avons suivie, le dépôt ordinaire ne se fait que des meubles ; au lieu qu'on peut séquestrer des héritages aussi bien que des meubles (²).

88. La quatrième différence est que, dans le dépôt ordinaire, le dépositaire doit rendre la chose à celui qui la lui a donnée en garde, aussitôt qu'il la lui redemande ; au lieu que, dans le contrat de séquestre, le séquestre ne la doit rendre qu'après que la contestation pour laquelle on a fait le séquestre, a été terminée, et à celui seulement des déposants à qui il aura été décidé qu'elle doit être rendue (²). Le séquestre ne peut pas, sans un juste sujet, se décharger plus tôt de la garde de la chose qui a été séquestrée entre ses mains : *Plerumquè non est permittendum, officium quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere, nisi justissimæ causæ interveniente*; *L. 5, § 2, ff. eod. tit.*

Lorsque le séquestre a un juste sujet de s'en décharger, tel qu'est le cas d'une infirmité habituelle qui lui serait survenue, ou d'un long voyage qu'il aurait à faire, ou quelque autre raison semblable, il peut remettre la chose à la personne dont seront convenues les parties qui la lui ont séquestrée : si elles n'en peuvent convenir, le séquestre doit les assigner pour faire nommer un nouveau séquestre à qui il remettra la chose.

89. Aux différences près que nous venons de remarquer, le contrat de séquestre, lorsqu'il est gratuit, convient avec le dépôt ordinaire ; le séquestre y contracte pour le soin qu'il doit apporter à la garde de la chose séquestrée, et pour la restitution qu'il en doit faire, les mêmes obligations qu'un dépositaire dans le dépôt ordinaire.

Pareillement, dans le contrat de *séquestre*, les parties déposantes contractent envers le séquestre les mêmes obligations que le déposant, dans le dépôt ordinaire, contracte envers le dépositaire, pour le remboursement des impenses faites pour la chose déposée. Chacune des parties déposantes étant, dans le contrat de séquestre, pour le total, déposante, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 84, c'est une conséquence qu'elles sont solidairement tenues envers

(¹) Le séquestre possède pour celui qui obtiendra gain de cause, *possidet victuero*. On ne doit pas supposer aux parties litigantes une autre intention.

(²) *Voyez* article 1959 du Code civil : « Le séquestre peut avoir pour objet, non-seulement des effets mobi-

« liers, mais même des immeubles. »

(³) *V. art. 1960, C. civ. : « Le dépositaire chargé du séquestre ne peut être déchargé avant la contestation terminée, que du consentement de toutes les parties intéressées, ou pour une cause jugée légitime. »*

le séquestré de ce remboursement, pour lequel le séquestré a aussi le droit de retenir la chose séquestrée, jusqu'à ce qu'il ait été satisfait.

90. Lorsque le contrat de séquestration n'est pas gratuit, et qu'on accorde par le contrat au séquestré une récompense pour les soins qu'il doit apporter à la chose séquestrée, le contrat de séquestration tient, en ce cas, plutôt du contrat de louage que du dépôt ; et le séquestré est, de même que dans le contrat de louage, tenu de la faute légère⁽¹⁾.

ART. II. — Des dépôts judiciaires.

Il y a plusieurs espèces de dépôts judiciaires⁽²⁾ :

1^o Le dépôt qui se fait des meubles saisis, lors d'une saisie de meubles ;

2^o Le séquestré qui est ordonné par le juge ;

3^o Le dépôt que le juge permet à un débiteur de faire de la chose qu'il doit, faute par le créancier de la recevoir ;

4^o Les dépôts qui se font aux receveurs des consignations.

Chacune des trois premières espèces occupera un paragraphe. La quatrième sera traitée dans un article à part.

§ 1^{er}. Des dépôts de meubles saisis.

91. L'établissement de gardien aux effets saisis, qui se fait par une saisie de meubles, est une espèce de dépôt judiciaire, parce qu'il est fait par le ministère d'un sergent, qui est un officier de justice ; et parce que ce gardien reçoit, comme de la main de la justice, les effets saisis qui sont confiés à sa garde, la saisie qui en a été faite ayant mis lesdits effets sous la main de la justice.

J'ai dit que l'établissement de gardien aux effets saisis, était une espèce de dépôt ; car le contrat que l'établissement de gardien aux effets saisis renferme, n'est dépôt qu'improprement, puisqu'il n'est pas gratuit, et que le gardien doit être payé de sa garde : c'est un contrat qui tient plus du louage que du dépôt⁽³⁾.

92. C'est au nom de la justice et du saisissant que le sergent établit le gardien, et qu'il lui confie la garde des effets saisis : c'est pourquoi, dans le contrat que l'établissement de gardien renferme, le saisissant est partie contractante, et il est censé contracter par le ministère de son sergent avec le gardien. C'est envers le saisissant que le gardien contracte l'obligation d'apporter à la garde des effets saisis, le soin d'un diligent père de famille, et de les représenter, soit pour être vendus, si la saisie est suivie, soit pour être, à la décharge du saisissant, rendus à la partie saisie, en cas de mainlevée de la saisie. Le saisissant, de son côté, s'oblige envers le gardien à lui payer un salaire pour chaque jour-

(1) V. art. 1957 et 1958 C. civ.

Art. 1957 : « Le séquestré peut n'être pas gratuit. »

Art. 1958 : « Lorsqu'il est gratuit, il est soumis aux règles du dépôt proprement dit, sauf les différences ci-après énoncées. » V. les notes précéd.

(2) V. art. 1961, C. civ.

Art. 1961 : « La justice peut ordonner le séquestré : — 1^o Des meubles saisis sur un débiteur ; — 2^o D'un immeuble ou d'une chose mobilière, dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ; — 3^o Des choses qu'un

débiteur offre pour sa libération. »

(3) V. art. 1962, C. civ.

Art. 1962 : « L'établissement d'un gardien judiciaire produit, entre le saisissant et le gardien, des obligations réciproques. Le gardien doit apporter pour la conservation des effets saisis les soins d'un bon père de famille ; — Il doit les représenter, soit à la décharge du saisissant pour la vente, soit à la partie contre laquelle les exécutions ont été faites en cas de mainlevée de la saisie ; — L'obligation du saisissant consiste à payer au gardien le salaire fixé par la loi. »

née qu'il aura vaqué à la garde, tel qu'il sera taxé par le juge, et à le rembourser de ses impenses, s'il en a fait.

Ce n'est qu'envers le saisissant que le gardien contracte ces obligations. S'il peut être poursuivi par la partie saisie, en cas de mainlevée, pour la représentation des effets saisis, et pour les dommages et intérêts résultant des détériorations causées par sa faute aux effets saisis, ce n'est qu'indirectement et *celeritate conjungendarum actionum*, parce qu'il est obligé envers le saisissant, d'acquitter ce saisissant de l'obligation qu'il a contractée à cet égard par la saisie envers la partie saisie.

93. Le gardien n'a que la garde des effets saisis, *nudam custodiam*. La saisie ne prive la partie saisie que de la garde et de la nue détention des effets saisis ; la possession en demeure à la partie saisie, suivant cette maxime : *Main de justice ne dessaisit personne* ; et jusqu'à ce qu'ils soient vendus, le saisi les possède par le saisissant et par son gardien, qui ne les détiennent que comme effets appartenant à un tel et sur lui saisis, et par conséquent les détiennent en son nom.

94. Il reste à observer que l'ordonnance de 1667, tit. 19, art. 13, défend aux huissiers et sergents d'établir pour gardiens aux saisies qu'ils font, aucun de leurs parents et alliés ; ce qui doit s'entendre jusqu'au degré de cousins germains inclusivement, par argument de l'art. 5 du même titre.

La raison de cette défense est la crainte que, dans la vue de favoriser leurs parents, auxquels ils voudraient procurer quelque petit profit, ils n'établissent pour gardien quelqu'un de leurs parents qui ne serait pas suffisamment solvable, et en état de répondre des effets saisis.

Il est pareillement défendu aux sergents et huissiers d'établir pour gardiens la femme ou les enfants du saisi. La raison est de peur que l'empire que le débiteur a sur ces personnes, ne les empêche de s'opposer au divertissement qu'il voudrait faire des effets saisis.

Ces défenses n'étant faites qu'en faveur du saisissant, il s'ensuit que l'établissement de quelqu'une de ces personnes pour gardien est valable, lorsque le saisissant y a expressément consenti.

Lorsque le sergent a contrevenu à l'ordonnance, en établissant, sans le consentement du saisissant, à la garde des effets saisis, quelqu'une des personnes prohibées, il est responsable des effets saisis. C'est en cela que consiste la peine des dommages et intérêts que l'ordonnance prononce (¹).

95. Lorsque la partie saisie, pour éviter les frais de garde, présente un dépositaire, c'est à-dire, une personne qui veut bien se charger de la garde des effets, et que le saisissant, ou son sergent pour lui, accepte ce dépositaire, il se forme entre la partie saisie, le saisissant et le dépositaire, un contrat de la classe des dépôts séquestres, par lequel le saisissant et le saisi chargent chacun le dépositaire de la garde des effets saisis ; lequel dépositaire s'oblige, savoir, envers le saisissant, à la représentation des effets saisis, dans le cas auquel la saisie serait suivie, et qu'il faudrait les vendre ; et envers la partie saisie, à les lui rendre, dans le cas auquel elle aurait mainlevée de la saisie (²).

(¹) V. art. 596, 597 et 598, C. pr. civ.
Art. 596 : « Si la partie saisie offre un gardien solvable, et qui se charge volontairement et sur-le-champ, il sera établi par l'huissier. »

Art. 597 : « Si le saisi ne présente gardien solvable et de la qualité requise, il en sera établi un par l'huissier. »

Art. 598 : « Ne pourront être éta-

blis gardiens, le saisissant, son conjoint, ses parents et alliés jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, et ses domestiques ; mais le saisi, son conjoint, ses parents, alliés et domestiques, pourront être établis gardiens, de leur consentement et de celui du saisissant. »

(²) V. art. 1962, C. civ., ci-dessus, p. 158, note 3.

Ce contrat diffère du précédent, 1^o en ce que le contrat précédent n'intervient qu'entre le saisissant et le gardien ; c'est le saisissant seul qui charge le gardien, établi par son huissier, de la garde des effets saisis : le saisi n'est pas partie dans ce contrat.

C'est pourquoi le saisi, pour le compte qui lui est dû des effets saisis, et pour la restitution qui lui en doit être faite, lorsqu'il a la mainlevée de la saisie, a pour seul débiteur direct le saisissant, lequel a contracté par la saisie cette obligation envers lui ; car la saisie est un quasi-contrat qui forme entre le saisissant et le saisi, des obligations respectives, semblables à celles qui naissent du contrat de gage.

Il ne peut avoir pour débiteur direct le gardien établi à la saisie, avec qui il n'a pas contracté. Ce n'est qu'indirectement et *celeritate conjungendarum actionum* qu'il peut attaquer le gardien, parce que ce gardien étant obligé envers le saisissant à rendre compte de la saisie, et à représenter les effets saisis, il doit acquitter le saisissant, de l'obligation que celui-ci a contractée à cet égard envers le saisi.

Au contraire, dans le contrat qui se fait entre le saisi, le saisissant et le dépositaire, le dépositaire est chargé des effets saisis, par le saisi et le saisissant, chacun *in solidum* ; le dépositaire s'oblige envers le saisi, aussi bien qu'envers le saisissant, c'est pourquoi lorsque le saisi a obtenu mainlevée de la saisie, c'est son dépositaire qui est son débiteur direct pour le compte qui doit lui être rendu de la saisie, et pour la représentation des effets saisis. Le saisi ne peut former pour cela demande contre le saisissant : ayant choisi lui-même son dépositaire pour lui donner la garde de ses effets saisis, il n'en peut rendre le saisissant responsable.

96. 2^o Ce contrat-ci diffère du précédent, en ce que le précédent n'est pas un vrai contrat de dépôt, n'étant pas gratuit, puisque le gardien est payé de sa garde. Au contraire, dans ce contrat-ci, le dépositaire se chargeant gratuitement de la garde des effets saisis, ce contrat est un vrai contrat de dépôt. Ce n'est pas, à la vérité, un dépôt simple ; c'est une espèce de dépôt-séquestre.

Il ne faut pas en conclure que le dépositaire des effets saisis ne soit tenu envers le saisissant que d'apporter de la bonne foi à la garde des effets saisis, et qu'il ne soit tenu envers lui que *de dolo et latâ culpâ*, comme un dépositaire ordinaire : il faut penser au contraire que le dépositaire des effets saisis, est tenu envers le saisissant d'apporter à la garde des effets saisis tout le soin dont est capable un diligent père de famille ; et qu'en conséquence il est tenu envers le saisissant, non-seulement *de dolo et latâ culpâ*, mais encore *de levi culpâ*. La raison est que, le saisissant étant en droit d'établir un ou plusieurs gardiens aux effets saisis, lesquels étant payés de leur garde, auraient été obligés d'y apporter tout le soin dont un diligent père de famille est capable, et auraient été tenus en conséquence de la faute légère envers le saisissant ; si le saisissant, pour éviter les frais de garde au saisi, qui les doit supporter, lorsque la saisie est valable, a, au lieu de gardien, accepté le dépositaire qui lui a été offert, cela ne doit pas lui préjudicier ; et ce dépositaire doit en conséquence être tenu envers le saisissant au même soin auquel aurait été tenu le gardien que le saisissant aurait établi.

On peut tirer, pour cette décision, argument de ce qui a été décidé *suprà*, n° 30, « qu'un dépositaire qui s'est offert au dépôt, est tenu de la faute légère, » parce qu'il peut, en s'offrant, avoir empêché que la chose ne fût confiée à la garde d'une autre personne qui eût été plus soigneuse que lui.

A l'égard du saisi, lorsqu'ayant eu mainlevée de la saisie, c'est à lui que le dépositaire doit rendre compte de la saisie ; je ne pense pas qu'il puisse exiger rien de plus que la bonne foi de ce dépositaire : ne s'étant rendu dépositaire

qu'à sa prière, il ne doit être tenu envers lui que *de dolo et latâ culpâ* (1).

97. Il nous reste à observer que le dépositaire est, aussi bien que la garde établi à la garde des effets saisis, contraignable par corps à la représentation des effets saisis. Tous les dépositaires judiciaires y sont sujets (2).

§ II. *Du séquestre judiciaire.*

98. Le séquestre judiciaire est celui qui est ordonné par le juge.

Le juge ordonne ce séquestre en plusieurs cas. Par exemple, lorsque des parties se disputent, non-seulement la propriété, mais la possession d'une chose, et que ni l'une ni l'autre des parties n'a pu justifier en avoir la possession, le juge en ordonne le séquestre jusqu'à la décision du procès sur la propriété (3).

Le juge ordonne aussi quelquefois le séquestre des effets d'une succession, lorsque les contestations qui sont entre les héritiers paraissent de nature à en devoir retarder longtemps la liquidation.

Dans ces cas et autres, lorsque le juge a ordonné que les choses seraient séquestrées entre les mains d'un séquestre, qui serait convenu entre les parties, sinon nommé d'office ; si, en exécution de ce jugement, les parties sont convenues entre elles d'une personne pour séquestre, que le juge en conséquence a nommée ; en ce cas, ce séquestre judiciaire est un contrat qui ne diffère en rien du séquestre conventionnel extra-judiciaire ; sauf que l'autorité de la justice qui accède à ce contrat, rend plus étroites les obligations de celui qui est nommé à ce séquestre, et le rend sujet à la contrainte par corps.

Au surplus, tout ce que nous avons dit *suprà* du séquestre conventionnel extrajudiciaire, peut ici recevoir application.

Lorsque les parties n'ayant pu convenir, le séquestre a été nommé d'office par le juge, cet établissement de séquestre n'est pas un contrat de séquestre ; car un contrat ne peut être formé que par le consentement des parties ; mais c'est un quasi-contrat qui produit entre ce séquestre et les parties litigantes, les mêmes obligations respectives que produit le séquestre conventionnel (4).

(1) *V. art. 1963, C. civ.*

Art. 1963 : « Le séquestre judiciaire est donné, soit à une personne dont les parties intéressées sont convenues entre elles, soit à une personne nommée d'office par le juge ; — Dans l'un et l'autre cas, celui auquel la chose a été confiée, est soumis à toutes les obligations qu'emporte le séquestre conventionnel. »

(2) *V. art. 2060 § 4^o, C. civ.*

Art. 2060 : « La contrainte par corps a lieu — 1^o Pour dépôt nécessaire ; 2^o En cas de réintégrande, pour le délaissement, ordonné par justice, d'un fonds dont le propriétaire a été dépoillé par voies de fait ; pour la restitution des fruits qui en ont été perçus pendant l'indue possession, et pour le paiement des dommages et intérêts adjudgés au propriétaire ;

— 3^o Pour répétition de deniers consignés entre les mains de personnes publiques établies à cet effet ; — 4^o Pour la représentation des choses déposées aux séquestres, commissaires, et autres gardiens ; — 5^o Contre les cautions judiciaires et contre les cautions des contraignables par corps, lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte ; — 6^o Contre tous officiers publics, pour la représentation de leurs minutes, quand elle est ordonnée ; — 7^o Contre les notaires, les avoués et les huissiers, pour la restitution des titres à eux confisés, et des deniers par eux reçus pour leurs clients, par suite de leurs fonctions. »

(3) *V. art 1961 § 2^o, C. civ., ci-dessus, p. 158, note 2.*

(4) *V. art. 1963, C. civ., note 1.*

§ III. *Du dépôt des choses dues, qui est ordonné ou confirmé par le juge.*

99. Le dépôt qu'un débiteur fait par autorité de justice, de la somme ou de la chose par lui due, à défaut par le créancier de la recevoir, est aussi une espèce de dépôt judiciaire ⁽¹⁾.

C'est un dépôt judiciaire, soit qu'il ait été précédé d'une ordonnance du juge, qui ait permis au débiteur de faire le dépôt, soit que le débiteur, après une sommation faite par un sergent au créancier, ait fait ce dépôt à la personne, au jour et au lieu porté par la sommation, où le créancier a été sommé de se trouver, et qu'ensuite il l'a fait déclarer bon et valable par une sentence contradictoire avec le créancier, ou rendue par défaut contre lui.

Un débiteur peut déposer, par autorité de justice, la somme qu'il doit, non seulement en cas de refus du créancier de recevoir, mais en général toutes les fois que le débiteur qui veut se libérer, et qui en a le droit, est empêché de payer à son créancier; *puta*, lorsqu'il y a des arrêts faits entre ses mains; en ce cas, le débiteur qui veut se libérer, peut faire le dépôt de ce qu'il doit, en vertu d'une sentence qui le lui permettra, et qui sera rendue avec le créancier et les arrêtants, ou par défaut contre eux.

Le débiteur n'est libéré par ce dépôt qu'envers les parties avec lesquelles il a fait rendre la sentence.

Ce dépôt qu'un débiteur fait par autorité de justice, de ce qu'il doit, s'appelle *consignation* ⁽²⁾; nous en avons parlé en notre *Traité des Obligations*, part. 3, chap. 1, art. 8, où nous renvoyons.

ART. III. — Des dépôts de deniers qui se font chez le receveur des consignations.

100. Il y a dans la plupart des cours et des juridictions du royaume un receveur des consignations, qui est un officier public établi pour recevoir la consignation du prix des biens qui sont vendus en justice.

Ces offices ont été créés par un édit de Henri III, du mois de juin 1578.

On a depuis créé plusieurs autres offices pour les consignations, qui ont été ensuite réunis aux offices de receveurs des consignations, et on leur a attribué, pour les finances qu'on leur a fait payer dans les besoins de l'Etat, de très gros droits sur le prix des biens vendus en justice.

Nous ne nous arrêterons pas à traiter de ces droits; nous renvoyons aux édits, déclarations du roi et règlements, dont on trouve un recueil à la fin du *Traité de la Vente des immeubles par décret*, de M. d'Héricourt, pour savoir quels sont les différents droits dus au receveur des consignations, quelles sont les différentes ventes judiciaires dont le prix doit être porté au bureau du receveur des consignations, quelles sont celles dont le prix est sujet aux différents droits de consignation, quoi qu'il ne doive pas être consigné.

Nous nous bornerons à traiter sommairement de la nature de cette consignation, des effets qu'elle produit, et des obligations du receveur des consignations.

§ 1^{er}. *De la nature de cette consignation.*

101. La consignation que les adjudicataires des biens vendus en justice font du prix de leur adjudication entre les mains du receveur des consignations, est une espèce de dépôt judiciaire ⁽³⁾.

(1) *V. art. 1961, § 3^o, C. civ., ci-dessus, p. 158, note 2.*

(2) *V. C. civ. de 1257 à 1264 et C. de procédure de 812 à 818.*

(3) *V. C. proc., art. 657.*

Art. 657 : « Faute par le saisi et les créanciers de s'accorder (dans les détails) l'officier qui aura fait la vente,

C'est une espèce de dépôt; car, de même que dans le dépôt ordinaire, le dépositaire se charge de la garde des deniers, ou des autres choses qui lui sont confiées, et qu'il s'oblige de les rendre au déposant, ou à ceux à qui le déposant lui a donné ordre de les rendre, pareillement par la consignation qui est faite du prix des biens vendus en justice, au receveur des consignations, ce receveur se charge de la garde des deniers consignés, et s'oblige de les rendre, après que l'ordre du prix consigné aura été arrêté, à ceux des créanciers qui, par cet ordre, auront été utilement colloqués pour les recevoir.

102. Ce dépôt est néanmoins très différent des dépôts ordinaires.

Le dépôt ordinaire renferme un office d'ami que le dépositaire rend au déposant, en se chargeant gratuitement, et pour lui faire plaisir, de la garde des choses qu'il lui confie.

Au contraire, le dépôt que l'adjudicataire fait du prix de son adjudication entre les mains du receveur des consignations, ne contient rien moins qu'un office d'ami. Ce n'est point dans la vue de faire plaisir à l'adjudicataire, ni aux créanciers à qui le prix de l'adjudication est dû, qu'il se charge de le garder; il se fait payer très chèrement de cette garde par les gros droits qu'il retient sur ce prix.

103. Le dépôt ordinaire se forme par un contrat entre le déposant et le dépositaire, qui est le contrat de dépôt. Au contraire, la consignation du prix des biens vendus en justice, qui se fait entre les mains du receveur des consignations, ne renferme proprement aucun contrat.

Il n'en intervient aucun entre ce receveur et l'adjudicataire, qui consigne entre ses mains le prix de son adjudication. Cette consignation n'est, vis-à-vis de cet adjudicataire, rien autre chose qu'un paiement qu'il fait du prix de son adjudication à cet officier, qui par son office a pouvoir et qualité de recevoir ce prix pour ceux à qui il est dû, et d'en donner une valable décharge à l'adjudicataire.

Il n'intervient non plus proprement aucun contrat entre ce receveur et les créanciers, à qui le prix est dû, et pour lesquels il le reçoit. Il est vrai qu'il reçoit pour eux le prix de l'adjudication, et qu'il contracte envers eux l'obligation de garder les deniers qui lui ont été consignés, et de les rendre sous la déduction de ses droits, après que l'ordre aura été arrêté, à ceux des créanciers qui se trouveront avoir été utilement colloqués à l'ordre pour les recevoir. Mais cette obligation que le receveur contracte envers ces créanciers naît plutôt d'un quasi-contrat que la loi forme, que d'un contrat : car, si ce receveur reçoit pour les créanciers le prix de l'adjudication, c'est sans qu'il soit intervenu pour cela aucune convention entre lui et les créanciers. Ce ne sont pas les créanciers qui l'ont préposé, c'est le titre de son office qui le commet pour recevoir pour eux, quand même ils ne voudraient pas que ce fût lui qui reçût.

§ II. Des effets de cette consignation.

Le premier effet de cette consignation est de procurer à l'adjudicataire qui l'a faite, la libération du prix de son adjudication, prix dont l'adjudication l'avait rendu débiteur envers les créanciers saisissants et opposants qui doivent le toucher à l'ordre. Le receveur des consignations ayant, par la loi et par le titre de son office, pouvoir et qualité de recevoir pour les créanciers le prix de l'adjudication, le paiement que l'adjudicataire lui en fait par con-

« sera tenu de consigner, dans la hui-
« taine suivante, et à la charge de
« toutes les oppositions, le montant
« de la vente, déduction faite de ses

« frais d'après la taxe qui aura été faite
« par le juge sur la minute du procès-
« verbal : il sera fait mention de cette
« taxe dans les expéditions. »

signation, est aussi valable, et libère aussi parfaitement l'adjudicataire envers les créanciers, que s'il payait à eux-mêmes. Cela est conforme aux principes que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, part. 3, chap. 1, art. 1, § 3.

104. Un second effet de cette consignation est, que la propriété des deniers consignés est transférée aux créanciers saisissants et opposants, pour la part que chacun d'eux se trouvera, par l'ordre, avoir droit de toucher.

La preuve de cette proposition est facile. Le receveur des consignations a, par le titre de son office, pouvoir et qualité de recevoir le prix des biens vendus en justice, pour et au nom de ceux à qui ce prix est dû.

Les créanciers saisissants, et les opposants, qui par leur opposition sont comme des cosaissants, étant les vendeurs de l'héritage, c'est à eux que le prix est dû : c'est donc pour eux et en leur nom que le receveur des consignations reçoit le prix.

Or, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, le paiement fait à une personne qui a pouvoir et qualité de recevoir pour le créancier, est aussi valable que s'il était fait au créancier; et la propriété de la chose payée est transférée au créancier par le ministère de cette personne qui la reçoit au nom dudit créancier, comme si le créancier la recevait par ses propres mains. Car nous pouvons acquérir la propriété des choses, non seulement par nous-mêmes, mais par le ministère des personnes qui les reçoivent en notre nom. *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita eo nomine, dominium mihi acquiritur etiam ignorantis*; L. 13, ff. de *Acq. rer. dom.*

En cela cette consignation est différente de celle qu'un débiteur fait de la somme qu'il doit, sur le refus que son créancier fait de la recevoir. Une telle consignation ne peut pas transférer au créancier la propriété des deniers, qui ne sont consignés que parce qu'il refuse de les recevoir : car on ne peut acquérir la possession d'une chose, ni par conséquent la propriété qui s'acquiert par la possession, si on ne veut l'acquérir : (*Adipiscuntur possessionem corpore et animo*; L. 3, § 1, ff. de *Acq. possess.*), et le créancier ne peut pas paraître vouloir acquérir ce qu'il refuse de recevoir.

Au contraire, lorsqu'un adjudicataire des biens vendus en justice, consigne le prix de son adjudication entre les mains du receveur des consignations, les créanciers auxquels il est dû, ne sont pas refusants ; ils sont au contraire très consentants d'acquérir la propriété des deniers consignés, par le ministère du receveur qui les reçoit pour eux et en leur nom.

105. La propriété des deniers consignés étant acquise par la consignation aux créanciers saisissants et opposants, qui doivent les toucher, pour la part qu'il paraîtra par l'ordre que chacun d'eux en doit toucher, il s'ensuit que le débiteur saisi est par la consignation, et dès l'instant de la consignation, libéré d'autant envers eux : car c'est un principe, « que lorsqu'un créancier vend la chose qui lui est hypothéquée, le débiteur est libéré jusqu'à concurrence du prix que le créancier a reçu. »

Il n'est pas nécessaire, pour que le débiteur soit libéré, d'attendre que l'ordre soit fait ; car les créanciers sont censés avoir reçu par la consignation, et dès l'instant de la consignation, chacun la part qui leur revient dans la somme consignée : ce n'est pas le jugement d'ordre qui la leur donne, il ne fait que déclarer quelle est cette part.

C'est conformément à ces principes, qu'il a été jugé par deux arrêts rapportés par Louet sur la lettre C, chap. 50, l'un du 13 décembre 1594, l'autre du 20 juillet 1598, que la perte des deniers consignés, survenue par quelque accident de force majeure avant que l'ordre eût été fait, devait tomber sur

les créanciers, puisqu'ils en étaient devenus les propriétaires par la consignation⁽¹⁾.

Si la consignation ne faisait pas acquérir aux créanciers la propriété des deniers consignés, dès l'instant qu'elle est faite : si les créanciers, jusqu'au jugement d'ordre, ne tenaient ces deniers qu'en arrêt entre les mains du receveur des consignations, comme ils tenaient l'héritage saisi avant qu'il fût adjudgé, la perte des deniers consignés, survenue avant le jugement d'ordre, ne devrait pas tomber sur les créanciers, de même que la perte de l'héritage saisi qui viendrait à périr pendant le cours de la saisie réelle avant l'adjudication, ne tomberait pas sur eux.

Les créanciers ne peuvent supporter la perte des deniers consignés survenue avant le jugement d'ordre, que comme propriétaires de ces deniers, ou comme étant en demeure de les recevoir.

On ne peut pas dire qu'ils soient en demeure ; car la nécessité qu'il y a de faire un ordre avant qu'ils puissent les toucher, vient plutôt du fait du débiteur saisi, que du leur ; et c'est en conséquence de cela, qu'on fait porter au débiteur saisi les frais de l'ordre.

Il ne reste donc plus de raison pour faire tomber la perte des deniers consignés sur les créanciers, que celle qu'ils en sont les propriétaires. Les arrêts, en jugeant que cette perte devait tomber sur eux, ont donc supposé et jugé qu'ils étaient devenus propriétaires de ces deniers dès l'instant de la consignation.

106. Nous apprenons du même auteur, lettre C, ch. 51, qu'il s'était aussi présenté au Palais une question qui ne fut pas jugée ; c'était de savoir si la perte des deniers consignés survenue avant que l'ordre eût été fait, devait être supportée indistinctement par tous les créanciers saisissants et opposants, au sou la livre de leurs créances ; ou si elle ne devait être supportée que par ceux qui devaient venir en ordre pour la toucher ?

On doit, suivant les principes que nous avons établis, décider qu'elle ne doit être supportée que par ceux-ci, pour la part que chacun d'eux aurait dû toucher dans cette somme : car le receveur des consignations n'a reçu la somme consignée que pour ceux qui avaient le droit de la toucher, et non pour ceux qui n'y avaient aucun droit.

Il n'en a acquis la propriété qu'à ceux qui avaient droit de la toucher, pour la part que chacun d'eux avait droit de toucher. Ce n'est donc que sur eux que la perte des deniers consignés doit tomber, puisque ce sont eux qui en sont les propriétaires. On ne peut pas dire qu'avant le jugement d'ordre, les créanciers n'ont pas plus de droit les uns que les autres à la somme consignée : car ce n'est pas l'ordre qui donne à chaque créancier la part qu'il doit avoir dans la somme consignée ; ce sont ses priviléges et ses hypothèques qui la lui donnent. Cette part lui appartient avant que l'ordre ait été réglé ; l'ordre ne fait que la déclarer.

107. Contre les principes que nous venons d'établir, on oppose que, dans tous les jugements d'ordre, on adjuge aux créanciers qui se trouvent en ordre pour toucher les deniers consignés, les intérêts de leurs créances, jusqu'au

(1) L'article 2186 du Code civil déclare le tiers détenteur libéré de tout privilége et hypothèque, en payant le prix aux créanciers qui sont en ordre de recevoir, ou en le *consignant*. V. l'art. *in fine*.

Art. 2186 : « A défaut, par les créanciers, d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes

prescrits, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire, lequel est, en conséquence, libéré de tout privilége et hypothèque, en payant ledit prix aux créanciers qui seront en ordre de recevoir, ou en le *consignant*. »

jour du jugement d'ordre, et non pas seulement jusqu'au jour de la consignation ; donc, dira-t-on, les créanciers ne sont pas payés dès l'instant de la consignation par les deniers consignés ; car, s'ils l'étaient, les intérêts ne courraient plus ; une créance qui est acquittée ne peut plus produire d'intérêts.

Cette objection m'avait paru si forte, qu'elle m'avait porté à décider, dans mon *Introduction au titre des Criées de la coutume d'Orléans*, que la propriété des deniers consignés n'était pas acquise, dès l'instant de la consignation, aux créanciers qui devaient les toucher ; mais depuis j'ai changé d'avis.

Les raisons que nous avons ci-dessus rapportées me paraissent établir suffisamment qu'elle leur est acquise par la consignation. Mais comme ces créanciers, quoique devenus par la consignation propriétaires des effets consignés, ne peuvent néanmoins les toucher et s'en servir pour leurs affaires qu'après l'ordre arrêté, et comme c'est par le fait du débiteur saisi, qui a donné lieu à la nécessité qu'il y a de faire un ordre, qu'ils sont empêchés de les toucher, il doit les dédommager de ce tort qu'ils souffrent par son fait, en continuant de lui payer des intérêts jusqu'au jugement d'ordre qui lève l'empêchement.

A l'égard de l'objection que des créances payées ne peuvent plus produire d'intérêts, la réponse est, que ce ne sont pas les créances qui les produisent, mais le retard que souffrent les créanciers de pouvoir toucher les espèces dans lesquelles elles ont été payées. Comme c'est par le fait du débiteur qu'ils souffrent ce retard, il doit les en dédommager par ces intérêts.

108. Enfin, l'obligation que le receveur des consignations contracte par la consignation, est un des effets de la consignation ; cette obligation doit faire la matière du paragraphe suivant.

§ III. *De l'obligation que le receveur des consignations contracte par la consignation.*

109. Le receveur des consignations contracte, par la consignation, l'obligation de garder avec fidélité et avec soin les deniers qui lui sont consignés, et de les délivrer sous la déduction de ses droits de consignation, après que l'ordre aura été arrêté, aux créanciers, tant saisissons qu'opposants, pour la part quant à laquelle chacun d'eux aura été utilement colloqué dans l'ordre.

Il contracte cette obligation envers lesdits créanciers, et même quelquefois aussi envers le saisi, dans le cas où s'étant trouvé dans les deniers consignés de quoi satisfaire tous les créanciers, tant en principaux intérêts, que frais, il en resterait encore quelque chose ; car, en ce cas, ce restant devrait être délivré au saisi.

110. La fidélité que le receveur des consignations doit apporter à la garde des sommes de deniers qui lui sont consignées, ne lui permet pas de s'en servir, autrement il se rendrait coupable de vol ; *suprà*, n° 34.

111. Il ne suffit pas au receveur des consignations d'apporter de la fidélité à la garde des deniers qui lui sont confiés ; il doit y apporter tout le soin possible ; et la faute la plus légère de sa part ou de celle de ses commis, suffit pour le rendre responsable de la perte qui en arriverait.

On peut tirer pour notre décision un argument de ce qui est décidé par la Loi 1, § 35, ff. *Depos.*, « que celui qui s'est présenté lui-même pour se charger d'un dépôt, est tenu de la faute la plus légère, parce qu'il a pu, en se présentant, empêcher qu'une autre personne plus diligente que lui ne s'en chargeât, » comme nous l'avons vu *suprà*, n° 30. On peut dire pareillement que le receveur des consignations, en se présentant de lui-même pour remplir l'office de receveur des consignations, s'est comme présenté de lui-même à la garde de tous les dépôts qui dépendent de son office, et qu'il a empêché que quelque autre personne qui aurait pu être plus soigneuse que lui, ne remplît son office, et ne fût chargée des dépôts qui en dépendent.

Ajoutez que les receveurs des consignations, se faisant payer très chèrement

de leur garde, pour les gros droits de consignation qui leur sont attribués, ils doivent apporter à cette garde un soin proportionné à l'émolument qu'ils en retirent.

112. Ce n'est qu'après le jugement d'ordre, que le receveur des consignations doit rendre la somme consignée, pour la part pour laquelle chacun d'eux a été colloqué par l'ordre.

113. Il doit la leur rendre dans les mêmes espèces qui lui ont été consignées : car c'est de la restitution de ces mêmes espèces *in individuo* qu'il est débiteur : c'est pourquoi si elle venait à se perdre sans sa faute, par quelque accident de force majeure, il serait libéré de son obligation, comme le sont tous les débiteurs de corps certains ; et la perte serait supportée par les créanciers qui auraient dû venir en ordre pour les toucher, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 104.

Par la même raison, s'il survenait, depuis la consignation, une diminution sur les espèces, cette diminution devrait tomber sur les créanciers colloqués utilement dans l'ordre ; et le receveur des consignations ne serait obligé de délivrer à chacun d'eux que le nombre d'espèces qui, au temps de la consignation, faisaient la somme pour laquelle chacun d'eux se trouve colloqué dans l'ordre ; quoique, au moyen de la diminution survenue dans les espèces, elles ne fissent plus cette somme.

Vice versa, si c'était une augmentation qui fût survenue sur les espèces depuis la consignation, lesdits créanciers en devraient profiter, et le receveur des consignations devrait délivrer à chacun d'eux le même nombre d'espèces qui, au temps de la consignation, faisaient la somme pour laquelle chacun d'eux se trouve colloqué dans l'ordre, quoique, au moyen de l'augmentation, elles fassent une somme beaucoup plus grande.

Par exemple, si j'ai été colloqué pour une somme de 2,400 livres, à laquelle monte ma créance en principal, arrérages et frais, dans l'ordre d'une somme consignée en louis d'or de 24 livres, et que, depuis la consignation, il soit survenu une augmentation sur les espèces, qui les ait fait valoir trente livres, le receveur des consignations me devra compter cent louis d'or, qui lors de la consignation faisaient précisément la somme de 2,400 livres, pour laquelle j'ai été colloqué, quoique ces cent louis d'or, au moyen de l'augmentation, soient de valeur de 3,000 livres.

114. Cette obligation que le receveur des consignations contracte « de rendre les deniers consignés à ceux auxquels il aura été jugé qu'ils appartiennent, » est imprescriptible. L'édit du mois de février de 1679, article 36, s'exprime ainsi : « Les deniers consignés pourront être perpétuellement réclamés, sans qu'en aucun cas les receveurs puissent alléguer prescription, pour quelque laps de temps que ce soit ; et à cet effet ils seront tenus de représenter en tout temps leurs registres et quittances par-devant les juges de leur exercice, quand il sera ainsi ordonné sur les conclusions de nos procureurs, ou sur celles des parties intéressées. »

La déclaration du roi du 16 juillet 1669, art. 16, porte la même chose.

La raison est que la qualité de receveur des consignations, chez qui est, ou doit se trouver la caisse des consignations, dans laquelle sont ou doivent être les deniers consignés, réclame perpétuellement contre ces receveurs pour la restitution des deniers consignés à ceux pour et au nom desquels ils les ont reçus, et envers lesquels ils s'en sont rendus dépositaires.

115. Le receveur des consignations étant un dépositaire judiciaire, il est contraignable par corps à la restitution des effets consignés.

Cette contrainte lui est personnelle ; ses héritiers qui succèdent à son obligation, n'en sont tenus que civilement.

Observez néanmoins que le roi ayant voulu que les receveurs des consignations fussent tenus de la restitution des deniers consignés, comme pour deniers

royaux, on n'accorde pas à leurs héritiers le bénéfice d'inventaire pour la dette des consignations. Arrêt du 16 juillet 1618, rapporté par Brodeau sur Louet, lettre H, art. 18.

116. Lorsque le receveur des consignations a dissipé les deniers consignés, qui ne se trouvent plus dans sa caisse, ceux à qui ils appartenaient, outre l'action personnelle qu'ils ont contre le receveur des consignations, ont un privilége, sur l'office de ce receveur, qu'ils peuvent saisir réellement et faire vendre pour être payés sur le prix de l'office.

L'office étant le gage naturel de ceux envers qui l'officier contracte des obligations pour raison des fonctions de son office, ce privilége qu'ont sur l'office de receveur des consignations, ceux à qui appartenaient les deniers consignés qu'il a dissipés, l'emporte sur toutes les hypothèques et sur tous les autres priviléges que pourraient avoir les autres créanciers de ce receveur, même sur celui qu'a le vendeur de l'office, pour le prix qui en est dû.

En cela cette consignation est différente de celles qui auraient été faites, quoique par ordonnance de justice, à un notaire ou à un greffier de la justice : il n'y a, pour raison de ces consignations, aucun privilége sur l'office du notaire ou du greffier qui les a reçues. La raison de différence est, que les obligations qu'un receveur des consignations contracte par les consignations qu'il reçoit, sont contractées pour raison de son office, ce qu'on ne peut pas dire de celles que contracte un notaire ou un greffier en recevant une consignation, cela n'étant pas une fonction dépendant absolument de son office.

Lorsque le receveur des consignations a reçu différentes consignations en différents temps, dont les deniers ont été dissipés, les créanciers de ces différentes consignations ont tous un privilége égal sur l'office, sans que les créanciers de la plus ancienne consignation puissent prétendre aucune préférence sur les créanciers des consignations qui ont été faites depuis. Cette décision est fondée sur cette règle de droit : *Privilegia astimantur non ex tempore, sed ex causâ*; L. 17, ff. de *Privil. credit.* : d'où il suit que les priviléges de ces différents créanciers ayant tous une même cause, doivent tous concourir.

117. Enfin ceux à qui appartenaient les deniers consignés, que le receveur des consignations a dissipés, ont une hypothèque sur tous les biens du receveur des consignations, du jour de la consignation qui en a été faite. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la veille de la Notre-Dame de septembre de l'an 1582, cité par Mornac, ad L. 7, § 3, ff. *Depos.* Il y a d'autres arrêts qui ont donné cette hypothèque du jour de la réception du receveur des consignations en son office. L'arrêt cité par Mornac me paraît le plus régulier. L'hypothèque ne peut naître avant l'obligation de la personne, dont elle est l'accessoire ; et par conséquent elle ne peut naître avant la consignation des deniers, par laquelle le receveur des consignations contracte l'obligation de les rendre.

118. L'obligation du receveur des consignations ne peut s'éteindre que de deux manières ; ou par la perte des deniers consignés survenue sans sa faute, par quelque accident de force majeure ; ou par la restitution qu'il en fait à ceux à qui ils appartiennent, ou à ceux qui ont pouvoir ou qualité de les recevoir pour eux.

Lorsqu'un receveur des consignations a résigné son office, il doit remettre à son successeur tous les registres et pièces qui concernent la recette des consignations, ensemble tous les deniers qui sont dans sa caisse, qui proviennent des différentes consignations, et toutes les quittances de ceux qu'il a rendus. Le juge doit, à sa réquisition, en dresser un procès-verbal, dont la minute doit rester au greffe ; et le successeur à l'office doit se charger, au bas du procès-verbal, de tout ce qui lui est renmis. C'est la disposition de l'Edit du mois de février 1689, art. 9.

Par ce moyen, le ci-devant receveur des consignations transfère à son successeur toutes les obligations qu'il avait contractées par les différentes consi-

gnations qui lui ont été faites. En rendant à son successeur à l'office de receveur des consignations, les deniers des différentes consignations qu'il était obligé de rendre à ceux à qui ils appartiennent, il les rend à une personne qui a qualité de les recevoir pour eux, et il en est en conséquence libéré et déchargé envers eux ; le nouveau receveur des consignations, en les recevant, en devient débiteur à sa place.

Après la mort du receveur des consignations, sa veuve et ses héritiers doivent, de la même manière, remettre au successeur les deniers consignés au défunt, et tout ce qui dépend de la recette des consignations ; quoi faisant, ils sont déchargés des obligations auxquelles ils avaient succédé ; et le nouveau receveur devient, à leur place, débiteur des deniers consignés.

Si le ci-devant receveur des consignations, sa veuve ou ses héritiers tardaient à remettre les deniers consignés, et les registres et papiers qui dépendent de la recette, le nouveau receveur devrait les poursuivre pour se les faire remettre ; autrement, faute de rapporter ces diligences, il serait tenu de toutes les consignations faites à son prédécesseur ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ V. les ordonnances des 3 juillet 1816 et 19 janvier 1835 sur la caisse des dépôts et consignations.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE DÉPOT.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE MANDAT.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

■.Le *Contrat de Mandat* est un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion d'une ou de plusieurs affaires, pour la faire en sa place et à ses risques, à l'autre contractant qui s'en charge gratuitement, et s'oblige de lui en rendre compte (¹).

Celui des contractants qui confie à l'autre la gestion de l'affaire, s'appelle en termes de droit *mandator*, nous l'appelons *le mandant*; celui qui s'en charge, *mandatarius* ou *procurator*; nous l'appelons *mandataire* ou *procureur*.

Ceux qui s'attachent à la recherche des étymologies, ont observé que le mot *mandatum*, qui est le nom de ce contrat, vient à *manu data*; parce que dans ce contrat, celui qui se chargeait de l'affaire, avait coutume de mettre sa main dans celle de celui qui la lui confiait, pour lui témoigner par là qu'il lui donnait et lui engageait sa foi de s'en acquitter de son mieux; car chez les anciens la main était *symbolum fidei datae*. Voy. le *Lexicon de Brisson*, sur le *mandatum*.

Nous verrons dans un premier chapitre ce qui est de l'essence du *mandat*; à quelles classes de contrat il appartient, et quelle est sa forme.

Nous traiterons dans un second chapitre, des obligations que le mandataire contracte par le contrat de *mandat*, et de l'action qui en naît;

Dans un troisième, de celles que contracte le *mandant*, et de l'action qui en naît;

Dans un quatrième, des manières par lesquelles finit le *mandat*;

Enfin dans un cinquième, des différentes espèces de *mandats*.

Nous ajouterons, par forme d'appendice, un *Traité des Quasi-Contrats*, qui ont rapport avec le *mandat*, et principalement du quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

(¹) *V.* art 1984, C. civ.

Art. 1984: «Le mandat ou *procuration* est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir

« de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.—Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.»

CHAPITRE PREMIER.

A quelles classes de contrats appartient le contrat de mandat; quelles choses sont de son essence, et quelle est sa forme.

SECT. I^e. — *A quelles classes de contrats appartient le contrat de mandat.*

2. Le contrat de mandat est de la classe de ceux qu'on appelle *Contrats du Droit des gens, Contractus juris gentium*. Il se régit par les règles du droit naturel. Le droit civil ne l'a assujetti à aucunes formes, ni à aucunes règles qui lui soient particulières.

3. Ce contrat est de la classe des contrats de bienfaisance. Il se fait ordinairement pour le seul intérêt du mandant. Le mandataire n'a ordinairement aucun intérêt à l'affaire qui fait l'objet du contrat; en se chargeant, par le contrat, de cette affaire, il ne fait qu'un office d'ami, et il rend un service gratuit au mandant.

4. Le contrat de mandat est de la classe des contrats consensuels; il se forme et il reçoit sa perfection par le seul consentement des parties. Aussitôt que le mandataire a consenti de se charger de l'affaire dont le mandant l'a chargé, quoiqu'il ne soit encore intervenu aucun fait de part ni d'autre, le mandataire est dès lors obligé à gérer l'affaire dont il s'est chargé; et le mandant contracte l'obligation de l'indemniser de ce qu'il lui en coûtera.

5. Le contrat de mandat est de la classe des contrats synallagmatiques, car il produit des obligations réciproques.

Il n'est pas néanmoins de la classe des *synallagmatiques parfaits*, mais de celles des *synallagmatiques imparfaits* (¹); car il n'y a que l'obligation contractée par le mandataire, de se charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat, et d'en rendre compte, qui soit l'obligation directe et principale du contrat, et qui est en conséquence *obligatio mandati directa*. Celle que le mandant contracte d'indemniser le mandataire, n'est qu'une obligation indirecte, qu'on appelle *obligatio mandati contraria*, qui, quoique contractée par le contrat, n'est ouverte qu'*ex post facto*, lorsque le mandataire vient à débourser quelque chose ou à contracter quelque obligation pour l'exécution du mandat, et qui ne naît point lorsque le mandat a été exécuté sans qu'il en ait rien coûté au mandataire.

(¹) La règle de l'art. 1325, C. civ., ne lui est point applicable.

Art. 1325 : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. — Il suffit d'un original pour toutes les person-

nes ayant le même intérêt. — Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. — Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte. »

SECT. II. — DE CE QUI EST DE L'ESSENCE DU CONTRAT DE MANDAT.

Il est de l'essence du contrat de mandat : — 1^o qu'il y ait une affaire qui soit la matière de ce contrat ; — 2^o que le mandant et le mandataire aient la volonté de s'obliger l'un envers l'autre ; le mandataire à rendre compte de l'affaire au mandant, et le mandant à indemniser le mandataire.

ART. I^{er}. — Quelles affaires peuvent être la matière du contrat de mandat.

Pour qu'une affaire puisse être la matière du contrat de mandat, il faut :

- 1^o Que ce soit une affaire à faire ;
- 2^o Que cette affaire ne soit contraire ni aux lois, ni aux bonnes mœurs ;
- 3^o Que ce ne soit pas quelque chose d'incertain ;
- 4^o Il faut que ce soit une affaire de telle nature, que le mandant puisse être censé la faire par le ministère de celui qu'il en a chargé ;

5^o Il faut que ce soit une affaire qu'on puisse, sans absurdité, supposer pouvoir se faire par le mandataire qui en est chargé ;

6^o Il faut enfin que ce soit une affaire qui concerne l'intérêt, soit du mandant, soit d'un tiers ; et non une affaire qui ne concerne que le seul intérêt du mandataire.

Nous verrons dans un septième paragraphe, si une affaire qui ne concerne en rien le mandant, peut être la matière d'un contrat de mandat.

§ 1^{er}. *Il faut que ce soit une affaire à faire.*

6. Pour qu'une affaire puisse être la matière d'un contrat de mandat, il faut une affaire qui soit à faire, *negotium gerendum* ; une affaire qui est déjà faite, *negotium gestum*, ne peut être la matière du contrat de mandat.

C'est ce qui résulte de la définition que nous avons donnée, *un contrat par lequel l'un des contractants commet la gestion d'une ou de plusieurs affaires*. Il est évident qu'on ne peut commettre la gestion que d'une affaire qui est à gérer, que d'une affaire qui est à faire, et non de celle qui est consommée, et dont il ne reste rien à faire.

C'est ce qui paraîtra encore plus par l'exemple suivant.

Lorsque je vous requiers de prêter, à mes risques, à un de mes amis, une somme d'argent dont il a besoin, et qu'à ma réquisition vous lui faites ce prêt, cette réquisition est un vrai contrat de mandat qui intervient entre vous et moi, et qui m'oblige à vous indemniser de cette somme, parce que la matière du contrat est un prêt d'argent à faire, une affaire à faire. Mais si, ignorant que de vous-même vous avez déjà prêté cette somme à mon ami, je vous requiers de lui faire ce prêt ; cette réquisition que je vous fais n'est pas un mandat, et elle ne produit aucune obligation, parce que le prêt qui en est l'objet n'est pas une affaire à faire, un prêt à faire, mais une affaire qui se trouve déjà faite : *Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait* ; L. 12, § 14, ff. *Mand.*

Il en serait autrement si je vous avais requis de cesser vos poursuites contre un débiteur, et de lui donner du temps pour le paiement, cette réquisition de ma part, à laquelle vous avez déclaré, renferme un vrai contrat de mandat, qui m'oblige de vous indemniser du tort que vous avez souffert de la cessation de vos poursuites, par l'insolvenabilité du débiteur qui est survenue ; car la cessation de vos poursuites, la concession du délai que vous avez accordé pour le paiement, qui ont fait l'objet du mandat, étaient des choses à faire, et non pas une affaire déjà faite. C'est pourquoi la loi ajoute : *Planè si ut expectares, nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi ut ei des intervallum*,

periculooke meo pecuniam fore dicam (1); verum puto omne periculum ad mandatorem pertinere; Eod., § 14.

§ II. *Il faut que ce soit une affaire qui ne soit contraire ni aux lois, ni aux bonnes mœurs.*

7. *L'affaire qui fait la matière du mandat, doit en second lieu, pour que le contrat soit valable, être une affaire honnête, qui ne soit contraire ni aux lois, ni aux bonnes mœurs; car *rei turpis nullum mandatum est*; L. 6, § 3, ff. *Mandat.**

Par exemple, si vous étiez chargé, à ma réquisition, de m'acheter des marchandises de contrebande, ce mandat serait nul, comme contraire aux lois, et ne produirait aucune obligation. Non-seulement vous ne seriez obligé, ni dans le for extérieur, ni dans celui de la conscience, d'exécuter cette commission, mais vous pécheriez si vous l'exécutiez; et dans le cas où vous l'auriez exécutée, je n'aurais pas d'action contre vous pour vous en faire rendre compte, ni vous d'action contre moi pour vous faire rembourser de ce qu'il vous en aurait coûté pour exécuter ma commission.

Néanmoins dans le for de la conscience, si j'avais profité de ces marchandises, je serais obligé de vous rembourser de ce qu'elles vous ont coûté; car la bonne foi ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'un autre. Mais quoique j'y sois obligé dans le for de la conscience, si je refusais de m'acquitter de cette obligation, la loi ne vous donnerait pas d'action pour m'y contraindre dans le for extérieur; car, ayant violé la loi, vous êtes indigne de son secours, et par conséquent non recevable dans la demande que vous formeriez contre moi.

On peut apporter une infinité d'autres exemples de mandats contraires aux bonnes mœurs; *puta*, si vous m'avez chargé de vous acheter du poison pour empoisonner quelqu'un, ou de faire marché avec une courtisane pour venir coucher avec vous, etc., tels mandats sont nuls, comme contraires aux bonnes mœurs, et ils ne produisent en conséquence aucune obligation.

8. *Quoique l'affaire qui fait l'objet du contrat, considérée en elle-même et indépendamment des circonstances, n'ait rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, néanmoins si cette affaire, eu égard à ses circonstances, était une affaire dont la bonne foi et la charité que nous devons avoir les uns pour les autres, ne permettait pas au mandataire de se charger, et qu'il s'en soit chargé, le contrat de mandat sera nul, et ne produira aucune obligation. Ulprien nous en apporte cet exemple: *Si adolescens luxuriosus.... mandaverit tibi ut meretrici pecuniam credas, non obligatur mandati; quasi adversus bonam fidem mandatum sit*; L. 12, § 11.*

Un prêt d'argent à faire à un tiers, qui est l'affaire qui fait la matière de ce mandat, est une affaire qui, considérée seulement en elle-même, et indépendamment d'aucune circonstance, n'a rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs, et qui peut être la matière d'un contrat de mandat.

Néanmoins en considérant ce prêt dans les circonstances particulières de ce mandat, ce prêt d'une somme d'argent que ce jeune débauché vous chargeait de faire pour lui à une courtisane dont il était amoureux, est une affaire dont l'honneur, la probité et la charité ne vous permettaient pas de vous charger; les règles de charité ne permettant pas de favoriser la passion d'un jeune débauché. C'est pourquoi si, suivant le mandat de ce jeune débauché, vous avez

(1) Il nous paraît que Pothier, tout en citant le texte, n'a point suffisamment fait ressortir cette circonstance importante qui est indiquée dans la loi romaine, *periculooke meo pecu-* *niam fore dicam*; car il se borne à dire: « Si je vous avais requis de cesser vos poursuites, contre un débiteur, et de lui donner du temps pour le paiement. »

prêté la somme d'argent à la courtisane, il ne sera pas obligé *actione mandati contraria*, de vous la rembourser, parce que ce mandat dont vous vous êtes chargé contre les règles de la probité et de la charité, est un mandat nul, qui n'a pu par conséquent produire d'obligation : *Non obligatur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit (susceptum)*.

On opposera que la bonne foi oblige ce jeune homme à tenir la promesse qu'il vous a faite, de vous rembourser la somme que vous avez prêtée par son ordre à cette courtisane : *Grave est fidem fallere ; L. ff. de Pactis.*

Je réponds : Je veux bien supposer pour un instant cette obligation dans ce jeune homme ; mais cette obligation est détruite par l'obligation que vous contractez envers lui de réparer le tort que vous lui avez causé en favorisant sa passion. Ce tort que vous lui avez causé, comprend l'obligation qu'on suppose qu'il a contractée envers vous, de vous rembourser la somme que vous avez prêtée à sa réquisition à cette courtisane, et par conséquent l'obligation que vous avez contractée envers lui de réparer le tort que vous lui avez causé en favorisant sa passion, comprend celle de le décharger de cette obligation, et votre obligation détruit la sienne.

§ III. *Il faut que l'affaire ne soit pas quelque chose d'incertain.*

❶. Dans le contrat de mandat, de même que dans tous les autres contrats, ce qui en est l'objet, doit être quelque chose qui ne soit pas entièrement incertain, autrement le contrat est nul.

Par exemple, si je chargeais quelqu'un de m'acheter quelque chose à une foire, sans lui dire quoi, le mandat serait nul, parce que l'objet de ce mandat est quelque chose d'entièrement incertain, n'étant pas possible en ce cas de deviner ce que le mandant a voulu qu'on lui achetât.

Il n'est pas néanmoins nécessaire que le mandant ait exprimé ce qu'il voulait qu'on lui achetât, lorsque le mandataire a pu sans cela, par certaines circonstances, connaître la volonté du mandant.

Par exemple, un marchand qui avait coutume d'aller tous les ans à une certaine foire, et d'y acheter une certaine quantité de marchandises, ne pouvant pas y aller cette année, charge son ami de lui faire ses emplettes à la foire, sans s'expliquer davantage : ce mandat est valable, et doit s'entendre de ce que le mandant avait coutume d'acheter à cette foire, lorsque le mandataire en a connaissance.

Lorsque j'ai chargé quelqu'un de m'acheter quelque chose pour amuser mes petits enfants, sans dire quoi, le mandat est valable, et n'a pas un objet qui soit entièrement incertain ; car il a pour objet l'achat d'une chose d'une certaine espèce, c'est-à-dire d'une chose d'entre celles qu'on donne ordinairement aux enfants pour les amuser, telles que sont une poupée, un cheval de carton, une bergerie, etc., sur le choix de laquelle je m'en suis rapporté au mandataire.

Le mandat d'acheter une certaine chose, ne laisse pas d'être censé avoir un objet certain, quoique le mandant n'ait pas fixé le prix qu'il voulait l'acheter : il peut, sur le prix, s'en rapporter à son mandataire, qui ne doit pas néanmoins passer le juste prix.

§ IV. *L'affaire doit être de nature que le mandant puisse être censé la faire lui-même par le ministère de son mandataire.*

❷. Le mandat étant, suivant la définition que nous en avons donnée, un contrat par lequel le mandant charge le mandataire de faire pour lui et à sa place une affaire, et le mandant étant censé la faire lui-même par le ministère de son mandataire, lorsqu'il exécute son mandat, suivant cette règle : *Quid mandat, ipse fecisse videtur*; il s'ensuit qu'une affaire, pour pouvoir être la matière d'un contrat de mandat, doit être une affaire qui soit de nature que le

mandant puisse être censé la faire lui-même par le ministère de son mandataire, lorsqu'il exécutera le mandat.

Suivant ce principe, si vous avez mandé à Pierre d'emprunter de votre caissier une certaine somme d'argent à vous appartenant, laquelle en conséquence a été comptée par votre caissier à Pierre; cette espèce ne contient autre chose qu'un prêt que vous faites à Pierre de cette somme; elle ne contient aucun contrat de mandat; car cet emprunt est une affaire que vous ne pouvez pas être censé faire vous-même, personne ne pouvant emprunter ses propres deniers: *Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet, mandati cum non acturum Papinianus, lib. 3 Responsorum, scribit; L. 10, § 4, ff. Mand.*

¶ 1. Si l'affaire qui a fait la matière du mandat, était une affaire qui pût, absolument parlant, être censée faite par le mandant, mais qui lui fut interdite par la loi; comme si un tuteur à qui les lois défendent de se rendre adjudicataire des effets de son mineur, avait chargé quelqu'un de s'en rendre adjudicataire pour lui; le mandat sera-t-il nul?

L'achat qui fait la matière de ce mandat, n'est pas une affaire que le mandant ne puisse, *per rerum naturam*, être censé faire par le ministère de son mandataire; car il n'est point *contra rerum naturam*, qu'un tuteur achète les effets de son mineur: on ne peut donc pas dire, comme dans l'espèce précédente, que ce mandat est nul, faute d'une affaire qui en puisse être la matière?

Cet achat étant interdit par la loi au tuteur, ne peut-on pas dire que le mandat de cet achat est le mandat d'une chose contraire aux lois, et par conséquent un mandat nul, et qui ne doit produire aucune obligation, suivant les principes établis au paragraphe précédent?

Je ne crois pas que ce mandat soit entièrement nul. Il est bien nul à l'effet qu'il n'oblige pas le mandataire qui s'est chargé du mandat, à l'exécuter; car le mandataire qui s'en est indiscrètement chargé, a eu un juste sujet de ne pas l'exécuter, afin de ne pas se rendre complice avec le tuteur de la contrevention à la loi, qui défend au tuteur de se rendre adjudicataire, soit par lui-même, soit par personnes interposées, des effets de son mineur⁽¹⁾.

Mais lorsque le mandataire a exécuté le mandat, et s'est rendu adjudicataire des effets compris au mandat, je ne crois pas que le mandat soit nul jusqu'au point que le mandant soit non recevable à en demander compte au mandataire qui l'a exécuté.

Je crois qu'il y a une différence à faire entre les choses que la loi défend absolument comme mauvaises, tel qu'est un commerce de contrebande, et entre celles que la loi ne défend que pour éviter les fraudes, et en faveur seulement de certaines personnes, tel qu'est l'achat des effets du mineur que la loi défend aux tuteurs.

Ce que nous avons dit au paragraphe précédent, «que les mandats contraires aux lois étaient nuls,» ne doit s'entendre que des mandats des choses de la première espèce: mais à l'égard des choses de la seconde espèce, tel qu'est l'achat des effets du mineur, qui est défendu par la loi au tuteur, cette défense n'étant faite qu'en faveur du mineur, il n'y a que le mineur, en faveur de qui la loi a fait la défense, qui puisse se plaindre de l'achat que le tuteur a

(1) V. art. 1596, *in principio, C. civ.*

Art. 1596: « Ne peuvent se rendre « adjudicataires, sous peine de nullité, « ni par eux-mêmes, ni par personnes « interposées,—Les tuteurs, des biens « de ceux dont ils ont la tutelle;—Les

mandataires, des biens qu'ils sont « chargés de vendre;—Les administrateurs, de ceux des communes ou des « établissements publics confiés à leurs « soins;—Les officiers publics, des « biens nationaux dont les ventes se « font par leur ministère. »

fait de ses effets , et qui puisse lui opposer la loi qui le défend : tant que le mineur ne se plaint pas, le mandataire que le tuteur a chargé de faire pour lui cet achat, et qui l'a exécuté, n'est pas partie capable pour opposer cette loi au tuteur, pour prétendre en conséquence la nullité du mandat , et pour se dispenser d'en rendre compte.

A plus forte raison, le mandant ne doit pas être reçu à prétendre la nullité du mandat, pour se dispenser de rembourser son mandataire de ce qu'il a déboursé pour l'exécution du mandat.

§ V. Il faut que ce soit une affaire qu'on puisse supposer pouvoir se faire par le mandataire.

12. Il est évident que pour qu'un mandat soit valable, l'affaire qui en est la matière doit être une affaire qu'on puisse supposer pouvoir se faire par le mandataire ; autrement le mandat est *nugatorium et derisorium mandatum*, qui ne produit aucune obligation.

Par exemple, si j'ai donné commission à un docteur agrégé, qu'un catarrhe sur la langue a privé entièrement de l'usage de la parole , de faire pour moi mes leçons aux écoles ; quoiqu'il m'ait répondu par signes qu'il se chargeait de la commission , un tel mandat est nul , et ne produit aucune obligation , *nugatorium et derisorium est mandatum*, parce que l'affaire qui en est la matière est une affaire qu'il est impossible, *per rerum naturam* , que le mandataire fasse.

13. Il n'est pas néanmoins nécessaire, pour la validité du mandat, que le mandataire ait eu effectivement le pouvoir de faire l'affaire qui en était la matière ; il suffit qu'on ait pu, sans absurdité, supposer qu'il en avait le pouvoir. C'est pourquoi, si j'ai chargé d'une affaire une personne qui n'avait pas l'habileté et l'industrie nécessaires pour la faire, et qu'elle s'en soit chargée , le mandat est valable , quoique le mandataire n'ait pas eu effectivement le pouvoir de gérer cette affaire ; car il suffit qu'on ait pu, sans absurdité, supposer qu'il en avait le pouvoir : le mandataire, en se chargeant de l'affaire , s'est donné pour un homme qui avait les talents, l'habileté et l'industrie nécessaires pour la gestion de l'affaire dont il se chargeait : *Sopondit peritiam et industriam negotio gerendo parem*.

Le mandant a pu, sans absurdité, supposer dans son mandataire l'habileté qu'il s'attribuait ; et par conséquent l'affaire qui a fait l'objet du mandat, est une affaire qu'on a pu, sans absurdité, supposer pouvoir se faire par le mandataire ; ce qui suffit pour que le mandat soit valable, et pour que le mandataire soit obligé d'en rendre compte , et il sera tenu de tout le dommage qu'il a causé par son défaut d'habileté ; c'est sa faute de n'avoir pas consulté ses forces , et de s'être chargé témérairement d'une affaire qui les surpassait.

14. L'achat de la propre chose du mandataire est une affaire qu'on ne peut, sans absurdité, supposer pouvoir se faire par le mandataire, étant impossible , *per rerum naturam* , que quelqu'un achète sa propre chose : *Suæ rei emptio non valet*. Il est donc évident que l'achat de la chose du mandataire ne peut pas être la matière d'un contrat de mandat.

Néanmoins, lorsque je charge quelqu'un qui est propriétaire pour une partie d'une chose qui se licide entre lui et ses copropriétaires, de l'acheter et de s'en rendre adjudicataire pour moi, les jurisconsultes romains ont pensé qu'on pouvait soutenir, *benigna juris ratione* , que le mandat de l'achat de cette chose était valable pour le total de cette chose, et par conséquent même pour la part qui appartenait au mandataire de cette chose.

Africain cependant observe qu'on pourrait dire aussi que le contrat qui intervient entre ce propriétaire pour partie, et moi, n'est contrat de mandat que pour les portions de ses copropriétaires ; et que c'est, pour la part qui lui ap-

partient dans cette chose, une vente qu'il me fait de cette portion, sous la condition, et dans le cas auquel ses copropriétaires vendraient la leur, et au même prix et aux mêmes conditions qu'ils la vendraient. Voy. la loi 32, § 4; et la loi 34, § 1, ff. *Mandat.*

§ VI. *L'affaire ne doit pas concernez le seul intérêt du mandataire.*

15. Pour qu'une affaire puisse être la matière d'un contrat de mandat, il faut que ce soit une affaire qui ne concerne pas le seul intérêt du mandataire.

Lorsque je vous mande de faire une certaine affaire à laquelle il n'y a que vous qui ayez intérêt, c'est un conseil que je vous donne, ce n'est pas un mandat; car un mandat renferme l'obligation de rendre compte de l'affaire qui en est l'objet, obligation que le mandataire contracte par le contrat de mandat.

Mais il est impossible *per rerum naturam*, que vous soyez obligé de rendre compte d'une affaire qui ne concerne que vous seul, et à laquelle personne n'a intérêt que vous.

C'est ce qui a fait dire à Gaius: *Si tuā tantūm gratiā tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur; L. 2, ff. Mand. Veluti si mandem tibi ut pecunias tuas potius in emptiones prædiorum colloces, quam fæneres; vel ex diverso: cujus generis mandatum magis consilium est quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expeditat ei cui dabitur; ead., L. § 6.*

16. L'affaire qui ne concerne que le seul intérêt du mandataire, ne peut pas à la vérité être la matière d'un mandat; mais quoiqu'elle concerne l'intérêt du mandataire, pourvu qu'elle concerne aussi l'intérêt d'un autre, soit du mandant, soit d'un tiers, elle peut en être la matière; car cela suffit pour que le mandataire qui s'en est chargé puisse contracter l'obligation d'en rendre compte.

C'est ce qui fait dire à Gaius: *Mandatum inter nos contrahitur, sive meā tantūm gratiā tibi mandem..... sive meā et tuā, sive tuā et alienā; ead., L. 2.*

§ VII. *Est-il nécessaire que l'affaire qui fait la matière du mandat, soit l'affaire du mandant, au moins pour partie?*

17. Il n'est pas nécessaire, pour que le mandat soit valable, que l'affaire qui en fait la matière, soit l'affaire du mandant, ni entièrement, ni même pour partie. Une affaire qui est entièrement l'affaire d'un tiers, en peut être la matière. C'est ce qu'enseigne Gaius: *Mandatum inter nos contrahitur, sive meā tantūm gratiā tibi mandem, sive alienā tantūm, sive meā et alienā; ead., L. 2.*

Cela n'est-il pas contraire au principe que nous avons établi en notre *Traité des Obligations*, «qu'un fait, pour pouvoir être la matière d'une obligation, doit être un fait auquel ait quelque intérêt celui envers qui l'obligation est contractée: *Nemo stipulari potest nisi quod suā interest.*» Voy. notre *Traité des Obligations*, n° 138.

La réponse est, que, lorsque je vous charge d'une affaire qui est entièrement l'affaire d'un tiers, *putā*, l'affaire de Pierre, et à laquelle je n'ai aucun intérêt avant le mandat; en vous en chargeant, j'en deviens comptable moi-même, *actione negotiorum gestorum*, envers Pierre que cette affaire concerne, et par conséquent j'ai intérêt que vous la gériez, et que vous la gériez comme il faut; ce qui suffit pour que le mandat soit valable, et pour que vous contractiez l'obligation de m'en rendre compte.

Par exemple, si Pierre, mon ami, étant parti pour un voyage, sans charger personne de ses affaires, je vous ai chargé de faire ses vendanges, ce mandat intervient *alienā tantūm gratiā*; les vendanges de Pierre, dont je vous ai chargé par ce mandat, étant une affaire qui est entièrement l'affaire de Pierre, et qui ne me concerne en rien, ce mandat intervient *alienā tantūm gratiā*. Il ne laisse pas néanmoins d'être valable, parce qu'en vous chargeant de cette vendange, j'en deviens moi-même chargé envers Pierre; et par conséquent j'ai intérêt que vous m'en rendiez compte, pour que je puisse moi-même en rendre compte à Pierre.

Voici une autre espèce: Ayant eu avis qu'on devait faire une adjudication d'ouvrages au rabais, et voulant procurer à un maçon de mes amis les moyens de s'en rendre adjudicataire, je vous ai chargé de le cautionner pour cette adjudication, ou bien je vous ai chargé de lui prêter une certaine somme d'argent dont il aurait besoin pour les avances qu'il lui faudrait faire. Vous vous en êtes chargé: j'ai engagé en conséquence ce maçon à se rendre adjudicataire, me faisant fort de lui faire trouver une caution, ou de lui faire trouver à emprunter la somme qui lui serait nécessaire.

Ce mandat intervient *alienā tantūm gratiā*; car le cautionnement que je vous charge de contracter pour ce maçon, ou le prêt de la somme que je vous charge de lui faire, sont des affaires qui ne concernent que son intérêt. Néanmoins ce mandat est valable, et vous contractez envers moi l'obligation de l'exécuter; car, m'étant fait fort envers ce maçon de lui faire trouver une caution, ou de lui faire trouver à emprunter une somme d'argent dont il avait besoin pour l'adjudication, dans laquelle il ne se serait pas engagé sans cela, j'ai intérêt que vous exécutez le mandat.

Quelle que soit la cause pour laquelle je vous ai chargé de vous rendre caution pour un tiers, ou de lui prêter une certaine somme, le mandat, quoique fait *alienā tantūm gratiā*, est valable. De même que je m'oblige envers vous par ce mandat à vous indemniser du cautionnement ou du prêt que vous ferez en exécution de ce mandat, de même vous vous obligez envers moi à me céder, après que je vous aurai indemnisé, les actions que vous aurez acquises contre ce tiers par le prêt que vous lui aurez fait, ou par le cautionnement que vous aurez contracté pour lui en exécution de mon mandat, et à me remettre les pièces nécessaires pour exercer ces actions.

C'est pourquoi Ulprien dit en général: *Si tibi mandavero quod meā non interest, veluti ut pro Seio intervenias, vel ut Titio credas, erit mihi tecum actio mandati, ut Celsus scribit, et ego tibi sum obligatus*; L. 6, § 4, ff. *Mand.*

ART. II. — De la volonté que doivent avoir le mandant et le mandataire de s'obliger l'un envers l'autre.

18. Il est de l'essence du contrat de mandat, que le mandant ait la volonté de charger à ses propres risques le mandataire, de l'affaire qui fait l'objet du mandat, et de s'obliger à l'en indemniser; et que le mandataire, de son côté, ait la volonté de s'obliger à faire cette affaire. C'est par cette volonté réciproque du mandant et du mandataire que se forme le contrat de mandat; c'est ce qui résulte de la définition que nous avons donnée de ce contrat (¹), *suprà*, n° 1.

(¹) C'est aussi cette volonté réciproque de s'obliger qui distingue le *contrat de mandat*, de la simple *procuration*, qui par elle-même autorise à faire; mais elle peut être donnée et même acceptée, sans qu'il y ait eu l'intention d'imposer la nécessité de faire, ni celle de s'obliger à exécuter.

19. C'est aussi ce qui différencie le mandat, de la simple *recommandation*; car, lorsque je vous recommande une personne, nous ne contractons l'un envers l'autre, de part ni d'autre, aucune obligation.

Par exemple, si je vous ai écrit à Lyon que mon fils devait y passer, et y faire quelque séjour, et que je vous le recommandais pendant le séjour qu'il y ferait; cette lettre ne contenant qu'une simple recommandation, nous ne contractons l'un envers l'autre aucune obligation.

C'est pourquoi si, ayant eu égard à ma recommandation, vous l'avez régaleé, et vous l'avez promené dans les environs de la ville, je ne suis point obligé de vous rembourser la dépense que vous avez faite pour le régaler et le promener. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Quum quidem talem epistolam scripisset amico Seō : Rogo te commendatum habeas Sextilium Crescentem, non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis, quam mandandi causā scripta est*; L. 20, ff. *Mand.*

Au contraire, si ma lettre portait « que je vous prie de fournir à mon fils l'argent dont il aura besoin pendant son séjour et pour continuer son voyage, » je suis censé m'obliger à vous le rendre, et ma lettre renferme un mandat.

20. C'est pareillement cette volonté que doivent avoir le mandant et le mandataire, de s'obliger l'un envers l'autre, qui distingue le *mandat du conseil*; car, dans le cas du conseil, les parties ne contractent aucune obligation l'une envers l'autre.

C'est pourquoi on doit faire beaucoup d'attention aux termes dont les parties se sont servies, pour connaître s'ils renferment un mandat ou un simple conseil.

Par exemple, si je vous avais dit : « Pierre, mon ami, a besoin d'une somme de mille écus : je ne puis la lui prêter, n'ayant pas à présent d'argent; je vous prie de la lui prêter à ma place »; il est évident que ces termes renferment un mandat, par lequel je m'oblige de vous indemniser du prêt que je vous charge de lui faire.

Mais si je vous avais seulement dit : « Vous pouvez prêter sûrement à Pierre la somme qu'il vous demande à emprunter : c'est un honnête homme, qui est très solvable, et qui mérite qu'on lui rende service » : ces termes ne renferment qu'un conseil, d'où il ne naît aucune obligation.

C'est pourquoi si je me suis trompé sur le compte de Pierre, si ce Pierre que je vous annonçais comme un homme solvable, était dès ce temps insolvable, je ne serai point obligé de vous indemniser de la somme que vous lui avez prêtée par mon conseil, et dont vous n'avez pas été payé. Cela est conforme à ces règles de droit : *Nemo ex consilio obligatur*; L. 2, § 6, ff. *Mand. Consilii non fraudulentu nulla obligatio*; L. 47, ff. *de Reg. jur.*

21. Cela a lieu quand même le conseil aurait été donné indiscrètement, pourvu qu'il n'ait pas été donné de mauvaise foi.

Par exemple, dans l'espèce que nous venons de rapporter, quand même je vous aurais dit indiscrètement et témérairement, que Pierre, à qui je vous ai conseillé de faire le prêt, était un homme solvable, parce que je le croyais, sans néanmoins m'être informé de sa solvabilité, je ne serai pas obligé ; vous pourriez vous en informer : *Liberum est cuique apud se explorare an expediti consilium*; *ead.*, L. 2, § 6.

Mais si le conseil a été donné de mauvaise foi, comme dans le cas auquel vous pourriez prouver que j'avais connaissance du mauvais état des affaires de Pierre lorsque je vous ai conseillé de lui faire le prêt ; en ce cas, c'est un dol qui m'oblige envers vous aux dommages et intérêts que vous avez soufferts du prêt, et par conséquent à vous rendre la somme prêtée, dont vous n'avez pu vous faire payer : *Ceterum, ajoute la loi 47 ci-dessus citée, si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit.*

ART. III. — De la gratuité du mandat

22. Il est de l'essence du mandat qu'il soit gratuit, c'est-à-dire que le mandataire se charge par un pur office d'amitié, de l'affaire qui fait la matière du mandat, et que le mandant ne s'oblige point à lui payer une somme d'argent, ou quelque autre chose qui soit le prix de la gestion de cette affaire (¹); autrement le contrat n'est pas un contrat de mandat; c'est une autre espèce de contrat : c'est un contrat de louage, c'est *locatio operarum*.

C'est ce que nous apprend Paul : *Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio, atque amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces; interveniente enim pecuniā res ad locationem, et conductionem respicit; L. 1, § 4, ff. Mand.*

23. Néanmoins, si, pour vous témoigner ma reconnaissance du service que vous me rendez en voulant bien vous charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat, je vous ai promis par le contrat de vous donner quelque chose, soit une somme d'argent, ou quelque autre chose, le contrat ne laissera pas d'être un contrat de mandat, pourvu que ce qui est promis ne soit pas le prix du service que le mandataire se charge de rendre, ce service n'étant pas quelque chose d'appreciable. Ce qui est promis de cette manière s'appelle *honoraria*, et en latin *honor, honorarium, salarium*. C'est pourquoi Ulpien dit : *Si remunerandi gratiā honor intervenerit, erit mandati actio* : *L. 6, ff. Mand.*

La chose se comprendra mieux par un exemple.

Je vais trouver un célèbre avocat pour le prier de se charger de la défense de ma cause : il me dit qu'il veut bien s'en charger. Je l'en remercie, et je lui dis que pour lui donner une faible marque de ma reconnaissance, je lui donnerai le *Thesaurus* de Méerman, qui manque à sa bibliothèque.

Il me répond qu'il accepte volontiers mon présent, que je lui offre de si bonne grâce. Quoique je promette à cet avocat le *Thesaurus* de Méerman, le contrat qui intervient entre nous n'en est pas moins un contrat de mandat, parce que ce que je lui promets n'est pas le prix de la défense de ma cause dont il se charge. Cette défense de ma cause, dont il se charge, étant quelque chose qui n'est pas appréciable, le mandat ne laisse pas d'être gratuit, parce que cet avocat n'exige rien pour se charger de l'affaire qui en fait l'objet.

La promesse que je lui fais de ce *Thesaurus* qu'il accepte, est une convention qui, quoiqu'elle intervienne en même temps que le contrat de mandat, n'en fait pas néanmoins partie, et lui est étranger.

C'est pour cette raison que, par le droit romain, l'honoraria qui a été promis au mandataire, ne peut être par lui demandé que *per persecutionem extraordinariam* : il ne peut pas le demander par l'action *mandati*, parce que la promesse qui lui en a été faite, n'est pas censée faire partie du contrat de mandat : *De pecuniā quam erogasti mandati actione pro sorte et usuris potes experiri; de salario autem quod promisit, apud præsidem cognitio præbebitur*; *L. 1, Cod. Mand.*

24. L'honoraria que le mandant promet au mandataire, n'étant pas le prix des services que le mandataire s'oblige, par le contrat de mandat, de rendre au mandant, il s'ensuit que la promesse que le mandant ferait d'un honoraria, en termes vagues et généraux, serait nulle, et ne produirait aucune obligation; comme si le mandant avait dit en termes vagues : *Je ne manquerai pas de reconnaître d'une manière convenable le service que vous voulez bien me rendre*. En cela l'honoraria diffère du loyer qui est promis par un contrat de louage à

(¹) *V. art. 1986, C. civ.*

Art. 1986 : « Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire. »

celui qui nous a loué ses services. Lorsque j'ai loué les services d'une personne, qui sont appréciables, la promesse que je fais de l'en récompenser, quoique conçue en termes vagues, est valable.

La raison de différence est, que cette récompense, quoique promise en termes vagues, étant le prix de services appréciables, est déterminable à la somme qu'ils seront estimés par des experts; au lieu qu'un honoraire promis à un mandataire, n'étant pas le prix de ses services⁽¹⁾, lesquels ne sont pas d'ailleurs appréciables, la promesse de cet honoraire, faite en termes vagues, n'a pour objet rien de déterminé, ni de déterminable; et par conséquent elle est nulle, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n° 131.

C'est en conséquence de ces principes que les empereurs répondent: *Salarium incertæ pollicitationis peti non potest*; L. 17, Cod. *Mand.*

25. A plus forte raison, lorsqu'il n'a point été promis en tout de récompense au mandataire, le mandataire n'en peut prétendre aucune.

26. Il y a néanmoins certains services pour lesquels, quoiqu'ils dépendent d'une profession libérale, et qu'en conséquence ils appartiennent au contrat de mandat plutôt qu'au contrat de louage, ceux qui les ont rendus sont reçus en justice à en demander la récompense ordinaire.

Tels sont les services que rendent dans leur profession les médecins, les grammairiens, les maîtres de philosophie ou de mathématiques, etc.

L'action qu'ont ces personnes pour demander une récompense de ces services, n'est pas *actio ex locato*, c'est *persecutio extraordinaria*; car cette récompense n'est pas un loyer, ce n'est pas le prix de leurs services, qui sont inestimables de leur nature; elle se règle sur ce qu'il est d'usage le plus communément de donner pour ces services, dans le lieu où ces personnes exercent leur profession.

Cette action est fondée sur ce qu'il est de la justice et de l'intérêt public que les personnes qui se dévouent à ces professions, trouvent dans l'exercice qu'elles en font, de quoi subvenir à leurs besoins, et de quoi élever leur famille; c'est pourquoi, lorsqu'il se trouve des gens assez ingrats pour leur refuser la récompense ordinaire, la justice vient à leur secours, et leur donne une action pour l'exiger⁽²⁾.

27. Observez une différence entre ces récompenses et le loyer d'un service appréciable. Lorsque j'ai payé ce loyer, je suis entièrement quitte envers celui qui me l'a rendu, je ne lui dois ni remerciements, ni reconnaissance. Mais quoique j'aie payé la récompense qui est due par l'usage, pour des services qui dépendent d'une profession libérale, tels que sont ceux d'un médecin; cette récompense que j'ai payée, n'étant pas le prix de ses services, qui sont inestimables, elle ne m'acquitte pas envers celui qui me les a rendus, de la reconnaissance que je lui dois pour ses services⁽³⁾.

On peut aussi quelquefois devoir de la reconnaissance à des personnes qui nous ont rendu des services appréciables à prix d'argent, dont nous avons payé le loyer, tels que sont ceux qui nous ont été rendus par des domestiques et des serviteurs qui ont été longtemps à notre service. Mais la reconnaissance qui est due à ces personnes, ne leur est pas tant due pour leurs services, que pour l'affection avec laquelle ils nous les ont rendus, et pour l'attachement qu'ils ont témoigné avoir pour notre personne; au lieu que la reconnaissance que je dois à un médecin ou autre semblable personne, est due pour leurs services

(1) L'article 1986, ci-dessus cité (V. la note précédente), paraît au contraire considérer comme prix du service, la récompense qui aurait été promise.

(2) Il n'y a pas grande utilité à dis-

tinguer chez nous, si l'action est *ex locato*, ou si c'est *persecutio extraordinaria*: c'est en réalité disputer sur les mots pour favoriser l'amour-propre.

(3) On comprend facilement qu'il ne s'agit plus d'une question de droit.

considérés en eux-mêmes, *in se*, lesquels ne peuvent pas être censés payés par la récompense ordinaire que j'ai donnée à celui qui me les a rendus, cette récompense n'étant pas le prix de ces services, qui sont de leur nature quelque chose d'inestimable.

SECT. III. — DE LA FORME DU CONTRAT DE MANDAT, ET DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DE LE CONTRACTER.

28. Le contrat de mandat peut se faire, comme nous l'avons déjà dit, par le seul consentement des parties, et il n'est assujetti à aucune forme.

Il peut se faire verbalement. Il est vrai que, lorsque l'objet du mandat est d'une valeur qui excède la somme de cent livres, si l'une des parties, par mauvaise foi, disconvient du mandat, l'autre partie n'est pas reçue à en faire la preuve par témoins⁽¹⁾; mais le contrat de mandat est valable en soi, et oblige les parties dans le for de l'honneur et de la conscience. On peut même dans le for extérieur déférer à celui qui disconvient du mandat, le serment décisoire, « s'il n'est pas vrai qu'il soit intervenu »

29. Le contrat de mandat peut même se faire tacitement, et sans qu'il intervienne aucune déclaration expresse de la volonté des parties; car, toutes les fois que je fais, au vu et su de quelqu'un, quelque une de ses affaires, il est censé par cela seul intervenir entre nous un contrat de mandat, par lequel il me charge de cette affaire. Cela est conforme à cette règle de droit; *semper qui non prohibet aliquem pro se intervenire, mandare creditur*⁽²⁾; L. 60, ff. *de Reg. jur.* Ajoutez les lois 6, § 2, L. 18, L. 53, ff. *Mand.*

30. La manière la plus ordinaire dont se font les contrats de mandat, est par un acte qu'on appelle *procuration*.

Cet acte se fait ou sous la signature privée du mandant, ou par devant notaires. Le mandant déclare par cette procuration, qu'il donne pouvoir à un tel de faire pour lui et en sa place telle affaire.

Il n'est pas néanmoins nécessaire qu'il se serve précisément de ces termes, *donne pouvoir*; ce serait la même chose s'il avait dit qu'il *prie* un tel de faire pour lui telle affaire.

En général, il n'importe de quels termes il se soit servi pour déclarer la volonté qu'il a de le charger de cette affaire: *Sive ROGO, sive VOLO, sive MANDO, sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est*; L. 1, § 2, ff. *Mand.*

31. Cette procuration ne renferme pas seule le contrat du mandat, il faut qu'elle soit acceptée par celui qui est chargé de l'affaire par la procuration;

(¹) *V. art. 1985, C. civ.*

Art. 1985: « Le mandat peut être donné ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement; mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des *Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*. — L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. »

(²) Les Romains admettent facilement les mandats tacites: notre Code voit une gestion d'affaires, même dans

le cas où la gestion a eu lieu au vu et su du maître. *V. art. 1372, C. civ.*

Art. 1372: « Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire.—Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire. »

car le contrat de mandat, de même que tous les autres contrats, ne peut se former que par le concours des volontés des deux parties contractantes⁽¹⁾.

Il n'est pas moins nécessaire pour former le contrat de mandat, que cette acceptation soit expresse. Celui à qui le pouvoir est donné par la procuration, est censé l'accepter tacitement, aussitôt qu'il commence à faire ce qui est porté par la procuration. Le contrat de mandat est formé par cette acceptation tacite; il oblige le mandataire à parachever le surplus de ce qui est porté par la procuration, et à rendre compte, de même que s'il était intervenu une acceptation expresse⁽²⁾.

32. Même avant que celui à qui j'ai remis ou envoyé ma procuration, ait commencé de l'exécuter, plusieurs pensent qu'on peut induire son acceptation tacite de cela seul qu'il a reçu l'acte de procuration, lorsqu'il n'a pas dit qu'il ne voulait pas s'en charger, et ne l'a pas renvoyé.

Ainsi le décide Clément V : *Instrumento vel litteris quibus aliquis te procuratorem constituit.... nullā factā protestatione à te receptis, non potes pos- teā recusare defensionem*; cap. 1, de *Procurat.*, in *Clement.*

Cela doit surtout se présumer lorsque l'affaire se passe entre présents.

Je vais trouver un de mes amis, à qui j'expose que je suis prêt de partir pour un voyage : je le prie de vouloir bien se charger de mes affaires pendant mon absence ; je lui remets pour cet effet un acte portant procuration. Il reçoit cette procuration sans rien dire, et nous nous séparons. La réception qu'il fait de cet acte, est une preuve qu'il consent de se charger de l'affaire : s'il n'eût pas voulu s'en charger, il aurait refusé de recevoir la procuration.

33. Il y a plus de difficulté dans le cas auquel on a envoyé à quelqu'un une procuration dans un paquet. La rétention de la procuration qu'il n'a pas renvoyée, n'est pas une présomption si claire d'un consentement de se charger de l'affaire : cette rétention peut n'être que l'effet d'une négligence à renvoyer la procuration, et d'un oubli. C'est pourquoi je pense qu'on doit laisser à l'arbitrage du juge à décider par les circonstances, s'il croit que la rétention et le défaut de renvoi de la procuration, doivent faire présumer une acceptation tacite de cette procuration.

Lorsque le mandant n'a pas envoyé de procuration, et s'est contenté de prier quelqu'un par lettre, de se charger d'une affaire, on doit encore moins présumer d'un seul défaut de réponse à la lettre, une acceptation tacite du mandat. C'est l'avis de Franpius, *ad tit. ff. Mand.*

Néanmoins lorsque j'ai envoyé à un procureur une procuration, ou même lorsque, sans lui envoyer de procuration, je lui ai simplement écrit de donner pour moi une demande : son état de procureur doit faire facilement présumer que le défaut de renvoi de la procuration, ou de réponse à la lettre qui en tient lieu, renferme une acceptation tacite du mandat.

34. On peut attacher au contrat de mandat un terme ou une condition ; comme lorsque je vous charge de faire pour moi une certaine affaire, *après un certain temps*, ou *au cas qu'une certaine condition arrive* ; et pareillement lorsque je vous charge purement et simplement d'une affaire, vous pouvez attacher à votre acceptation un terme ou une condition, en déclarant « que vous voulez bien vous en charger, si une telle condition arrive, ou pour la faire après un certain temps. » C'est en ce sens qu'Ulprien dit : *Mandatum in diem differri, et sub conditione contrahi potest*, L. 1, § 3, ff. *Mand.*

Pareillement je puis charger quelqu'un de mes affaires, ou jusqu'à un certain temps, ou jusqu'à ce qu'une certaine condition arrive ; *puta*, jusqu'à mon

(1) V. art. 1984, C. c., p. 117, note 1. | accepte, avec l'intention de s'obliger. Nous ajouterons : il faut que cette ac- | (2) V. art. 1985, C. civ., 2^e alinéa, ci-dessus, p. 183, note 1.

retour ; auquel cas le pouvoir du procureur cesse, lorsqu'arrive la condition, ou le temps jusqu'auquel je l'avais chargé.

35. Lorsque je n'ai limité aucun temps, ni apposé à la durée de ma procuration aucune condition, elle vaut *in perpetuum* ; c'est-à-dire, tant que je vis, et que je ne la révoque pas. Quelques praticiens ignorants disent qu'il faut en ce cas renouveler la procuration tous les ans ; mais c'est une erreur qui ne mérite pas d'être réfutée : *Procurator et in diem et sub conditione, et usque dari potest, et in perpetuum* ; L. 3, L. 4, ff. de *Procurat.*

36. On peut charger de ses affaires, ou même d'une seule affaire, une ou plusieurs personnes : on peut les engager ou pour gérer conjointement, ou pour que l'une puisse gérer au défaut de l'autre ; ce qu'on exprime dans les procurations en ces termes : *a donné pouvoir à tel ou tel, ou à chacun d'eux.*

CHAPITRE II.

Des obligations que contracte le mandataire par le contrat de mandat, et de l'action qui en naît.

37. Le mandataire contracte par le contrat de mandat l'obligation : — 1^o de faire l'affaire qui en est l'objet, et dont il s'est chargé ; — 2^o d'y apporter tout le soin qu'elle exige ; 3^o d'en rendre compte.

ART. I^{er}. — De l'obligation que le mandataire contracte de faire l'affaire dont il s'est chargé par le contrat.

38. Il était libre au mandataire, avant qu'il eût accepté le mandat, de l'accepter, ou de ne pas l'accepter ; l'acceptation qu'il en fait est de sa part une grâce et un pur bienfait envers le mandant ; c'est *liberalitas nullo jure cogente facta* : mais lorsqu'une fois il l'a accepté, par cette acceptation il contracte envers le mandant l'obligation d'exécuter le mandat ; et s'il ne l'exécute pas, il est tenu envers le mandant des dommages et intérêts résultant de l'inexécution du mandat : *Sicut liberum est mandatum non suspicere, ita susceptum consummari oportet* ; L. 22, § 11, ff. *Mand.*; et si susceptum non impleverit, *tenetur* (¹) ; L. 5, § 1, ff. *cod. tit.*

Gaius dit pareillement : *Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet* ; L. 27, § 2, f. *cod. tit.*

La loi 11, Cod. *Mand.* dit aussi que le mandataire est comptable, non-seulement des affaires qu'il a gérées, mais aussi de celles qu'il s'était chargé de gérer ; *Non tantum pro his quae gessit, sed etiam pro his quae gerenda suscepit.*

Cette obligation est fondée non-seulement sur ce précepte général de droit naturel, commun à tous les contrats, qui ne permet pas de manquer à ce qu'on a promis, *grave est fidem fallere* ; L. 1, ff. de *Pecun. const.*; elle est encore fondée sur cette autre règle de droit naturel : *Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet* ; L. 17, § 3, ff. *Commod.*

(¹) *V. art. 1991, C. civ.*, même décision.

Art. 1991 : « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dom-

« mages-intérêts qui pourraient résul-
« ter de son inexécution. — Il est tenu
« de même d'achever la chose com-
« mencée au décès du mandant, s'il y
« a péril en la demeure. »

Le mandataire, en acceptant le mandat, et en se chargeant de l'affaire du mandant, paraît exercer un bienfait envers le mandant : l'équité naturelle ne permet pas que cette acceptation du mandat, qui paraît renfermer un bienfait, au lieu de procurer de l'avantage, ne serve, par l'infidélité du mandataire, qu'à induire en erreur le mandant ; ce qui est contre la nature du bienfait. Le mandant, s'il n'eût pas compté sur la parole de ce mandataire infidèle, aurait pu trouver un autre mandataire plus fidèle, ou aurait pu prendre des mesures pour faire par lui-même l'affaire qui faisait l'objet du mandat : il est donc juste qu'il soit dédommagé par ce mandataire infidèle de tout le préjudice que lui cause son infidélité par l'inexécution du mandat.

39. Il peut néanmoins, depuis le contrat, survenir plusieurs justes causes qui déchargent le mandataire de l'obligation d'exécuter le mandat, pourvu qu'il en donne avis au mandant : *Sane, si valetudinis adversæ, vel capitalium inimicitiarum* ; L. 23; *seu ob inanes rei actiones* ; L. 24; *seu ob aliam justam causam excusationes allegat, audiendus est* (1) ; L. 25, ff. *Mand.*

Ces lois rapportent en premier lieu, le cas de maladie, *si valetudinis adversæ*, etc. Il est évident que le mandataire, lorsqu'il se charge du mandat, n'entend s'en charger qu'autant que sa santé lui permettra de l'exécuter ; lorsqu'une maladie qu'on ne prévoit pas devient survenir, l'en empêche, c'est un cas fortuit dont il n'est pas garant, et on ne doit pas exiger de lui l'impossible.

40. Les lois rapportent, en second lieu, le cas d'inimitiés capitales survenues depuis le contrat entre le mandant et le mandataire, *vel capitalium inimicitiarum*. Le mandataire est en ce cas déchargé de l'obligation qu'il a contractée d'exécuter le mandat ; la raison est, que les services qu'un mandataire s'est obligé de rendre au mandant en acceptant le mandat, étant par leur nature un office d'amitié, le mandat doit cesser par la rupture de l'amitié, étant contre la nature des choses qu'un ennemi exige de son ennemi un office d'amitié.

Observez que les lois ne parlent que d'inimitiés capitales, *capitalium inimicitiarum* : il n'y a que ces grandes inimitiés qui déchargent le mandataire d'exécuter le mandat ; un léger refroidissement, un léger différend, qui, depuis le contrat, serait survenu entre les parties, ne l'en décharge pas.

41. Les lois rapportent en troisième lieu, le cas du dérangement des affaires du mandant, survenu depuis le contrat. Il est juste que le mandataire soit, en ce cas, déchargé de l'obligation d'exécuter un mandat pour l'exécution duquel il y aurait des avances d'argent à faire, à moins que le mandant ne lui offrit de remettre les fonds nécessaires ; car il ne s'est chargé du mandat que dans la confiance qu'il serait remboursé de ses avances. Cette confiance venant à cesser par le dérangement des affaires du mandant, il en doit être déchargé ; il ne serait pas juste de l'exposer à perdre ses avances : *Iniquum est damnosum cuique esse officium suum* ; L. 7, ff. *Testam. quemad. aper.*

42. Enfin les lois ajoutent en quatrième lieu, *vel ob aliam justam causam*. Ces termes généraux comprennent toutes les espèces d'empêchements légitimes qui peuvent survenir depuis le contrat.

Par exemple, si, étant à Paris, je m'étais chargé d'une affaire que vous y aviez, et que j'aie été obligé d'en partir pour une affaire indispensable qui

(1) V. art. 2007, C. civ., qui admet la renonciation du mandataire.

Art. 2007 : « Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation. — Néanmoins, si cette renonciation préjudici-

cie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. »

m'est survenue, ce départ est une juste cause d'empêchement, qui doit me décharger de mon obligation.

Il en est de même, si, sans quitter Paris, il m'y est survenu des affaires que je n'avais pas prévues, qui demandent tout mon temps, et qui ne me laissent pas le loisir d'exécuter le mandat; car je n'ai entendu m'en charger qu'autant que j'en aurais le loisir, et je n'ai point entendu m'obliger d'abandonner mes propres affaires pour exécuter le mandat.

43. Le mandataire n'est dispensé, dans tous les cas que nous avons rapportés jusqu'ici, qu'à la charge par lui d'en donner avis au mandant, afin que le mandant puisse prendre ses mesures pour trouver un autre mandataire, ou pour faire par lui-même l'affaire qui a fait l'objet du mandat; faute par le mandataire d'avoir donné cet avis au mandant, il n'est point déchargé de son obligation, et il est tenu des dommages et intérêts résultant de l'inexécution du mandat.

Si l'empêchement était tel, qu'il ne laissât pas au mandataire même le pouvoir d'en donner avis au mandant, tel qu'est l'empêchement d'une maladie aiguë, ou d'une détention dans un lieu où on n'a pas la faculté d'écrire, le mandataire serait déchargé de son obligation, quoiqu'il n'eût pas donné avis de l'empêchement, car on ne doit pas exiger de lui l'impossible.

44. Le mandataire peut quelquefois se décharger de l'obligation d'exécuter le mandat, quoiqu'il ne soit survenu aucune juste cause qui l'en dispense; c'est lorsqu'il fait savoir au mandant qu'il n'entend pas l'exécuter, dans un temps où la chose est encore entière, c'est-à-dire, dans un temps où le mandant est à portée, ou de faire par lui-même l'affaire qui faisait l'objet du mandat, ou de trouver facilement une autre personne qui veuille bien s'en charger. La raison est que, l'obligation que le mandataire a contractée d'exécuter le mandat, étant l'obligation d'un fait, *obligatio facti*, laquelle, selon les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n° 146, ne se résout qu'aux dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation, il s'ensuit que le mandant étant supposé ne souffrir rien, en ce cas, de ce que le mandataire ne s'acquitte pas de l'obligation qu'il avait contractée d'exécuter le mandat, le mandataire peut manquer impunément à son obligation.

C'est ce qui a fait dire à Paul, que celui qui s'était chargé d'un mandat, pouvait impunément en signifier au mandant son départ en deux cas: 1^o lorsque le mandant ne souffrait rien; 2^o en cas de légitime empêchement: *Renuntiari ita potest, ut integrum jus mandatori reservetur, vel per se, vel per alium eamdem rem commodè explicandi; aut si redundet in eum captio qui suscepit mandatum*; c'est-à-dire, si, par un accident depuis survenu, le mandataire ne peut exécuter le mandat *sine magna sui captione, id est*, sans se causer un préjudice considérable, comme s'il lui fallait abandonner pour cela ses propres affaires; L. 22, § 11, ff. *Mand.*

45. Il y a un cas auquel le mandataire non-seulement ne peut, mais ne doit pas exécuter le mandat dont il s'est chargé; c'est lorsqu'il est venu à sa connaissance quelque chose que le mandant ignore, et qui doit vraisemblablement porter le mandant à révoquer le mandat, lorsqu'il en aura connaissance.

Par exemple, si le mandataire a été chargé d'acheter un certain héritage, et que depuis qu'il s'est chargé du mandat, il ait découvert qu'il n'y avait pas de sûreté dans l'acquisition, ou que l'héritage a des vices très considérables qui sont ignorés du mandant; en ce cas, la bonne foi oblige le mandataire à se soucier à l'exécution du mandat dont il s'est chargé, jusqu'à ce qu'il ait donné avis au mandant de ce qui est parvenu à sa connaissance, et qu'il ait reçu de lui de nouveaux ordres.

ART. II. — Du soin que doit apporter le mandataire à l'affaire qui fait l'objet du mandat.

46. Quoique le mandat soit un contrat qui ne concerne que l'intérêt du mandant ; que le mandataire n'y intervienne que pour faire plaisir au mandant, sans qu'il ait aucun intérêt à ce qui en fait l'objet ; et que, suivant le principe tiré de la loi, § 2, ff. *Commod.*, que nous avons rapporté en notre *Traité des Obligations*, n° 142, « dans les contrats qui ne concernent que l'intérêt de l'une des parties, celle pour l'intérêt de laquelle le contrat intervient, ne puisse exiger de l'autre partie que de la bonne foi ; » néanmoins dans le contrat de mandat, par une exception à ce principe, le mandant a le droit d'exiger du mandataire qui s'est chargé du mandat, non-seulement de la bonne foi, mais tout le soin et toute l'habileté que demande l'exécution du mandat dont il s'est chargé ; et le mandataire en conséquence est responsable envers le mandant, de tout le tort qu'il lui a causé dans la gestion de l'affaire, non-seulement par son dol, mais par sa faute, de quelque espèce que soit la faute : *A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse, juris auctoritate manifestè declaratur*; L. 13, Cod. *Mand.*

La raison est que celui qui se charge de la gestion d'une affaire, se charge de tout ce qui est nécessaire pour cette gestion ; et par conséquent de tout le soin et de toute l'habileté qu'elle demande : *Spondet diligentiam et industriam negotiū gerendo parem*. Il manque donc à son obligation lorsqu'il n'apporte pas, pour la gestion de l'affaire, tout le soin et toute l'habileté qu'il s'est chargé d'apporter par l'acceptation qu'il a faite du mandat, et par conséquent il doit être tenu des dommages et intérêts qui en résultent⁽¹⁾.

La loi 10, ff. *Mand.*, où il est dit : *Non amplius quam bonam fidem præstare eum oportet, qui procurat*, n'est pas contraire à ces principes, étant bien entendue. Dans cette loi il était question de savoir si un mandataire qui avait été chargé de faire pour le mandant l'achat d'un certain héritage, après avoir fait cet achat, et mis le mandant en possession de l'héritage, devait être garant de cet héritage envers le mandant ?

On répond qu'il n'en est pas tenu ; qu'il doit suffire au mandant que le mandataire l'ait mis en possession de l'héritage qu'il a acheté par son ordre, qu'il l'ait subrogé aux actions contre le vendeur, qui résultent de cet achat, et que le mandataire ait apporté à cette affaire le soin qu'elle demandait, pour procurer au mandant les sûretés qu'il devait avoir : le mandant ne peut demander rien de plus au mandataire, parce que, dit la loi, c'est tout ce que la bonne foi exige du mandataire, et qu'on ne peut lui demander plus que ce que la bonne foi exige de lui : *Non amplius quam bonam fidem præstare eum oportet, qui procurat*. Voilà le sens de ces termes. Mais ils n'ont pas ce sens, « qu'il suffit au mandataire, de même qu'au dépositaire, de ne pas pécher par malice, et qu'il n'est pas tenu du défaut de soin ; » car étant censé, en se chargeant de l'affaire, s'être chargé d'y apporter le soin qu'elle demandait, la bonne foi l'oblige à remplir son obligation, et à apporter le soin qu'il s'est obligé d'apporter ; d'où il suit qu'il est tenu des fautes qu'il a commises, pour n'avoir pas apporté ce soin. C'est pourquoi il est dit dans la loi, que, si le mandataire n'a pas eu le soin de procurer au mandant les sûretés contre le vendeur qu'il devait lui procurer, il est tenu envers le mandant de cette faute : *Si culpa caveri non curaverit, condemnabitur*; *céd. L. 10, § 1.*

(1) V. art. 1992, C. civ., qui consacre le principe.

Art. 1992 : « Le mandataire répond non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa ges-

tion. — Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire »

47. Le mandataire est tenu non-seulement de ses fautes *in committendo*, mais aussi de celles qui sont *in omittendo*.

Par exemple, si celui que j'avais chargé de la gestion de toutes mes affaires, et à qui j'avais pour cet effet remis mes titres, m'a fait perdre mes créances, en manquant de faire passer des reconnaissances à mes débiteurs, ou de s'opposer à un décret des biens qui y étaient hypothéqués, il n'est pas douteux qu'il en est responsable.

48. Si le mandataire n'était pas capable de l'habileté qui était nécessaire pour la gestion de l'affaire dont il s'est chargé, serait-il tenu du tort qu'il a causé au mandant dans la gestion de l'affaire par son défaut d'habileté ?

La raison de douter est, qu'on ne doit exiger de personne l'impossible.

La raison de décider qu'il en est tenu, est qu'on ne doit pas exiger, à la vérité, du mandataire une habileté qu'il n'a pas ; ce serait exiger de lui l'impossible ; mais qu'on a droit d'exiger qu'il consulte ses forces avant que de se charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat. Il est donc en faute de ne les avoir pas consultées, et de s'être chargé d'une affaire qui surpassait ses forces ⁽¹⁾. Il doit par conséquent être tenu du tort qu'il a causé au mandant, en s'en chargeant, en se faisant fort d'une habileté qu'il n'avait pas. En paraissant vouloir rendre service au mandant, il a induit en erreur le mandant, qui aurait pu gérer l'affaire comme il faut, ou par lui-même, ou par un autre, s'il n'eût pas compté sur ce mandataire imprudent.

49. Ce que nous avons dit ci-dessus, « que le mandataire est tenu de toutes les fautes qu'il commet dans la gestion, de quelque espèce qu'elles soient, » ne doit pas s'entendre en ce sens, que « indistinctement de toutes sortes d'affaires, le mandataire soit tenu d'apporter le soin dont les hommes les plus diligents et les plus attentifs sont capables, et qu'il soit toujours tenu *de levissimā culpā* ; » mais cela doit s'entendre en ce sens, « qu'il doit apporter tout le soin, toute l'habileté que demande la nature de l'affaire qui fait l'objet du mandat ; et qu'en conséquence il est tenu des fautes qu'il fait dans la gestion, même des plus légères, *de levissimā culpā*, non pas indistinctement, mais suivant la nature de l'affaire. » Lorsque l'affaire qui fait l'objet du mandat, est de nature à demander le plus grand soin et la plus grande attention, le mandataire est tenu de l'apporter, et il est tenu, en ce cas, *de levissimā culpā* ; lorsque au contraire l'affaire est de nature à ne demander qu'un soin ordinaire, il suffit au mandataire d'apporter ce soin, et il n'est tenu que *de levi culpā*.

On doit avoir aussi égard aux circonstances. Si un mandataire peu habile, bien loin de s'offrir de lui-même, a cédé aux instances de son ami, pour se charger d'une affaire que son ami ne pouvait faire ni par lui-même ni par d'autres, ne connaissant personne qui voulût s'en charger, on ne doit pas dans ces circonstances exiger de ce mandataire d'autre habileté et d'autre diligence que celle dont il est capable.

50. A l'égard des cas fortuits, et des accidents de force majeure, le mandataire n'en est jamais tenu : *A procuratore omnem culpam, non etiam improvisum casum*, etc., L. 13, Cod. Mand.

Si néanmoins le mandataire s'en était expressément chargé, la convention serait valable, et il en serait tenu, comme dans l'espèce suivante.

J'ai proposé à un de mes amis de lui mener vendre ses laines à une certaine foire, avec les miennes ; il m'a répondu qu'il aimait mieux les vendre, quoique à moindre prix, aux coquettiers qui vont les acheter dans les fermes, que de les envoyer à la foire, parce qu'il craignait que les voleurs, au retour de la foire, ne m'attaquassent, et ne volassent le prix de ses laines.

Je lui ai dit que c'était une terreur panique, et que je me chargeais de l'é-

⁽¹⁾ *Spondet diligentiam et industriam negotio gerendo parem.*

vénement : il m'a en conséquence donné ses laines pour les mener vendre à la foire , en me disant qu'il ne les envoyait que parce que je me chargeais de l'événement.

La convention est valable ; et si le cas arrive , et que je sois volé , je serai tenu de rendre à mon ami le prix de ses laines : *Placuit posse rem huc conditio ne deponi, mandatumque suscipi, ut res periculo sit ejus qui depositum vel mandatum suscepit* ; L. 39, ff. *Mand.*

Au contraire, le mandataire peut stipuler qu'il ne sera pas responsable des fautes qu'il pourrait commettre dans la gestion du mandat. Mais quelque convention qui intervienne , il ne peut manquer inpunément à la bonne foi qu'il y doit apporter : *Illud nulla ratione effici potest, ne dolus præstetur* : L. 27, § 3, ff. *de Pact.*

ART. III. — De l'obligation que le mandataire contracte envers le mandant, de lui rendre compte de sa gestion , et de lui remettre ce qu'il en retient.

§ 1^{er}. *Du compte que doit rendre le mandataire.*

51. Le mandataire s'oblige, par le contrat de mandat, de rendre compte de sa gestion ⁽¹⁾.

Il doit employer , dans le chapitre de recette , les sommes et les choses qui lui sont parvenues de cette gestion.

Si par sa faute il les avait laissé perdre ou périr, il se chargerait, à la place de ces choses , de la somme à laquelle on évaluerait les dommages et intérêts résultant de la perte de ces choses.

Si par sa faute elles étaient détériorées au point qu'elles ne fussent plus recevables, il devrait se charger de la même somme dont il serait tenu de se charger si elles étaient entièrement pérées ou perdues ; sauf à lui à les garder pour son compte.

Il doit employer en recette non-seulement les sommes et les choses qui lui sont effectivement parvenues , mais aussi celles qui lui devaient parvenir, et qui, par sa faute, ne lui sont pas parvenues.

Il doit se charger en recette de la somme à laquelle on estimera les dommages et intérêts du mandant, résultant de ce que, par la faute du mandataire, ces choses ne lui sont pas parvenues.

Quoique la procuration de vendre, sans dire à qui, portât le prix pour lequel le mandant voulait vendre la chose, le mandataire qui l'a vendue pour le prix de la procuration, est tenu de tenir compte de ce qu'il a pu la vendre plus, s'il est justifié qu'il n'a tenu qu'à lui de la vendre plus à un acheteur solvable : car, dans le mandat de vendre pour une certaine somme, on doit sous-entendre, *ou plus, s'il est possible* ; de même que, dans le mandat d'acheter pour une certaine somme, on sous-entend, *ou moins, s'il est possible*.

Il doit employer en recette les fruits qu'il a perçus des choses qui lui sont parvenues, et même le prix de ceux qu'il en aurait dû percevoir, et qu'il n'a pas perçus par sa faute.

Il doit pareillement compter du prix des fruits qu'il aurait dû percevoir des choses qui, par sa faute, ne lui sont pas parvenues ; à moins que le prix de ces fruits ne soit compris dans la somme à laquelle on aurait estimé les dommages et intérêts résultant de ce que par la faute du mandataire les choses ne lui sont pas parvenues.

(1) *V. art. 1993, C. civ.*

Art. 1993 : « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout

ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quant même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. »

Enfin, il doit se charger de la somme à laquelle on estimera les détériorations qu'il aurait causées par sa faute dans les biens ou les choses dont il a eu l'administration.

52. Un procureur *universorum bonorum* peut-il prétendre que ce qu'il doit pour le dommage qu'il a causé au mandant dans une affaire, doit se compenser avec de grands avantages qu'il a procurés par les soins et son habileté au mandant dans d'autres affaires ?

Les lois romaines ont fait cette question à l'égard d'un associé, et elles ont décidé qu'un associé, en pareil cas, n'était pas fondé à prétendre cette compensation, parce qu'il devait ses soins et son industrie à la société, comme nous l'avons vu en notre *Traité de la Société*, n° 125 (¹).

Il y a même raison de décider la question contre le mandataire, qui ne doit pas moins qu'un associé, tous ses soins et toute son habileté à la gestion des affaires dont il s'est chargé, s'y étant obligé envers le mandant par l'acceptation qu'il a faite du mandat.

Il est vrai que la reconnaissance paraît devoir porter le mandant à cette compensation ; mais la reconnaissance ne produit qu'une obligation imparfaite, et elle ne peut donner au mandataire un droit pour exiger cette compensation.

Le sentiment que nous avons embrassé est celui de la glose.

Quelques docteurs cités par Brunneman, *ad L. 4*, Cod. *Mand.*, sont d'un sentiment contraire, et croient qu'on peut admettre cette compensation. Ils se fondent sur la loi Gaius, 11, ff. *de Usur.*, qui décide « que lorsque l'administrateur des deniers d'une ville a placé une partie de ces deniers à un taux inférieur au taux commun et ordinaire, et le surplus à un taux plus cher que le taux ordinaire, de manière que l'intérêt qu'il a retiré du total des sommes, monte au moins au taux ordinaire, il ne doit pas être condamné pour en avoir placé une partie à un moindre taux que le taux ordinaire. »

La réponse est, que, dans l'espèce de la loi opposée, la vigilance qu'a eue l'administrateur à profiter des occasions de placer une partie des deniers à un taux plus cher que le taux ordinaire, fait présumer que lorsqu'il en a placé une partie à un taux moins cher, il n'a pu faire mieux, et qu'il n'est pas en fante. C'est pourquoi cette loi ne peut recevoir d'application à notre question, où on suppose que le mandataire a véritablement causé par sa faute dans une affaire quelque dommage au mandant.

53. Le compte que doit rendre le mandataire, doit aussi contenir un chapitre de mises. Il emploie dans ce chapitre les sommes qu'il a déboursées pour la gestion du mandat.

Ces mises ne lui sont allouées qu'autant qu'il a été à propos de les faire. Mais si l'affaire ne demandait pas qu'il les fit, ou s'il a pu les faire à moindres frais, elles doivent être rejetées, ou réduites à la somme pour laquelle il a pu les faire.

Les frais des voyages que le mandataire a été obligé de faire pour sa gestion, font partie de cette mise (²).

(¹) V. art. 1850, C. civ.

Art. 1850 : « Chaque associé est tenu envers la société, des dommages qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires. »

(²) V. art. 1999, C. civ.

Art. 1999 : « Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et

« frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis. — Si l'affaire n'a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres. »

54. Les docteurs font à cet égard la question, si un mandataire peut coucher en mise tout ce qu'il a été obligé de dépenser pendant le voyage, ou s'il ne peut coucher que ce qu'il a dépensé de plus que ce qu'il eût dépensé s'il fût resté chez lui ?

Brunneman, *ad L. 10, § 3, ff. Mand.*, cite plusieurs docteurs qui décident qu'il ne peut coucher en mise que ce surplus ; parce que, disent ils, un mandataire ne peut demander le remboursement que de ce qu'il lui en a coûté pour s'être chargé du mandat, *id tantum quod ei abest ex causâ mandati*. Or, il ne lui en coûte proprement que ce qu'il a dépensé de plus qu'il n'aurait dépensé s'il fût resté chez lui.

Néanmoins je vois qu'*in praxi* on ne traite pas si ric-à-ric un mandataire, et qu'on lui alloue tout ce qu'il a été obligé de débourser pour les frais de son voyage, sans lui faire déduction de ce qu'il aurait dépensé en restant chez lui.

On peut faire une pareille question pour le contrat de société.

55. On ajoute aussi quelquefois au compte un chapitre de reprises, qui contient la reprise de certaines sommes dont le mandataire s'est chargé par le chapitre de recette, comme étant chargé par le mandat de les recevoir, et qu'il n'a pas néanmoins reçues, soit par l'insolvabilité des débiteurs, soit pour quelque autre cause, sans qu'il y ait eu aucune faute de sa part.

56. On joint le montant du chapitre de reprise à celui du chapitre de mise ; on en fait déduction sur le montant des sommes employées dans le chapitre de recette : ce qui en reste est le reliquat du compte dont le mandataire est débiteur envers le mandant.

Il doit les intérêts de ce reliquat, du jour qu'il a été mis en demeure de le payer⁽¹⁾, quand même les sommes dont le chapitre de recette est composé, seraient des arrérages de rentes constituées, ou des intérêts qui étaient dus au mandant par ses débiteurs. Ces sommes ne sont pas, à la vérité, de nature à produire des intérêts vis à-vis des personnes qui en étaient les débiteurs, mais elles forment, dans la personne du mandataire qui les a reçues, un capital qui peut produire contre lui des intérêts : *Papinianus ait, etiam usuras exegerit procurator, et in usus suos converterit, usuras eum præstare debere* ; *L. 10, § 3, ff. Mand.* Il en est de même du cas auquel le mandataire a été mis en demeure de payer le reliquat formé de ces intérêts.

57. Lorsque c'est le montant des deux chapitres de mise et de reprise, qui excède le total des sommes employées dans le chapitre de recette, il s'en fait pareillement une compensation jusqu'à due concurrence ; et le mandataire est créancier de l'excédant ; pourquoi il a l'action *contraria mandati*, dont nous traiterons au chapitre suivant.

§ II. De la restitution que le mandataire doit faire au mandant, de tout ce qui lui est parvenu de sa gestion.

58. La gestion que le mandataire a faite en exécution du mandat, étant une gestion qu'il a faite pour le mandant, et en son lieu et place, tout ce qui lui est parvenu de cette gestion, il l'a reçu pour le mandant, et en son lieu et place : il doit donc le lui restituer entièrement : *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet*⁽²⁾ ; *L. 20, ff. Mand.*

Néanmoins, lorsque ce sont des sommes d'argent qui sont parvenues au mandataire de sa gestion, il peut compenser et retenir sur ces sommes celles

⁽¹⁾ *V. art. 1996, C. civ.*

Art. 1996 : « Le mandataire doit « l'intérêt des sommes qu'il a em- « ployées à son usage, à dater de cet

« emploi ; et de celles dont il est reli- « quataire, à compter du jour qu'il est « mis en demeure. »

⁽²⁾ *V. art. 1993, C. civ., p. 190, note 1.*

qu'il a déboursées pour sa gestion, et il ne doit rendre que le reliquat qui lui reste après cette compensation faite, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent.

59. Lorsque ce sont des corps certains qui sont parvenus au mandataire, de sa gestion, le mandataire, suivant le même principe, doit les restituer au mandant.

Par exemple, si j'ai chargé quelqu'un de m'acheter une certaine chose, le mandataire qui s'est chargé de mon mandat, et qui a acheté et s'est fait livrer cette chose, doit me la restituer, quand même il en aurait fait l'achat en son nom : *Si tibi mandavi ut hominem emeres, teneberis mihi ut restituas*; L. 8, § 10, ff. *Mand.*

Observez néanmoins que le mandataire n'est obligé de restituer au mandant les corps certains qui lui sont parvenus de sa gestion, qu'à la charge par le mandant de le rembourser au préalable des déboursés qu'il a faits pour sa gestion; jusqu'à ce, le mandataire peut les retenir, *veluti quodam jure pignoris*.

60. Suivant le même principe, «qu'il ne doit rien rester au mandataire de sa gestion,» lorsque le mandataire, par des contrats qu'il a faits en exécution du mandat avec des tiers, a acquis contre eux des droits et actions, le mandant y doit être subrogé; *eod.* § 10.

ART. IV. — De l'action qui naît des obligations du mandataire.

61. De l'obligation que contracte le mandataire par le contrat de mandat, naît l'action *mandati directa*, qu'a le mandant contre le mandataire, aux fins que dans le cas auquel le mandataire, sans une juste cause d'empêchement, aurait manqué d'exécuter le mandat dont il s'est chargé, il soit condamné envers le mandant aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution du mandat, comme il a été dit en l'article premier; et que, dans le cas auquel il aurait exécuté le mandat, il soit condamné à en rendre compte au mandant, et à lui remettre ce qu'il en retient, suivant ce qui a été dit en l'article précédent.

Cette action est appelée *directa*, parce que l'obligation du mandataire d'où elle naît, est l'obligation *mandati directa*, c'est-à-dire, l'obligation principale qui naît du contrat de mandat, sans laquelle il ne peut y avoir, et on ne peut concevoir de mandat; car on ne peut concevoir un contrat de mandat sans que le mandataire s'oblige d'exécuter le mandat, et d'en rendre compte.

62. Le mandant peut intenter cette action contre le mandataire, quand même l'affaire qui fait l'objet du mandat ne serait pas l'affaire du mandant, mais celle d'un tiers; car le mandant qui en a chargé le mandataire, s'en étant par là rendu lui-même comptable envers ce tiers, il a intérêt de s'en faire rendre compte par son mandataire, afin de pouvoir en rendre compte lui-même à ce tiers envers qui il s'en est chargé: *Si quis mandaverit alicui gerenda negotia ejus qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, qui et ipse tenetur*; L. 8, § 3, ff. *Mand.*

Quoique cette loi dise, *ejus qui ipse sibi mandaverat*, il faut décider de même, quand même je vous aurais chargé de l'affaire d'un tiers qui ne m'en aurait pas chargé; car, par cela seul que je vous en charge, j'en deviens chargé et comptable envers lui, *actione negotiorum gestorum*.

63. Lorsqu'il y a plusieurs mandataires qui se sont chargés par le contrat de mandat, de l'affaire qui en fait l'objet, cette action peut s'intenter solidai-rement contre chacun d'eux: *Duobus quis mandavit negotiorum administrationem; quæsitum est an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur?* *Respondi unumquemque in solidum conveniri debere, dummodò ab utroque non amplius debito exigatur*; L. 60, § 2, ff. *Mand.*

Automne, sur ce paragraphe, prétend que cette décision a été abrogée par la nouvelle 99. Néanmoins Domat, en ses *Lois civiles*, liv. 1, tit. 15, sect. 3, n° 13, rapporte cette décision comme étant en vigueur.

J'adhère au sentiment de Domat. Il est vrai que cette nouvelle a décidé que entre plusieurs débiteurs la volonté de s'obliger solidairement ne se présume pas, et qu'elle devait être exprimée : mais cette disposition de la nouvelle ne doit pas s'étendre aux solidités qui se forment par la nature même de l'engagement, telle qu'est celle de deux mandataires qu'on a chargés de la gestion d'une ou de plusieurs affaires. Cette gestion n'ayant point été partagée entre eux, et chacun d'eux s'étant chargé de cette gestion pour le total, il est de la nature de leur engagement qu'ils en soient chargés chacun pour le total, et par conséquent solidairement⁽¹⁾.

64. Cette action peut s'intenter non-seulement par le mandant, mais par ses héritiers et autres successeurs, et elle peut pareillement s'intenter non-seulement contre le mandataire, mais contre ses héritiers; car, quoique le mandat finisse par la mort du mandataire, et que les héritiers du mandataire ne succèdent pas à l'obligation que le mandataire avait contractée d'exécuter le mandat, lorsque le mandataire est mort avant que d'avoir été en demeure, et d'avoir eu le loisir de l'exécuter; au contraire, lorsque le mandataire n'est mort qu'après avoir exécuté le mandat au moins en partie, ou qu'après avoir été en demeure de l'exécuter, ses héritiers succèdent à l'obligation de rendre compte de sa gestion, ou à celle des dommages et intérêts résultant de la demeure en laquelle a été le défunt d'exécuter le mandat dont il s'était chargé.

65. Par le droit romain, l'action *mandati directa* était du nombre de celles qu'on appelait *famosæ*, parce que la condamnation qui intervenait sur cette action contre le mandataire, pour raison de quelque malversation par lui commise dans sa gestion, ou par son refus de rendre compte de ce qu'il en retenait, lui faisait de plein droit encourir l'infamie. Cela n'a pas lieu par notre droit.

66. Le mandant n'a pas d'hypothèque pour cette action sur les biens du mandataire, quoique la procuration ait été passée par acte devant notaire; car ce n'est pas par cet acte que le mandataire, qui n'y est pas présent, s'oblige envers le mandant; ce n'est que par l'acceptation qu'il fait depuis de la procuration; c'est pourquoi, à moins que cette acceptation ne se fît aussi par un acte devant notaire, le mandant ne peut avoir d'hypothèque sur les biens du mandataire⁽²⁾.

CHAPITRE III.

Des obligations du mandant, et quand le mandataire est-il censé s'être renfermé dans les bornes du mandat, ou en être sorti.

67. Le mandant, par le contrat de mandat, contracte envers le mandataire l'obligation de l'indemniser des sommes qu'il a déboursées, et des obligations qu'il a contractées pour la gestion du mandat.

(2) Le Code décide le contraire. Art. 1995 : « Quand il y a plusieurs fondés de pouvoirs ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de « solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée. » (2) Il faudrait aujourd'hui une constitution expresse d'hypothèque.

Nous parlerons de cette obligation, et de l'action qui en naît, dans une première section.

Nous traiterons dans une seconde section, des obligations que le mandant contracte envers les tiers avec lesquels son mandataire contracte en exécution du mandat.

Comme le mandant ne s'oblige ni envers le mandataire, ni envers les tiers avec lesquels le mandataire contracte, qu'autant que le mandataire s'est renfermé dans les bornes du mandat, nous examinerons dans une troisième section quand il est censé s'y être renfermé, ou en être sorti.

SECT. I^e. — DE L'OBLIGATION QUE CONTRACTE LE MANDANT, D'INDEMNISER LE MANDATAIRE.

68. Le mandant, par le contrat de mandat, s'oblige d'indemniser le mandataire de ce qu'il sera obligé de débourser, et des obligations qu'il sera obligé de contracter pour l'exécution du mandat⁽¹⁾.

Cette obligation est appelée *obligatio mandati contraria*, parce que cette obligation n'est pas une obligation principale du contrat de mandat. Ce n'est qu'une obligation incidente, à laquelle donne ouverture, depuis le contrat, la dépense que le mandataire a faite pour l'exécution du mandat. Elle n'est point essentielle au contrat du mandat, puisqu'il y a des mandats qui peuvent s'exécuter sans que le mandataire débourse rien, et sans qu'il contracte aucune obligation envers des tiers pour l'exécution du mandat.

Cette obligation d'indemniser le mandataire, consiste, — 1^o à le rembourser de tout ce qu'il a déboursé pour l'exécution du mandat; — 2^o à le faire décharger des obligations qu'il a contractées envers des tiers pour l'exécution du mandat.

ART. I^e. — De l'obligation de rembourser le mandataire.

Pour qu'il y ait lieu à cette obligation, il faut, — 1^o que le mandataire ait déboursé quelque chose; — 2^o qu'il l'ait déboursé *ex causâ mandati*; — 3^o qu'il l'ait déboursé sans sa faute, *in culpabiliter*.

§ 1^e. Il faut que le mandataire ait déboursé quelque chose.

69. Cela est évident. L'obligation de rembourser le mandataire suppose nécessairement qu'il a déboursé quelque chose.

Par exemple, si j'ai acheté une chose par votre ordre, dont j'ai payé le prix de mes deniers, vous êtes obligé, *obligatione mandati contraria*, de me rembourser la somme que j'ai payée pour le prix de cette chose; ou si j'ai payé le prix avec les deniers que vous m'avez fournis, mais que j'ay déboursé des miens pour les loyaux coûts du contrat, pour les voyages que j'ai été obligé de faire pour cette affaire, vous êtes pareillement obligé de me rembourser: *Si mihi mandaveris ut rem tibi aliquam, egoque emero meo pretio, habeo mandati actionem de pretio recuperando; sed etsi tuo pretio, impendero tamen aliquid bonâ fine ad emptionem rei, erit contraria mandati actio; L. 12, § 9, ff. Mand.*

70. On doit rembourser le mandataire de ce qu'il a déboursé en exécution

(1) *V.* art. 1998, 1^{er} alinéa, et 1999, C. civ. (*V.* ce dernier article, ci-dessus, p. 191, note 2).

Art. 1998: « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contrac-

« tés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. — Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. »

du mandat, quand même le mandataire aurait action contre un tiers pour s'en faire payer; le mandataire est seulement tenu, en ce cas, de subroger le mandant à cette action, lorsque le mandant le remboursera.

Par exemple, si, de l'ordre de quelqu'un, vous avez prêté une somme d'argent à Pierre, vous en avez la répétition, non-seulement *conditione ex mutuo*, contre Pierre à qui vous l'avez prêtée, mais aussi contre votre mandant, *actione mandati contraria*. Ainsi le décide Gordien : *Tam conductio adversus eum qui à te mutuam sumpsit pecuniam, quam adversus eum cujus mandatum seclusus es, mandati actio tibi competit*; L. 7, Cod. Mand.

La nouvelle a néanmoins accordé, en ce cas, l'exception de discussion aux *mandatores pecuniae credendae*, à moins qu'ils n'y aient renoncé.

71. Le mandataire doit être remboursé, non-seulement lorsque c'est de l'argent qu'il a déboursé pour l'affaire dont il était chargé; mais encore si, pour cette affaire, il a employé et aliéné quelque autre chose que ce soit de son bien, il doit être remboursé du prix de cette chose; et ce prix doit se régler eu égard à ce que la chose valait lorsque le mandataire l'a employée pour l'affaire dont il s'était chargé par le mandat.

C'est ce que décide Africanus dans l'espèce suivante :

Vous vous êtes rendu débiteur d'une certaine chose qui ne vous appartenait pas; par votre ordre, je me suis rendu caution pour vous de cette obligation, et m'étant trouvé propriétaire de cette chose, je l'ai donnée pour vous en paiement du cautionnement que j'avais contracté par votre ordre. African décide que vous devez m'en rembourser le prix, eu égard à ce qu'elle valait au temps que je l'ai payée. *Hominem certum pro te dare fidejussi et solvi; quum mandati agetur, estimatio ejus ad id potius tempus quo solutus sit, non quo agetur referri debet; et ideo, etiam si mortuus fuerit, nihilominus utilis actio est*; L. 37, ff. Mand.

72. Lorsque vous m'avez chargé de me rendre caution pour vous envers Pierre pour une certaine somme, *puta*, de mille livres, et de l'acquitter, et qu'en exécution de votre mandat, j'ai engagé Pierre, votre créancier, à accepter pour débiteur en votre place Jacques, qui me devait pareille somme, et que je lui ai délégué; lorsqu'il sera question de régler entre nous ce que vous devez me rembourser *actione contraria mandati*, quand même ma créance de mille livres contre Jacques, pour le peu de solvabilité de Jacques, aurait été *in se* d'une valeur au-dessous de son capital, néanmoins vous me devez rembourser la somme entière de mille livres, parce que votre créancier, en acceptant la délégation que je lui ai faite de cette créance, a rendu bonne cette créance, qui ne vous a pas moins profité que si Jacques eût été très solvable. C'est ce qu'enseigne Paul : *Abesse videtur pecunia fidejussari, etiamsi debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor qui admittit debitorem delegatum*; L. 26, § 2, ff. Mand.

73. Le mandataire doit être remboursé de ce qu'il a déboursé pour l'affaire dont il s'est chargé, soit qu'il l'ait déboursé lui-même, soit que ce soit un tiers qui l'ait déboursé pour lui et en son nom, quand même ce tiers l'aurait fait pour gratifier le mandataire, et sans en prétendre contre lui aucune réputation; car il suffit que cela ait été déboursé au nom du mandataire, pour que le mandataire soit censé l'avoir déboursé : *Marcellus fatetur, si quis donatus fidejussori, pro eo solverit creditor, habere fidejussorem actionem mandati, quasi fidejussor ipse solvisset*; L. 12, § 1, ff. Mand.

Cette décision n'est pas contraire à ce qui est décidé plus haut dans la même loi, que celui qui par votre ordre s'est rendu caution envers votre créancier, et à qui votre créancier a fait remise de la dette par pure libéralité, ne peut rien exiger de vous, *actione mandati contraria*, parce qu'il n'a rien déboursé, et qu'il ne lui en a rien coûté pour l'exécution de votre mandat.

Les deux espèces sont bien différentes. Dans l'espèce opposée, le mandataire n'a rien payé; mais dans notre espèce, lorsqu'un ami de votre mandataire, qui s'est rendu caution pour vous, paie au nom de votre mandataire, à sa prière, la somme pour laquelle il vous a cautionné; quoiqu'il en fasse présent à votre mandataire, il suffit qu'il ait payé cette somme au nom de votre mandataire, pour qu'il soit vrai de dire que c'est votre mandataire qui est censé l'avoir payée, suivant la règle de droit: *Qui mandat solvi ipse solvere videtur; L. 56, ff. de Solut.*; et pour qu'en conséquence il ait contre vous l'action *mandati contraria*, pour s'en faire rembourser. Vous ne pouvez pas lui opposer qu'il ne lui en a rien coûté pour l'exécution de votre mandat; car le paiement ayant été fait au nom de votre mandataire par son ami, ce paiement, *fictione brevis manus*, renferme deux traditions; l'une par laquelle l'ami de ce mandataire lui aurait donné la somme, et l'autre par laquelle le mandataire l'aurait ensuite payée à votre créancier. C'est pourquoi votre mandataire peut vous répondre qu'il lui coûte, pour l'exécution de votre mandat, la somme que lui a donnée son ami, et qu'il a payée à votre créancier, en exécution de votre mandat.

Quand même l'ami de votre mandataire aurait fait ce paiement au nom de votre mandataire, sans qu'il l'en eût prié, il faudrait décider de même; car votre mandataire ratifiant ce paiement fait en son nom par son ami, c'est la même chose que s'il avait été fait à sa prière, suivant la règle de droit: *Rati-habitio mandato comparatur; L. 12, § 4, ff. de Solut.* Conséquemment votre mandataire n'est pas moins censé avoir fait lui-même le paiement qui a été fait en son nom, que s'il eût été fait à sa réquisition; et il a pareillement contre vous l'action *mandati contraria* pour s'en faire rembourser.

Il n'importe que le mandataire, ou autre pour lui, ait payé et déboursé réellement une somme pour l'exécution du mandat, ou qu'il l'ait payée par compensation.

Par exemple, si votre mandataire s'était, à votre prière, rendu caution, pour vous, envers Sempronius votre créancier, pour une somme de mille livres, et que Titius, à qui Sempronius devait une somme de mille livres, voulant gratifier votre mandataire, fût convenu avec Sempronius que la somme que Sempronius lui devait, fût compensée avec celle que votre mandataire était tenu par son cautionnement de payer à Sempronius; votre mandataire a contre vous l'action pour se faire rembourser de la somme de mille livres que son ami a payée pour lui par compensation à votre créancier, en exécution de votre mandat; car c'est la même chose que si Titius l'avait réellement déboursée pour et au nom de votre mandataire. C'est ce que décide Ulprien: *Si is qui fidejussori donare vult, creditorem ejus habeat debitorem suum eumque liberaverit; continuò agit fidejussor mandati, quatenus nihil intersit, nummos solverit creditor, an eum liberaverit; L. 26, § 3, ff. Mand.*

Suivant le même principe, Ulprien décide que, si votre créancier, pour récompense des services que lui avait rendus votre caution, a fait remise de la somme pour laquelle elle vous avait cautionné par votre ordre, votre caution a l'action *mandati contraria* pour s'en faire rembourser par vous; car elle est censée l'avoir déboursée en exécution de votre mandat, par la compensation qui en a été faite avec la récompense qui lui était due pour ses services: *Si fidejussori donationis causā acceptum factum sit, puto, si fidejussorem remunerare voluit creditor, habere eum mandati actionem; L. 10, § fin. ff. Mand.*

Si la remise que le créancier a faite de sa dette, quoique faite en considération de la caution, n'était pas faite pour récompense de services, mais était pure et simple, Ulprien décide que la caution n'aura pas, en ce cas, l'action *mandati contraria*: *Si vero non remunerandi causā, sed principaliter donando fidejussori remisit actionem, mandati eum non acturum; L. 12, ff. Mand.* La raison est que le créancier, en ce cas, n'a rien reçu; la caution n'a rien payé, n'a rien déboursé, *nihil ei abest*.

On ne manquera pas d'objecter que notre jurisprudence française est contraire à la décision de cette loi romaine. Pour cela on tirera argument de ce qu'en matière de retrait lignager, l'acheteur d'un héritage, à qui le seigneur, par quelque considération personnelle pour lui, a fait remise du profit seigneurial, ou pour le tout ou pour partie, est reçu à prétendre contre le lignager le remboursement du profit, ou de la partie du profit dont on lui a fait remise, quoique ni lui, ni aucun autre pour lui, n'ait rien déboursé à cet égard : donc, dira-t-on, dans notre jurisprudence, votre caution que votre créancier a voulu gratifier en faisant remise de sa créance, doit pareillement être reçue, contre la décision de la loi romaine, à prétendre contre vous, par l'action *contraria mandati*, le remboursement de la somme dont votre créancier a fait remise en sa considération, quoique ni elle, ni aucun autre pour elle, n'ait rien déboursé.

Pour concilier notre jurisprudence, dans l'espèce du retrait, avec la décision d'Ulprien dans l'espèce de la loi 12, on peut dire que les deux espèces conviennent bien en un bon point, qui est que, dans l'une et dans l'autre, le créancier n'a rien reçu : mais elles diffèrent en ce que, lorsque le seigneur, ayant le retrait, fait remise du profit à l'acquéreur, cet acquéreur étant pour lors le seul débiteur de ce profit, la donation que renferme la remise que le seigneur fait de ce profit, ne peut être censée faite qu'à cet acquéreur seul ; le retrait qui est fait sur lui ne doit pas le priver de l'effet de cette donation qui a été faite à lui seul. Il est donc bien fondé à prétendre contre le retrayant la somme dont le seigneur lui a fait remise ; autrement il ne serait pas parfaitement indemne : *Eatenus ei abasset, quatenus amitteret donationis in ipsum collatæ effectum.*

Au contraire, dans l'espèce de la loi 12, lorsque le créancier a fait une remise pure et simple de la dette, quoiqu'il ait été porté à la faire par des considérations personnelles pour la caution, il ne s'ensuit pas qu'il n'ait voulu faire qu'à la caution la donation que la remise de la dette renferme : on accorde souvent un bienfait qui est commun à plusieurs personnes, par considération pour l'une d'entre elles. Si le créancier eût voulu que la caution profitât seule de la somme dont il a fait remise, il lui aurait fait un transport sans garantie de sa créance, au lieu d'en faire la remise. La donation que renferme la remise d'une dette, est, par la nature de ce qui en fait l'objet, censée faite à tous ceux qui, étant tenus de la dette, peuvent profiter de la remise. La caution ne peut donc, en ce cas, rien répéter par l'action *mandati contraria*, contre le mandant ; car le créancier, en faisant la remise, quoique porté à la faire par la considération qu'il avait pour la caution, n'ayant rien entendu donner à la caution par cette remise, que la décharge de son obligation ; n'ayant point entendu que la caution profitât seule de la somme dont elle faisait la remise ; on ne peut pas dire, en ce cas, que la caution ait rien mis pour l'exécution du mandat, *nihil ei abest* ⁽¹⁾.

Il en serait autrement si le créancier, en faisant la remise, avait déclaré qu'il la faisait en faveur de la caution seule, et à la charge qu'elle profiterait seule de la somme dont il faisait la remise. La caution aurait en ce cas l'action *mandati contraria* pour s'en faire rembourser par le mandant : car, en ce cas, il

(1) Le Code (art. 1287) a vu, dans la remise accordée à la caution, la remise du cautionnement seulement, et non pas l'extinction de la dette principale. « La remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal. »

Mais il serait possible qu'il résultât des circonstances que le créancier a voulu gratifier la caution et lui céder son

droit contre le débiteur, ce qui au surplus ne doit pas se présumer facilement.

Art. 1287 : « La remise ou décharge « conventionnelle accordée au débi- « teur principal libère les cautions ; — « Celle accordée à la caution ne libère « pas le débiteur principal ; — Celle ac- « cordée à l'une des cautions ne libère « pas les autres. »

est vrai de dire que la caution a employé à l'acquittement de la dette, et par conséquent à l'exécution du mandat, la somme dont le créancier qui a fait la remise de la dette, a voulu lui faire donation. Elle doit donc être remboursée de cette somme par le mandant ; autrement elle perdrait l'effet de la donation que le créancier a voulu lui faire : *Eatenus abesset fidejussori, quatenus effectu donationis in ipsum à creditore collatae privaretur.*

Cette exception que nous apportons à la décision qu'Ulprien nous a donnée dans la loi 12, est tirée du même Ulprien, lequel, en la loi 10, § fin. ff. eod. tit., décide que la caution a l'action *contraria mandati* pour se faire rembourser de la somme dont le créancier a fait remise, lorsque le créancier l'a faite par un legs qu'il a fait de cette remise à la caution : *Si ei (fidejussori) liberationem legavit; putā, s'il a dit par son testament : Je fais remise d'une telle dette qui m'est due par un tel, en faveur d'un tel sa caution, à qui je fais don et legs de la remise que j'en fais.*

La différence qu'Ulprien a mise entre l'espèce de la loi 10, § fin. et celle de la loi 12, ne peut procéder que de ce que le créancier, en faisant à la caution un legs de la remise qu'il faisait de la dette, a suffisamment déclaré qu'il voulait que la caution profitât seule de la somme dont il faisait la remise, au lieu que les actes entre-vifs n'étant pas susceptibles d'une interprétation si étendue que les legs, lorsque le créancier fait remise de sa dette par un acte entre-vifs, quo qu'il paraisse la faire par amitié pour la caution et pour la gratifier, il ne laisse pas néanmoins d'être censé avoir fait la remise de sa dette à tous ceux qui en sont tenus, sur qui elle doit tomber naturellement.

On ne supplée point dans l'acte portant remise, la clause « que la remise n'est faite qu'en faveur de la caution seule, et qu'elle profitera seule de la somme remise, » lorsque le créancier ne s'en est point expliqué : mais lorsqu'il est dit expressément « que la remise est faite à la charge que la caution profitera seule de la somme remise, » on doit donner à la caution l'action *mandati* pour répéter cette somme, de même qu'on la lui donne dans le cas auquel le créancier lui a fait un legs de la remise qu'il faisait de sa dette, *si ei liberationem legavit.*

Observez qu'outre l'action *mandati*, la caution a encore, dans ce cas, l'action *ex fideicommisso* pour répéter la somme dont le créancier a fait remise : car le créancier, l'ayant faite à la charge que la caution profiterait seule de la somme remise, est censé avoir grevé le débiteur principal du fidéicommiss de donner cette somme à la caution. C'est un principe de droit, « qu'on peut grever de fidéicommiss son débiteur jusqu'à concurrence de la somme qu'il doit, et dont on lui a fait pour cet effet remise » : *A debitore fideicommissum relinqui potest; L. 77, ff. Leg. 1°.*

Ulprien rapporte encore en la loi 10, § fin., un cas dans lequel il décide « que la caution a l'action *mandati* pour la somme dont le créancier a fait remise ; » c'est le cas auquel la remise a été faite par une donation pour cause de mort, qu'il a faite à la caution ; *si mortis causā accepto tulisset creditor.* Il y a en ce cas une raison de plus que dans les espèces précédentes pour donner à la caution l'action *mandati*.

En effet, on peut dire que la caution a payé en quelque façon la dette au créancier, par l'obligation qu'elle a contractée envers lui de lui rendre la somme dont il a fait remise, en cas que le créancier survécût, ou changeât de volonté : *Accepisse videtur creditor, dit Cujas, quatenus ei fidejussor se obligavit; et fidejussor videtur solvisse, quatenus creditor videtur accepisse.*

§ II. Il faut que ce que le mandataire a déboursé, l'ait été ex causâ mandati.

74. Le mandataire est censé avoir déboursé *ex causâ mandati*, non-seulement la somme qu'il a été principalement et expressément chargé de payer par le mandat, mais généralement tous les déboursés qu'il a été obligé de faire pour l'affaire dont il s'était chargé.

Par exemple, si quelqu'un, par votre ordre, vous a cautionné pour une certaine somme qu'il a payée pour vous, vous devez le rembourser non-seulement de cette somme, mais encore de tous les déboursés qu'il a été obligé de faire ; tels que sont le coût de l'acte de cautionnement, le coût du change que vous avez payé pour faire tenir la somme due au lieu où elle était payable, etc. *Si fidejussor multiplicaverit summam in quam fidejussit, sumptibus ex justâ causâ factis, totam eam præstabit is pro quo fidejussit* (¹) ; L. 45, § 6, ff. *Mand.*

¶ 5. Les pertes souffrtes par le mandataire, dont l'affaire qui fait l'objet du mandat a été la cause prochaine, sont aussi censées souffrtes *ex causâ mandati*, et doivent en conséquence lui être remboursées.

Africain rapporte pour exemple l'espèce d'un mandataire qui a été volé par un esclave que vous lui aviez donné ordre de vous acheter et de conduire chez vous, sans que vous l'ayez averti qu'il était voleur ; et il décide que vous devez l'indemniser de cette perte, quoique vous ignorassiez qu'il fut voleur : *Etiamsi ignoraverit is qui certum hominem emi mandaverit, surem esse, nihilominus tamen damnum decidere cogetur; justissimè enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si mandatum non suscepisset..... aequius esse nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxerit, non etiam commodi sui causâ suscepere, damnosum esse* ; L. 61, § 5, ff. *de Furtis.*

Cela n'a lieu qu'autant qu'il n'y a aucune faute de la part du mandataire : *Hæc itâ puto vera esse, si nulla culpa ipsius qui mandatum suscepere intercedat. Ceterum si ipse ultrò ei custodiā argenti fortè, vel nummorum commiserit, quum alioqui nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est* ; *eād.* L. § 7.

Suivant ces principes, si, ayant appris qu'un de mes enfants, qui était un jeune débauché, était allé chez vous, je vous ai prié de le retenir jusqu'à ce que je l'envoie querir : si, pendant que par mon ordre vous le retenez chez vous, il vous a fait quelque vol ou causé quelque dommage, sans que par votre faute vous vous y soyez exposé, c'est une perte que vous êtes censé avoir soufferte *ex causâ mandati*, dont je dois vous indemniser.

En cela un mandataire est semblable à un associé.

Nous avons vu en notre *Traité du Contrat de Société*, n° 128, qu'un associé devait être indemnisé par la société, des pertes que lui avait causées la gestion d'une affaire de la société, suivant les lois 52, §§ 4, 60 et 61, ff. *Pro soc.* Par la même raison, un mandataire doit être indemnisé par son mandant, des pertes que lui a causées la gestion de l'affaire dont il s'est chargé par le mandat. Il y a entière parité de raison.

¶ 6. Il faut néanmoins avoir une grande attention à distinguer si la perte souffrte par l'associé ou par le mandataire est une perte dont la gestion dont cet associé ou ce mandataire s'est chargé, ait été la cause, ou si c'est une perte dont cette gestion ait été seulement l'occasion ; car, si elle n'en a été que l'occasion, il n'en est pas dû d'indemnité au mandataire, non plus qu'à l'associé. C'est ce qu'enseigne Paul : *Non omnia quæ impensurus non fuit (mandatarius) mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit à latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus quedam erogaverit; nam hæc magis casibus quam mandato imputari debent* (²) ; L. 26, § 6, ff. *Mand.*

(¹) V. art. 1999, C. civ., ci-dessus, p. 191, note 2. | « indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion

(²) V. art. 2000, C. civ. | « de sa gestion, sans imprudence qui Art. 2000 : « Le mandant doit aussi « lui soit imputable. »

Cette espèce de perte soufferte par un mandataire attaqué et volé dans un voyage qu'il faisait pour l'affaire dont il s'est chargé, laquelle est rapportée dans cette loi comme une perte dont la gestion de ce mandataire a été simplement l'occasion plutôt que la cause, et dont il ne doit pas par conséquent être indemnisé, est au contraire rapportée dans la loi 52, § 4, ff. *Pro soc.*, comme une perte dont la gestion de l'affaire a été la cause, et dont celui qui l'a soufferte doit être indemnisé.

Il est dit dans cette loi : *Quidam sagariam negotiationem coierunt; alter ex his ad merces comparandas profectus, in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit, servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit. Dicit Julianus damnum esse commune; ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere, tam pecuniae quam rerum cæterarum quas secum non tulisset socius, nisi ad mercedes communi nomine comparandas proficeretur; sed et si quid in medicos impensum est socium, agnoscere debere, etc.*

Pour concilier ces deux lois, je crois qu'on doit supposer que, dans l'espèce de la loi 52, § 4, ff. *Pro soc.*, le lieu où l'associé a été attaqué et volé, était un lieu infesté de voleurs et dangereux, par lequel l'associé ne se serait pas exposé de passer, s'il n'eût été obligé d'y passer pour l'affaire dont il s'était chargé. En ce cas, le risque qu'il y avait à courir de passer par ce chemin était un risque dépendant de la gestion de l'affaire dont il s'était chargé. C'est cette gestion qui est la cause pour laquelle il s'était exposé à ce risque, auquel il ne se serait pas exposé sans cela; et elle est par conséquent la cause de la perte et du dommage qu'il a soufferts pour s'y être exposé : il en doit donc être indemnisé comme d'une perte qu'il a soufferte pour la gestion dont il s'est chargé.

Au contraire, il faut supposer, dans l'espèce de la loi 26, § 6, ff. *Mand.*, que le lieu où le mandataire a été attaqué et volé, en faisant le voyage qu'il était obligé de faire pour la gestion de l'affaire dont il s'était chargé, était un lieu par lequel il n'y avait pas plus de risque à passer, qu'il n'y en a à passer dans tous les autres lieux par lesquels on a coutume de passer pour ses propres affaires.

N'y ayant pas plus de risque à courir en passant par le lieu par où la gestion de l'affaire dont il s'est chargé l'obligeait de passer, qu'à passer par tout autre lieu, on ne peut pas dire qu'en se chargeant de la gestion de l'affaire dont il s'est chargé, il se soit exposé à aucun risque qui fut une dépendance de cette gestion, ni par conséquent que cette gestion soit la cause de l'accident qui lui est arrivé; elle n'est que l'occasion de cet accident, qui pouvait également arriver partout ailleurs : *Hoc magis casibus imputari oportet; ead. L. 26.*

Observez néanmoins que, dans ce cas, lorsque le mandataire qui a été blessé et volé dans le voyage qu'il faisait pour l'exécution du mandat, est un pauvre homme qui a été chargé de ce mandat par un homme riche; quoiqu'il n'y ait pas, de la part du mandant, une *obligation parfaite* d'indemniser le mandataire de cette perte, il est néanmoins de l'humanité et de la bienséance qu'il l'en indemnise.

On doit faire la même distinction pour le cas du naufrage. S'il est arrivé, dans un trajet de rivière que le mandataire avait coutume de faire pour ses propres affaires, on ne peut pas dire, en ce cas, que la gestion dont il s'est chargé soit la cause de la perte qu'il a soufferte par ce naufrage; elle n'en est que l'occasion : *Hoc casibus imputari oportet.*

Mais si le naufrage est arrivé dans le cours d'une navigation aux risques de laquelle il s'est exposé pour la gestion de l'affaire dont il s'est chargé, et auxquels il n'aurait pas été exposé sans cela, c'est en ce cas cette gestion qui doit être regardée comme la cause de la perte qu'il a soufferte, et il en doit être indemnisé.

Observez que, dans le cas auquel la gestion d'une affaire dont un mandataire ou un associé s'est chargé, peut passer pour la cause de la perte que ce mandataire ou cet associé a soufferte par des voleurs ou par un naufrage dans le cours d'un voyage qu'il faisait pour l'affaire dont il s'était chargé, elle ne l'est que jusqu'à concurrence de ce qu'il a été obligé de porter avec lui pour son voyage : s'il a porté avec lui beaucoup d'autres choses qui ne lui étaient pas nécessaires pour ce voyage, il n'est pas fondé à demander d'en être indemnisé. *Voy. notre Traité du contrat de Société, n° 129.*

27. On fait une autre question, qui est de savoir si la gestion du mandat ayant tellement pris tout le temps du mandataire, qu'il n'a pas eu le loisir de vaquer à ses propres affaires, il est fondé à demander à être indemnisé de la perte qu'il a soufferte dans ses affaires, faute d'avoir eu le loisir d'y vaquer ?

La raison de douter est que la gestion du mandat, n'ayant pas laissé au mandataire le loisir de vaquer à ses propres affaires, paraît être la cause de la perte qu'il a soufferte.

Je pense néanmoins qu'il n'est pas fondé à prétendre cette indemnité. Ce n'est pas tant la gestion du mandat *in se*, que la témérité qu'il a eue de se charger d'une gestion qu'il n'avait pas le loisir de faire, qui lui a causé cette perte. Il devait, avant de s'en charger, examiner s'il *en* avait le loisir : c'est sa faute s'il s'en est chargé sans en avoir le loisir : le mandant aurait pu trouver, s'il ne s'en fut pas chargé, un autre mandataire qui eût eu plus de loisir, ou il aurait pu faire cette gestion par lui-même.

§ III. Il faut que ce ne soit pas la faute du mandataire qui ait donné lieu aux déboursés qu'il a faits pour sa gestion.

28. *Voy.* des exemples de ce principe dans notre *Traité des Obligations*, part. 2, ch. 6, sect. 7, art. 1, § 3, à l'égard des cautions.

De même que le mandataire ne doit pas être remboursé des déboursés qu'il a faits pour le mandant par sa faute, pouvant se dispenser de les faire ; de même, lorsque par sa faute il a déboursé trop, pouvant exécuter le mandat à moindres frais, il n'en doit être remboursé que jusqu'à concurrence de ce qu'il suffisait de débourser.

Par exemple, si celui qui, par votre ordre, s'est rendu caution d'une certaine quantité de froment, a acquitté cette dette avec du froment de la meilleure espèce, quoiqu'il eût pu l'acquitter avec du froment d'une espèce inférieure et moins chère, il ne doit être remboursé que sur le pied de la valeur de l'espèce inférieure de froment avec laquelle il pouvait acquitter la dette : *Fidejussorem, si sine adjectione bonitatis tritici, pro altero triticum spondit; quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo: à reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se à stipulatore potuit*; L. 52, ff. *Mand.*

Mais lorsque le mandataire n'a pu faire mieux ; par exemple, si, dans l'espèce proposée, il n'a pu acquitter le cautionnement qu'avec du froment de l'espèce la plus précieuse, *puta*, parce qu'il n'en avait pas d'autre ; on ne peut lui rien imputer ; et ses déboursés ne peuvent souffrir un retranchement, quand même le mandant ou un autre mandataire auraient pu exécuter le mandat à moindres frais : *Impendia mandati exequendi gratiā facta, si bona fide facta sunt, restitui omnino debent; nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere*; L. 27, § 4, ff. *Mand.*

29. Le mandant doit rembourser le mandataire des déboursés qu'il a faits pour l'affaire dont il l'a chargé, quoique l'affaire ait eu un mauvais succès, pourvu que ce ne soit pas par la faute du mandataire : *Etiamsi contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas appellatiōnis procu-*

ratorem constituerunt, si tamen nihil tuā culpā factum est, sumptus quos in litem probabili ratione feceras, contrariā mandati actione petere potes ; L. 1, Cod. Mand.

Par la même raison, quoique le mandataire n'ait pu mettre à chef l'affaire dont il s'est chargé, pourvu que ce soit sans sa faute, il ne laisse pas de devoir être remboursé de ses déboursés : *Sumptus bonā fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, judicio mandati restitui necesse est* ⁽¹⁾ ; L. 56, § 4, ff. *Mand.*

ART. II. — De l'obligation que contracte le mandant de procurer au mandataire la décharge des obligations que ce mandataire a contractées pour l'exécution du mandat.

§ 1. Le mandant doit indemniser entièrement la mandataire de la gestion de l'affaire dont il a bien voulu se charger. Cette indemnité ne consiste pas seulement à rembourser le mandataire des déboursés qu'il a faits ; il faut, pour que l'indemnité soit entière, qu'il soit déchargé des obligations qu'il a contractées pour l'exécution du mandat. Le mandant est donc obligé, *obligatione contrariā mandati*, de lui procurer cette décharge, pourvu que le mandataire ait été obligé de contracter ces obligations pour la gestion de l'affaire qui faisait l'objet du mandat, et sans qu'il y ait aucune faute de sa part.

Le mandant peut s'acquitter de cette obligation, de deux manières, ou : —1^o en rapportant au mandataire un acte par lequel le créancier envers qui le mandataire s'est obligé, déclare qu'il décharge le mandataire, et qu'il accepte le mandant pour seul débiteur en sa place ; ou, —2^o en payant la dette.

Lorsque le mandant ne peut pas procurer de la première manière au mandataire la décharge des obligations qu'il a contractées, parce que les créanciers ne veulent pas décharger le mandataire, le mandant est obligé de la lui procurer de la seconde manière, c'est-à-dire en payant la dette que le mandataire a contractée pour la gestion du mandat.

Ces principes sont conformes à la décision de Paul : *Si mandato meo fundum emeris, utrum quum pretium dederis ages tecum mandati, an et antequam des? Et recte dicitur, in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem quae adversus te venditori competit* ; L. 45, ff. *Mand.*

Est aequum (nous dit le même Paul), *sicut mandante aliquo actionem nanti, cogimur eam prestare judicio mandati; ita ex eadem causā obligatos, habere mandati actionem, ut liberemur* ⁽²⁾ ; *eād. L. 45, § 5.*

§ 2. Il suffit que le mandataire ait contracté l'obligation pour l'affaire dont il s'est chargé, et que cette affaire l'exigeât, pour que le mandant soit tenu de l'en indemniser, quand même, par quelque accident survenu, il n'en aurait pas profité.

Par exemple, si j'ai fait un emprunt pour la gestion d'une affaire dont vous m'avez chargé, avec déclaration que j'ai fait cet emprunt pour la gestion de votre affaire, pour laquelle il y avait de grosses avances à faire ; si, depuis que j'ai fait cet emprunt, avant que j'aie pu employer la somme à votre affaire, cette somme, par un accident de force majeure, m'a été volée ; quoique je ne l'aie pas employée à votre affaire, et que vous n'ayez pas profité de l'emprunt, vous ne laisserez pas d'être tenu de m'en indemniser : *Si procurator meus in negotia mea impensurus, pecuniam mutuatus, sine culpā eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum* ; L. 17, ff. *De in rem verso.*

⁽¹⁾ *V. art. 1999, 2^e alinéa, C. civ.,* | ⁽²⁾ *V. art. 1998, 1^{er} alinéa, C. civ.,*
ci-dessus, p. 191, note 2. | ci-dessus, p. 195, note 1.

ART. III. — De l'action qui naît des obligations du mandant.

82. Des obligations du mandant naît l'action *contraria mandati*, qu'a le mandataire contre le mandant, pour se faire rembourser des déboursés qu'il a faits, et se faire décharger des obligations qu'il a contractées pour l'exécution du mandat.

Lorsque le mandataire a été chargé du mandat par plusieurs personnes, il peut intenter cette action solidairement contre chacun des mandants : *Paulus respondit unum ex his mandatoribus in solidum elegi posse, etiamsi non sit concessum in mandato* (¹) ; L. 59, § 3, ff. *Mand.*

Despeisses est d'avis contraire, et il se fonde sur ce que Paul ajoute : *Post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessariò ex causa judicati singulos pro parte dimidiò convenire posse et debere.*

Cela ne dit pas qu'ils ne soient pas tenus solidairement : mais quoiqu'ils soient tenus solidairement, néanmoins s'il n'est pas porté par la sentence de condamnation rendue contre les deux, qu'ils sont condamnés solidairement, la condamnation ne pourra pas s'exécuter solidairement, parce que la solidité doit être exprimée par la sentence.

Au reste, lorsqu'il y a plusieurs *mandatores pecuniae credendae*, ils ont l'exception de division à l'instar des cautions ; mais cette exception doit être opposée.

Quand même l'affaire ne concernerait que l'un des deux mandants, chacun d'eux ne laisse pas d'être tenu de cette action : *Si secundum mandatum Triphonis et Felicis, equos tuā pecuniā comparatos, uni de his utriusque voluntate dedisti, ad parendum placitis eos mandati judicio conventos bona fides urget* ; L. 14, Cod. *Mand.*

83. Cette action ne peut avoir lieu que contre le mandant ou ses héritiers : c'est pourquoi, quoique ce soit votre affaire que j'ait gérée, si ce n'est pas de votre ordre, mais de l'ordre de Pierre que je l'ai gérée, ce n'est pas contre vous que j'ai l'action *contraria mandati*, ce n'est que contre Pierre mon mandant que j'ai cette action : *Quum mandato alieno pro te fidejusserim, non possum adversus te habere actionem mandati* ; L. 21, ff. *Mand.*

Néanmoins Pierre ayant action contre vous pour l'indemniser de l'action que j'ai contre lui afin que je sois remboursé des déboursés que j'ai faits dans votre affaire, je serai reçu, non pas de mon chef, *et ex propriâ persona*, mais comme exerçant à cet égard les droits de Pierre, mon mandant et mon débiteur, à vous demander, *omisso circuitu*, le remboursement de mes déboursés, dont vous êtes tenu envers Pierre, et dont Pierre est tenu envers moi (²).

84. Le mandataire peut ordinairement intenter l'action *contraria mandati* contre le mandant, aussitôt qu'il a fait des déboursés ou qu'il a contracté des obligations pour l'exécution du mandat.

Néanmoins, lorsque l'objet principal du mandat était que le mandataire soucrivit un cautionnement pour le mandant, le mandataire qui a soucrit ce cautionnement ne peut ordinairement exercer l'action *contraria mandati* qu'après qu'il a payé, ou qu'il est poursuivi pour le paiement, si ce n'est en certains

(¹) V. art. 2002, C. civ.

Art. 2002: « Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat. »

(²) V. art. 1166, C. civ.

Art. 1166 : « Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. »

cas, sur lesquels voyez notre *Traité des Obligations*⁽¹⁾, part. 2, chap. 6, sect. 7, art. 2 et 3.

La raison est tirée de la nature particulière de ce mandat, qui a pour fin de procurer au mandant du crédit et du temps pour acquitter la dette pour laquelle il se fait cautionner : l'office que lui rend le mandataire dans ce cas, lui serait préjudiciable, au lieu d'être un bon office, si ce mandataire pouvait le poursuivre incontinent pour le contraindre à payer le créancier, afin d'être déchargé de son cautionnement.

85. Le mandant n'est pas reçu, pour se défendre de l'action *mandati*, à offrir d'abandonner au mandataire tout ce qui est provenu de l'affaire qui a fait l'objet du mandat : *Si mihi mandareris ut rem tibi aliquam emam.... im-pendi aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio, etsi⁽²⁾ rem emptam nolis recipere; simili modo, et si quid aliud mandaveris, et in id sumptum fecero; L. 12, § 9, ff. Mand.*

86. Le mandataire a, pour cette action, une hypothèque sur les biens du mandant, lorsque la procuration est par un acte devant notaires⁽³⁾.

A-t-elle lieu du jour de la date de la procuration ?

Non ; cette hypothèque ne peut être acquise au mandataire que depuis qu'il a accepté la procuration, et même que depuis qu'il a commencé la gestion par quelque déboursé, ou par quelque obligation qu'il a contractée pour cette affaire.

Il est évident qu'elle ne peut naître avant l'acceptation de la procuration ; car le droit d'hypothèque à une obligation, étant un droit accessoire à l'obligation, l'hypothèque ne peut pas naître avant l'obligation. Or l'obligation que le mandant contracte envers le mandataire, qui naît du contrat de mandat, ne peut pas naître avant qu'il y ait un contrat de mandat, qui ne se forme que par l'acceptation que fait le mandataire de la procuration, puisqu'il ne peut y avoir de contrat que par le concours des volontés des deux parties contractantes : il est donc évident que les biens du mandant ne peuvent être hypothéqués à l'obligation qu'il contracte envers le mandataire, avant l'acceptation de la procuration.

Il y a plus : je dis qu'elle ne peut naître que depuis que le mandataire a commencé sa gestion : car ce n'est que de ce temps que commence l'obligation du mandant, et par conséquent l'hypothèque qui accède à cette obligation. On ne peut pas dire avant cela, que le mandant soit obligé, puisqu'il dépend absolument de lui de ne l'être pas, en révoquant sa procuration. C'est suivant ce principe que Gaius dit : *Potior est in pignore qui credit pecuniam, et accepit hypothecam; quamvis cum alio anté convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet anté convenit, non accipere ab eo pecuniam; L. 11, ff. Qui pot. in pign.*

Pour soutenir que l'hypothèque doit commencer du jour de l'acceptation de

(1) V. art. 2032, C. civ.

Art. 2032 : « La caution même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée, — 1^o Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement; — 2^o Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture; — 3^o Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps; — 4^o Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée; —

5^o Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une telle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé. »

(2) *Ita legendum*, au lieu de *aut si*, qui est une mauvaise leçon. (Note de l'édition de 1766.)

(3) Il faudrait aujourd'hui que l'acte notarié contînt la stipulation d'hypothèque.

la procuration, et avant la gestion, on dit que la loi opposée décide seulement que l'obligation *ex mutuo*, qui naît du contrat de prêt, n'ayant pu naître avant le contrat de prêt, l'hypothèque qui en est l'accessoire, n'a pu naître plus tôt : mais le contrat de mandat étant formé par l'acceptation de la procuration, il semble que l'obligation du mandant envers le mandataire, qui naît de ce contrat, doit être censée née du jour de cette acceptation, aussi bien que l'hypothèque.

La réponse est, qu'il est bien vrai que c'est le contrat de mandat qui produit l'obligation du mandant envers le mandataire ; mais il ne la produit pas d'abord ; il ne la produit qu'*ex post facto*, lorsque le mandataire fait des déboursés, ou contracte des obligations en exécution du mandat ; et c'est pour cela qu'elle est appelée *obligatio mandati contraria ex post facto superveniens*. Avant cela il n'y a pas d'obligation du mandant, pas même d'obligation conditionnelle, puisqu'il est entièrement en son pouvoir de n'en pas contracter, en révoquant son mandat. Qu'on ne dise pas que celle qu'il contracte lors de la gestion du mandat, a un effet rétroactif au temps que se forme le contrat qui la produit ; car on ne peut lui donner un effet rétroactif au préjudice d'autres hypothèques acquises à des tiers dans le temps intermédiaire (1).

Quand même la procuration ne serait pas passée par un acte devant notaires, le mandataire qui, en exécution de la procuration, a déboursé des sommes pour réparer et conserver un héritage du mandant, a sur cet héritage une hypothèque privilégiée, qui doit le faire préférer, sur le prix de cet héritage, à tous les autres créanciers qui y ont des hypothèques ; car il a fait le bien commun de tous ces créanciers, en faisant réparer cet héritage. C'est sur cette raison qu'est fondée la décision des lois 5 et 6, ff. *Qui pot. in pign.* (2).

C'est sur semblable raison que sont fondés les arrêts des parlements de Dauphiné et de Bourgogne, cités par Despeisses, qui, dans le cas d'un mandataire qui avait payé de ses deniers le prix d'un héritage qu'il avait acheté pour

(1) Il faudrait donc dire, en adoptant le sentiment de Pothier, que cette hypothèque ne naît qu'au fur et à mesure de chaque déboursé du mandataire, et que ce mandataire aura rang multiple d'hypothèque, d'après la date des diverses avances. Ce qui n'est guère admissible.

Nous préférons admettre cette hypothèque comme conditionnelle et rétroagissant au jour de la convention, et prenant rang pour le total des déboursés du jour de l'inscription.

(2) Il faudrait pour cela s'être conformé à l'art. 2103, §§ 4 et 5.

Art. 2103 : « Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont : 1^o... ; 2^o... ; 3^o... ; — 4^o Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux, ou autres ouvrages quelconques, pourvu néanmoins que, par un expert nommé d'office par le tribunal de première instance dans le res-

« sort duquel les bâtiments sont situés, « il ait été dressé préalablement un procès-verbal, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office ; — Mais le montant du privilégié ne peut excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal, et il se réduit à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant des travaux qui y ont été faits ; — 5^o Ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser les ouvriers jouissent du même privilégié pourvu que cet emploi soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt, et par la quittance des ouvriers, ainsi qu'il a été dit ci-dessus pour ceux qui ont prêté les deniers pour l'acquisition d'un immeuble. »

le mandant, lui ont donné une hypothèque privilégiée pour être remboursé de ce prix : *nam suo sumptu fecit, ut res in bonis debitoris esset* (1).

SECT. II. — DES OBLIGATIONS QUE LE MANDANT CONTRACTE ENVERS LES TIERS AVEC LESQUELS SON MANDATAIRE CONTRACTE, EN EXÉCUTION DU MANDAT.

87. Lorsque le mandataire, en exécution du mandat, et en se renfermant dans les bornes du mandat, a fait quelques contrats avec des tiers; s'il n'est interveu dans ces contrats qu'en qualité de *mandataire* ou de *procureur*, ou de *fondé de procuration* d'un tel son mandant, c'est, en ce cas, le mandant qui est censé contracter par son ministère, et qui s'oblige envers les personnes avec lesquelles son mandataire a contracté en cette qualité. Le mandataire, en ce cas, ne contracte aucune obligation envers les personnes avec lesquelles il contracte en cette qualité, parce que ce n'est pas lui qui est censé contracter; il ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter (2).

88. Quoique ce soit pour l'affaire qui fait l'objet du mandat, et en se renfermant dans les bornes du mandat, que le mandataire a fait quelques contrats avec des tiers; lorsque c'est en son propre nom qu'il a contracté, et non pas en sa seule qualité de *mandataire d'un tel, procureur ou fondé de procuration d'un tel*, c'est, en ce cas, le mandataire qui s'oblige envers ceux avec lesquels il a contracté; c'est lui qui se rend leur débiteur principal. Mais il oblige conjointement avec lui son mandant, pour l'affaire duquel il paraît que le contrat se fait : le mandant, en ce cas, est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour son affaire; et de cette obligation accessoire du mandant, naît une obligation qu'on appelle *utilis institoria*, qu'ont contre le mandant ceux avec lesquels le mandataire a contracté pour l'affaire du mandant : *Si quis pecunia fenerandæ, agro colendo, condendis vendendisque frugibus præpositus est; ex eo nomine quod cum illo contratum est, in solidum fundi dominus obligabitur* (3); Paul, sent. II, 8, 2.

89. Observez que, pour que le mandataire oblige le mandant envers *celui* avec qui il contracte, il suffit que le contrat qu'il a fait avec lui paraisse renfermé dans la procuration qu'il lui a fait apparaître, quoique ce mandataire, par des raisons inconnues à *celui* avec qui il a contracté, ait, en contractant, excédé les bornes de son pouvoir, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, n° 79.

C'est pourquoi si mon mandataire, à qui j'ai donné procuration d'emprunter pour moi 300 livres, après avoir, en vertu de cette procuration, emprunté cette somme d'un premier prêteur, emprunte en mon nom pareille somme d'un second prêteur en vertu de ma procuration qu'il lui exhibe, il m'oblige envers ce second prêteur, qui ne savait pas qu'il eût déjà emprunté cette somme d'un premier prêteur, et qu'il excédait son pouvoir en faisant le second emprunt.

Voy. sur cette obligation notre *Traité des Obligations*, part. 2, chap. 6, sect. 8, art. 2.

(1) Il aura le privilége du vendeur, s'il s'est fait subroger.

(2) V. art. 1997, C. civ.

Art. 1797 : « Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité, une suffisante

connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au delà, s'il ne s'y est personnellement soumis. »

(3) V. art. 1998, C. civ., 1^{er} alinéa ci-dessus, p. 195, note 1.

SECT. III. — QUAND LE MANDATAIRE EST-IL CENSÉ S'ETRE RENFERMÉ DANS LES BORNES DU MANDAT, ET QUAND PARAIT-IL EN ÊTRE SORTI?

90. L'obligation que le mandant contracte par le contrat de mandat envers le mandataire, étant, suivant la définition que nous en avons donnée *suprà*, n° 67, l'obligation de l'indemniser de *la gestion du mandat*, il s'ensuit que, pour que le mandant contracte cette obligation, il faut que le mandataire se soit exactement renfermé dans les bornes du mandat; car, s'il s'en est écarté, sa gestion n'est plus la gestion du mandat, ni par conséquent celle pour laquelle le mandant s'est obligé de l'indemniser. C'est ce qui a fait dire à Paul : *Diligenter fines mandati custodiendi sunt; nam qui excessit, aliud quid facere videtur* (¹); L. 5, ff. *Mand.*

Ce n'est pareillement que dans le cas auquel le mandataire se renferme dans les bornes du mandat, que le mandant peut être censé contracter par le ministère du mandataire, avec ceux avec lesquels le mandataire contracte, et qu'il s'oblige envers eux. Si le mandataire est sorti des bornes du mandat, le mandant peut désapprouver les contrats, quoique faits en son nom, et les laisser pour le compte du mandataire.

Il est donc nécessaire de savoir quand le mandataire doit paraître s'être renfermé dans les bornes du mandat, et quand il doit paraître en être sorti.

On peut dire en général que le mandataire est censé s'être renfermé dans les bornes du mandat, lorsqu'il a fait précisément la même affaire dont il a été chargé par le mandant, aux conditions prescrites par le mandat, et à plus forte raison, lorsqu'il l'a faite à de meilleures conditions.

Pour développer davantage ce principe, on peut distinguer huit cas.

PREMIER CAS. — *Lorsque le mandataire a fait précisément la même affaire portée par le mandat, sans que le mandant lui eût prescrit aucune condition dont il se serait écarté.*

91 Il est évident que, dans ce premier cas, le mandataire n'est point sorti des bornes du mandat, et qu'il s'y est renfermé.

On peut rapporter pour exemple le cas auquel le mandant aurait chargé le mandataire de lui acheter un certain héritage, sans lui limiter le prix. Le mandataire en ce cas, en achetant cet héritage pour le compte du mandant, quel que soit le prix pour lequel il l'achète, est dans les bornes du mandat, et il ne peut paraître s'en être écarté : *Si mandavi tibi ut aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quicquam statui, tuque emisti, utrinque, actio nascitur*; L. 3, § 1, ff. *Mand.* : pourvu néanmoins que le prix pour lequel il l'a acheté, ne soit pas un prix immense, au-dessus du plus haut point du juste prix; car la condition de ne pas excéder le juste prix, doit toujours être sous-entendue dans le mandat d'acheter.

SECOND CAS. — *Lorsque le mandataire a fait précisément la même affaire dont il a été chargé par le mandat, et à des conditions plus avantageuses que celles prescrites par le mandat.*

92. Il est encore évident que le mandataire ne peut paraître, en ce cas, être sorti des bornes du mandat. Par exemple, *Si quum tibi mandassem ut Stichum decem emeres, tu eum minoris emeris; vel tantidem, et ut aliud quicquam servo accederet; utroque enim casu, aut non ultrâ pretium, aut intrâ pretium fecisti*; L. 5, § 5, ff. *Mand.*

Le mandataire oblige donc en ce cas le mandant : il ne sort point des bor-

(¹) *V.* art. 1998, 2^e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 195, note 1.

nes du mandat ; il fait l'affaire conformément aux conditions qui lui sont prescrites par le mandant : car, dans le cas proposé pour exemple, lorsque le mandat porte d'acheter pour un certain prix, il est naturel de sous-entendre dans le mandat, *ou pour moins, s'il est possible.*

TROISIÈME CAS. — *Lorsque le mandataire a fait l'affaire dont il a été chargé, mais à des conditions plus dures que celles qui lui ont été prescrites par le mandat.*

93. Il est évident que, dans ce cas, le mandataire est sorti des bornes du mandat, en ne se conformant pas aux conditions qui lui étaient prescrites par le mandat. C'est pourquoi il est au choix du mandant, en ce cas, d'approuver, ou de ne pas approuver ce qui a été fait par le mandataire ; et s'il ne juge pas à propos de l'approuver, il ne contracte aucune obligation, ni envers son mandataire, ni envers ceux avec lesquels son mandataire a contracté, quoiqu'il ait contracté au nom du mandant.

Par exemple, si je vous ai chargé d'acheter pour moi une certaine chose pour une certaine somme limitée par la procuration, et que vous l'ayez achetée pour une plus grande somme, je puis vous laisser le marché pour votre compte, quoique vous l'ayez fait en mon nom, et je ne contracte aucune obligation, ni envers vous, ni envers le vendeur.

94. Au moins ne pouvez-vous pas être reçu à m'obliger de prendre le marché, en offrant de prendre pour votre compte et de m'indemniser de ce qu'il en doit coûter de plus que si le marché eût été fait suivant les conditions de la procuration ?

Les jurisconsultes romains ont été partagés sur cette question.

Le sentiment le plus équitable, et qui a prévalu, est que le mandataire doit être reçu à faire ces offres ; on ne fait aucun tort au mandant : *Si ego pretium statui, tuque pluris emisti; quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus essem id quod excedit remittere; namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi verò si velit mecum esse: sed Proculus rectè eum usque ad pretium statutum acturum existimat: quæ Sententia sanè benignior est; L. 3, § fin.; L. 4, eod tit.*

Observez que, la loi suppose en ce cas pour constant, que, lorsque mon mandataire n'a pu acheter la chose que pour un prix plus cher que celui porté par la procuration, je ne puis pas le forcer à me donner la chose pour le prix porté par ma procuration : il faut, si je veux l'avoir, que je la lui paie le prix qu'elle lui a coûté. D'où les Sabiniens concluaient, que, puisque je n'ai pas d'action contre mon mandataire pour l'obliger à me donner la chose pour le prix porté par la procuration, il n'en doit pas avoir contre moi pour m'obliger à la prendre pour ce prix.

Cet argument des Sabiniens ne vaut rien. Je ferais une injustice, si j'obligeais mon mandataire à me donner la chose pour le prix porté par la procuration, lorsqu'elle lui coûte plus cher : au contraire, mon mandataire ne se fait aucun tort, en m'obligeant de prendre la chose pour le prix porté par la procuration, et en se chargeant lui-même, en pure perte pour lui, de ce qu'il l'a achetée de plus⁽¹⁾.

(1) Pothier traite un peu lestement cet argument des Sabiniens : il est bien évident que, d'après l'avis de Proculus, le mandant se trouve à la discrétion du mandataire, celui-ci pouvant dire au mandant, lorsque l'opération est avantageuse : Je n'ai pu accomplir votre mandat, *rem aliam feci*, c'est pour moi-même que j'ai contracté et je

conserve le bénéfice. Au contraire, si ce même mandataire équivoque s'aperçoit qu'il a fait une mauvaise affaire, il pourra, en supportant un léger sacrifice, rejeter la presque totalité de la perte sur le mandant : en deux mots, il va dépendre de l'une des parties de se rendre maîtresse du contrat, d'être mandataire ou non à son gré, et cela

Suivant le même principe, lorsque j'ai donné procuration à mon mandataire de me vendre une chose pour la somme de 100 livres, et que n'en ayant pu trouver que 98 livres, il a cru faire pour le mieux en la vendant 98 livres ; si je ne veux pas tenir le marché, mon mandataire, pour éviter l'action de garantie qu'aurait l'acheteur contre lui, peut, en m'offrant de suppléer les quarante sous qui manquent au prix porté par ma procuration, m'obliger à tenir le marché.

Paul apporte un autre exemple : *Si mandavero tibi ut pro me in diem fidejubeas, tuque purè fidejusseris et solveris, utilius respondebitur, interim non esse tibi mandati actionem, sed quum dies venerit ; L. 22, ff. eod. tit.*

QUATRIÈME CAS. — *Lorsque le mandataire a fait une partie de ce qui est porté par le mandat.*

¶5. Le mandataire en ce cas n'est point sorti des bornes du mandat ; il l'a exécuté pour une partie, et il oblige pour cette partie le mandant.

Par exemple : *Rogatus ut fidejuberet, si in minorem summam se obligavit, rectè tenetur ei (mandator contrariâ actione mandati usque ad eam summam) ; L. 33, ff. Mand.*

Néanmoins, s'il paraissait par la nature de l'affaire, que l'intention du mandant était qu'elle ne dût se faire que pour le total, le mandataire qui l'aurait faite pour partie, ne serait censé avoir exécuté en rien le mandat, et le mandant ne serait obligé en rien.

Par exemple, si je vous ai donné procuration pour m'acheter un certain héritage, et que vous ne m'en ayez acheté qu'une partie, vous n'êtes pas censé avoir exécuté pour partie mon mandat ; vous en avez excédé les bornes, et je puis désavouer l'achat que vous avez fait en mon nom d'une partie de cet héritage : car celui qui veut acheter un héritage, ne veut pas en acheter seulement une partie ; et l'achat que je vous ai donné ordre de faire pour moi, était l'achat du total de l'héritage, et non l'achat d'une partie.

Cela souffre exception dans le cas auquel l'héritage que le mandant a donné ordre d'acheter, était, lors du mandat exposé en vente par parties, par les différents propriétaires de cet héritage, qui proposaient séparément à vendre les parts qu'ils y avaient. Le mandant, en ce cas, en donnant ordre à son mandataire de lui acheter cet héritage, qui était à vendre par parties, est censé lui avoir donné ordre de l'acheter par parties ; à moins qu'il n'y ait dans ce cas une clause expresse dans le mandat, « que le mandant n'entend acheter l'héritage que pour le total. »

C'est ce que décide Javolenus : *Si fundum qui per partes vœnit emendum tibi mandassem ; sed ita (par une clause expresse) ut non aliter mandato teneat quam si totum fundum emeres.... evenit ut is cui tale mandatum datum est, periculo suo interim partes emat, et nisi totum emat, ingratus eas retineat... Quod si mandassem tibi ut fundum (hunc qui per partes vœnit) mihi emeres, non addito co ut non aliter mandato teneat quam si totum emeres ; et tu partem, vel quasdam partes ejus emeris, tunc habebimus sine dubio invicem mandati actionem, quamvis aliquas partes emere non potuisses ; L. 36, § 2 et 3, ff. Mand.*

CINQUIÈME CAS. — *Lorsque le mandataire a fait ce dont il était chargé par le mandat, et quelque chose de plus.*

¶6. Le mandataire, en ce cas, est censé avoir exécuté le mandat, et il oblige le mandant jusqu'à concurrence de ce qui est porté par le mandat. Il n'est

après le fait accompli. Ce résultat ne nous paraît pas très équitable, et nous trouvons que les Sabiniens avaient rai- son de dire : *Namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi vero si velit mecum esse.*

censé avoir excédé les bornes du mandat que pour ce qu'il a fait de plus ; et c'en'est que pour ce qu'il a fait de plus, qu'il n'oblige pas le mandant. C'est ce qui paraîtrait par cet exemple : *Julianus putat eum qui majorem summam quam rogatus erat, fidejussisset, hactenùs mandati actionem habere, quatenùs rogatus esse ; quia id fecisset quod mandatum ei est ; nam usque ad eam summam in quam rogatus erat, fidem ejus spectasse qui rogavit* ; L. 33, ff. cod. tit.

SIXIÈME CAS. — *Lorsque le mandataire a fait une autre affaire que celle portée par le mandat.*

97. Il est évident que le mandataire est, en ce cas, sorti des bornes du mandat, et qu'il n'oblige pas le mandant, si le mandant ne juge pas à propos de ratifier ce qui a été fait, quoique en son nom.

Cela a lieu quand même l'affaire que le mandataire aurait faite pour l'autre, serait beaucoup plus avantageuse au mandant que celle portée par le mandat.

Par exemple, si je vous ai donné ordre de m'acheter la maison de Pierre pour un certain prix, et que vous m'en ayez acheté une autre, quoique plus belle, au même prix, ou à meilleur marché, je ne suis pas obligé de ratifier ce marché, parce que vous avez fait autre chose que ce qui était porté par mon mandat : *Si mandavero tibi ut domum Seianam centum emeres, tuque Titianam emeris longè majoris pretii, centum tamen, aut etiam minoris, non videris implesse mandatum* ; L. 5, § 2.

98. Lorsqu'une affaire peut se faire également de deux ou plusieurs manières différentes, le mandataire n'est pas censé être sorti des bornes du mandat, et avoir fait autre chose que ce dont il était chargé, quoiqu'il ait fait cette affaire d'une manière différente de celle portée par le mandat, mais également avantageuse au mandant.

C'est ce qu'enseigne Paul : *Commodissimè illa forma in mandatis servanda est, ut quoties certum mandatum sit* (c'est-à-dire, toutes les fois que l'objet du mandat est une affaire qui ne peut se faire que d'une certaine manière), *recedi à formā non debeat : at quoties incertum vel plurimum CAUSARUM* (c'est-à-dire, une affaire qui peut se faire de plusieurs manières) *tunc licet alii præstationibus exsoluta sit causa mandati, quām quæ ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, erit mandati actio* ; L. 46, ff. eod. tit.

On peut apporter pour exemple le cas auquel je vous aurais chargé de payer à mon créancier une certaine somme que je lui devais. L'affaire qui fait l'objet de ce mandat, est l'acquittement de ma dette. Quoique vous n'ayez pas fait un paiement réel de ma dette, qui était la manière de l'acquitter portée par le mandat ; néanmoins si vous l'avez acquittée d'une autre manière, en me faisant décharger de cette dette par mon créancier, qui vous a accepté pour son débiteur en ma place, vous aurez rempli mon mandat, quoique d'une manière, différente de celle exprimée par mon mandat, et vous n'avez pas moins action contre moi pour vous indemniser, que si vous aviez fait un paiement réel de ma dette ; car il m'est indifférent que je sois déchargé de ma dette de cette manière, ou par un paiement réel que vous auriez fait : *Si mandavero tibi ut creditori meo solvas, tuque expromiseris, et ex eā causā damnatus sis ; humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere* ; L. 45, § 4, ff. Hand.

SEPTIÈME CAS. — *Lorsque le mandataire a fait non par lui-même, mais par une personne qu'il s'est substituée, l'affaire dont il était chargé, quoiqu'il n'eût pas le pouvoir de substituer un autre pour la faire.*

99. Il est évident que le mandataire, en ce cas, a excédé les bornes du mandat ; et que ce qui a été fait n'oblige pas le mandant, s'il ne juge pas à propos de le ratifier.

La seule question qui peut faire difficulté est de savoir si, lorsque la procu-

ration ne permet expressément ni ne défend expressément au mandataire de substituer une autre personne pour faire à sa place l'affaire dont il est chargé, ce pouvoir doit être présumé lui être accordé par la procuration.

La décision de la question me paraît dépendre de la nature de l'affaire qui fait l'objet du mandat. Si l'affaire est de nature que sa gestion demande une certaine prudence, une certaine habileté, on ne doit pas présumer que le mandant, qui en a confié la gestion au mandataire par la confiance qu'il avait en sa prudence et en son habileté, ait voulu lui permettre de substituer un autre pour la faire.

Par exemple, si j'ai donné procuration à un avocat pour transiger avec une partie avec qui je suis en procès, à telles conditions qu'il jugera à propos, on ne doit pas présumer que j'aie voulu lui permettre de substituer une autre personne pour faire cette transaction. Mais si l'affaire qui fait l'objet du mandat ne requiert aucune habileté pour la faire, et qu'il soit indifférent au mandant, par qui elle soit faite; le mandant doit, en ce cas, être présumé avoir laissé à son mandataire le pouvoir de substituer un autre pour la faire.

Par exemple, si vous m'avez chargé de vous acheter à Paris un certain livre dont le prix est réglé; quoique n'ayant pas eu le loisir d'aller chez le libraire, je vous l'ais fait acheter par un autre, vous ne pouvez pas désapprouver l'emplette, sur le prétexte que je n'ai pas exécuté par moi-même votre mandat; car, vous ayant été indifférent par qui ce livre fut acheté, vous êtes présumé m'avoir permis de substituer qui je voudrais pour exécuter votre mandat (1).

HUITIÈME CAS. — *Lorsqu'un mandataire a fait seul ce qu'il était chargé de faire conjointement avec un autre, ou par le conseil d'un autre.*

Il est évident qu'en ce cas le mandataire a excédé son pouvoir, et que ce qu'il a fait n'oblige pas le mandant.

La seule chose qui peut faire question, est de savoir si, lorsque quelqu'un a donné procuration à deux personnes, il doit être présumé avoir voulu que la gestion de l'affaire ne pût se faire que par les deux conjointement, ou avoir voulu qu'elle pût se faire par l'une ou par l'autre, lorsqu'il ne s'en est pas expliqué?

Je crois que cela doit se décider par les circonstances, par la nature et par l'importance des affaires qui font l'objet de la procuration.

Lorsque l'affaire qui fait l'objet de la procuration est une affaire importante dont la gestion demande beaucoup de prudence et de réflexion, il y a lieu de présumer, en ce cas, que la volonté du mandant a été qu'elle fut gérée par les deux mandataires conjointement. Hors ce cas, je pense qu'on doit facilement présumer que le mandant a voulu que chacun de ses mandataires pût sans l'autre faire les affaires portées par la procuration, à l'égard desquelles il aurait prévenu l'autre.

Lorsque la procuration prescrit au mandataire de prendre le conseil d'une certaine personne, il excède son pouvoir s'il ne le prend pas. Si la personne qui a été nommée pour conseil venait à mourir, le mandataire devrait surseoir à la gestion de l'affaire jusqu'à ce que le mandant lui eût nommé un autre conseil, ou lui eût déclaré qu'il le dispensait de s'assister de conseil.

(1) V. art. 1994. C. civ., qui prévoit ces diverses hypothèses.

Art. 1994 : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : — 1^o quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; — 2^o quand ce pouvoir lui a été con-

céré sans désignation d'une personne ; et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. — Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. »

Observation générale.

Dans tous les cas auxquels nous avons dit qu'un mandataire excéda les bornes du mandat, si ce qu'il a fait outre, ou même contre la teneur de ce qui est porté par la procuration, a été fait au vu et su du mandant, qui l'a souffert, ce qu'il a fait doit être jugé valable, et doit obliger le mandant, tant envers le mandataire, qu'envers les tiers avec lesquels le mandataire a contracté au nom du mandant qui l'a souffert. On doit en ce cas présumer une extension ou réformation tacite de la procuration; de même qu'on présume un mandat tacite, lorsque quelqu'un, sans qu'il y ait aucun acte de procuration, a fait à mon vu et su, en mon nom quelque affaire, et que je l'ai souffert, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 29 (1).

CHAPITRE IV.*De quelles manières le mandat finit.*

100. Le mandat finit de plusieurs manières, par la mort du mandataire, par celle du mandant, par son changement d'état, par la cessation de son pouvoir, par la révocation que le mandant fait du mandat, par la répudiation que le mandataire fait du mandat dans les cas auxquels il lui est permis de s'en déporter (2).

§ I. De la mort du mandataire.

101. Le mandat finit par la mort du mandataire : *Morte ejus cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum*; L. 27, § 3, ff. *Mand.*

La raison du principe est puisée dans la nature du mandat. Le mandat a pour fondement la confiance que le mandant a dans la personne du mandataire. Cette confiance, étant attachée à la personne du mandataire, ne passe pas aux héritiers; et par conséquent le pouvoir qui a été accordé par le mandant au mandataire, de gérer l'affaire qui lui a été confiée par le mandat, étant fondé sur cette confiance qu'avait le mandant dans la personne du mandataire, ce pouvoir doit finir par la mort du mandataire, et ne peut passer à ses héritiers.

Par exemple, si j'avais chargé Pierre de m'acheter une certaine maison, et que Pierre, mon mandataire, étant mort avant de l'avoir achetée, son héritier se fût ingéré d'acheter pour moi cette maison; quand même il l'aurait achetée aux conditions portées par le mandat que j'avais donné à Pierre, et même à des conditions encore plus avantageuses, je ne serais pas plus obligé de ratifier cet achat, que si je n'avais jamais donné ordre de l'acheter; car le mandat que j'ai donné à Pierre pour l'acheter, est fini par la mort de Pierre, et ne passe pas à ses héritiers. C'est pourquoi la loi ajoute : *Et ob id haeres ejus (mandatarii), licet executus fuerit mandatum, non habet mandati actionem; eod. § 3.*

(1) Aussi l'art. 1998, 2^e alinéa (*V. ci-dessus*, p. 195, note 1,) admet-il dans ce cas une ratification, même tacite.

(2) *V. art. 2003, C. civ.*

Art. 2003 : « Le mandat finit,— Par

« la révocation du mandataire; — Par la renonciation de celui-ci au mandat; — Par la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire. »

Observez que la loi dit : *si integro adhuc mandato decesserit* : car, si le mandataire avait déjà de son vivant commencé à exécuter le mandat ; outre que son héritier succéderait à son obligation de rendre compte de ce qui a été fait, il serait tenu d'achever ce que le défunt mandataire a commencé ; et le mandant serait tenu de rembourser non-seulement les déboursés faits par le mandataire, mais pareillement ceux faits par l'héritier du mandataire, en exécution de ce que le mandataire aurait commencé (¹).

Par exemple, si quelqu'un s'est rendu caution pour moi par mon ordre, je suis tenu de rembourser non-seulement ce que ce mandataire, mais pareillement ce que son héritier a payé en exécution de ce cautionnement : *Hæredem fiduciosoris, si solverit, habere mandati actionem dubium non est* ; L. 14, ff. eod. tit.

Suivant ces principes, si j'ai prié un ami que j'ai en Hollande, de m'y faire une emprise de certains livres, et de me les envoyer ici à Orléans ; si ce mandataire est mort après les avoir achetés, et avant de me les avoir envoyés, son héritier sera tenu de me les envoyer ; et je serai tenu de mon côté de le rembourser des frais de l'envoi comme de ceux de l'achat : car l'envoi est une suite nécessaire de l'achat que le mandataire avait fait de ces livres en exécution du mandat.

En cela l'héritier du mandataire est semblable à l'héritier d'un associé. Quoique, dans le contrat de société, l'héritier de l'associé ne succède pas plus à la société que l'héritier du mandataire au mandat, néanmoins cet héritier doit terminer ce qui est une suite nécessaire de ce qui a été commencé par le défunt : *Quæ per defunctum inchoata sunt, per hæredem explicari debent* ; L. 40, ff. Pro socio.

102. Lorsque plusieurs mandataires ont été chargés d'une affaire pour en faire la gestion conjointement, la mort de l'un d'eux éteint entièrement le mandat : mais si par la procuration chacun d'eux a le pouvoir de faire seul l'affaire, la mort de l'un des mandataires n'empêche pas que le mandat ne continue de subsister dans les mandataires survivants.

§ II. De la mort du mandant.

103. Le mandat s'éteint par la mort naturelle ou civile du mandant, qui survient avant que le mandataire l'ait exécuté : *Mandatum re integrâ, morte domini (²) finitur* ; L. 15, Cod. Mand.

Par exemple, si je vous ai chargé de m'acheter une certaine chose, le pouvoir que je vous ai donné cesse par ma mort, et mes héritiers ne seraient pas obligés de prendre pour leur compte l'achat que vous en feriez depuis ma mort.

Ce principe est puisé dans la nature du contrat de mandat. Le mandant, par ce contrat, charge le mandataire de faire quelque chose en sa place ; *vice versa*, le mandataire, en exécutant le mandat, prête son ministère au mandant, qui est censé faire par le ministère de son mandataire ce qui est porté par le mandat : or le mandataire ne peut plus prêter son ministère au mandant qui est mort ; il ne peut donc plus exécuter le mandat après la mort du mandant.

Lorsque le mandant est absent de longue absence, et que n'y ayant eu aucunes nouvelles de lui pendant un temps considérable, ses héritiers présomptifs se sont fait mettre par le juge en possession de ses biens ; quoiqu'il soit, en ce cas, incertain si le mandant est mort ou vivant, néanmoins le juge

(¹) V. art. 2010, C. civ.

Art. 2010 : « En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en

« attendant, à ce que les circonstances

« exigent pour l'intérêt de celui-ci. »

(²) *Domini negotii, id est mandatoris.* (Note de l'édition de 1766.)

ment qui a mis ses parents en possession de ses biens, éteint le mandat, comme l'aurait éteint la mort du mandant ; et le mandataire doit rendre compte de sa gestion aux parents qui ont été mis en possession des biens du mandant, comme il eût été obligé de le rendre à ses héritiers.

104. Lorsqu'un tuteur, en sa qualité de tuteur, a chargé quelqu'un d'une affaire de son mineur ; si ce tuteur, qui a donné la procuration, vient à mourir, sa mort, survenue *re integrâ*, éteint-elle le mandat ?

Pour la négative, on dit que le fait du tuteur est le fait du mineur. Suivant ce principe, dit-on, lorsque le tuteur, en sa qualité de tuteur, vous a chargé de l'affaire de son mineur, c'est comme si le mineur lui-même, par le ministère de son tuteur, vous en avait chargé.

On doit donc considérer, en ce cas, le mineur comme étant lui-même le mandant ; et par conséquent, quoique le tuteur vienne à mourir, tant que le mineur vit, le mandat paraît devoir subsister ; parce que le mineur étant réputé être lui-même le mandant, tant qu'il vit, on ne peut pas dire que le mandat est éteint par la mort du mandant.

Nonobstant ces raisons, on doit décider que le mandat finit, dans ce cas, par la mort du tuteur ; car, lorsque le tuteur charge un mandataire de faire une affaire dépendant de sa tutelle, c'est pour que ce mandataire fasse pour lui et en sa place cette affaire qu'il était obligé de faire : le mandataire l'a faite tellement à la place du tuteur qui l'en a chargé, que le tuteur est obligé de rendre compte à son mineur de cette gestion, comme s'il l'eût faite lui-même. C'est donc le tuteur qui est le mandant ; c'est à lui que le mandataire prête son ministère : d'où il suit que ce mandat doit s'éteindre par la mort du tuteur.

Il a été jugé, suivant ce principe, par un arrêt rapporté par Louet, let. C, ch. 27, que le pouvoir d'un procureur *ad lites* finissait par la mort du tuteur qui l'avait constitué pour une affaire de son mineur.

105. On doit, par la même raison, décider que, lorsqu'un procureur ayant pouvoir de substituer, a substitué quelqu'un pour la gestion d'une affaire dont il s'était chargé, le mandat de ce substitué s'éteint et finit par la mort du procureur qui l'a substitué : car le procureur étant comptable de la gestion de son substitué, c'est pour lui et en sa place que ce substitué gère ; il est le mandant de ce substitué.

Il faudrait décider autrement si la procuration que j'ai donnée à mon mandataire portait qu'au cas qu'il ne pût pas faire l'affaire, il pourrait substituer *un tel*. Ce tel n'étant point du choix de mon procureur, mais du mien, c'est moi qui suis censé l'avoir directement établi mon mandataire ; mon procureur n'est censé avoir fait autre chose que de m'avoir prêté son ministère pour l'établir mon mandataire. Il n'est pas le mandataire de mon procureur, qui n'est pas comptable de la gestion de ce substitué : ce substitué est directement mon mandataire, et c'est moi qui suis le mandant ; et par conséquent le mandat de ce substitué ne finit pas par la mort de mon procureur.

106. Quoique le mandat s'éteigne par la mort du mandant, néanmoins si le mandataire, ignorant la mort du mandant, avait de bonne foi fait l'affaire dont il avait été chargé, les héritiers ou autres successeurs universels du mandant seraient obligés de l'en indemniser, et de ratisier ce qu'il a fait (1).

Par exemple, si Pierre m'a chargé de lui acheter une certaine chose, et que croyant exécuter son mandat, j'en aie fait l'achat depuis sa mort, qui n'était

(1) V. art. 2008 et 2009, C. civ.

Art. 2008 : « Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans

« cette ignorance est valide. »

Art. 2009 : « Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi. »

pas encore parvenue à ma connaissance, ses héritiers ne pourront pas me laisser cet achat pour mon compte, et j'aurai contre eux l'action *contraria mandati*, pour m'en faire indemniser par eux : *Si per ignorantiam impletum est (mandatum), competere actionem utilitatis causâ dicitur* ; L. 26, *fl. Mand.*

La raison est que le mandant s'est obligé par le contrat de mandat à indemniser le mandataire de ce qu'il lui en coûterait pour s'être chargé du mandat ; et quoique le mandat finisse par la mort du mandant, cette obligation que le mandant a contractée, passe aux héritiers du mandant : or, ils ne satisferaient pas à cette obligation, s'ils n'indemnisaient pas le mandataire de ce qu'il lui en a coûté, en croyant de bonne foi exécuter le mandat dont il s'était chargé, et qu'il ignorait être fini par la mort du mandant, qui n'était pas parvenue à sa connaissance.

C'est en ce sens qu'Ulprien dit : *Mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvit* ; L. 58, ff. *eod. tit.*

Paul dit pareillement après Julien : *Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare* ; *eād.* L. 26.

107. Il peut néanmoins y avoir des cas auxquels le mandataire, quoiqu'il ait connaissance de la mort du mandant, non-seulement peut, mais doit faire l'affaire dont il s'est chargé, savoir : lorsque c'est une affaire instante qui n'est susceptible d'aucun retardement, et qui ne peut être faite que par ce mandataire, les héritiers n'étant pas sur le lieu. On peut apporter pour exemple le cas auquel m'étant chargé de faire la vendange de mon ami, j'apprendrais sa mort dans un temps où la vendange ne peut pas se différer, les vendanges étant déjà ouvertes dans le pays, et où je ne serais pas à temps d'en avertir ses héritiers, qui demeurent à trente ou quarante lieues de là.

108. Le principe que nous avons établi, « que le mandat finit par la mort du mandant, » reçoit nécessairement exception lorsque l'affaire qui en est l'objet, est de nature à ne devoir se faire qu'après sa mort, comme dans les espèces de la loi 12, § 17, et de la loi 13⁽¹⁾.

109. Le principe « que le mandat finit par la mort du mandant, » reçoit encore une exception à l'égard des préposés à une maison de commerce ou à un bureau de finances. *Voy. notre Traité des Obligations*, n° 448.

110. Despeisses, après Tiraqueau, fait aussi une exception à l'égard des mandements faits pour cause pieuse ; mais ces priviléges de cause pieuse ne sont plus aujourd'hui en usage.

§ III. *Du changement d'état du mandant.*

111. Le changement d'état qui survient dans la personne du mandant avant que le mandataire ait exécuté le mandat, n'éteint pas moins le mandat, que la mort du mandant qui serait survenue.

Il y a même raison. Par exemple, lorsque le mandant est une femme, qui depuis s'est mariée, et a passé sous la puissance d'un mari ; ou lorsque c'est une personne qui depuis a été interdite, et a passé sous la puissance d'un curateur ; ces personnes, au moyen de leur changement d'état, étant devenues incapables de faire, sans l'autorité de leur mari ou de leur curateur, l'affaire dont elles ont chargé leur mandataire, le mandataire ne peut plus la faire pour elles et à leur place, jusqu'à ce que la procuration ait été renouvelée par le mari ou par le curateur.

Lorsque le mandataire a exécuté le mandat avant que le changement d'état du mandant fût parvenu à sa connaissance, il faut décider comme dans le cas auquel il l'a exécuté avant que la mort du mandant fût parvenue à sa connaissance. *Voyez suprà*, n° 106.

⁽¹⁾ *Ut post mortem sibi monumentum fieres. — Ut post mortem hæredibus meis emeres fundum.*

Les autres exceptions que nous avons apportées dans le paragraphe précédent, au principe de l'extinction du mandat par la mort du mandant, pour le cas auquel l'affaire est urgente, et pour le cas des préposés à une maison de commerce ou à un bureau de finance, reçoivent pareillement application au principe de la révocation du mandat par le changement d'état du mandant, et elles en sont pareillement des exceptions.

§ IV. De l'extinction du mandat par la cessation du pouvoir du mandant.

112. Lorsqu'une personne qui a qualité et pouvoir pour gérer les affaires d'autrui, charge quelqu'un de faire pour lui quelque une desdites affaires, le mandat qui intervient entre ces personnes, finit et s'éteint lorsque le pouvoir qu'avait le mandant de gérer l'affaire dont il a chargé son mandataire, vient à cesser.

Par exemple, si le tuteur a donné procuration à quelqu'un pour recevoir ce qui était dû à son mineur, ou s'il a constitué un procureur dans une instance qu'il avait pour son mineur, la tutelle étant depuis finie, *puta*, par la majorité du mineur, le mandat ou la procuration que le tuteur a donnée, finit : car le procureur du tuteur tenant son pouvoir du tuteur son mandant, le pouvoir de ce procureur ne peut durer que tant que dure celui du tuteur : ce procureur du tuteur ne peut plus faire valablement, *vice mandantis*, ce que son mandant ne pourrait plus faire valablement lui-même.

Il faut dire la même chose du mandat donné par un curateur à un interdit, lorsque sa curatelle vient par la suite à finir, *puta*, lorsque l'interdit s'est fait relever de son interdiction (¹).

Il faut dire la même chose du mandat donné par un procureur qui avait pouvoir de substituer : si le pouvoir de ce procureur qui a donné le mandat vient à finir, soit par la mort de celui qui lui avait donné procuration, soit par la révocation de sa procuration, le pouvoir du substitué doit aussi cesser.

Il y a même raison dans tous ces cas.

§ V. De la révocation du mandat.

113. Le mandat s'éteint par la révocation qu'en fait le mandant : *Extinctum est mandatum finitá voluntate* (²); L. 12, § 16, ff. *Mand.*

Régulièrement il n'y a que le mandant lui-même qui puisse révoquer son mandat ; son procureur qu'il a établi au gouvernement général de toutes ses affaires, ne peut révoquer un mandat spécial qui a été donné à un autre pour une certaine affaire.

Néanmoins si le procureur général avait de justes raisons qui ne fussent pas connues du mandant, pour défendre au mandataire particulier d'exécuter le mandat, il pourrait lui défendre de l'exécuter, en lui déclarant que c'est pour telle et telle raison ; et le mandataire y devrait déferer jusqu'à ce que le mandant eût été instruit de ces raisons, et eût déclaré que, nonobstant ces raisons, il persistait dans son mandat. On peut tirer en argument pour cette décision la loi 30, *Mand.*

114. Pour que le mandat soit censé révoqué, il n'est pas absolument nécessaire que la révocation soit expresse ; il y a de certains faits qui la font présumer. Ulpien en rapporte un exemple : Lorsque quelqu'un, après avoir chargé d'une affaire un premier mandataire, a depuis chargé de cette même

(¹) Les interdits sont aujourd'hui en tutelle.

« mandataire à lui remettre, soit l'é-

« crit sous sceing privé qui la contient,

« soit l'original de la procuration, si

« elle a été délivrée en brevet, soit

« l'expédition, s'il en a été gardé mi-

« nute. »

(²) V. art. 2004, C. civ.

Art. 2004 : « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu le

affaire une autre personne, il est par cela seul suffisamment présumé avoir révoqué son premier mandat : *Eum qui dedit diversis temporibus procuratores duos, posteriore dando, priorem prohibuisse videri* (¹) ; L. 31, § fin. ff. de *Procur.*

Cette présomption doit-elle avoir lieu lorsque la seconde procuration est nulle, *puta*, parce qu'elle a été passée à une personne que le mandant croyait vivante, et qui était déjà morte ; ou parce que celui à qui elle a été passée, n'a pas voulu l'accepter ?

Je pense que la première procuration n'en doit pas moins être présumée révoquée ; car, quoique la seconde procuration n'ait pas eu d'effet, il n'en est pas moins vrai que le mandant a eu la volonté de donner la gestion de l'affaire qui en faisait l'objet, à un autre qu'à celui à qui il l'avait donnée par sa première procuration ; et cette volonté de la donner à un autre suppose celle de l'ôter à son premier mandataire. C'est par une semblable raison que les lois décident que, lorsqu'un testateur, après avoir, par une première disposition testamentaire, légué une chose à une personne, avait, par une disposition postérieure, transféré ce legs à une autre ; quoique la seconde disposition fût nulle, *puta*, parce que la personne au profit de qui elle était faite, en était incapable, la première disposition ne laisse pas d'être présumée révoquée par la seconde ; L. 34, ff. de *Leg. 1^o* ; L. 8, ff. de *Adim. leg.* ; L. 78, § 10, ff. *ad Sc. Trebell.*

Ce sentiment que nous avons embrassé est celui de Ménoch. *de Præsumpt. lib. 2, cap. 37* ; de Balde, et des autres docteurs par lui cités.

115. La présomption de la révocation d'une première procuration, qui naît d'une seconde procuration donnée à un autre, a surtout lieu lorsque les deux procurations sont l'une et l'autre des procurations spéciales qui ont pour objet la même affaire.

Parcilemment, lorsque l'une et l'autre sont des procurations générales, la première doit être présumée révoquée par la seconde.

Lorsque la première est générale, et la seconde est spéciale, la première peut être présumée révoquée quant à l'affaire qui fait l'objet de la seconde, suivant cette règle de droit, *In toto jure generi per speciem derogatur* ; L. 80, ff. de *Reg. jur.* ; mais elle continue de subsister pour toutes les autres affaires du mandant.

Lorsque la première procuration est une procuration spéciale pour une certaine affaire, elle n'est pas présumée révoquée par une procuration générale donnée à un autre ; elle ne suppose point dans le mandant la volonté de révoquer la première. C'est l'avis de Ménoch. *dicto loco*.

116. Comme ce n'est que par la présomption de la volonté du mandant que le premier mandat est éteint par un second, dans lequel un autre aurait été chargé de la même affaire, le premier mandat ne sera pas éteint, s'il y a des circonstances contraires à cette présomption, qui fassent connaître que la volonté du mandant a été de charger de l'affaire les deux mandataires, pour qu'elle pût se faire par l'un ou par l'autre.

117. Les docteurs agitent la question, si une première procuration est révoquée par une seconde passée à la même personne ?

Ils conviennent tous que, lorsque la seconde ne contient rien de différent de la première, *quum secundum mandatum non habet diversam formam à primo, sed idem omnino continet*, la seconde, en ce cas, ne révoque pas la première ; elle en est une confirmation superflue, et le mandataire peut se servir de l'une ou de l'autre.

(¹) *V. art. 2006, C. civ.* (même décision) : « La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire, vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci. »

Lorsque la seconde procuration ne contient qu'une partie des affaires dont le même mandataire avait été chargé par la première, en ce cas, la première procuration paraît devoir être présumée révoquée par la seconde, pour les affaires qui ne sont pas comprises dans cette seconde procuration ; à moins que le mandant n'ait déclaré, par une clause de la seconde procuration, « qu'il n'entendait au surplus déroger à la première », ou qu'il n'ait fait d'ailleurs connaître à cet égard sa volonté d'y persister.

Lorsque la seconde procuration, quoique précisément pour la même affaire qui faisait l'objet de la première, prescrit des conditions différentes de celles de la première; comme, par exemple, si, par une première procuration, j'avais donné pouvoir purement et simplement à mon mandataire, « de transiger pour moi sur un procès que j'avais, à telles conditions qu'il jugerait à propos »; si, par la seconde, je donne pouvoir à ce même mandataire « de transiger de cette affaire, en prenant pour cet effet le conseil d'un tel avocat »; *aut vice versa*, si la première procuration prescrivait de *prendre conseil*, et que la seconde n'imposât pas cette condition; ou si, par une première procuration, j'ai donné pouvoir à quelqu'un « d'acheter pour moi une certaine chose, pour un certain prix », et que par la seconde j'aie donné pouvoir au même mandataire « d'acheter pour moi la même chose, pour un prix différent, ou moins, ou plus grand »; Menochius pense qu'en ces cas, et autres semblables, la première procuration doit être présumée révoquée par la seconde.

Je penserais qu'elle n'est pas révoquée, mais qu'elle est seulement modifiée, et que les obligations respectives contractées par l'acceptation de la première procuration, subsistent, et ne sont pas détruites par la seconde; sauf que le mandataire, dans la gestion qu'il fera depuis la seconde procuration, sera tenu de se conformer aux conditions prescrites par cette seconde procuration, et sera dispensé de s'assujettir à celles prescrites par la première, qui ne l'ont pas été par la seconde⁽¹⁾.

¶ 8. Les docteurs rapportent plusieurs autres faits qui font présumer la révocation du mandat.

Par exemple, lorsqu'un marchand, après avoir quitté le commerce, ayant un grand nombre de dettes de son commerce à recouvrer, a chargé de ce recouvrement un mandataire à qui il avait pour cet effet remis tous ses registres, et toutes les pièces nécessaires pour ce recouvrement; si le mandant a depuis envoyé retirer de chez son mandataire tous lesdits registres et pièces, ce fait doit faire présumer la révocation du mandat, quoique en les envoyant retirer, le mandant ne lui ait pas fait dire expressément qu'il le révoquait; Brunneman, *dicto loco*.

¶ 9. Lorsqu'une personne qui devait partir pour un long voyage, a donné procuration à quelqu'un pour gérer ses affaires; quoique, la procuration ne porte aucune limitation de temps, néanmoins on présume qu'il ne l'a donnée que pour le temps de son absence; et son retour fait présumer la révocation de la procuration, à moins que cette présomption ne fût détruite par une présomption contraire, telle que celle qui résulterait de ce que le mandataire, depuis le retour du mandant, aurait continué de gérer au vu et au su du mandant, qui l'aurait souffert; (Brunneman, *dicto loco*): car, de même qu'une telle gestion fait présumer un mandat tacite, lorsqu'il n'y a pas eu de procuration (*suprà*, n° 29), elle doit par la même raison faire présumer dans notre espèce que la procuration n'a pas été révoquée par le retour du mandant.

¶ 10. Les faits qui sont de nature à détruire entièrement la confiance que le mandant avait en la personne du mandataire, font aussi facilement présumer une révocation tacite du mandat; comme lorsque le mandataire a fait banque-

(1) Autant vaudrait dire que la seconde procuration remplace la première, car les obligations des parties seront déterminées pas la seconde procuration et non pas la première qui, en réalité, ne subsiste plus.

route, ou lorsqu'il a été rendu contre lui un jugement infamant pour quelque friponnerie, ou enfin lorsqu'il est survenu de grandes inimitiés entre le mandant et le mandataire ; Brunneman, *dicto loco*.

121. Pour que la révocation du mandat éteigne le mandat, il faut que l'acte portant cette révocation, ou les faits qui la font présumer, soient parvenus ou puissent être censés parvenus à la connaissance du mandataire ; autrement elle n'a aucun effet, et ce que le mandataire a fait avant que d'avoir eu connaissance de la révocation, oblige le mandant : *Si tibi mandassem ut fundum emeres, poste à scrispissim ne emeres; tu, antequam scias me veluisse, emisses; mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is qui mandatum suscepit* ; L. 15, ff. *Mand.*

Dès que la connaissance de la révocation du mandat est parvenue au mandataire, le mandat est éteint, si la chose est entière, et le mandataire ne peut plus dès lors, en faisant ce qui est porté par le mandat, obliger envers lui le mandant.

Mais si le mandataire révoqué ne peut avoir, en ce cas, l'action *mandati contraria*, ne peut-il pas avoir quelquefois l'action *negotiorum gestorum* ?

C'est ce que nous examinerons *infra*, en traitant du quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

Si la chose n'était plus entière lorsque la connaissance de la révocation du mandat est parvenue au mandataire, qui avait déjà commencé la gestion, il peut, quoique révoqué, faire ce qui est une suite nécessaire de ce qu'il avait commencé, et il oblige à cet égard le mandant.

Quoique le mandataire révoqué, qui a connaissance de la révocation de sa procuration, ne puisse, en faisant ce qui est porté par la procuration, obliger envers lui le mandant, il peut obliger ce mandant envers des tiers avec lesquels il contracterait comme fondé de la procuration qu'il leur exhiberait, si ces tiers n'avaient pas connaissance de la révocation ; sauf au mandant son recours contre ce mandataire, pour en être indemnisé ⁽¹⁾.

Par la même raison, les paiements faits au mandataire révoqué par les débiteurs du mandant, auxquels il a exhibé la procuration, et qui en ignorent la révocation, sont valables ; c'est pourquoi il est à propos que le mandant notifie à ses débiteurs cette révocation. *Voyez notre Traité des Obligations*, n° 474.

§ VI. *De la répudiation du mandat par le mandataire.*

122. Sur les cas auxquels il est permis au mandataire de se déporter du mandat, et d'éteindre par ce moyen le mandat ⁽²⁾ ; *Voyez ce que nous en avons déjà dit *suprà*, ch. 2, art. 1.*

CHAPITRE V.

De quelques espèces particulières de mandats et de mandataires.

123. Il y a deux principales espèces de mandats savoir, celui qui a pour objet quelque *affaire judiciaire*, et celui qui a pour objet des *affaires extrajudiciaires*.

(1) V. art. 2005, Code civil, même

décision.

Art. 2005 : « La révocation notifiée « au seul mandataire ne peut être op- « posée aux tiers qui ont traité dans

« l'ignorance de cette révocation, sauf « au mandant son recours contre le « mandataire. »

(2) V. art. 2007, C. civ., p. 186, note 1.

Pareillement, il y a deux espèces de *mandataires* ou *procureurs*; savoir, les *procureurs ad lites*, et les *procureurs ad negotia*, qu'on appelle aussi simplement *mandataires*.

Nous avons jusqu'à présent traité principalement des mandats qui ont pour objets des affaires extrajudiciaires, et des procureurs *ad negotia*.

Il y a plusieurs choses à observer sur les procureurs *ad lites*; c'est ce qui fera la matière du premier article de ce chapitre.

On divise encore les mandats ou procurations, en *procurations générales*, qui ont pour objet l'administration de toutes les affaires du mandant, et en *procurations spéciales*, qui ont pour objet quelque affaire particulière (1).

Ceux à qui on donne une procuration spéciale pour quelque affaire particulière, s'appellent simplement *mandataires*, ou *procureurs simpliciter*. Ceux à qui on donne une procuration générale, s'appellent *procureurs omnium bonorum*. Nous en traiterons dans le second article de ce chapitre.

ART. 1^{er}. — Des mandats qui ont pour objet quelque affaire judiciaire et des procureurs AD LITES.

124. Le mandat qui a pour objet quelque affaire judiciaire, qu'on peut appeler mandat *ad litem*, peut être défini « un contrat par lequel celui qui a intenté ou qui veut intenter en justice une demande contre quelqu'un, ou celui contre qui on en a intenté une, confie la poursuite de sa demande, ou sa défense contre celle qui lui est intentée, à un procureur de la juridiction, qui s'en charge ».

Nous traiterons, 1^o de la nature de ce mandat;

2^o De son objet, et des personnes qu'on en peut charger.

3^o Nous verrons comment il se contracte; nous traiterons du désaveu que l'on peut faire d'un procureur qui a agi sans mandat, ou qui en a excédé les bornes.

4^o Nous traiterons des obligations des procureurs *ad lites* envers leurs clients, que le mandat *ad litem* produit;

5^o De celles du client envers le procureur; de l'hypothèque des procureurs, et de la distraction des condamnations de dépens qu'ils ont droit de demander;

6^o Enfin, des différentes manières dont s'éteint ce mandat.

§ 1^{er}. De la nature du mandat ad litem.

125. Ce contrat paraît dégénérer de la nature du mandat, en ce qu'il n'est pas gratuit, et qu'il ne renferme pas un office d'amitié; car le procureur reçoit et a droit d'exiger de son client des salaires pour la poursuite ou la défense de l'affaire dont il se charge; et c'est ordinairement son propre intérêt et la vue de ses salaires qui le portent à se charger de l'affaire, plutôt que celle de rendre un bon office à son client.

C'est pourquoi il semblerait que ce contrat tient plus du contrat de louage que de celui de mandat: le procureur paraît par ce contrat louer ses services à son client, et ses salaires paraissent en être le loyer. C'est ce qu'a pensé Coquillie, qui dit ce contrat *magis spectat locationem operarum*.

Néanmoins il a prévalu de réputer pour contrat de mandat, le contrat par lequel un client charge un procureur de la poursuite judiciaire ou de la défense judiciaire d'une affaire.

C'est ce qui paraît par le nom de *procureur* (2), qu'on donne à celui qui

(1) V. art. 1987, C. civ.

ral et pour toutes les affaires du man-

Art. 1987 : « (Le mandat) est ou

« dant. »

« spécial et pour une affaire ou cer-
« taines affaires seulement, ou géné-

(2) Le Code de procédure les dé-
signe sous le nom d'*avoué*.

s'en charge. Ce nom est synonyme à celui de *mandataire* : il ne convient qu'au contrat de mandat, et ne peut convenir au contrat de louage.

C'est pourquoi les salaires des procureurs ne doivent pas être regardés comme un loyer de services appréciables à prix d'argent, mais comme une rémunération qui tient de la nature de celles qu'ont droit d'exiger ceux qui exercent les arts libéraux, pour les services qu'ils rendent dans leur profession. Voyez *suprà*, n° 26.

§ II. *Quel est l'objet du mandat ad litem, et quelles personnes en peuvent être chargées.*

126. Le mandat *ad litem*, suivant la définition que nous en avons donnée, a pour objet la poursuite d'une demande en justice, que j'ai donnée ou que je veux donner contre quelqu'un, ou la défense à une demande en justice qu'on aurait donnée contre moi.

Ce ne peut être qu'un procureur en titre d'office de la juridiction où l'affaire est ou doit être portée, qui peut en être chargé ; car, depuis qu'on a établi des procureurs en titre d'office dans les différentes juridictions, il n'y a qu'eux qui soient admis à poursuivre les affaires qui y sont portées.

Je puis bien, à la vérité, par un mandat ordinaire, charger mon procureur *ad negotia*, quoiqu'il ne soit pas procureur en titre d'office, d'intenter pour moi les actions qu'il jugera à propos d'intenter, et de défendre pour moi à celles qu'on intenterait contre moi ; mais il ne peut plus les poursuivre par lui-même, ni défendre par lui-même ; il faut qu'en exécution du mandat qui est intervenu entre lui et moi, il intervienne un mandat *ad litem* entre lui et un procureur en titre d'office, par lequel il donnera pouvoir à ce procureur « d'occuper pour moi sur la demande qu'il aura fait donner en mon nom, ou sur celle qui aurait été donnée contre moi » ; et ce pouvoir que mon procureur *ad negotia* donnera à ce procureur *ad lites*, sera équivalent à un pouvoir que je lui aurais donné moi-même.

Ces procureurs en titre d'office ont tellement le droit exclusif de prêter leur ministère dans toutes les instances et procès qui se poursuivent dans leurs juridictions, que la partie ne serait pas admise à poursuivre ou à défendre par elle-même, sans l'assistance et le ministère d'un procureur de la juridiction⁽¹⁾.

Néanmoins, dans les causes sommaires, les parties peuvent les plaider par elles-mêmes, sans ministère ni assistance de procureur ; sauf dans les cours souveraines et dans les sièges présidiaux, où le ministère des procureurs est nécessaire même pour les causes sommaires⁽²⁾.

(1) L'exploit d'ajournement doit, à la peine de nullité, contenir constitution d'un avoué qui occupera pour le demandeur. C. procéd., art. 61, § 1^o ; le défendeur est tenu de constituer un avoué dans les délais de l'ajournement. V. art. 75 et 76, C. proc.

Art. 61 : « L'exploit d'ajournement « contiendra, — 1^o La date des jour, « mois et an, les noms, profession et « domicile du demandeur, la constitu- « tion de l'avoué qui occupera pour lui, « et chez lequel l'élection de domicile « sera de droit, à moins d'une élection « contraire par le même exploit. »

Art. 75 : « Le défendeur sera tenu, « dans les délais de l'ajournement, de « constituer avoué ; ce qui se fera par

« acte signifié d'avoué à avoué. Le dé- « fendeur ni le demandeur ne pour- « ront révoquer leur avoué sans en « constituer un autre. Les procédures « faites et jugements obtenus contre « l'avoué révoqué et non remplacé, « seront valables. »

Art. 76 : « Si la demande a été for- « mée à bref délai, le défendeur pour- « ra, au jour de l'échéance, faire pré- « senter à l'audience un avoué, auquel « il sera donné acte de sa constitution ; « ce jugement ne sera point levé : l'a- « voué sera tenu de réitérer, dans le « jour, sa constitution par acte ; faute « par lui de le faire, le jugement sera « levé à ses frais. »

(2) Les matières sommaires ne sont

Sur la question, quelles sont les causes qui sont réputées sommaires, *voy. le titre 17 de l'ordonnance de 1667*, et le *Commentaire de M. Jousse*.

§ III. *Comment se contractent les mandats ad lites ; et du désaveu.*

127. Les mandats *ad lites*, de même que les autres mandats, se contractent par le seul consentement des parties : ils ont seulement cela de particulier, qu'au lieu que, dans les contrats extrajudiciaires, le mandataire doit exhiber sa procuration aux tiers avec lesquels il traite en exécution du mandat ; au contraire, dans les mandats *ad lites*, le procureur qui s'est constitué procureur pour une partie, n'est point obligé d'informer de sa procuration l'autre partie, ni le procureur de cette partie. Il est, vis-à-vis de l'autre partie, suffisamment présumé avoir un pouvoir de sa partie, tant que cette partie pour laquelle il s'est constitué procureur ne le désavoue pas⁽¹⁾.

128. Lorsque la partie pour laquelle un procureur s'est constitué procureur, prétend que c'est sans ordre, et refuse en conséquence d'approuver toute la procédure qu'il a tenue, elle doit le désavouer par un acte formel de désaveu⁽²⁾.

Le procureur désavoué doit justifier du mandat.

Il n'est pas néanmoins nécessaire qu'il rapporte une procuration expresse ; il suffit qu'il puisse prouver par quelque lettre, ou par quelque autre acte, soit antérieur, soit postérieur à sa constitution de procureur, que la partie pour laquelle il s'est constitué procureur, a consenti qu'il occupât pour elle.

Lorsque le procureur qui s'est constitué procureur pour la partie contre qui on a donné une demande, se trouve porteur de la copie de l'exploit de demande qui a été laissée à cette partie, il est censé par cela seul justifier suffisamment que cette partie l'a chargé d'occuper pour elle sur cette demande ; car ce n'est qu'à cet effet que la partie paraît avoir remis cette copie à ce procureur.

Par ailleurs, un procureur qui s'est constitué procureur pour une partie qui a donné une demande, lorsqu'il se trouve porteur de l'exploit de demande qui lui a été remis par l'huissier qui l'a fait, est censé établir son pouvoir par cet exploit dont il est porteur, à moins que la partie n'ait parcelllement désavoué l'huissier, et fait juger bon et valable son désaveu contre l'huissier.

Si l'huissier désavoué justifiait que c'est par l'ordre du procureur qu'il a donné l'exploit, *put à*, parce qu'il se trouverait écrit en tout ou en partie de la main du procureur, ou de quelqu'un de ses clercs, il serait fondé à demander au procureur qu'il l'indemnisât du désaveu.

129. Lorsque le désaveu contre l'huissier a été jugé valable, l'exploit de demande dont le procureur est porteur, ne peut pas établir le pouvoir du procureur pour donner la demande. Mais si le procureur se trouve outre cela porteur des pièces qui servent de fondement à la demande, on pense communément que cela suffit pour établir le pouvoir de donner la demande, et pour faire en conséquence donner congé du désaveu, tant contre le procureur que contre l'huissier, parce qu'il y a tout lieu de présumer que c'est pour poursuivre la demande que la partie pour qui le procureur s'est constitué, lui a remis ses pièces, qui y servent de fondement.

point dispensées de la constitution d'avoué.

⁽¹⁾ L'avoué du demandeur est connu du défendeur, par l'exploit d'ajournement. Quant à l'avoué du défendeur, il doit faire connaître sa constitution. Art. 75 et 76, C. proc., *voy. ci-dessus*, p. 222, note 1.

⁽²⁾ V. art. 353, C. proc. civ.

Art. 353 : « Le désaveu sera fait au greffe du tribunal qui devra en constater, par un acte signé de la partie, ou du porteur de sa procuration spéciale et authentique : l'acte contiendra les moyens, conclusions, et constitution d'avoué. »

Cela peut souffrir néanmoins quelque difficulté; car il peut arriver qu'une personne envoie des pièces à un procureur, non pour intenter une action, mais pour les faire voir à un avocat, et avoir son avis, avant que de se déterminer sur le parti qu'elle aura à prendre, et que le procureur, à qui les pièces n'avaient été envoyées que pour ce sujet, ait néanmoins intenté une demande au nom de cette personne, et à son insu⁽¹⁾.

130. On avait autrefois, mal à propos, douté si un procureur pouvait être valablement désavoué après sa mort. Lacombe rapporte un arrêt du 18 mars 1744, rendu sur les conclusions de M. Gilbert, qui a jugé valable le désaveu d'un procureur, quoique fait après sa mort, et les héritiers de ce procureur tenus des dommages et intérêts de la partie contre laquelle il avait occupé.

Cela est conforme au principe du mandat. Un mandataire ou procureur qui excède son pouvoir, et à plus forte raison celui qui n'a aucun pouvoir, ne peut engager celui au nom duquel il fait quelque affaire que ce soit. Le procureur qui a occupé pour moi sans mon ordre, ou qui a fait en justice quelque offre ou quelque déclaration que je ne lui avais pas donné ordre de faire, n'a donc pu m'engager: n'étant pas engagé, la mort de ce procureur qui survient, est un fait étranger qui ne peut pas confirmer en ma personne une obligation que je n'ai jamais contractée. C'est pourquoi, soit que ce soit après la mort de ce procureur, soit que ce soit de son vivant qu'on m'oppose ce que ce procureur a fait en mon nom, je puis dire que c'est sans mon ordre, et le désavouer. D'un autre côté, ce procureur, en se portant faussement pour avoir pouvoir de moi, s'est obligé envers la partie contre qui il occupait, aux dommages et intérêts résultant de l'erreur dans laquelle il l'a induite. Cette obligation, de même que toutes les autres obligations, passe à ses héritiers, *qui succedunt in omne jus defuncti*; et par conséquent cette partie peut poursuivre contre ses héritiers la condamnation desdits hommages et intérêts⁽²⁾.

§ IV. Des obligations des procureurs envers leurs clients.

131. Le mandat judiciaire produit les mêmes obligations que les autres contrats.

C'est pourquoi de même que, comme nous l'avons vu *suprà*, le mandataire, en acceptant le mandat, s'oblige à deux choses envers le mandant; — 1^o à exécuter le mandat, et aux dommages et intérêts que le mandant aurait soufferts de son inexcution par la faute du mandataire; — 2^o à rendre compte au mandant de sa gestion, et à lui remettre ce qui lui en est parvenu;

De même le procureur, qui, dans le mandat judiciaire, est le mandataire de son client, est obligé à deux choses envers son client.

1^o Le procureur, en acceptant le mandat de son client, quand même ce ne serait que tacitement, s'oblige à l'exécuter, et aux dommages et intérêts que le client pourrait souffrir de l'inexcution par la faute de ce procureur.

Par exemple, si j'ai envoyé des pièces à un procureur afin qu'il formât pour moi une opposition au décret d'un héritage qui se poursuit dans sa juridiction, ce procureur, qui, en les retenant, est censé s'être tacitement chargé du mandat, est tenu des dommages et intérêts que j'ai soufferts par la perte que j'ai faite de mes hypothèques, faute par lui de l'avoir exécuté, et d'avoir

(1) *V.* Code de procédure, titre du *Désaveu*, art. 352 et suivants; mais il s'agit du désaveu sous un autre point de vue: la partie se plaint de ce que l'avoué a, sans mandat exprès, excédé les bornes de la *postulation*.

(2) *V.* art. 355, C. proc.: « Si l'avoué

« n'exerce plus ses fonctions, le désaveu sera signifié par exploit à son domicile: s'il est mort, le désaveu sera signifié à ses héritiers, avec assignation au tribunal où l'instance est pendante, et notifié aux parties de l'instance par acte d'avoué à avoué.»

formé pour moi l'opposition au décret qu'il s'était tacitement chargé de former.

Pareillement, lorsque j'ai envoyé des pièces à un procureur pour donner en mon nom une demande ; si ce procureur, qui, en retenant mes pièces, est censé tacitement avoir accepté mon mandat, a négligé de la donner, il sera tenu des dommages et intérêts résultant de ce que mon action s'est prescrite, faute par le procureur de l'avoir intentée⁽¹⁾.

2^o Le procureur qui s'est chargé de la poursuite d'une demande que j'ai intentée contre quelqu'un, se charge tacitement de défendre aux demandes incidentes qui seront formées contre moi dans le cours de l'instance sur cette demande. L'obligation de défendre à ces demandes incidentes, est une suite nécessaire de celle de poursuivre ma demande : *Æquum prætori visum est eum qui alicujus nomine procurator, experitur, eumdem etiam defensionem suspicere* ; L. 33, § 4, ff. de *Procur.*

132. La seconde obligation du procureur envers son client, est de lui rendre compte de sa gestion, et de lui remettre ce qui en est provenu ; ce qui consiste à soumettre à l'examen de son client la procédure qu'il a tenu en exécution de son mandat, et à remettre à son client toutes les pièces de la procédure, et tous les jugements qu'il a levés, à la charge par le client de lui payer préalablement ses déboursés et salaires.

L'obligation que le procureur contracte de rendre compte de sa gestion, renferme celle d'indemniser son client du tort qu'il lui a causé par sa faute, par quelque défaut de procédure ; car le principe général tiré de la loi 13, Cod. *Mand.*, où il est dit, *A procuratore dolum et omnem culpam præstandam esse, juris auctoritate manifestè declaratur* ; et cet autre, *Imperitia culpæ annumeratur* ; L. 132, ff. de *Reg. jur.* ; ces principes, dis je, ne comprennent pas moins les procureurs *ad lites* que les autres.

Par exemple, si j'ai chargé un procureur de poursuivre pour moi une saisie réelle d'un héritage, et que, sur une opposition formée contre mon décret à fin d'annuler, on oppose quelque défaut de procédure pour le faire déclarer nul, je puis mettre en cause le procureur pour répondre de sa procédure ; et si le décret est déclaré nul, il doit être condamné envers moi aux dommages et intérêts que je souffre.

§ V. Des obligations des clients envers leurs procureurs ; de l'hypothèque des procureurs, et de la distraction des condamnations de dépens que les procureurs ont droit d'obtenir.

133. Le mandat *ad litem* produit aussi, de même que les autres mandats, une obligation qu'on appelle *obligatio contraria mandati*, par laquelle le client qui est le mandant, s'oblige à payer à son procureur ses salaires, et à le rembourser des déboursés qu'il a faits pour la poursuite ou la défense de l'affaire ; et de cette obligation du client naît l'action *directa mandati*, que le procureur a contre lui pour s'en faire payer.

Le procureur, outre cela, a droit de retenir, jusqu'au paiement de ses salariés et déboursés, tous ses actes de procédures, qui sont son ouvrage ; mais il ne peut pas retenir, faute de paiement de ses salaires, les titres de sa partie : cela est défendu aux procureurs, à peine de privation de leurs offices, par l'ordonnance de Charles VII, de 1453, art. 44⁽²⁾.

Un procureur peut néanmoins retenir les jugements et autres actes qu'il a levés à ses frais, jusqu'à ce qu'on le rembourse des déboursés qu'il a faits pour les lever ; mais il ne peut pas les retenir pour ses salaires. Cette distinction est établie par un arrêt de 1547, rapporté par Coquille, quæst. 197.

(1) V. art. 71, 132, 293 et 1031, Code de procédure civile, qui précisent di- vers de cas responsabilité des avoués.

(2) Cette défense subsiste.

134. Lorsque le procureur a été chargé autrement que par une procuration passée devant notaires, il ne peut acquérir d'hypothèque sur les biens de son client pour ses salaires et déboursés, que du jour de la condamnation qu'il a obtenue contre lui.

On a même douté si on ne devait pas accorder cette hypothèque seulement du jour de cette condamnation, quoiqu'il y eût une procuration devant notaires. L'auteur du *Journal des Audiences*, t. 5, liv. 6, ch. 25, nous apprend que la principale raison de douter était de peur qu'en l'accordant plus tôt, il n'arriverait qu'une personne, pour mettre ses biens à couvert, colludât avec un procureur pour faire paraître beaucoup plus de frais qu'elle n'en aurait dû à son procureur ; néanmoins, après un partage d'avis, on a jugé en faveur du procureur, par arrêt rendu en 1672 (1).

Depuis, la question s'en étant renouvelée, il est intervenu un autre arrêt du 18 juin 1764, *consultis Classibus*, en forme de règlement, par lequel on a accordé l'hypothèque au procureur, du jour de la procuration passée devant notaires.

Ce n'est pourtant pas précisément du jour de la date de la procuration qu'on doit, ce me semble, dater cette hypothèque, mais plutôt du jour de l'acte de constitution de procureur qui a suivi cette procuration.

La raison en est évidente. L'hypothèque ne peut naître avant l'obligation : or, au temps de la date de la procuration, il n'y avait pas encore de contrat de mandat, ni par conséquent d'obligation contractée par le client envers le procureur. Ce n'est que par l'acceptation que le procureur fait de la procuration, que le contrat de mandat reçoit sa perfection, et qu'il produit les obligations qui en naissent : or, c'est l'acte de constitution de procureur qui constate l'acceptation que le procureur fait de la procuration, et qui en commence l'exécution ; Voy. *suprā*, n° 31 et 127.

135. Lorsqu'un procureur a obtenu pour son client un jugement de condamnation de dépens contre l'autre partie, si ses salaires, et les déboursés qu'il a faits dans l'instance pour son client, lui sont encore dus, il est fondé à demander la *distraction* à son profit de la condamnation de dépens adjugée à sa partie, pour s'en faire payer par la partie condamnée (2).

Cette distraction est un transport que le client au profit de qui le jugement est rendu, est censé faire à son procureur, de la créance qu'il acquiert contre la partie condamnée aux dépens ; et le client fait ce transport à son procureur pour s'acquitter envers lui desdits dépens dont il lui est débiteur.

Comme le client ne pourrait, sans injustice, refuser ce transport à son procureur, le juge peut, sans le consentement du client, prononcer cette distraction au profit du procureur ; car il peut suppléer un consentement qui ne peut être refusé sans injustice.

Si le procureur avait été payé d'une partie de ses frais pendant l'instance par son client, il ne pourrait obtenir la distraction à son profit de la condamnation de dépens, que jusqu'à concurrence de ce qui lui restera dû.

136. Lorsque le jugement qui contient une condamnation de dépens et la distraction au profit du procureur, est contradictoire, le procureur est, par le jugement même, du jour et dès l'instant qu'il est rendu, saisi de la créance

(1) Il faudrait aujourd'hui une constitution expresse d'hypothèque.

(2) V. art. 133, C. proc. « Les avoués pourront demander la distraction des dépens à leur profit, en affirmant, lors de la prononciation du jugement, qu'ils ont fait la plus grande partie des

avances. La distraction des dépens ne pourra être prononcée que par le jugement qui en portera la condamnation : dans ce cas, la taxe sera poursuivie et l'exécutoire délivré au nom de l'avoué, sans préjudice de l'action contre sa partie. »

qui résulte de la condamnation de dépens, contre la partie condamnée ; car la partie condamnée, qui en est la débitrice, étant partie dans le jugement qui contient et la condamnation et la distraction, cela équiperait de sa part à une acceptation du transport de la créance des dépens.

Lorsque le jugement est par défaut, les jugements par défaut n'ayant d'effet que du jour qu'ils sont signifiés, la distraction qui est faite au profit du procureur, n'a d'effet que du jour de la signification du jugement. Mais la condamnation de dépens n'ayant pareillement lieu que de ce jour, cette condamnation de dépens ne précède que d'un instant de raison la distraction qui en est faite au profit du procureur, de même que dans le cas auquel le jugement est contradictoire.

¶ 37. Lorsque celui qui a été condamné envers moi aux dépens dont mon procureur a obtenu la distraction, était, avant la condamnation, mon créancier d'une somme liquide, peut-il opposer la compensation de cette somme à mon procureur qui le poursuit pour le paiement des dépens dont il lui a été fait distraction ?

Il semble qu'il est en droit de lui opposer cette compensation ; car la distraction qui a été faite au profit de mon procureur, de la condamnation de dépens, ne fait autre chose que le subroger à ma créance que j'acquiers par la condamnation des dépens contre la partie qui est condamnée envers moi ; mon procureur est mis et subrogé en mes droits par la distraction qui est faite à son profit. Or c'est un principe, que celui qui est aux droits de quelqu'un, ne peut avoir plus de droit que celui aux droits duquel il est : *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.* De même donc que je n'eusse pu me dispenser de la compensation de la somme liquide dont j'étais débiteur dès avant la condamnation, envers la partie qui a été condamnée aux dépens envers moi ; de même mon procureur, qui, par la distraction qu'il a obtenue, ne fait qu'exercer mes droits, ne peut pareillement se dispenser de souffrir cette compensation.

En vain opposerait-on que la distraction ayant été prononcée par le même jugement que la condamnation de dépens, cette condamnation n'a pas subsisté en ma personne, et n'a pu par conséquent souffrir la compensation de la somme dont j'étais débiteur envers la partie qui a été condamnée aux dépens envers moi ; car on ne peut disconvenir que la créance résultant de la condamnation de dépens prononcée envers moi, n'ait subsisté en ma personne, au moins pendant un instant de raison. Or la compensation se faisant *ipso jure*, il suffit que cette créance ait subsisté en ma personne pendant un instant de raison, pour que la compensation se soit faite avec la somme dont j'étais débiteur.

Ces raisons paraissent très fortes, et prises dans les principes.

Néanmoins Lacombe, sur le mot *procureur ad lites*, rapporte un arrêt de la grande chambre du 19 mars 1738, par lequel il dit avoir été jugé que la partie condamnée aux dépens, desquels le procureur de celle au profit de qui la condamnation était rendue, avait obtenu à son profit la distraction, ne pouvait opposer au procureur la compensation d'une somme qui lui était due par la partie envers qui elle avait été condamnée aux dépens. Cet arrêt est fondé sur une grande raison d'intérêt public, qui doit prévaloir sur la subtilité du droit.

Il est de l'intérêt public qu'un procureur qui a été obligé de faire de grosses avances pour défendre une pauvre partie dans un procès qu'on lui faisait injustement, ait un recours assuré pour s'en faire rembourser par la partie qui a fait le procès injuste, et qui a été condamnée aux dépens. Sans cela les pauvres ne pourraient trouver de défenseurs qui voulussent faire pour eux les avances nécessaires pour leur faire rendre justice. La partie condamnée aux dépens dont le procureur a obtenu la distraction, ne doit donc pas être reçue à priver, par des compensations, le procureur des avances qu'il a faites, et de ses salaires. On doit feindre, en faveur de ce procureur, que la créance résultant de la condamnation des dépens dont la distraction lui a été accordée

lui a passé directement, sans avoir subsisté en la personne de sa partie envers qui la condamnation est intervenue; et qu'en conséquence cette créance n'a pas souffert la compensation de ce qui était dû par la partie à celle qui a été condamnée aux dépens ⁽¹⁾.

Il en serait autrement si le procureur n'avait pas fait prononcer la distraction à son profit par le même jugement qui a prononcé la condamnation de dépens envers sa partie, et que ce ne fut qu'*ex intervallo* qu'il se fut fait subroger à la créance de sa partie, résultant de la condamnation de dépens; car, en ce cas, cette créance ayant subsisté en la personne de sa partie, aurait souffert de plein droit la compensation des sommes que cette partie devait de son côté à celle qui a été condamnée envers elle; et il n'est pas douteux que le procureur n'aurait pu se faire subroger qu'à ce qui en restait.

Observez aussi que, si j'ai obtenu contre ma partie adverse une condamnation de dépens sur certains chefs dont mon procureur a obtenu à son profit la distraction, et que par le même jugement j'ai été condamné aux dépens sur un autre chef envers cette partie, il n'est pas douteux, en ce cas, qu'il doit se faire une compensation des condamnations respectives; la partie qui a été condamnée envers moi par ce jugement ne pouvant être débitrice par ce jugement des dépens auxquels elle a été condamnée, que sous la déduction de ceux qui lui ont été adjugés par le même jugement. C'est pourquoi mon procureur, qui a obtenu la distraction de ceux qui m'ont été adjugés, ne peut en ce cas se dispenser de souffrir la compensation de ceux auxquels j'ai été condamné ⁽²⁾.

138. Sur l'action *contraria mandati*, que les procureurs ont contre leurs clients pour le paiement de leurs salaires et le remboursement de leurs avances, il nous reste à observer qu'elle est sujette à quatre espèces de prescriptions ou fins de non-recevoir, dont nous avons déjà parlé en notre *Traité des Obligations*, n^os 724 et 725.

La première est la prescription résultant du laps de deux ans courus depuis le décès de la partie, ou la révocation du mandat: les procureurs sont, après ce temps, non recevables à demander leurs salaires et déboursés, suivant le règlement de la Cour du 28 mars 1692 ⁽³⁾.

Le règlement de la Cour ne s'est expliqué pour cette prescription de deux ans, que sur ces deux manières dont s'éteint le mandat du procureur. Il paraît qu'il y a même raison d'étendre sa disposition aux autres manières dont s'éteint le mandat: en conséquence le procureur me paraît devoir être dé-

(1) *V.* Leçons sur le Code de procédure civile par Boitard, sur l'art. 133.

(2) Un magistrat éclairé a eu la bonté de m'instruire que le Parlement avait jugé contre cette opinion, et que le procureur qui avait obtenu à son profit la distraction des dépens adjugés à sa partie sur un des chefs du jugement, n'était pas obligé de souffrir la compensation de ceux auxquels sa partie avait été condamnée sur un autre chef, quoique par le même jugement. La Cour a cru devoir porter jusque-là la faveur de ces distractions, et établir pour règle générale, dans quelque cas que ce soit, « que la créance des dépens dont le procureur se fait adjuger la distraction, est censée n'avoir jamais ré-

sidé qu'en sa personne, et non dans celle de sa partie, à qui ces dépens ont été adjugés ». (*Note de l'édition de 1766.*)

Cette décision n'ébranle en rien le raisonnement de Pothier, qui nous paraît sans réplique.

(3) *V.* art. 2273, C. civ.

Art. 2273 : « L'action des avoués, « pour le paiement de leurs frais et « salaires, se prescrit par deux ans, à « compter du jugement des procès, ou « de la conciliation des parties, ou de « puis la révocation desdits avoués. A « l'égard des affaires non terminées, « ils ne peuvent former de demandes « pour leurs frais et salaires qui re- « monteraient à plus de cinq ans. »

claré non recevable deux ans après le jugement définitif de l'affaire, jugement par lequel le mandat a été consommé.

La seconde espèce de fin de non-recevoir est la prescription de six ans, établie par le règlement de 1629, ci-dessus cité, article 2, qui porte que « les procureurs ne pourront, dans les affaires non jugées, demander leurs frais, « salaires et vacations pour les procédures faites au delà de six années précédentes immédiatement, encore qu'ils aient toujours continué d'y occuper, à « moins qu'ils ne les aient fait arrêter ou reconnaître par leurs parties ; et ce « avec calcul de la somme à laquelle ils montent, lorsqu'ils excèdent deux « mille livres ⁽¹⁾. »

La troisième espèce de prescription résulte de la restitution des pièces que le procureur a faite à sa partie : il en résulte une présomption qu'il a été entièrement payé ; c'est pourquoi on dit vulgairement au barreau, *pièces rendues, pièces payées* ⁽²⁾.

La quatrième espèce de prescription résulte du défaut de représentation du registre. Suivant un règlement de la Cour du 2 août 1692, les procureurs sont obligés d'avoir un registre, sur lequel ils doivent inscrire les paiements qui leur sont faits par leurs parties ; et lorsque la partie à qui ils demandent le paiement de leurs salaires, demande la représentation de ce registre, s'ils n'en ont point, ou s'ils ne le représentent pas, ils sont déclarés non recevables dans leur demande ⁽³⁾.

Toutes ces fins de non-recevoir sont fondées seulement sur une présomption de paiement ; elles laissent au procureur le droit de dénier le serment décisoire à son client, s'il a payé, et à sa veuve et ses héritiers, s'ils ont connaissance que les salaires sont dus ⁽⁴⁾.

§ VI. Des manières dont finit le mandat ad litem.

139. Ce mandat finit, de même que les autres mandats, par la mort naturelle ou civile du mandant, c'est-à-dire de celui qui a chargé le procureur.

Néanmoins, suivant les principes que nous avons établis *suprà*, n° 106, tant que le procureur ignore la mort de sa partie, la procédure qu'il continue de faire sous le nom du défunt, dont il ignore la mort, est valable ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Aujourd'hui cinq ans. (Même art. 2273.) *V.* la note précédente.

⁽²⁾ Cette présomption n'est point écrite dans la loi.

⁽³⁾ Cette fin de non-recevoir est consacrée par l'art. 151 du tarif civil. (Décret, 16 fév. 1807.)

⁽⁴⁾ *V.* art. 2275, C. civ.

Art. 2275 : « Néanmoins ceux aux- « quels ces prescriptions (*brevis tem- « pore*) seront opposées, peuvent dé- « férer le serment à ceux qui les oppo- « sent, sur la question de savoir si la « chose a été réellement payée. — Le « serment pourra être déferé aux veu- « ves et héritiers, ou aux tuteurs de « ces derniers, s'ils sont mineurs, pour « qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent « pas que la chose soit due. »

⁽⁵⁾ *V.* art. 342, 343 et 344, C. pr. civ.

Art. 342 : « Le jugement de l'affaire

« qui sera en état, ne sera différé, ni « parle changement d'état des parties, « ni par la cessation des fonctions dans « lesquelles elles procédaient, ni par « leur mort, ni par les décès, démis- « sions, interdictions ou destitutions « de leurs avoués. »

Art. 343 : « L'affaire sera en état, « lorsque la plaidoirie sera commen- « cée ; la plaidoirie sera réputée com- « mencée, quand les conclusions au- « ront été contradictoirement prises à « l'audience. — Dans les affaires qui « s'instruisent par écrit, la cause sera « en état quand l'instruction sera com- « plète, ou quand les délais pour les « productions et réponses seront ex- « pирés. »

Art. 344 : « Dans les affaires qui ne « seront pas en état, toutes procédu- « res faites postérieurement à la noti-

Mais depuis qu'il a su ou qu'il est réputé avoir su la mort de sa partie, qui est devenue publique dans le lieu, il ne peut plus continuer sa procédure, jusqu'à ce qu'il ait repris l'instance pour les héritiers; et il a besoin pour cela d'un nouveau pouvoir de ces héritiers, celui du défunt étant expiré à sa mort: sans cela il s'expose à être désavoué par les héritiers.

Il peut seulement, et il doit, quoiqu'il n'ait pas encore reçu de pouvoir des héritiers, signifier aux procureurs des parties avec lesquelles le défunt était en instance, un acte par lequel il leur dénonce la mort de sa partie: c'est ce qui s'appelle un *exoine de mort*. Cet acte est nécessaire afin que les autres procureurs ne lui signifient plus rien.

Ce mandat finit aussi par le changement d'état de sa partie, comme lorsque sa partie passe par un mariage sous la puissance d'un mari; ou lorsqu'ayant été interdite pour cause de démentie ou de prodigalité, elle passe sous la puissance d'un curateur. Le procureur a besoin, pour continuer d'occuper, d'un nouveau pouvoir du mari ou du curateur de sa partie, celui de sa partie étant éteint par son changement d'état.

140. Le mandat s'éteint aussi par la mort du procureur, ou lorsqu'il ne peut plus continuer ses fonctions, soit pour cause d'interdiction, soit parce qu'une autre personne à qui il a résigné son office, y a été reçue.

141. Enfin le mandat s'éteint par la révocation, lorsque la partie révoque son procureur, et donne pouvoir à un autre procureur d'occuper à sa place.

Cette révocation se fait par un acte de procédure par lequel le procureur que j'ai chargé de mon affaire à la place de celui que je veux révoquer, déclare «que je révoque ce procureur, et qu'il se constitue mon procureur en sa place». Cet acte se signifie tant au procureur révoqué, qu'à ceux des parties avec lesquelles je suis en instance.

142. A l'égard de la manière dont s'éteint le mandat par la répudiation que fait le mandataire, il y a à cet égard de la différence entre les procureurs *ad lites*, et les mandataires ordinaires *ad negotia*.

Celui-ci, comme nous l'avons dit *suprà*, n° 39, peut répudier le mandat qu'il a accepté, lorsque la chose est encore entière, ou pour cause de quelque légitime empêchement, *put à*, s'il lui survient à lui-même quelques affaires qui l'empêchent de vaquer à celle de son ami dont il s'est chargé. Au contraire, un procureur *ad lites* ne peut plus, après qu'il s'est constitué procureur, répudier le mandat, et il est obligé d'occuper jusqu'à ce que l'instance soit terminée.

143. Enfin, de même que le mandat *ad negotia finit finito negotio*, le mandat *ad litem finit finita lite*, soit par un jugement définitif, soit par une transaction, soit par un désistement pur et simple de la demande que la partie a donnée, ou par un acquiescement à celle qu'on a donnée contre elle.

ART. II. — Des procureurs *OMNIUM BONORUM*.

§ 1^{er}. Ce que c'est, et s'il y en a plusieurs espèces.

144. Un procureur *omnium bonorum*, est celui à qui quelqu'un a donné une procuration générale pour faire toutes ses affaires.

Les docteurs ont coutume d'en distinguer deux espèces; savoir: les *procureurs omnium bonorum simpliciter*, et les *procureurs omnium bonorum cum liberâ (administratione)*.

« fication de la mort de l'une des par- | « des avoués; les poursuites faites et
ties seront nulles: il ne sera pas be- | « les jugements obtenus depuis seront
soin de signifier les décès, démis- | « nuls, s'il n'y a constitution de nou-
sions, interdictions ni destitutions | « vel avoué. »

Ils appellent *procureur omnium bonorum simpliciter*, celui dont la procuration porte simplement « que le mandant le charge de toutes ses affaires. »

Ils appellent *procureur cum liberā*, celui dont la procuration porte que le mandant « lui confie la libre administration de ses affaires, et lui donne une entière liberté de faire, par rapport à ses affaires, tout ce qu'il jugera à propos. »

Ils prétendent que le pouvoir de ces procureurs *cum liberā* est beaucoup plus étendu que celui des procureurs *omnium bonorum simpliciter*, et que la différence de leur pouvoir consiste principalement en ce que le procureur *omnium bonorum simpliciter* n'a le pouvoir de vendre que les fruits des récoltes et les choses périssables, au lieu que le procureur *cum liberā* a le pouvoir d'aliéner.

Ils fondent principalement leur distinction sur les lois 58 et 63, ff. de *Procurat*. La loi 63 n'accorde au procureur *omnium bonorum* le pouvoir d'aliéner que les choses périssables, et les fruits des récoltes : *Procurator TOTORUM BONORUM res domini neque mobiles vel immobiles, neque servos sine speciali domini mandato alienare potest, nisi fructus aut alias res quæ facile corrupti possunt*; *ead. L. 63*.

Au contraire, la loi 58 paraît accorder au procureur *cum liberā* le pouvoir d'aliéner : *Procurator cui generaliter LIBERA administratio rerum commissa est, potest exigere, aliud pro alio permutare*; *ead. L. 58* : *sed et id quoque ei mandari videtur, ut solvat creditoribus*; *L. 59*.

La loi 9, § 4, ff. de *Acquir. rer. dominio*, paraît aussi accorder ce pouvoir au procureur *cum liberā*; il y est dit : *Si cui LIBERA negotiorum administratio ab eo qui peregrē proficiscitur permissa fuerit, et is ex negotiis rem venderit et tradiderit, facit eam accipientis*.

Justinien s'exprime dans les mêmes termes au titre des *Institutes*, de *Rer. divis.* § 43.

145. Cette distinction des procureurs *omnium bonorum simpliciter*, et des procureurs *cum liberā*, quoique reçue par presque tous les docteurs, a été rejetée par Duaren, Doneau et quelques autres.

Vinnius, *select. quæst. 1, 9*, la combat *ex professo*.

Il soutient que les termes de *procurator omnium rerum, omnium bonorum, totorum bonorum*, et ceux-ci, *cui libera administratio rerum* (ou *negotiorum*) *concessa est*, employés dans différents textes de droit, sont entièrement synonymes, et que ces différents termes n'expriment autre chose qu'un procureur *fondé de procuration générale*; que ces termes par lesquels il est dit dans une procuration, « que le mandant accorde à son procureur la libre administration de ses affaires, et lui donne pouvoir de faire, par rapport à ses affaires, tout ce qu'il jugera à propos », sont des termes qui n'ajoutent rien à ceux par lesquels le mandant donne simplement pouvoir à quelqu'un « de gérer toutes ses affaires », sans rien dire davantage.

A l'égard des textes du droit par lesquels on prétend établir que le procureur *cum liberā* a le pouvoir d'aliéner, qui est refusé au procureur *omnium bonorum simpliciter*, Vinnius répond, que ce qui est dit en la loi 58, que le procureur *cui libera administratio concessa est*, peut *aliud pro alio permutare*, ne doit pas s'entendre en ce sens, « que ce procureur ait un pouvoir indéfini d'aliéner à son gré les choses qui font partie des biens dont il a l'administration »; mais en ce sens, « qu'il peut faire seulement les aliénations qu'exige l'administration qui lui est confiée » : en quoi Vinnius prétend que ce procureur n'est pas différent du procureur *omnium bonorum simpliciter*, à qui la loi 63 défend l'aliénation tant des meubles que des immeubles qui font partie des biens dont il a l'administration; car cette défense n'est pas absolue, et elle doit s'entendre avec cette limitation, « si ce n'est autant que l'exigera l'administration des biens qui lui est confiée ». C'est pourquoi la même loi permet

expressément au procureur *omnium bonorum* la vente des choses périssables et des récoltes.

A l'égard de la loi 9, § 4, de *Acquir. rer. dom.* et du texte des *Institutes* au titre de *Rer. divis.*, § 43, où il est dit « que celui *cui permissa est libera rerum administratio*, vend valablement et transfère à l'acheteur la propriété des choses qui font partie des biens dont l'administration lui est confiée », Vinnius répond pareillement que ces textes doivent s'entendre, non indistinctement de toutes les ventes que le procureur aurait faites, mais de celles qu'exigeait l'administration dont il était chargé ; en quoi il n'a rien de plus que le procureur *omnium bonorum simpliciter*.

Quoique les raisons de Vinnius contre la distinction ordinaire, paraissent assez plausibles, je n'oserais pas néanmoins décider entre son opinion et l'opinion commune ; *lectoris erit judicium*.

146. Au reste, quand même on admettrait avec Vinnius, que les termes employés dans une procuration générale, par lesquels il est dit « que le mandant donne à son procureur *la libre administration de ses affaires, et une entière liberté de faire, par rapport auxdites affaires, tout ce qu'il jugera à propos* », n'ajoutent rien, il n'est pas douteux néanmoins qu'on peut, par des clauses moins vagues et plus précises, étendre le pouvoir que renferment ordinairement les procurations générales, de même qu'on peut aussi le restreindre⁽¹⁾.

147. Quand même une procuration générale ne contiendrait aucune clause particulière, je crois qu'elle peut, par les circonstances, recevoir plus ou moins d'étendue.

Par exemple, lorsque celui qui a donné à quelqu'un une procuration générale pour gérer ses affaires, demeure sur le lieu ou dans un lieu peu éloigné de celui où se fait la gestion de ses affaires, je pense qu'il est ordinairement présumé, en ce cas, n'avoir voulu comprendre dans sa procuration générale que ses affaires courantes et ordinaires ; et que si, depuis sa procuration, il survenait quelque affaire extraordinaire qui n'eût pas été prévue lors de la procuration, cette affaire ne devrait pas y être facilement présumée comprise. Le procureur *omnium bonorum* étant, en ce cas, à portée d'en instruire le mandant avant que de l'entreprendre, ne doit pas l'entreprendre sans l'en avoir informé, et sans avoir reçu de lui pour cela un pouvoir spécial.

Au contraire, lorsque celui qui a laissé à quelqu'un une procuration générale, est parti pour les îles de l'Amérique, ou pour quelque autre pays éloigné où il doit faire un long séjour, et où il n'est pas à portée de prendre par lui-même connaissance des affaires qui lui surviendraient pendant son absence ; en ce cas, on doit donner plus d'étendue à sa procuration, et on doit présumer qu'elle comprend non-seulement ses affaires ordinaires, mais toutes les affaires extraordinaires qui surviendraient pendant son absence.

§ II. De ce que comprennent les procurations générales.

148. Une *procuration générale* comprend tout ce qui appartient à l'*administration* des biens du mandant, qui est confiée au procureur *omnium bonorum*, établi par cette procuration : ce qui est *disposition* plutôt qu'*administration*, en excède les bornes.

Suivant cette définition, un procureur *omnium bonorum* peut, 1^o faire des baux à ferme ou à loyer des biens du mandant, ou les faire valoir par ses mains.

(1) V.art. 1988, C. civ., qui met fin à cette controverse | « actes d'administration. — S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de « quelque autre acte de propriété, le « mandat doit être expiés. »

Art. 1988 : « Le mandat conçu en « termes généraux n'embrasse que les

Il ne peut faire ces baux à ferme ou à loyer que pour le temps pour lequel il est d'usage dans le pays de les faire : ce temps est tout au plus de neuf ans. Ceux faits pour un temps plus long tiennent de l'aliénation, et excèdent par conséquent les bornes de l'administration (1).

Il y a néanmoins des cas particuliers dans lesquels je pense que des baux faits pour un temps plus long ne seraient pas censés excéder les bornes de l'administration qui est confiée par une procuration générale ; tel est le cas auquel l'objet du bail serait un terrain inculte qu'on donnerait par bail à rente, pour être défriché et planté en vignes, le temps de neuf ans n'étant pas, en ce cas, suffisant pour dédommager le preneur des avances qu'il est obligé de faire dans les premières années, sans en retirer de fruits ; je pense qu'un procureur *omnium bonorum* n'excède pas, en ce cas, les bornes de l'administration, en faisant un bail de vingt-sept ans.

149. 2^o Il peut faire toutes les emplettes nécessaires pour mettre en valeur les biens qu'il fait valoir par ses mains.

Par exemple, il peut acheter le fumier et les échalas qu'il faut mettre dans les vignes, les tonneaux pour recevoir le vin des récoltes, le poisson pour peupler les étangs, etc.

3^o Il peut faire les marchés avec les ouvriers pour toutes les réparations qui sont à faire aux biens du mandant, et acheter les matériaux nécessaires pour les faire.

150. 4^o Il peut recevoir ce qui est dû au mandant, et en donner de valables quittances aux débiteurs ; *L. 34, § 3, ff. de Solut.*

Peut-il recevoir le rachat des rentes rachetables, et en donner quittance au débiteur ?

(1) C'est le terme que la loi a fixé au mari pour les baux des biens de sa femme, au tuteur pour ceux des biens des mineurs, à l'usufruitier pour les baux des biens dont il a l'usufruit, et au mineur émancipé pour ses propres biens. (*V. art. 1429, 1430, 595, 1718 et 481, C. civ.*)

Art. 1429 : « Les baux que le mari « seul a faits des biens de sa femme « pour un temps qui excède neuf ans, « ne sont, en cas de dissolution de la « communauté, obligatoires vis-à-vis « de la femme ou de ses héritiers que « pour le temps qui reste à courir soit « de la première période de neuf ans, « si les parties s'y trouvent encore, « soit de la seconde, et ainsi de suite, « de manière que le fermier n'ait que « le droit d'achever la jouissance de la « période de neuf ans où il se trouve. »

Art. 1430 : « Les baux de neuf ans « ou au-dessous que le mari seul a « passés ou renouvelés des biens de « sa femme, plus de trois ans avant « l'expiration du bail courant s'il s'agit « de biens ruraux, et plus de deux ans « avant la même époque s'il s'agit de « maisons, sont sans effet, à moins

« que leur exécution n'ait commencé « avant la dissolution de la communauté. »

Art. 595 : « L'usufruitier peut joindre « par lui-même, donner à ferme à un « autre, ou même vendre ou céder son « droit à titre gratuit. S'il donne à ferme, il doit se conformer, pour les « époques où les baux doivent être « renouvelés, et pour leur durée, aux « règles établies pour le mari à l'égard « des biens de la femme, au titre du « *Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux.* »

Art. 1718 : « Les articles du titre du « *Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux*, relatifs aux « baux des biens des femmes mariées, « sont applicables aux baux des biens « des mineurs. »

Art. 481 : « Le mineur émancipé « passera les baux dont la durée n'excède pas neuf ans ; il recevra ses « revenus, en donnera décharge, et « fera tous les actes qui ne sont que « de pure administration, sans être « restituable contre ces actes dans tous « les cas où le majeur ne le serait pas « lui-même. »

Je crois qu'il le peut. Quoique ce rachat contienne une aliénation de la rente, néanmoins ce rachat ne pouvant être refusé, paraît devoir être compris dans les choses qui concernent l'administration.

Un procureur *omnium bonorum* peut donner valable décharge aux débiteurs, non-seulement en recevant le paiement réel de ce qu'ils doivent; il peut les décharger d'une obligation, pour une autre obligation que ces débiteurs, ou d'autres pour eux, contractent à la place de celle dont il les décharge, lorsque cela se fait pour le bien des affaires du mandant. La loi 20, § 1, ff. de *Novat.*, dit expressément que *procurator omnium bonorum novare potest*, de même qu'un tuteur le peut, *si hoc pupillo expediatur*.

151.5° Le procureur *omnium bonorum* peut aussi contraindre les débiteurs au paiement, en faisant sur eux, sous le nom du mandant, des saisies mobilières, en vertu des titres exécutoires qu'il a entre les mains.

Quoique la saisie réelle des immeubles des débiteurs paraisse aussi appartenir à l'administration, néanmoins comme les saisies réelles engagent aujourd'hui dans des frais si immenses, qu'il est souvent plus avantageux à un créancier de laisser perdre sa créance que d'en venir à une saisie réelle, je pense qu'on ne doit pas laisser à la discrétion d'un procureur *omnium bonorum* d'engager le mandant dans les frais d'une saisie réelle, et que, lorsqu'il en faut venir là, il doit consulter le mandant, et lui demander une procuration spéciale (1).

Le principe que nous venons d'établir, « qu'une procuration générale donne le pouvoir de poursuivre au nom du mandant tous les débiteurs du mandant, pour le paiement de ce qu'ils lui doivent », souffre exception à l'égard d'un débiteur qui aurait lui-même une procuration générale pour gérer, aussi bien que celui qui lui demande le paiement de sa dette; car, étant lui-même le procureur *omnium bonorum* de son créancier, il a le droit de se payer à lui-même ce qu'il doit au mandant, dont il lui fera raison dans le compte qu'il aura à lui rendre de son mandat; c'est pourquoi il est bien fondé à en refuser le paiement à l'autre procureur, à moins que l'autre procureur n'eût une procuration spéciale pour l'exiger de lui. C'est ce qu'enseigne Julien : *Qui duos procuratores omnium rerum suarum relinquit, nisi nominatim præcepit ut alter ab altero pecuniam petat, non videtur mandatum utrilibet eorum dedisse*; L. 47, ff. de *Procur.*; adde, L. 48.

Si le procureur *omnium bonorum* avait fait mal à propos des poursuites contre des personnes qui ne doivent rien au mandant, il aurait excédé les bornes de sa procuration, qui lui donnait le pouvoir de poursuivre les débiteurs du mandant, mais non ceux qui ne lui devaient rien; à moins qu'il n'eût eu un juste sujet de les croire débiteurs; comme s'il avait trouvé les titres de créance parmi les papiers du mandant, et qu'il n'eût pu avoir connaissance du paiement avant les poursuites.

152. 6° Un procureur *omnium bonorum* peut aussi, sous le nom du mandant, donner des demandes en justice contre les débiteurs contre lesquels il n'y a pas de titre exécutoire.

Pareillement, si ceux contre lesquels il y a des titres exécutoires, forment opposition aux poursuites qui sont faites contre eux, il peut donner contre eux, sous le nom du mandant, demande pour en avoir mainlevée. Il peut aussi, sous le nom du mandant, intenter ses actions possessoires, pour s'opposer aux entreprises et aux troubles qui seraient faits à la possession du mandant: il peut pareillement donner des demandes pour passer titre nouvel;

(1) *V.* art. 556, C. pr. civ., qui conserve la distinction.

Art. 556 : « La remise de l'acte ou du jugement à l'huissier vaudra pour-

voir pour toutes exécutions autres que la saisie immobilière et l'empri-
sonnement, pour lesquels il sera be-
soin d'un pouvoir spécial. »

former opposition aux décrets, pour la conservation des droits du mandant.

Toutes ces actions étant choses qui appartiennent à l'administration des biens du mandant, le procureur *omnium bonorum* qui a cette administration, doit avoir le pouvoir de les intenter et de les poursuivre, si elles sont bien fondées, ou s'il a un juste sujet de croire qu'elles le sont, sans que le mandant puisse être reçu à désavouer les procureurs et huissiers que son procureur *omnium bonorum* en aurait chargés : *Si omnium rerum mearum procurator.... placuit eum etiam rem in judicium deducere*; L. 12, ff. de *Pact.*

153. A l'égard des autres demandes que le mandant prétend avoir droit d'intenter, qui ne peuvent passer pour faire partie de ses affaires courantes et ordinaires, le procureur *omnium bonorum* ne doit être présumé avoir le pouvoir de les intenter que selon la distinction que nous avons faite *suprà*, n° 147.

Même à l'égard des actions qui n'ont d'autre objet que de faire payer un débiteur, lorsqu'elles souffrent beaucoup de difficulté, et qu'elles peuvent donner lieu à de gros frais, le procureur *omnium bonorum*, qui est à portée de consulter le mandant, ne doit pas les intenter sous le nom du mandant, sans l'avoir consulté, et sans avoir reçu de lui pour cela un pouvoir spécial.

Pareillement, si, sur une demande donnée par le procureur, sous le nom du mandant, pour le paiement d'une dette qui paraissait ne pas souffrir de difficulté, le juge avait néanmoins donné congé de la demande, il ne devrait interjeter appel au Parlement qu'après avoir consulté le mandant, et en avoir reçu un ordre spécial.

154. Quelque étendue que soit une procuration générale, elle ne peut s'étendre aux demandes criminelles qui s'intentent par la voie de plainte. L'ordonnance de 1670, tit. 3, art 4, veut que la plainte soit signée par le plaignant ou par un procureur spécial (1).

155. De même que le procureur *omnium bonorum* peut, sous le nom du mandant, donner des demandes en justice, il peut aussi, sous le nom du mandant, défendre à celles qui seraient données contre le mandant, lorsqu'il les trouve mal fondées, ou y acquiescer, lorsqu'il les trouve bien justifiées, et qu'il n'a rien à opposer contre.

Ce principe a lieu pour toutes sortes de demandes, lorsque le procureur n'est pas à portée d'en donner avis au mandant; mais lorsqu'il est à portée de lui en donner avis, il ne doit y défendre sans l'avoir consulté, et sans un ordre prrticulier, que lorsque le congé ne souffre pas de difficulté, ni à acquiescer que lorsque la justice de la demande est évidente.

156. 7º Lorsqu'un procureur *omnium bonorum* n'a pas la preuve d'une créance du mandant, il a le pouvoir de déferer le serment décisoir au débiteur : *Procurator quod detulit (jusjurandum) ratum habendum est, si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si id nominativum mandatum sit*; L. 17, § fin., ff. de *Jurej.*

Ce qui doit être restreint au cas auquel les règles d'une bonne administration demandent qu'on ait recours à cette dernière ressource, c'est-à-dire lors-

(1) V. art. 31 et 65, C. d'inst. crim.

Art. 31 : « Les dénonciations seront rédigées par les dénonciateurs, ou par leurs fondés de procuration spéciale, ou par le procureur du roi s'il en est requis; elles seront toujours signées par le procureur du roi à chaque feuillet, et par les dénonciateurs ou par leurs fondés de pouvoir.—Si les dénonciateurs ou leurs

fondés de pouvoir ne savent ou ne veulent pas signer, il en sera fait mention. — La procuration demeurera toujours annexée à la dénonciation, et le dénonciateur pourra se faire délivrer, mais à ses frais, une copie de sa dénonciation. »

Art. 65 : « Les dispositions de l'art. 31, concernant les dénonciations, seront communes aux plaintes. »

qu'il n'y a pas d'espérance d'avoir des preuves. En cela le procureur *omnium bonorum* est semblable à un tuteur, à l'égard duquel Paul dit : *Tutor pupilli, omnibus probationibus alii deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est*, L. 35, ff. de *Jurej*. Hors ce cas, le procureur *omnium bonorum*, de même que le tuteur, excéderait son pouvoir, s'il déferait le serment au débiteur sur une créance ou un droit qui peut s'établir par de bonnes preuves.

157. 8° Vinnius fait la même distinction à l'égard de la transaction, qu'à l'égard du serment décisoire.

Ces deux cas étant assez semblables, le serment décisoire renfermant une espèce de transaction (L. 2, ff. de *Jurejur.*), il prétend que ce que Paul dit en la loi 60. ff. de *Procur.*, *mandato generali non contineri transactionem decidendi causâ interpositam*, ne doit s'entendre que du cas auquel le droit sur lequel ce procureur a transigé, pouvait s'établir par de bonnes preuves.

Il convient que la transaction, en ce cas, excède les bornes du pouvoir du procureur *omnium bonorum*, parce que le procureur qui n'a que le pouvoir d'administrer, n'a pas celui de disposer et de rien relâcher des droits du mandant. Mais lorsque les preuves du droit du mandant sont très équivoques, le procureur *omnium bonorum*, en transigeant conformément aux règles d'une bonne administration, ne paraît pas à Vinnius excéder, en ce cas, son pouvoir. Il tire argument pour cette distinction de ce qui est dit en la loi 12, Cod. de *Transact.*, à l'égard des administrateurs des biens des villes, qui sont des espèces de procureurs *omnium bonorum*; la loi dit : *Præses provinciæ existimabit utrūm de dūbiâ lite transactio inter te et civitatis tuae administratores facta sit, an ambitiosè id quod indubitate deberi posset remissum sit; nam priore casu ratum manere transactionem jubebit*, etc.

Je pense qu'on ne doit pas facilement accorder au procureur *omnium bonorum* le pouvoir de faire des transactions; car ces cas renferment une disposition des biens et des droits du mandant, dont par la transaction on relâche une partie, plutôt qu'une simple administration de ses biens. Pour accorder ou refuser ce pouvoir au procureur *omnium bonorum*, on doit avoir égard à plusieurs circonstances, telles que sont l'éloignement du mandant, l'importance de l'affaire, si elle n'est née que depuis la procuration (¹), etc.

Lorsque le mandant n'est pas assez éloigné pour que son procureur ne puisse facilement le consulter sur les affaires extraordinaires qui peuvent survenir, la présomption est que le mandant, par la procuration générale qu'il lui a donnée, n'a entendu le charger que de ses affaires courantes et ordinaires, qui ne souffrent pas de difficulté. C'est pourquoi le procureur *omnium bonorum* excède, dans ce cas, son pouvoir, si, sur un procès qu'on a fait au mandant, il transige sans l'avoir consulté, et sans avoir reçu un pouvoir spécial de lui pour cela: cette transaction est une affaire extraordinaire qui n'est pas présumée comprise dans la procuration. Au contraire, lorsque le mandant a laissé une procuration générale en partant pour des pays éloignés, où son procureur n'est pas à portée de pouvoir le consulter sur les affaires extraordinaires qui peuvent lui survenir, l'administration de ces affaires extraordinaires doit, en ce cas, être présumée comprise dans la procuration, aussi bien que le pouvoir d'en transiger, lorsque la prudence et les règles d'une bonne administration semblent l'exiger.

Observez aussi que, lorsque le procès a été commencé par le mandant avant la procuration, et qu'il a témoigné vouloir le soutenir, on ne doit pas facilement présumer qu'il ait voulu donner à son procureur le pouvoir d'en transiger, à moins que, depuis son départ, le procès n'eût changé de face, à cause des pièces produites par la partie adverse, dont le mandant n'avait pas de con-

(¹) Le 2^e alinéa de l'art. 1988, C. permet pas au mandataire général de civ. (V. ci-dessus, p. 232, note 1), ne transiger.

naissance : en ce cas, le procureur qui n'est pas à portée de consulter le mandant, n'excède pas son pouvoir, non-seulement en transigeant, mais même, lorsque les pièces de la partie adverse sont entièrement décisives, en se désistant purement et simplement de la demande donnée contre cette partie par le mandant, ou en acquiesçant à celle qu'elle avait donnée (1).

158. 9^e Le procureur *omnium bonorum* peut, des deniers de son administration, payer les créanciers du mandant : *Quum quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat* ; L. 87, ff. de *Solut.* L. 59, ff. de *Procur.*

Lorsqu'il n'y a pas de dettes exigibles à acquitter, il peut employer ces deniers au rachat des rentes dues par le mandant ; car il est évident qu'il ne peut pas en être fait un emploi plus utile.

Lorsqu'il n'y a ni dettes exigibles, ni rentes à acquitter, le procureur *omnium bonorum* a-t-il le pouvoir de faire, à son choix, tel emploi qu'il jugera à propos des deniers provenus de son administration, en constitution de rentes ou en achat d'héritages, lorsque la procuration n'en porte rien ?

Je crois qu'on peut décider cette question par la distinction que nous avons déjà faite. Si la procuration a été donnée par une personne qui partait pour un voyage de long cours, d'où elle ne devait revenir qu'après un long temps, on doit donner cette étendue à la procuration, y ayant présomption, en ce cas, qu'elle a laissé ce choix à son procureur, qui ne serait pas à portée de la consulter. Mais je crois qu'il en doit être autrement lorsque le mandant demeure dans un lieu qui n'est pas assez éloigné pour que son procureur ne puisse facilement le consulter sur l'emploi qu'il veut qu'on fasse des deniers provenus de l'administration de ses affaires. Je crois qu'en ce cas le procureur doit consulter le mandant, et attendre ses ordres pour faire l'emploi : cet emploi n'est point en ce cas présumé avoir été laissé à son choix, s'il n'y en a pas une clause expresse dans la procuration.

159. 10^e A l'égard de l'aliénation des choses qui font partie des biens du mandant, la procuration générale ne donnant au procureur *omnium bonorum* que l'administration desdits biens, et non la disposition, il s'ensuit que le pouvoir renfermé dans cette procuration, se borne aux aliénations qu'exige l'administration, et ne s'étend pas aux autres.

C'est en conséquence de ce principe que Modestin ne permet à ce procureur que la vente des fruits des récoltes, et celle des choses périsposables : *Procurator totorum bonorum cui res administrandæ mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles, neque servos sine speciali domini mandato alienare potest, nisi fructus, aut alias res quæ facilè corrumpi possunt* ; L. 63, ff. de *Procur.*

Il peut encore y avoir quelques autres ventes qui entrent dans l'administration, et qui en conséquence sont permises au procureur *omnium bonorum* ; *Arg. L. 12 et fin.*, ff. de *Cur. sur.*

Mais toutes les autres aliénations que n'exige pas l'administration, ne sont pas permises au procureur *omnium bonorum*.

En cela le pouvoir de ces procureurs, par rapport aux biens dont l'administration leur est confiée, est moindre que n'était par le droit romain le pouvoir des esclaves et des enfants de famille, par rapport aux biens de leur pécule, dont l'administration leur était confiée : ceux-ci avaient le pouvoir d'aliéner à leur gré les choses qui en faisaient partie ; L. 28, ff. de *Pign. act. et passim*.

La raison de différence est que le pécule était comme une espèce de patrimoine de l'esclave et de l'enfant de famille, distingué du patrimoine du maître ou du père, que le maître ou le père leur permettait d'avoir : *Peculium dictum... quasi patrimonium pusillum... quod servus domini permissu separatim à rationibus dominicis habet* ; L. 5, § 3 et 4, ff. de *Pecul. et passim*. Le maître ou

(1) Toutes ces décisions nous paraissent fort douteuses.

le père, en permettant ou à l'esclave ou à l'enfant d'avoir ce pécule comme un petit patrimoine, c'était une conséquence que l'administration qu'il leur en accordait, renfermait le pouvoir d'en disposer comme de choses qui leur appartenait en quelque façon. Au contraire, les biens dont un procureur *omnium bonorum* a l'administration, ne pouvant être regardés comme son patrimoine, c'est une conséquence que l'administration qui lui en est donnée par une procuration générale, ne peut être regardée que comme une administration simple, qui ne renferme point le pouvoir d'en disposer à son gré, et qui ne peut par conséquent permettre au procureur que les ventes que l'administration exige.

160. 11° De même que le procureur *omnium bonorum* ne peut aliéner les biens dont il a l'administration, qu'autant que l'exige cette administration, il ne peut pareillement les engager et hypothéquer qu'autant que l'exige son administration.

Par exemple il hypothèque tous les biens du mandant aux obligations qu'il contracte par des actes devant notaires, lorsqu'elles sont dépendantes de son administration, telles que sont celles qu'il contracte, par les marchés, avec des marchands, artisans ou ouvriers, pour des réparations aux biens, ou pour les faire valoir⁽¹⁾.

Il peut aussi les obliger pour des emprunts de sommes modiques qui tendent à quelque une de ces fins, lorsqu'ils sont faits par actes devant notaires⁽²⁾.

Mais si, quoique en son nom de procureur, il faisait des emprunts de sommes considérables qui excédaient les bornes de son administration, ou de sommes dont on ne verrait pas l'emploi, il excéderait en ce cas son pouvoir, et il n'obligerait ni la personne ni les biens du mandant.

Non-seulement le procureur *omnium bonorum* peut, lorsque son administration l'exige, contracter, en son nom de procureur, des obligations sous l'hypothèque générale des biens du mandant; il peut aussi, lorsque son administration l'exige, donner en nantissement des effets particuliers des biens dont il a l'administration, surtout si le mandant dont il gère les affaires, était lui-même dans l'usage d'emprunter sur gages; L. 12, ff. de *Pignor. act.*

161. 12° Un procureur *omnium bonorum* a, par la procuration générale qui lui a été donnée, le pouvoir d'accepter les donations qui sont faites au mandant. L'ordonnance de 1731, article 5, dit expressément, que les donations doivent être acceptées par le donataire, ou par son procureur général ou spécial⁽³⁾.

Par la même raison, ce procureur peut, en son nom de procureur, recevoir la délivrance des legs, soit particuliers, soit universels, faits à son mandant, ou en poursuivre le saisissement en justice sous le nom du mandant.

162. Mais une procuration générale n'est pas suffisante pour que ce procureur puisse, en son nom de procureur, accepter une succession qui serait déferlée à celui qui lui a donné la procuration.

La raison de différence est évidente. L'acceptation d'une donation, même universelle, et d'un legs même universel, ne peut jamais être préjudiciable au

(1) Ce qui n'a plus lieu aujourd'hui.

(2) Même observation que ci-dessus (art. 1988, C. civ., 2^e alinéa, V. ci-dessus, p.232, note 1).

(3) V. art. 933, C. civ.

Art. 933 : « Si le donataire est majeur, l'acceptation doit être faite par lui, ou en son nom, par la personne fondée de sa procuration, portant

« pouvoir d'accepter la donation faite, « ou un pouvoir général d'accepter les « donations qui auraient été ou qui « pourraient être faites. — Cette pro- « curation devra être passée devant « notaires; et une expédition devra « en être annexée à la minute de la « donation, ou à la minute de l'accep- « tation qui sera faite par acte séparé. »

donataire ou légataire universel ; car, quoique les donataires ou légataires universels soient tenus des dettes , ils n'en sont tenus que jusqu'à concurrence des biens qui leur ont été donnés ou légués, et il est toujours de leur pouvoir de se décharger des dettes en abandonnant et rendant compte des biens⁽¹⁾. C'est pourquoi l'acceptation des donations ou legs ne pouvant être qu'une bonne affaire pour celui à qui ils sont faits , il est présumé l'avoir comprise dans la procuration qu'il a donnée à quelqu'un de faire toutes ses affaires.

Au contraire, l'acceptation d'une succession fait contracter à celui qui l'accepte, une obligation de payer toutes les dettes de la succession, tant les inconnues que les connues, quand même elles excéderaient infiniment les forces de cette succession.

Or, celui qui a donné à quelqu'un une procuration générale de faire toutes ses affaires, n'est pas présumé lui avoir donné un pouvoir de lui faire contracter des obligations indéfinies ; et par conséquent le pouvoir d'accepter une succession ne doit pas être présumé compris dans une procuration générale.

C'est pourquoi si un procureur qui n'a qu'une procuration générale, donne à son mandant une qualité d'héritier dans quelque acte qui concerne les affaires d'une succession déclarée à son mandant, ou s'il se met, au nom de son mandant, et à son insu , en possession des biens de cette succession , et en dispose au nom de son mandant , le mandant pourra le désavouer, et sera reçu à renoncer à cette succession , en rendant compte de ce dont il aurait profité des biens de cette succession , dont le procureur s'est mis en possession.

Il en serait autrement si c'était à son vu et su que son procureur se fût mis en possession des biens de cette succession ; car, en le souffrant, il est censé s'être lui-même, par le ministère de son procureur, mis en possession des biens de cette succession , et avoir lui-même fait acte d'héritier : en laissant faire son procureur, il est censé lui avoir donné un pouvoir spécial tacite de le faire. Voyez *suprà*, n° 29.

Quoiqu'un procureur qui n'a qu'une procuration générale, n'ait pas le pouvoir d'accepter, au nom de son mandant, une succession déclarée à ce mandant, il est néanmoins de son devoir de faire, en la qualité qu'il a, procéder à l'inventaire des effets et des titres de cette succession , et de faire tous les actes conservatoires qui sont à faire pour conserver les biens de cette succession à son mandant : il doit lui en donner avis, et attendre ses ordres.

Si le procureur n'était pas à portée de consulter le mandant, *put à*, parce qu'il voyage dans des pays éloignés, le procureur peut se mettre en possession des biens de la succession, procéder à la vente des meubles, payer les créanciers qui se présenteraient les premiers.

Il ne préjudicie point en cela au mandant , lequel, dans le cas où il surviendrait plus de dettes qu'il n'y a de biens , peut, à son retour, renoncer à la succession , en rendant compte des biens dont son procureur s'est mis en possession : car il n'a pu être engagé dans une qualité d'héritier par tout ce qui s'est fait à son insu⁽²⁾.

163. Le procureur qui n'a qu'une procuration générale, peut-il renoncer à une succession déclarée à son mandant?

Il n'y a lieu à cette question que dans le cas auquel le mandant est assigné et poursuivi par les créanciers de cette succession ; car, tant qu'il n'est pas

(1) Remarquons que Pothier tient pour constant que le legs universel et la donation ne peuvent engager le légataire ou donataire au delà de l'émolument qu'ils reçoivent, et que, même après l'acceptation, ils peuvent se dé- | charger en abandonnant tout cet émolument.

(2) Il serait prudent , de la part du mandataire, d'obtenir l'autorisation de justice, pour faire les actes dont parle ici Pothier.

poursuivi, il est évident que son procureur ne doit pas renoncer pour lui à la succession, rien ne l'y obligeant.

Dans le cas auquel le mandant est poursuivi pour prendre qualité, il faut avoir recours à notre distinction.

Si le mandant n'est pas assez éloigné pour qu'on ne puisse l'instruire des poursuites qu'on fait contre lui, je pense que son procureur doit l'en instruire et attendre ses ordres; et jusqu'à ce qu'il ait reçu un pouvoir spécial, il n'est pas partie capable de renoncer à la succession pour son mandant.

Mais si le mandant est en voyage de long cours, et qu'on ne puisse lui donner avis des poursuites, je pense que le procureur est censé avoir en ce cas reçu, par sa procuration générale, le pouvoir de renoncer à la succession pour son mandant, afin d'éviter les condamnations qui interviendraient contre le mandant, faute de prendre qualité⁽¹⁾.

C'est avec cette distinction que je crois que doit être entendue la décision de la loi 65, § 7, ff. *Pro socio*, où il est dit « qu'un procureur *omnium bonorum* peut, aussi bien qu'un procureur spécial, renoncer à une société que le mandant avait contractée avec des tiers, et la dissoudre. »

Je pense que le procureur *omnium bonorum* n'a ce pouvoir que lorsque deux choses concourent, et qu'il faut pour cela:—1^o que le mandant soit dans un lieu si éloigné, que le procureur ne soit pas à portée de le consulter;—2^o qu'en égard à des circonstances nouvellement survenues, il y ait un intérêt évident des affaires du mandant, qui exige la renonciation à la société; autrement je ne pense pas que ce procureur, qui n'a que l'administration, et non la disposition des biens du mandant, ait le pouvoir de rompre une société que le mandant a jugé à propos de contracter.

164. Quelque étendue que soit une procuration générale, elle ne donne au procureur le pouvoir de disposer par donation d'aucune chose des biens dont on lui a donné la gestion.

Les lois romaines refusaient ce pouvoir au fils de famille par rapport aux choses qui faisaient partie de son pécule, dont son père lui avait accordé la libre administration, quoique ce pécule fût regardé comme étant en quelque façon le propre patrimoine du fils: *Filius familiās donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat*; L. 17, ff. de *Donat*. A plus forte raison ce pouvoir doit-il être refusé au procureur *omnium bonorum*, quelque étendue qu'on ait donnée à sa procuration, les biens que ce procureur administre ne pouvant être considérés sous aucun respect comme son propre patrimoine.

C'est une conséquence de ce principe, que le procureur *omnium bonorum* n'a pas le pouvoir de faire une remise gratuite de quelque droit qui appartenait au mandant; une telle remise, lorsqu'elle est gratuite, étant une véritable donation.

C'est sur ce fondement que *Gaius* décide qu'un procureur *omnium bonorum* ne peut pas, s'il n'a un pouvoir spécial, donner un consentement valable pour la remise d'un droit d'hypothèque qui appartient au mandant: *Videamus si procurator omnium bonorum consensit..... an teneat consensus? et dicendum est non posse, nisi hoc specialiter mandatum est*; L. 7, § 1, ff. *Quom. pign. solv.*

165. Il y a néanmoins certaines remises qui peuvent être regardées comme appartenant à l'administration, et qui en conséquence n'excèdent pas le pouvoir d'un procureur *omnium bonorum*.

Telles sont les remises que des créanciers, dans le cas d'une faillite de leur

(1) Pothier nous paraît donner, en ce cas, une trop grande extension aux pouvoirs du mandataire général : car la renonciation à une succession ne nous paraît pas rentrer dans les actes d'administration.

débiteur, lui font d'une partie de leur créance par contrat d'atemoiement, pour se conserver le surplus, et dans la crainte de perdre tout. Je crois qu'un procureur *omnium bonorum* peut, sans un pouvoir spécial, se joindre avec les autres créanciers d'un débiteur de son mandant, pour faire en ce cas au débiteur les remises que l'intérêt des créanciers paraît exiger qu'on lui fasse. Cela surtout ne peut souffrir de difficulté lorsque le mandant est trop éloigné pour que le procureur soit à portée de le consulter⁽¹⁾.

Un autre exemple de remise qui n'excède pas le pouvoir d'un procureur *omnium bonorum*, est celle qu'il ferait d'une partie d'un profit seigneurial, par composition, à des personnes qui sont sur le point d'acquérir des héritages dans la mouvance d'une seigneurie, dépendant des biens dont il a l'administration : une telle remise étant faite pour l'intérêt du mandant, afin de faciliter l'acquisition qui doit donner ouverture au profit, et dans la crainte de la faire manquer, si on usait d'une trop grande rigueur, ne paraît point excéder les bornes de l'administration confiée à ce procureur, pourvu qu'elle ne soit pas excessive⁽²⁾.

Même dans le cas auquel l'acquéreur n'aurait pas composé du profit avant son acquisition et auquel par conséquent le mandant aurait le droit d'exiger le profit entier, je crois que son procureur *omnium bonorum* n'excède pas les bornes de son pouvoir en faisant la remise d'une partie du profit, telle que les seigneurs ont coutume de la faire le plus communément, surtout si le mandant avait été lui-même dans l'usage de faire ces remises avant la procuration, pendant qu'il administrerait ses biens par lui-même.

Au contraire, si le mandant, pendant le temps qu'il administrerait par lui-même, était dans l'usage de ne point faire de remise, la présomption est, en ce cas, que le mandant n'a pas eu intention d'accorder à son procureur le pouvoir de faire des remises ; c'est pourquoi s'il en faisait, il excéderait les bornes de son pouvoir.

166. Enfin, quelque étendue que le mandant ait donnée à sa procuration, le procureur n'a le pouvoir de faire d'autres contrats que ceux par lesquels il croit de bonne foi faire utilement les affaires du mandant ; et il n'est pas douteux qu'il excède les bornes de son pouvoir toutes les fois que, pour favoriser des tiers, et en fraude des intérêts du mandant, il dispose des biens dont l'administration lui a été confiée.

C'est pourquoi tout ce qu'il paraît avoir fait dans ces vues, n'est pas valable, et n'engage pas le mandant.

C'est ce qu'enseigne Scævola, dans l'espèce d'une procuration conçue en ces termes : *Concedo tibi de omnibus meis negotiari, sive vendere vis, sive pacisci, sive quodcumque operari, ut domino omnium meorum, me omnia firma esse à te facta existimante, et non contrarium dicente tibi ad ullam operationem. Quæsitum est si quid non administrandi animo, sed fraudulenter alienasset vel mandasset, an valeret? Respondi eum de quo quæreretur, plenè quidem, sed quatenus res ex fide agenda esset, mandasse; L. 60, § 4, ff. Mand.*

Il n'est pas douteux aussi qu'un procureur *omnium bonorum*, quelque étendue que soit sa procuration, en excède les bornes, lorsqu'il dispose, pour son intérêt particulier, des biens dont on lui a donné l'administration ; *cod. § 4.*

(1) La remise dans ce cas pourrait | (2) Une semblable remise ne peut être forcée. | plus avoir lieu aujourd'hui.

APPENDICE

AU TRAITÉ DU CONTRAT DE MANDAT.

Du quasi-contrat negotiorum gestorum.

167. Lorsque quelqu'un fait l'affaire d'un autre, sans aucun ordre et à son insu, il n'intervient entre eux aucun contrat de mandat ; le contrat de mandat, de même que tous les autres contrats, étant une convention qui ne peut se former que par le consentement et le concours des volontés des deux parties.

A défaut de contrat, cette gestion forme un *quasi-contrat* entre les parties, qui produit entre elles des obligations semblables à celles que produit le contrat de mandat.

Celui qui a fait la gestion contracte, de même qu'un mandataire, l'obligation de rendre compte de sa gestion à celui de qui il a fait l'affaire, et de lui rendre ce qui lui est parvenu de cette gestion ; et celui de qui on a fait l'affaire à son insu, contracte l'obligation d'indemniser celui qui l'a faite, de ce qu'il lui en a coûté.

Ce quasi-contrat a pour fondement l'équité naturelle, qui veut que celui qui s'ingère à faire les affaires d'un autre, soit tenu d'en rendre compte ; et qui ne permet pas que celui dont on a fait les affaires, puisse en profiter sans indemniser celui qui les a faites ⁽¹⁾.

Nous verrons sur ce quasi-contrat :

- 1^o Quelles choses sont requises pour le former ;
- 2^o Nous traiterons des obligations qu'il produit.

SECT. I^e. — QUELLES CHOSES SONT REQUISSES POUR FORMER LE QUASI-CONTRAT *negotiorum gestorum*.

Plusieurs choses sont requises pour former ce quasi-contrat :

- 1^o Il faut qu'il y ait une affaire dont la gestion soit la matière de ce quasi-

(1) V. art. 1371 et 1372, C. civ.

Art. 1371 : « Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties. »

Art. 1372 : « Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit « que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui

gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépenses de cette même affaire. — Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire. »

contrat, et qu'il y ait deux personnes dont l'une ait géré l'affaire, et dont l'autre soit celle à qui l'affaire appartient ;

2^o Il faut que celui qui l'a gérée, l'ait gérée sans l'ordre et à l'insu de celui à qui l'affaire appartient ;

3^o Il faut au moins, selon la subtilité du droit, que celui qui l'a gérée, ait eu intention de faire l'affaire de celui qu'elle concernait ; et il faut surtout qu'il ait eu une intention formelle ou virtuelle de se faire rembourser de ce qu'il lui en coûterait.

ART. I^{er}. — Il faut qu'il y ait une affaire dont la gestion soit la matière du quasi-contrat *NEGOTIORUM GESTORUM*, et qu'il y ait deux personnes dont l'une ait géré l'affaire, et dont l'autre soit celle à qui l'affaire appartenait.

168. Il est évident qu'il ne peut y avoir de quasi-contrat *negotiorum gestorum*, sans une affaire dont la gestion soit la matière de ce quasi-contrat, au reste il n'importe que ce soit la gestion d'une affaire unique, ou la gestion de plusieurs affaires : *Negotia sic accipe, sive unum, sive plura* ; L. 3, § 2, ff. de *Neg. gest.*

169. Il n'est pas moins évident qu'il ne peut y avoir de quasi-contrat *negotiorum gestorum*, sans deux personnes, dont l'une gère l'affaire, et dont l'autre soit celle à qui appartient l'affaire qui est gérée.

C'est pourquoi si quelqu'un a fait une affaire qui ne concernait que lui, qui était sa propre affaire et non celle d'aucun autre, quand même en la faisant il se serait faussement persuadé qu'il faisait l'affaire d'un autre, cette gestion ne pourra former le quasi-contrat *negotiorum gestorum* ; car il n'y a pas deux personnes : c'est la même personne qui gère l'affaire, et à qui appartient l'affaire qui est gérée. C'est pourquoi Julien dit : *Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio* ; L. 6, § 4, ff. de *Neg. gest.*

170. Mais si l'affaire n'était que pour partie l'affaire de celui qui l'a faite, et qu'elle fût aussi en partie mon affaire, la gestion qu'il a faite de cette affaire formera entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et obligera celui qui a fait la gestion à me rendre compte de l'affaire pour la part que j'y ai, et moi à le rembourser pour cette part des frais de sa gestion ; *ead. L. 6, § 4; L. 31, § 7, ff. de Neg. gest.*

171. Pour former entre vous et moi le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, il n'est pas nécessaire que l'affaire que j'ai faite fût proprement et principalement votre affaire ; il suffit qu'elle fût une affaire dont vous étiez chargé, et que vous eussiez intérêt qui fût faite.

C'est sur ce principe que Julien décide que, si en votre considération j'ai fait quelque affaire d'un mineur dont vous étiez tuteur, cette gestion forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*. *Julianus sribit : Si pupilli tui negotia gessero, non mandato tuo, sed ne tutelæ judicio tenearis, negotiorum gestorum habebo te obligatum*, L. 6, ff. *eod. tit.*

Quoique dans cette espèce l'affaire que j'ai faite pour vous ne fût pas proprement et principalement votre affaire, qu'elle fût celle de votre mineur plutôt que la vôtre, elle était néanmoins en quelque façon votre affaire, puisque vous en étiez chargé ; et que, si elle n'eût pas été faite, vous en eussiez été responsable envers votre mineur.

172. Quoique l'affaire que j'ai faite pour vous et en votre nom fût une affaire qui, lors de la gestion que j'en ai faite, ne vous concernait en aucune manière, cette gestion ne laissera pas de former entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, si, depuis, l'approbation que vous avez donnée à ce que j'ai fait en votre nom, a rendu cette affaire votre propre affaire.

Par exemple, si, sans votre ordre, j'ai reçu pour vous une somme de quelqu'un qui croyait par erreur vous la devoir, et qui ne la devait point du tout, ou la devait à un autre qu'à vous; quoique le paiement que j'ai reçu de cette somme pour vous fût une affaire qui ne vous concernait point du tout, néanmoins si vous l'avez ratifié, ce paiement par vous ratifié forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, parce que, par cette ratification, ce paiement que j'ai reçu pour vous est devenu votre propre affaire: car, suivant la règle de droit, *Ratihabitio mandato comparatur*, et cette autre, *Qui mandat, ipse fecisse videtur*, par cette ratification vous êtes censé avoir reçu vous-même ce paiement que j'ai reçu pour vous. Vous êtes en conséquence obligé de rendre la somme à celui qui l'a payée par erreur: Le paiement que j'ai reçu pour vous de cette somme est donc devenu votre propre affaire, puisque, étant obligé de rendre la somme, vous avez intérêt que je vous en rende compte.

C'est ce qu'enseigne Julien: *Quæritur apud Pedium si Titium quasi debitorum tuum admonuero, et is mihi solverit, quum debitor non esset; tuque postea cognoveris et ratum habueris, an negotiorum gestorum actione me possis convenire? Et ait dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, quum debitor tuus non fuerit; sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium: et sicut ei à quo exactum est, adversus eum datur repetitio qui ratum habuit, ita et ipsi debet post ratihabitionem adversus me competere actio: sic ratihabitio constituit tuum negotium quod anteā tuum non erat, sed tuā contemplatione gestum; ead. L. 6, § 9.*

Julien, au § 10, rapporte une pareille décision dans une espèce semblable.

Il en est autrement lorsque l'affaire que j'ai faite en votre considération, croyant par erreur qu'elle vous concernait, est de nature telle que l'approbation que vous feriez de cette gestion ne puisse en faire votre propre affaire; comme lorsque j'ai étayé une maison ruineuse, croyant par erreur qu'elle vous appartenait, quoiqu'elle appartient à un autre. L'approbation que vous avez donnée depuis à ce que j'ai fait, ne vous faisant rien acquérir, ni contracter aucune obligation, et n'ayant aucun effet, ne peut rendre ce que j'ai fait votre propre affaire, ni par conséquent produire entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

C'est ce qu'enseigne le même Pedius: *Quid ergo, inquit Pedius, si quum te hæredem pularem, insulam fulsero hæreditariam, tuqueratum habueris, an sit mihi actio adversus te? Sed non fore ait; quum hoc facto meo alter sit locupletatus, et alterius reipsa negotium gestum sit; nec possit quod alteri acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri; L. 6, § 11.*

173. Quoique la personne dont j'ai fait quelque affaire sans mandat, fût un impubère qui ne peut contracter d'obligation sans l'autorité de son tuteur, la gestion que j'ai faite ne laisse pas de former entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et de produire les obligations réciproques qui en naissent: *Contrā impuberes quoque, si negotia eorum urgentibus necessitatibus rationibus utiliter gerantur, in quantum (1) locupletiores facti sunt, dandam actionem, ex utilitate ipsorum receptum est; L. 2, Cod. de Neg. gest.*

Par la même raison, lorsque quelqu'un a fait sans mandat quelque affaire d'un fou, cette gestion ne laisse pas de former entre eux le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et de produire les obligations réciproques qui en naissent: *Etsi furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio; L. 3, § 5, ff. de Neg. gest.*

174. Le principe que nous avons établi, « que pour former le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, il fallait deux personnes, dont l'une fit l'affaire de l'autre », s'entend des personnes RÉELLES OU FICTIVES.

(1) Voy. *infra*, sect. 2, art. 2.

C'est pourquoi si quelqu'un fait sans mandat une affaire qui dépend d'une succession vacante, cette gestion forme le quasi-contrat *negotiorum gestorum* entre celui qui a fait cette affaire, et la succession vacante : car la succession vacante est une personne fictive ; *Hæreditas jacens personam defuncti sustinet* : elle peut contracter des obligations, et on en peut contracter envers elle. *Voyez notre Traité des Obligations*, n° 126.

ART. II. — Il faut pour le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'ait faite sans ordre et à son insu.

§ 1^r. *Il faut que ce soit sans son ordre.*

175. Pour le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, il faut que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'ait faite sans son ordre; car, s'il l'avait faite par son ordre, ce serait le contrat de mandat qui serait intervenu entre eux; ce ne serait pas le contrat *negotiorum gestorum*; L. 6, § 1, ff. *Mand.*

176. Mais quand même celui qui a fait l'affaire de quelqu'un aurait cru avoir un ordre de lui pour la faire, s'il n'y en a pas eu, il n'y a pas de contrat de mandat, et la gestion qu'il a faite forme entre eux un quasi-contrat *negotiorum gestorum* : *Si quum putavi à te mihi mandatum, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio, cessante mandati actione*; L. 5, ff. *de Neg. gest.*

177. Par la même raison, lorsque mon mandataire a excédé les bornes de la procuration que je lui ai donnée, en faisant quelque chose outre ce qui y était porté, sa gestion pour ce qu'il a fait outre ce qui y était porté, étant faite sans mon ordre, forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

Papinien en rapporte un exemple dans l'espèce d'un fidéjusseur qui, ayant eu ordre d'un débiteur de le cautionner pour l'une des deux dettes dont il était débiteur envers un créancier, aurait acquitté les deux dettes, et retiré les choses qui étaient en gage pour lesdites dettes. Papinien décide que, par rapport à celle des deux dettes pour laquelle le débiteur ne lui avait pas donné ordre de le cautionner, il y avait lieu de part et d'autre aux actions *negotiorum gestorum*; L. 32, ff. *de Neg. gest.*

178. Lorsque j'ai fait une affaire qui vous concernait, quoique vous eussiez donné à un autre qu'à moi l'ordre de la faire, la gestion que j'en ai faite forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

C'est ce qu'enseigne Africanus : *Si proponatur te Titio mandasse, ut pro te fidejuberet; meque, quod is aliquā de causā impediretur quominus fidejuberet, liberandæ fidei ejus causā fidejussisse, negotiorum gestorum mihi competit actio*; L. 46, § 1, ff. *de Neg. gest.*

179. La gestion que j'ai faite de votre affaire sans votre ordre, forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, soit que je l'aye faite sans en avoir reçu l'ordre de personne, soit que je l'aye faite par l'ordre d'un tiers; et, en ce dernier cas, j'ai le choix de me faire rembourser des frais de ma gestion, ou par vous, par l'action *negotiorum gestorum*, ou par celui qui m'en a donné l'ordre, par l'action *mandati*.

C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Si quum proposuisset negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris ut geram, an utrāque⁽¹⁾ actione uti possim? Et ego puto utramque locum habere*; L. 3, § fin. ff. *de Neg. gest.*

L'empereur Alexandre décide la même chose : *Si mandatum solius mariti*

(¹) *Tam actionem negotiorum gestorum adversus Titium dominum* | *quam actionem mandati adversus te qui mandasti.* (Note de l'édition de 1766.)

secutus, tam ipsius quim uxor ejus negotia gessisti (ex gestione negotiorum mulieris), tam tibi quam mulieri invicem negotiorum gestorum competit actio: ipsi sanè qui mandavit adversus te mandati actio est, sed et tibi adversus eum contraria; L. 14, Cod. eod. tit.

§ II. *Il faut pour le quasi-contrat negotiorum gestorum, que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'ait faite à son insu.*

180. Sans cela il n'y a pas lieu au quasi-contrat *negotiorum gestorum*; car, lorsque vous avez fait l'affaire de quelqu'un à son vu et à son su, ou il l'a souffert, ou il s'y est opposé. S'il l'a souffert, il est censé, en souffrant que vous fissiez pour lui cette affaire, vous avoir donné un mandat tacite de la faire, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 29; et c'est le cas du contrat de mandat, et non celui du quasi-contrat *negotiorum gestorum*⁽¹⁾.

181. Si celui pour qui vous avez fait une affaire s'y est opposé, et que, malgré son opposition et la défense qu'il vous avait faite, vous ayez fait pour lui cette affaire, la gestion que vous avez faite malgré lui, ne formera pas, au moins de part et d'autre le quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Vous contraciez bien envers lui par cette gestion l'obligation de lui en rendre compte, s'il le demande; mais cette gestion ne l'obligeras pas envers vous à vous en indemniser, s'il n'en veut prendre aucune connaissance.

C'est ce qu'enseigne Paul : *Si pro te præsente et vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum est; sed quidam utilem putant dare opertore, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur; L. 40, ff. Mand.*

Justinien a confirmé le sentiment de Paul et de Pomponins, qui était celui de Julien, par sa constitution qui est en la loi *fin. Cod. de Neg. gest.*; il y est dit : *Si quis, nolente et specialiter prohibente domino rerum, administrationi earum sese immiscuerit, apud magnos Auctores dubitabatur, si pro expensis quæ circâ res factæ sunt, talis negotiorum gestor habeat aliquam adversus dominum actionem quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negotiis, in quibus et Salvius Julianus fuit, hoc decadentes, sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Juliani sententiam, nullam esse vel directam vel utilem contrariam actionem..... licet benè res ab eo gestæ sint.*

Justinien ajoute à la fin de cette loi, que si la défense d'administrer n'a pas été signifiée d'abord à ce *negotiorum gestori*, l'action ne lui sera refusée que pour les dépenses qu'il aurait faites depuis la signification de la défense, et non pas pour celles qu'il aurait faites auparavant.

La raison de la décision de Justinien est tirée de la nature du quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Ce quasi-contrat, comme nous l'avons observé *suprà*, imite le contrat de mandat; il en est une ressemblance : car la gestion de l'affaire de quelqu'un qui avait intérêt qu'elle fût faite, qui est faite à son insu, est faite à la vérité sans un mandat formel; mais on y suppose une espèce de mandat fictif et présomptif, y ayant présomption que celui dont on a fait l'affaire à son insu, aurait donné l'ordre de la faire, s'il l'eût su, puisqu'il était de son intérêt qu'elle fût faite.

(1) L'art. 1372, ci-dessus cité (*V. p. 242, note 1*), paraît décider le contraire, car il dit : « Soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore; » mais cet article ne parle que des obligations du gérant, lesquelles seront les mêmes dans les deux cas; quant aux obligations de ce-

lui pour qui l'affaire est gérée, il est évident qu'elles seront plus étendues lorsqu'il a connu, qu'il ne s'est point opposé, que lorsqu'il a ignoré la gestion. Dans le premier cas, sa tolérance équivaut à un mandat : *qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur. L. 60, ff. de Reg. jur.*

Cette espèce de mandat fictif ou présomptif de celui dont on a fait l'affaire, qui fait le fondement du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, ne peut pas se supposer, lorsqu'elle est faite contre sa défense formelle; et par conséquent une telle gestion ne peut pas former le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

182. Celui qui a fait l'affaire d'une personne contre sa défense formelle, n'ayant pas, suivant les principes que nous venons d'exposer, l'action *contraria negotiorum gestorum* contre cette personne, pour la répétition des frais de sa gestion, doit-elle les perdre, lorsque la personne dont elle a fait l'affaire malgré sa défense, en a profité?

Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, dans laquelle je vous ai cautionné pour une de vos dettes contre la défense formelle que vous m'en avez faite; faute d'avoir contre vous l'action *contraria negotiorum gestorum*, parce que j'ai agi contre votre défense, dois-je perdre la somme que j'ai été obligé de payer pour vous en exécution de mon cautionnement, et dont vous avez profité, puisque le paiement que j'ai fait vous a procuré la libération de votre dette?

Cela ne résiste-t-il pas à l'équité naturelle, qui ne permet pas que vous puissiez vous enrichir à mes dépens? *Neminem aequum est cum detimento alterius locupletari*. Cette équité ne doit-elle pas venir à mon secours? et à défaut de l'action *contraria negotiorum gestorum*, que je n'ai pas, ne doit-elle pas me donner pour la répétition de la somme que j'ai payée, et dont vous avez profité, l'action générale *in factum*, action qui a lieu *quoties alia actio deficit*?

Les docteurs sont partagés sur cette question.

Elle doit souffrir moins de difficulté dans notre jurisprudence française, où l'on ne s'attache pas aux noms des actions, et où l'équité naturelle est seule suffisante pour produire une obligation civile et une action. Or, lorsque vous profitez d'une affaire que j'ai faite, quoique contre votre défense, pour vous faire du bien malgré vous, l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, vous oblige à m'indemniser de ce qu'il m'en a coûté, jusqu'à concurrence du profit que vous en retirerez. C'est l'avis d'Automne sur la loi *fin. Cod. de Neg. gest.*, qui dit que la décision de cette loi n'a pas lieu dans nos mœurs⁽¹⁾.

183. Cette action qui est accordée à celui qui a fait malgré moi mes affaires, ne lui donne pas néanmoins autant de droit qu'à un véritable *negotiorum gestori*; car il n'a la répétition de ce qu'il a déboursé que jusqu'à concurrence de ce que je me trouve en profiter au temps de sa demande.

Pareillement, quoique je sois obligé de vous rembourser ce que vous avez payé pour moi contre ma défense, parce que j'en profite, la circonstance de la défense doit porter le juge à m'accorder plus facilement les termes que je lui demanderai pour vous faire ce remboursement: mon créancier, si vous ne l'avez pas payé contre ma défense, aurait peut-être eu pour moi de l'indulgence, et m'aurait peut-être accordé ces termes.

184. Lorsque l'affaire que j'ai faite était l'affaire de deux personnes, et qu'il n'y a que l'une de ces personnes qui s'est opposée à ma gestion, son opposition n'empêche pas que je n'aie l'action *contraria negotiorum gestorum* contre celle qui ne s'y est pas opposée: *Si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non..... puto superesse contrà eum qui non prohibuit, negotiorum gestorum actionem, ità tamen ut is qui prohibuit, ex*

(1) Ne pourrait-on pas voir dans cette opération, qui au surplus sera fort rare, un abandon volontaire et gratuit fait par le gérant? Alors l'é- quité n'exigerait pas qu'on lui accorde une action même jusqu'à concurrence du profit retiré par l'autre partie.

nulla parte, neque per socium, neque per ipsum, aliquid damni sentiat; L. 8, § 3, ff. de *Neg. gest.*

Observez que je n'ai cette action contre la personne qui ne s'est pas opposée à ma gestion, que pour la part qu'elle a dans l'affaire.

ART. III. — **Il faut que celui qui s'est porté à faire l'affaire d'un autre, l'aït faite avec l'intention de faire l'affaire de celui qu'elle concerne, et de répéter de lui les frais de sa gestion.**

185. Selon la subtilité du droit, pour qu'il y ait lieu au quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et pour que celui qui a fait l'affaire d'une personne, ait l'action qui naît de ce contrat, pour répéter les frais de sa gestion, il faut qu'il ait eu intention, en faisant cette gestion, de faire l'affaire de cette personne, et qu'il ait eu une volonté formelle de répéter d'elle les frais de sa gestion.

186. Lorsqu'il n'a eu qu'une volonté implicite et hypothétique de répéter les frais de sa gestion, de la personne dont il ne croyait pas faire l'affaire, comptant, en la faisant, faire sa propre affaire, ou celle d'une autre personne; quoique, selon la subtilité du droit, cette gestion ne forme pas le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, néanmoins l'équité ne laisse pas de lui donner en ce cas une action, pour la répétition de ses frais, contre la personne dont il a effectivement fait l'affaire.

187. Mais lorsque celui qui a fait l'affaire d'une personne, l'a faite sans aucune volonté, ni formelle ni implicite, de répéter les frais de sa gestion, lorsqu'il l'a faite dans la seule vue de l'en gratifier, c'est, en ce cas, une donation, ce n'est point le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et il n'y a point d'action pour la répétition des frais de la gestion.

Pour développer davantage ces principes, nous distinguerons plusieurs cas auxquels nous en ferons l'application.

PREMIER CAS. — *Lorsque celui qui a fait l'affaire d'une personne, a eu l'intention, en la faisant, de faire l'affaire de cette personne, et de répéter d'elle les frais de sa gestion.*

188. Ce cas est le véritable cas du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et il y a lieu de part et d'autre aux actions qui en naissent.

SECOND CAS. — *Lorsque je fais votre affaire, croyant ne faire que la mienne.*

189. Dans ce cas cette gestion ne forme pas entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*; et à ne consulter que la subtilité du droit, n'ayant pas eu intention de faire votre affaire, ni par conséquent de vous obliger à me rembourser les frais de ma gestion, je ne puis avoir contre vous l'action *contraria negotiorum gestorum* pour m'en faire rembourser, quoique ce soit vous qui en ayez profité. Mais l'équité, qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, m'accorde en ce cas, contre la subtilité du droit, une action contre vous, pour répéter de vous les frais de ma gestion, jusqu'à concurrence de ce que vous en avez profité.

C'est en considérant la subtilité du droit, que Julien dit « que celui qui a fait des impenses sur une maison qu'il croyait lui appartenir, n'a que la voie d'exception et de rétention de la chose pour s'en faire rembourser par celui à qui la maison appartient, et qui en profite : « *Constat, si quis quum existimaret se hæredem esse, insulam hæreditariam fulsisset, nullo alio modo quam per rettentio[n]em impensas servare posse*; L. 33, ff. *Cond. indeb.*

C'est pareillement en consultant la subtilité du droit, qu'on doit entendre la loi 14, ff. *de Dol. et met. except.* où il est dit : *Paulus respondit eum qui in alieno solo ædificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam*

ni possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet oppositâ doli mali exceptione.

En effet, ce possesseur ne peut avoir contre le propriétaire de l'héritage aucune des actions civiles que le droit civil accorde, et qui naissent de quelque quasi-contrat autorisé par le droit civil. Il n'a pas celle qui naît du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, puisque, en faisant les impenses qu'il a faites, il comptait faire sa propre affaire ; il ne comptait pas faire celle du propriétaire de l'héritage ; *non habebat animum negotium ejus gerendi*.

Il n'a pas non plus l'action qu'on appelle *condictio indebiti*, qui naît du quasi-contrat *indebiti per errorem soluti*, comme s'il avait payé plus qu'il ne devait, en rendant l'héritage sans retenir les impenses qu'il avait droit de retenir : car on appelle proprement *paiement* la dation ou translation de propriété que fait une personne à une autre, d'une chose qu'elle lui doit, ou qu'elle croit lui devoir. Mais la restitution qu'on fait d'une chose à celui qui en est le propriétaire, n'est pas un *paiement* : ce ne peut donc pas être le quasi-contrat *indebiti per errorem soluti* ; le possesseur qui a rendu l'héritage au propriétaire, sans retenir ses impenses, ne peut donc avoir *condictionem indebiti*. *Sed si is qui in alienâ areâ edificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem (1) non habebit, quia nihil accipientis faceret (2), sed suam rem dominus habere incipiat ; eâd. L. 33, ff. Condict. indeb.*

Au contraire, Africain a considéré l'équité plutôt que la subtilité du droit, dans les espèces de la loi dernière, ff. *de Neg. gest.*, en accordant de part et d'autre, contre la subtilité du droit, les actions *negotiorum gestorum*, quoique, dans ces espèces, celui qui a fait mon affaire, n'eût pas eu intention de faire mon affaire, mais eût cru faire la sienne : *Si rem, dit-il, quam servus venditus subripuissest à me venditore, emptor vendiderit (3) de pretio (4), negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares, quum meum esset, gessisses ; sicut ex contrario, in me tibi daretur, si quum hæreditatem quæ ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem eâ solutione liberarer.*

Dans cette dernière espèce, quoique vous eussiez cru faire votre propre affaire plutôt que la mienne, en payant des legs dont j'étais tenu, et dont vous croyiez être le débiteur ; néanmoins ayant par ce paiement, sans le savoir, fait mon affaire, en me procurant la libération de ces legs dont j'étais tenu ; quoique la subtilité du droit ne vous donne pas contre moi l'action *contraria negotiorum gestorum*, parce que vous n'avez pas eu intention de faire mon affaire, ni de m'obliger, néanmoins l'équité, qui doit l'emporter sur la subtilité du droit, vous donne une action contre moi pour répéter la valeur de ce que vous avez payé pour l'acquittement de ces legs dont j'étais tenu, et dont le paiement que vous avez fait m'a procuré la libération ; sans cela, je m'enrichirais à vos dépens, ce que l'équité ne permet pas.

190. On accorde cette action, non-seulement à celui qui s'est porté de bonne foi à la gestion de mon affaire, qu'il croyait être la sienne, mais même à celui qui s'y est porté *animo deprædandi*, dans la vue d'en faire son profit, et non dans la vue de faire mon affaire. C'est ce qu'enseigne Julien : *Et si quis negotia mea gessit, non mæ contemplatione, sed sui lucri causâ, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse, qui enim depræ-*

(1) *Indebiti.* (Note de l'édition de 1766.)

(2) *Adeoque propriè nihil solverit, restituendo rem domino.* (Idem.)

(3) *Quam in peculio servi, quod, cum servo emerat, inventam, suam esse existimabat, quum tamen non esset ex eo peculio, sed mihi sur-*

repta, mea esse permanserat. (Idem.)

(4) *Quod consecutus est ex venditione rei meæ, adeoque ex negotio ad me pertinente, quamvis hanc meam rem quam credebat esse suam, vendendo, existimaverit, non meum quod reverâ gerebat, sed suum negotium gerere.* (Idem.)

dandi causā accedit, suo lucro, non meo commodo studet; sed nihilominus, imò magis, is tenebitur negotiorum gestorum actione; ipse tamen, si circā res meas aliquid impenderit, non in id quo ei abest, quia improbè ad negotia mea accessit, sed in id quo locupletior factus sum, habet contra me actionem; L. 6, § 3, ff. de Neg. gest.

191. Cujas, dans son *Commentaire sur Julien*, tire un argument de ce texte pour prouver que, dans les lois 33, ff. de *Cond. indeb.*, et 14, ff. de *Dol. et met. except.*, que nous avons ci-dessus rapportées, Julien et Paul n'ont en vue que la subtilité du droit, lorsqu'ils y décident qu'un possesseur qui a fait des impenses sur un héritage qui ne lui appartenait pas, n'a que la voie d'exception et de rétention pour se faire rembourser de ses impenses par le propriétaire de l'héritage, qui en profite; qu'ils n'entendent décider autre chose, sinon que ce possesseur n'a, dans cette espèce, aucune action civile qui descende de quelque quasi-contrat, comme nous l'avons fait voir ci-dessus; mais ils n'entendent pas exclure ce possesseur de l'action *in factum*, que le prêteur, contre la subtilité du droit, et à défaut des actions civiles, *solda aequitate motus*, lui accorde contre le propriétaire pour la répétition des impenses qu'il a faites, jusqu'à concurrence de ce que ce propriétaire en profite.

En effet, Julien serait en contradiction avec lui-même (ce qu'il n'est pas permis de croire d'un si grand jurisconsulte), si, par la Loi 33, ff. de *Cond. indeb.*, il entendait refuser à ce possesseur, qui a fait de bonne foi des impenses sur mon héritage, dont je profite, l'action *in factum* pour s'en faire rembourser, pendant que par cette loi 6, § 3, il accorde cette action, même à celui qui ne s'est porté à la gestion d'une affaire qui me concernait, que dans la vue de me piller, et de faire sa propre affaire plutôt que la mienne, quoiqu'il méritât beaucoup moins, par rapport à sa mauvaise foi, qu'on vint à son secours par cette action. C'est aussi le sentiment de Dumoulin, *in Cons. Paris. tit. des Fiefs*, art. 1, gl. 5, 103 et suiv.

192. Dans notre jurisprudence française, qui n'admet pas les subtilités du droit romain, et qui regarde la seule équité comme suffisante pour produire une obligation civile et pour donner une action, il ne doit pas être douteux que, dans l'espèce des Lois 33, de *Condict. indeb.*, etc., et 14, ff. de *Dol. et met. except.*, comme dans celle de la Loi 6, § 3, celui qui a fait des impenses dont je profite, doit avoir action contre moi, jusqu'à concurrence de ce que j'en profite (¹).

Sur ce principe on doit décider que, lorsqu'un héritier meurt avant la récolte, le propriétaire qui recueille les fruits, doit rembourser aux héritiers de

(¹) V. art. 555, C. civ., qui fait diverses applications du principe.

Art. 555 : « Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever. — Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds. — Si le propriétaire préfère conserver ces plantations, et cons-

tructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression desdits ouvrages, plantations et constructions; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur. »

l'usufruitier les frais de labours et semences que l'usufruitier a faits pour les faire venir; car, quoique, en les faisant, il crû faire sa propre affaire, il a effectivement fait celle du propriétaire, qui, ayant recueilli les fruits, a profité de ces labours et semences⁽¹⁾.

193. Il nous reste à observer une différence que Julien fait remarquer dans la *Loi 6, § 3*, entre l'action qu'il accorde dans l'espèce de ce paragraphe, et l'action *contraria negotiorum gestorum*, par ces termes, *non in quod ei abest, quia, etc.*

L'action *contraria negotiorum gestorum* qu'a un *negotiorum gestor*, qui a fait de bonne foi, pour moi et en mon nom, une affaire que j'avais intérêt qui fut faite, a pour objet le remboursement de tout ce qu'il lui en a coûté pour la gestion qu'il a faite utilement de cette affaire, quand même depuis, par un cas imprévu, cette utilité aurait été détruite : *datur in id quod ei abest, et sufficit ab initio utiliter gestum fuisse, quamvis non duraverit gestum*; comme nous le verrons *infra*, en la section suivante.

Au contraire, l'action qui est donnée dans l'espèce de ce paragraphe, n'étant fondée que sur la seule raison de l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir et de profiter aux dépens d'autrui, elle ne peut donner la répétition des impenses à celui qui les a faites, que jusqu'à concurrence de ce que je me trouve en profiter au temps de sa demande; et il n'en peut rien répéter, si je n'en profite point : *Non in quod ei abest, quia improbè ad mea negotia accessit, sed in id quo ego locupletior factus sum, habet contra me actionem*; *càd. L. 6, § 3.*

On doit dire la même chose dans l'espèce des *Lois 33, ff. de Condict. indeb.*, et *14, ff. de Dol. et met. except.*, et dans l'espèce de celui qui a fait les affaires de quelqu'un contre sa défense; dans toutes ces espèces, la répétition des impenses n'a aucun autre fondement que la raison de l'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui⁽²⁾.

TROISIÈME CAS. — *Lorsque j'ai fait une affaire que je croyais être l'affaire de Pierre, dans la seule vue de faire l'affaire de Pierre, quoique cette affaire fut votre affaire, et ne concernât nullement Pierre.*

194. Dans ce cas, à ne consulter que la subtilité du droit, je n'ai d'action ni contre Pierre, que cette affaire ne concernait point, ni contre vous, puisque ma gestion n'a pas été faite dans la vue de faire votre affaire : je n'ai pas agi *tanquam tuum negotium gerens* et je n'ai pas eu intention de vous faire contracter aucune obligation envers moi.

Néanmoins, nonobstant cette subtilité, l'équité veut que, de même que vous avez action contre moi pour me faire rendre compte de la gestion que j'ai faite de votre affaire, quoique je crusse faire celle de Pierre, de même je doive avoir action contre vous pour répéter de vous les impenses que j'ai faites pour cette affaire dont vous profitez.

(1) Le Code, pour éviter des difficultés, a décidé le contraire. *V. art. 585, C. civ.*

Art. 585 : « Les fruits naturels et « industriels, pendant par branches ou « par racines au moment où l'usufruit « est ouvert, appartiennent à l'usu- « fruitier. — Ceux qui sont dans le « même état au moment où finit l'u- « sufruit, appartiennent au proprié- « taire, sans récompense de part ni « d'autre des labours et des semences,

« mais aussi sans préjudice de la por- « tion des fruits qui pourrait être ac- « quise au colon partiaire, s'il en exis- « tait un au commencement ou à la « cessation de l'usufruit. »

(2) Puisque cette action n'a d'autre fondement que l'équité, n'est-il pas raisonnable de la refuser toutes les fois qu'il résultera des circonstances que celui qui a fait la dépense a dû avoir l'intention de gratifier l'autre partie?

On peut même dire que, dans cette espèce, ma gestion forme entre nous une espèce de quasi-contrat *negotiorum gestorum*, quoique improprement; car si, dans cette espèce, je n'ai pas eu, en faisant la gestion de votre affaire, une intention formelle, comme dans un véritable quasi-contrat *negotiorum gestorum*, au moins j'ai eu une intention implicite de faire votre affaire, et de vous obliger au remboursement des impenses que je ferais pour la faire; car j'avais une intention implicite, en faisant cette affaire, de faire l'affaire de celui qu'elle concernait, et de l'obliger au remboursement de mes impenses; et je n'avais intention de faire l'affaire de Pierre, et d'obliger Pierre au remboursement de mes impenses, qu'autant que par erreur je considérais Pierre comme celui que cette affaire concernait.

Nous avons un exemple de ces principes dans l'espèce suivante : *Titius pecuniam creditoribus hæreditariis solvit, existimans sororem suam defunctum hæredem testamento exstuisse: quamvis animo gerendi sororis negotia id fecisset, veritate tamen, filiorum defuncti qui sui hæredes patri, sublato testamento, erant, gessisset; quia æquum est in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id cum petere placuit; L. 45, § 2, ff. de Neg. gest.*

Ces termes, *æquum est*, etc., font connaître que c'est une raison d'équité qui fait donner, dans cette espèce, à Titius, une action utile *negotiorum gestorum* contre les enfants héritiers du défunt, pour la répétition de ses déboursés dont ils ont profité, contre la subtilité du droit, qui lui refusait l'action, parce qu'il n'avait pas eu intention de faire leur affaire, croyant faire celle de sa sœur.

La loi 5, § 1, et la loi 6, §§ 7 et 8, qui me donnent action contre celui dont j'ai fait l'affaire croyant faire celle d'un autre, doivent parcelllement être entendues d'une action utile que l'équité accorde contre la subtilité du droit (¹).

QUATRIÈME CAS. — *Lorsque j'ai fait une affaire qui concernait plusieurs personnes, n'ayant en vue, en la faisant, que de faire l'affaire de l'une d'elles.*

195. Dans ce cas, selon la subtilité du droit, je n'ai d'action que contre la personne dont j'avais intention de faire l'affaire; mais l'équité me donne une action contre les autres qui en profitent.

C'est ce que nous apprenons de Julien : *Si ego filii tui negotia gessero, vel servi, videamus an tecum negotiorum gestorum habeam actionem? Et mihi verum videtur.... ut siquidem contemplatione tui, negotia gessi pecunaria, tu mihi tenearis: quod si amicitia filii tui.... adversus patrem duntaxat de peculio dandam actionem; L. 6, § 6, ff. de Neg. gest..*

Jusqu'ici Julien décide suivant la subtilité du droit.

Quoique les affaires du pécule du fils soient des affaires qui concernent le père aussi bien que le fils, puisque la propriété du pécule appartient au père, néanmoins lorsque j'ai fait ces affaires seulement dans la vue de faire l'affaire du fils, et sans intention de faire celle du père, je n'ai, selon la subtilité du droit, d'autre action contre le père que l'action de *peculio*, *quaæ datur ex personæ filii, ejus solius negotia gerere mihi proposui*: je n'ai pas d'action contre le père *ex propriæ ipsius personæ*, quoiqu'il profite de ma gestion, n'ayant pas eu intention de faire l'affaire du père.

Mais, quoiqu'il en soit ainsi selon la subtilité du droit, Julien ajoute, que, contre la subtilité du droit, l'équité, dans cette espèce, me donne une action contre le père, de son chef, jusqu'à concurrence de ce qu'il a profité de ma gestion : *Eodem loco Pomponius scribit, hoc adjecto quod putat, si nihil sit*

(¹) V. également les textes suivants : La loi 14, § 1, ff. *Communi dividendo*, dit aussi : *Id ago, ut alium mihi obligem*; et la loi 29, au même titre : *Eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget, et in personæ labitur.*

peculio, quoniam plus patri debetur, et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mē administratione factus est ; eod., § 6.

Vice versa, non-seulement celui dont je comptais faire l'affaire, mais les autres que cette affaire concerne, auront action contre moi pour m'en faire rendre compte, à la charge que celui à qui je l'aurais rendu sera tenu de me défendre contre les autres. C'est ce qu'observe Papinien : *Inter negotia Sempronii quae gerebat, ignorans Titii negotia gessit ; ob eam quoque speciem Sempronio tenebatur* ⁽¹⁾; *sed ei cautionem indemnitates, officio Judicis præberi necesse adversus Titium cui datur actio*; L. 31, § 1, eod. tit. (contre celui qui a géré pour se faire rendre compte, quoique celui qui a géré crût faire l'affaire de Sempronius).

CINQUIÈME CAS. — *Lorsque j'ai fait l'affaire d'une personne, comptant faire son affaire, mais sans intention de répéter les frais de ma gestion, et dans la vue de l'en gratifier.*

196. Il est évident que je n'ai, en ce cas, aucune action pour la répétition de ces frais de ma gestion, les ayant faits sans intention de les répéter, et dans la vue d'en gratifier celui dont je faisais l'affaire.

La seule difficulté qu'il peut y avoir sur cette espèce, est de savoir quand cette intention doit être présumée. Il faut établir pour principe, qu'elle ne doit pas l'être facilement, suivant la règle : *Nemo donare præsumitur.*

Notre jurisprudence est même plus difficile à admettre cette présomption que ne l'était le droit romain. C'est pourquoi Automne, dans ses notes sur les lois du tit. du *Code de Neg. gest.* remarque que nous n'observons pas dans notre jurisprudence la loi 1, *Cod. de Neg. gest.* qui décide « qu'une mère qui, par affection pour ses enfants, a poursuivi la destitution d'un mauvais tuteur qu'ils avaient, n'est pas fondée à répéter les frais qu'elle a faits pour cette poursuite, et qu'elle doit être présumée s'être portée à cette poursuite sans intention d'en répéter les frais. » Au contraire dans notre jurisprudence on les fait porter au mineur.

On fait aussi, dans notre jurisprudence, porter au mineur les frais faits pour lui faire nommer un tuteur; et ceux de ses proches qui ont fait la poursuite, et les ont avancés, en ont la répétition, contre la décision de la loi 44, ff. de *Neg. gest.*

197. Il y a plusieurs espèces de circonstances, lesquelles seules, et prises séparément, ne pourraient pas faire présumer que celui qui a fait l'affaire d'une personne, l'a faite avec l'intention de n'en pas répéter les frais; mais qui, étant réunies, peuvent former cette présomption.

On peut apporter pour exemple : 1^o si c'est un père ou une mère qui a fait l'affaire de ses enfants ou de ses petits-enfants, si c'est un beau-père ou une belle-mère qui a fait l'affaire de son gendre, de sa bru ou de ses privignes; si c'est un frère aîné qui a fait l'affaire de ses puînés, si c'est un maître qui a fait l'affaire de son domestique, si celui qui a fait l'affaire avait de grandes obligations à cette personne;

2^o Si celui qui a fait l'affaire de quelqu'un était un homme riche, et celui dont il a fait l'affaire était pauvre;

3^o Si ces frais sont modiques;

4^o Si celui qui a fait la gestion n'en a pas répété les frais pendant tout le temps qu'il a vécu, quoiqu'il ait vécu longtemps depuis;

5^o Si, depuis la gestion, les parties ont entre elles plusieurs comptes pour des affaires qu'elles ont eues ensemble, et que les frais de cette gestion ne soient entrés dans aucun de ces comptes.

(1) Il faut supposer que, quoique cette affaire fût principalement l'affaire de Sempronius, pour qui on l'a faite, avait intérêt à la gestion, put à, parce qu'il était le procureur Titius, néanmoins Sempronius, pour de Titius. (Note de l'édit. de 1766.)

Les présomptions qui résultent de ces circonstances peuvent être détruites ou affaiblies par d'autres circonstances qui servent à faire connaître la volonté qu'a eue celui qui a fait la gestion, d'en répéter les frais ; comme par exemple, s'il a tenu un registre exact de tous les frais qu'il faisait.

198. Les aliments fournis à des enfants sont plus facilement présumés fournis sans intention d'en rien répéter, que ne le sont les frais faits pour la gestion et le gouvernement de leurs biens. C'est ce que nous apprenons d'Alexandre, qui répond ainsi à une mère : *Alimenta quidem quæ filii tuis præstiliisti, tibi reddi, non justâ ratione postulatas, quum id maternâ exigeant pietate feceris. Si quis autem in rebus eorum utiliter, et probabili more impendisti; si non et hoc maternâ liberalitatem, sed recipiendi animo fecisse te ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes* ; L. 11, C. eod. tit.

Dans notre jurisprudence, des pères ou mères ne sont pas facilement présumés avoir fourni les aliments à leurs enfants sans intention d'en être remboursés, lorsque les enfants ont du bien pour y subvenir.

Mais lorsqu'un aïeul a retiré quelqu'un de ses petits-enfants de chez le père ou la mère de cet enfant, pour l'avoir auprès de lui, il est présumé l'avoir pris pour sa propre satisfaction, pour lui faire compagnie, et n'avoir eu intention de rien répéter contre les père et mère, pour les aliments qu'il lui a fournis, et pour la dépense qu'il a faite pour son éducation.

Nous avons parlé d'un aïeul, par forme d'exemple ; il faut dire la même chose d'une grand'mère, d'un oncle, d'une tante, ou autre parent ; d'un parrain, d'une marraine, lorsqu'il ne paraît pas d'autre raison que la raison d'une affection naturelle pour l'enfant, qui ait porté la personne à faire sortir l'enfant de chez ses père et mère, pour l'avoir chez elle.

Mais s'il paraît quelque autre raison pour laquelle le parent ait pris l'enfant chez lui, comme par exemple, si c'était pour que l'enfant fût à portée d'aller au collège, où il n'aurait pu aller en restant chez son père, qui demeure à la campagne ; le parent ne sera pas présumé avoir eu l'intention de ne point exiger de pension, à moins qu'il n'y ait quelques circonstances qui le fassent présumer.

De légères présomptions suffisent à l'égard d'un grand-père ou d'une grand'mère ; il en faut de plus grandes à l'égard des parents de la ligne collatérale (1).

SECT. II. DES OBLIGATIONS QUE FORME LE QUASI-CONTRAT NEGOTIORUM GESTORUM, ET DES ACTIONS QUI EN NAISSENT.

199. Ce quasi-contrat forme entre le *negotiorum gestor*, et celui dont il a fait l'affaire, des obligations réciproques, semblables à celles que forme le contrat de mandat entre le mandant et le mandataire.

Le *negotiorum gestor* contracte envers celui dont il a géré les affaires, l'obligation de lui en rendre compte, et de lui remettre tout ce qui lui est parvenu de sa gestion ; laquelle obligation est en cela semblable à celle qu'un mandataire ou procureur contracte envers le mandant : et de cette obligation que contracte le *negotiorum gestor*, naît l'action *negotiorum gestorum directa*, par laquelle le *negotiorum gestor* est obligé de rendre compte de sa gestion à celui dont il a géré l'affaire : et réciproquement celui dont on a fait l'affaire contracte envers le *negotiorum gestor*, l'obligation de l'indemniser des frais de sa gestion ; obligation semblable à celle que contracte un mandant envers son mandataire ; et de cette obligation naît l'action *negotiorum gestorum contraria* que le *negotiorum gestor* a contre celui dont il a géré l'affaire, pour se faire rembourser et indemniser des frais de sa gestion.

(1) Voy. sur cette matière, Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, tom. 1, n° 185 et suivants.

C'est ce que nous enseigne Gaïus : *Si quis absentis negotia gesserit, licet ignorantis.... ultrò citrōque nascitur actio quæ appellatur negotiorum gestorum : et sanè sicut aquum est ipsum actus sui rationem reddere, et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit, vel ex his negotiis retinet ; ita ex diverso justum est, si utiliter gessit, præstari ei quidquid eo nomine, vel abest ei, vel absuturum est ; L. 2, ff. de Neg. gest.*

ART. I^{er}. — De l'obligation du NEGOTIORUM GESTOR, et de l'action NEGOTIORUM GESTORUM DIRECTA qui en naît

200. L'obligation du *negotiorum gestor* ayant beaucoup de ressemblance avec celle du mandataire ; pour bien connaître l'étendue de l'obligation du *negotiorum gestor*, en quoi elle convient avec celle du mandataire, et en quoi elle en diffère, il est bon de se rappeler ce que nous avons dit de l'obligation du mandataire (¹).

Nous avons vu *suprà*, n° 37, que l'obligation du mandataire avait trois objets : il est, — 1^o obligé à faire l'affaire comprise au mandat dont il s'est chargé ; — 2^o à y apporter le soin qu'elle exige ; — 3^o à en rendre compte.

Par rapport au premier objet, le *negotiorum gestor* est très différent d'un mandataire, et même d'un tuteur ou d'un curateur. Le mandataire contractant, par l'acceptation qu'il fait du mandat, l'obligation de faire tout ce qui y est compris ; il est tenu des dommages et intérêts du mandant, résultant de ce que quelques-unes des affaires comprises au mandat n'ont pas été faites : pareillement un tuteur ou un curateur ayant été, par la charge qui lui a été imposée, chargé de toutes les affaires qui en dépendent, s'il a omis d'en faire quelques-unes, il en est responsable envers celui dont il a été le tuteur ou le curateur. Au contraire, lorsqu'un *negotiorum gestor* a fait une de vos affaires, il n'est tenu qu'à vous rendre compte de l'affaire qu'il a bien voulu faire : il n'est pas tenu de ce que vous souffrez dans vos autres affaires qui n'ont pas été faites ; car il n'en était pas chargé, puisque ni vous, ni aucun autre pour vous, ne l'avait chargé de ces autres affaires.

C'est ce que nous enseignent les empereurs Dioclétien et Maximien : *Tutoris vel curatoris*, nous disent-ils, *similis non habetur qui citrā mandatum negotium alienum sponte gerit* ; *quippe superioribus necessitas muneric administrationis finem, huic autem propria voluntas facit, ac satis abundeque sufficit, si cui, vel in paucis, amici labore consulatur* : L. 20, Cod. de Neg. gest.

201. Quoique celui qui a fait une affaire d'une personne, ne soit pas obligé de faire ses autres affaires, il est néanmoins obligé de faire tout ce qui est une dépendance de l'affaire qu'il a commencé de gérer, et tout ce qui est nécessaire pour la mettre à chef ; et il doit le faire même après la mort de celui dont il avait volonté de faire l'affaire. C'est ce qu'enseigne Paul : *Si vivo Titio negotia ejus administrare cœpi, intermittere eo mortuo non debo : nova tamen inchoare necesse mihi non est ; vetera explicare ac conservare necessarium est* (²) ; L. 21, § 2, ff. eod. tit.

202. Un *negotiorum gestor* qui ne l'a pas été d'une affaire unique, mais qui s'est porté pour faire en général les affaires d'une personne, est quelquefois responsable de celles qu'il n'a pas faites ; savoir, lorsqu'en se portant pour

(1) V. art. 1372, 2^e alinéa, C. civ., « Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire. »
 (2) « Il doit se charger de toutes les dépendances de cette même affaire ; » dit l'article 1372, et l'article 1373 ajoute : « Il est obligé de continuer sa gestion, encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit consommée, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction. »

faire en général les affaires de cette personne, il a empêché par là que d'autres ne se soient immiscés, et n'aient fait les affaires qu'il n'a pas faites, qu'ils auraient faites s'ils ne s'en fussent pas reposé sur lui.

C'est ce qu'enseigne Julien : *Videamus in personā ejus qui negotia administrat, si quædam gessit, quædam non, contemplatione tamen ejus, alius ad hæc non accessit, et si vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit, an dici debeat negotiorum gestorum cum teneri et propter ea quæ non gessit? quod puto verius; L. 6, § 12, ff. eod. tit.*

203. Il est surtout responsable, en ce cas, de n'avoir pas exigé de lui-même ce qu'il devait à la personne dont il faisait les affaires, lorsqu'au temps de sa gestion sa dette était exigible : *Certè si quid à se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabatur; eod. § 12.*

Cela surtout doit avoir lieu lorsque la dette que me devait celui qui s'est immiscé à la gestion de mes affaires, était une dette sujette à se prescrire par un certain laps de temps, et dont le temps de la prescription n'a été accompli que pendant le temps de sa gestion. Si, contre la demande que je lui ferai de cette dette, il m'oppose la prescription, je lui répliquerai qu'il n'est pas recevable à l'opposer ; parce que s'étant immiscé à la gestion de mes affaires, il était obligé de l'exiger pour moi de lui-même avant qu'elle fût prescrite. C'est pourquoi Ulprien dit : *Si (negotiorum gestorum) ex causâ fuit obligatus, quæ certo tempore finiebatur, et tempore liberatus est; nihilominus negotiorum gestorum actione erit obligatus; L. 8, ff. eod. tit.*, parce qu'il devait exiger de lui-même le paiement avant l'accomplissement de la prescription.

On peut apporter pour exemple le cas auquel mon débiteur d'une rente constituée se serait immiscé à la gestion de mes affaires, qu'il aurait gérées pendant longtemps. Il ne pourra pas m'opposer la prescription de cinq ans contre les arrérages qu'il me doit, et dont la prescription s'est accomplie pendant le temps de sa gestion ; car il devait les exiger de lui-même avant que la prescription s'accomplit ; *tenetur quod à se non exegerit.*

204. On peut pareillement imputer aux héritiers du *negotiorum gestor*, qui succèdent à son obligation *negotiorum gestorum*, qu'il n'a pas exigé de lui-même ce qu'il devait à la personne dont il a géré les affaires, lorsque la dette avait été contractée sous la condition que ses héritiers n'en seraient pas tenus.

Par exemple, si quelqu'un s'est rendu caution envers moi pour un de mes débiteurs, à la charge que l'obligation de son cautionnement serait éteinte par sa mort, et ne passerait pas à ses héritiers, et qu'il se soit depuis immiscé à la gestion de mes affaires ; ce *negotiorum gestor* étant mort pendant le cours de sa gestion, et le débiteur principal étant devenu insolvable, je pourrai demander aux héritiers de mon *negotiorum gestor* le paiement de son cautionnement ; et s'ils opposent qu'ils n'en sont pas tenus, l'obligation de ce cautionnement ayant été contractée à la charge qu'elle ne passerait pas aux héritiers, je leur répliquerai qu'ils en sont tenus en vertu de l'obligation *negotiorum gestorum*, à laquelle ils ont succédé au défunt, qui, en sa qualité de *negotiorum gestor*, était tenu d'exiger de lui-même cette dette, et de ne la pas laisser éteindre par sa mort avant de l'avoir exigée.

C'est pourquoi, après qu'Ulprien a dit « qu'un *negotiorum gestor* était tenu de n'avoir pas exigé de lui-même ce qu'il devait à la personne dont il gérait les affaires, lorsque la prescription de cette dette s'était accomplie durant le temps de sa gestion, » il ajoute : *Idem erit dicendum et in eā causā ex quā hæres non tenetur; ead. L. 8.*

205. On peut encore imputer au *negotiorum gestor*, qu'il n'a pas exigé de lui-même la somme qu'il devait à la personne dont il gérait les affaires, dans le cas auquel il eût pu faire un emploi de cette somme qui eût produit à la personne dont il gérait les affaires, des intérêts, ou l'eût déchargée de ceux qu'elle devait à ses créanciers, au paiement desquels cette somme pouvait

être employée : faute par le *negotiorum gestor* d'avoir, en ce cas, exigé de lui-même cette dette, quoique la dette ne fût pas par elle-même de nature à produire des intérêts, il en doit les intérêts à la personne dont il a géré les affaires, en vertu de l'obligation *negotiorum gestorum* qu'il a contractée envers elle.

C'est ce qu'enseigne Triphonius : *Qui sine usuris pecuniam debebat, creditoris sui gessit negotia; quæsitum est an negotiorum gestorum actione summae illius usuras præstare debeat? Dixi si à semetipso exigere eum oportuit, debitum usuras. Quòd si dies solvendæ pecuniaæ tempore quo negotia gerebat, nondum venerat, usuras non debitum; sed, die præterito, si non intulit rationibus creditoris cuius negotia gerebat eam pecuniam à se debitam, merito usuras bonæ fidei judicio præstaturum; L. 38, ff. eod. tit.*

Julien dit la même chose : *A semetipso cur non exegerit, ei imputabitur; et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium; ead. L. 6, § 12.*

Il est évident qu'on ne peut imputer au *negotiorum gestor*, qu'il n'ait pas exigé de lui-même ce qu'il devait à la personne dont il gérait les affaires, tant que cette dette n'était pas exigible, comme nous l'avons déjà remarqué.

Pareillement, si ce que vous devait celui qui gérait vos affaires, ne vous était dû qu'à la charge que vous lui rendriez au préalable quelque chose ; s'il n'a pas trouvé dans vos biens qu'il gérait, de quoi lui rendre cette chose que vous étiez tenu de lui rendre, avant que de pouvoir exiger de lui ce qu'il vous devait, on ne pourra pas lui imputer de n'avoir pas exigé de lui-même ce qu'il vous devait ; et sa gestion n'arrêtera pas le temps de la prescription de votre créance.

C'est ce qu'enseigne Scævola, dans l'espèce d'un vendeur qui gérait les affaires de celui à qui il avait vendu une chose qui avait un vice rédhibitoire : *Sed nec redhibitoria speciem, dit-il, venire in negotiorum gestorum actionem, et per hoc sex mensibus exactis perire; si vel mancipium in rebus non invenit, vel eo invento, quod accessionum nomine additum est, vel quod deterior homo factus esset, vel quod per eum esset acquisitum (non ex re emptoris), nec invenit, nec recepisset, nec esset in ipsis negotiis quæ gerebat unde sibi in præsentí redderet; L. 35, § 2.*

206. Si on peut imputer à celui qui s'est immiscé sans procuration à la gestion des affaires de son créancier, qu'il n'ait pas exigé de lui-même ce qu'il lui devait, on ne peut pas de même lui imputer qu'il n'ait pas exigé ce qui était dû par les autres débiteurs ; car, n'ayant pas de procuration, il ne pouvait pas les obliger à lui payer ce qu'ils devaient.

207. Lorsque c'est un créancier qui a géré les affaires de son débiteur, on peut lui imputer de ce qu'il n'a pas employé les sommes de deniers qui lui sont parvenues de sa gestion, à se payer de ce que lui devait la personne dont il gérait les affaires, et à payer les autres créanciers de cette personne. C'est pourquoi si, ayant pu faire cet emploi, et ne l'ayant pas fait, ces sommes de deniers sont depuis périses entre ses mains par quelque force majeure, il est responsable de cette perte, qu'eût évitée celui dont il gérait les affaires, si cet emploi eût été fait. Si néanmoins il avait eu un juste sujet de garder ces sommes de deniers en réserve, *puta*, parce qu'il prévoyait que celui dont il gérait les affaires en aurait besoin dans peu pour une affaire importante, il ne serait pas, en ce cas, responsable de la perte.

208. Pourachever le parallèle de l'obligation du *negotiorum gestor*, et de celle du mandataire, passons aux autres objets de l'obligation du mandataire.

Nous avons dit « que le mandataire était obligé en second lieu d'apporter le soin convenable à la gestion de l'affaire dont il s'était chargé ; » l'obligation du *negotiorum gestor* est ordinairement semblable en cela à celle du mandataire.

Le *negotiorum gestor* est tenu d'apporter à sa gestion le même soin qu'un mandataire est tenu d'apporter à la sienne : il est tenu, de même qu'un mandataire, *de levi aut de levissimæ culpâ*, selon la nature de l'affaire ; sur quoi

voiez ce que nous avons dit à l'égard du mandataire, *suprà*, n° 46 : *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum præstare debes* (1) ; L. 11, ff. de *Neg. gest.*

209. Quelquefois néanmoins le *negotiorum gestor* est tenu à un plus grand soin qu'un mandataire ; car, à des affaires communes pour lesquelles il suffisrait à un mandataire d'apporter un soin ordinaire, un *negotiorum gestor* est obligé quelquefois d'apporter tout le soin possible, et il est tenu de *levissimam culpam*. Cela a lieu lorsqu'il a empêché, en s'ingérant à la gestion de ces affaires, qu'elles ne fussent gérées par des personnes plus capables que lui, qui les auraient gérées : *Ad exactissimam diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet, si modò aliis diligentior eo commodius administraturus esset negotia.* Inst. de *Oblig.* quæ quasi ex contr.

210. Quelquefois même le *negotiorum gestor* est tenu des pertes qu'il a souffrées par cas fortuit dans la gestion de l'affaire qu'il a faite pour quelqu'un. C'est ce qui arrive lorsqu'il a fait pour moi et en mon nom un commerce que je n'avais pas coutume de faire. S'il n'a pas réussi dans ce commerce, et qu'il y ait de la perte, n'ayant pas approuvé ce commerce qu'il faisait pour moi, je pourrai lui laisser la perte pour son compte : *Proculus interdum etiam casum præstare debere: veluti si novum negotium quod non sit solitus absens facere, in nomine ejus geras, veluti aliquam negotiationem ineundo; nam si quid damnum ex eâ re secutum fuerit, te sequetur, lucrum verò absentem. Quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet;* L. 11, ff. eod. tit.

En vain le *negotiorum gestor* opposerait-il cette règle de droit : *Negotium gerentes alienum casum fortuitum præstare non compelluntur* ; L. 22, Cod. de *Neg. gest.*

Cette règle a lieu à l'égard d'un mandataire qui n'excède pas les bornes de son mandat, et même à l'égard d'un *negotiorum gestor* qui gère sans procuration les affaires d'un absent, lorsque ce qu'il fait pour cet absent était quelque chose qu'il était nécessaire de faire, et que les affaires de cet absent exigeaient qui fut fait. Mais lorsqu'il s'ingère à faire pour cet absent des affaires que cet absent pouvait se passer de faire, c'est sa faute de s'être mêlé, en ce cas, sans besoin et sans nécessité, de ce qui ne le regardait pas : *Culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti* ; L. 36, ff. de *Reg. jur.*

211. Au contraire, il y a un cas dans lequel le *negotiorum gestor* n'est obligé d'apporter que de la bonne foi à sa gestion, et n'est pas tenu des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion par imprudence ou par impéritie. C'est le cas auquel les affaires d'un absent se trouvant abandonnées, personne ne se présentant pour en prendre soin, une personne, quoique peu habile et peu intelligente dans les affaires, en aurait entrepris la gestion pour ne les pas laisser à l'abandon.

C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari; nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, æquissimum esse dolum duntaxat te præstare* ; L. 3, § 9, ff. eod. tit.

Il ne faut pas conclure de ces termes : *dolum duntaxat te præstare*, que le *negotiorum gestor* ne soit pas tenu des fautes qui procèdent de négligence :

(1) V. art. 1374, C. civ., qui pose le principe.

Art. 1374 : « Il (celui qui gère volontairement l'affaire d'autrui) est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de

« famille. — Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant. »

lorsque la négligence qu'il a apportée à sa gestion est une négligence qu'il n'a pas pour ses propres affaires, de telles fautes sont comprises sous le terme général *de dol*; car c'est quelque chose de contraire à la bonne foi, et par conséquent une espèce de dol, que de n'avoir pas des affaires d'autrui le même soin qu'on a des siennes.

Il est évident que le précepte qui nous oblige d'aimer notre prochain comme nous-mêmes, nous oblige d'apporter aux affaires du prochain, lorsque nous les gérons, le même soin que nous apportons aux nôtres. Les fautes dont ce *negotiorum gestor* est excusé, dans ce cas, sont seulement celles qui proviennent du défaut d'une habileté et d'une intelligence dans les affaires qu'il n'a pas, ou même du défaut d'un soin dont il n'est pas capable.

Cette décision d'Ulprien est très équitable. On ne peut pas, en ce cas, opposer à ce *negotiorum gestor* qu'il est en faute de s'être ingéré dans une gestion dont il devait se sentir incapable, puisqu'on suppose qu'il ne s'est ingéré dans la gestion de ces affaires que parce qu'elles étaient abandonnées, que personne ne voulait les gérer, et qu'il était plus avantageux pour l'absent qu'elles fussent gérées par une personne sans intelligence, que d'être entièrement à l'abandon.

212. Enfin, par rapport au dernier objet de l'obligation du mandataire, qui est de rendre compte de sa gestion au mandant, et de lui en remettre ce qui lui en est parvenu, l'obligation du *negotiorum gestor* est en cela semblable à celle du mandataire : le *negotiorum gestor*, de même qu'un mandataire, est tenu de me rendre tout ce qui lui est parvenu de la gestion de mes affaires, et tout ce qu'il a reçu pour moi, non-seulement lorsque ce qu'il a reçu pour moi m'était dû, mais même dans le cas auquel il aurait reçu pour moi quelque chose qui ne m'était pas dû. Lorsque je juge à propos d'approuver le paiement qui lui en a été fait pour moi, et de lui en demander compte, il n'est pas recevable, pour se défendre de me rendre cette somme, à alléguer qu'elle ne m'était pas due : il suffit qu'il l'ait reçue pour moi, pour qu'il soit tenu de me la rendre : *Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit, restituere cogitur*; L. 23, ff. de *Neg. gest.*

Mais si ce *negotiorum gestor*, avant que de me rendre compte de cette somme, et avant que j'eusse approuvé le paiement qu'il en a reçu pour moi, ayant découvert qu'elle ne m'était pas due, l'eût rendue à celui qui la lui a payée, il ne serait pas tenu de m'en rendre compte : mais ce serait à lui à prouver que cette somme ne m'était pas due, et qu'il a eu raison de la rendre; car le paiement qui lui a été fait, la fait présumer due, tant qu'on ne justifie pas le contraire⁽¹⁾; L. 25, ff. de *Probat*.

213. Le *negotiorum gestor*, de même que le mandataire, étant tenu de rendre à celui dont il a géré les affaires, tout ce qui lui est parvenu de sa gestion, il doit le subroger à toutes les actions qu'il a acquises par sa gestion, et lui en laisser la disposition. *Voyez* un exemple en la loi 48, ff. de *Neg. gest.* *Voyez supra*, n° 60.

214. De l'obligation du *negotiorum gestor*, naît l'action *negotiorum gestorum directa*, qu'à celui dont on a fait les affaires, pour s'en faire rendre compte par la personne qui les a faites sans procuration.

J'ai cette action non-seulement contre celui qui les a gérées par lui-même, mais aussi contre celui qui les a gérées par un autre qu'il en a chargé : car, en ayant chargé une personne, la gestion de cette personne est censée la sienne, suivant la règle : *Qui mandat, ipse fecisse videtur*; et il m'en est comptable. C'est ce qu'enseigne Paul : *Mandato tuo negotia mea L. Titius*

(1) « *Tout paiement suppose une dette* » dit l'art. 1235, C. civ. Art. 1235 : « *Tout paiement suppose une dette*; ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. — La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

gessit ; quod is non rectè gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum tenebris ; non in hoc tantum ut actiones tuas præstes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi præstes ; L. 21, § fin. ff. de Neg. gest.

C'est même proprement contre vous qui avez chargé quelqu'un de gérer mes affaires, plutôt que contre celui qui les a gérées par votre ordre, que j'ai l'action *negotiorum gestorum* ; car c'est entre vous et moi que s'est formé le quasi-contrat *negotiorum gestorum*. C'est vous qui êtes mon véritable *negotiorum gestor*, puisque c'est vous qui, en faisant faire mes affaires, aviez pour principale intention *animum negotium meum gerendi* ; au lieu que celui qui les faisait par votre ordre, avait pour principale intention d'exécuter votre mandat.

Au reste, quoique ce soit principalement contre vous que j'aie l'action *negotiorum gestorum*, j'ai aussi une action *negotiorum gestorum utilem* contre celui qui les a gérées par votre ordre.

215. Lorsque deux personnes ont géré sans procuration les affaires d'un absent, elles ne sont tenues chacune de l'action *negotiorum gestorum* que pour ce que chacune d'elles a géré ; elles n'en sont pas tenues solidairement.

C'est ce que décide Modestinus en la loi 26, ff. de *Neg. gest.*

En cela les *negotiorum gestores* sont différents des mandataires, et la raison de différence est évidente. Lorsqu'un mandant, par sa procuration, charge plusieurs mandataires de la gestion de ses affaires, sans partager entre eux la gestion, il charge chacun d'eux du total de sa gestion : chacun d'eux, en acceptant la procuration, se charge du total de cette gestion ; ils s'obligent donc chacun à rendre compte du total de la gestion ; ils en sont donc tenus solidairement, ou l'un pour l'autre⁽¹⁾. Au contraire, lorsque deux ou plusieurs *negotiorum gestores* ont géré les affaires de quelqu'un sans mandat, celui dont ils ont géré les affaires ne les en ayant pas chargés, ils ne sont chargés chacun que de la partie que chacun d'eux a bien voulu gérer : ils ne doivent donc chacun rendre compte que pour cette partie ; ils ne sont point tenus l'un pour l'autre.

216. Il est évident que cette action passe à l'héritier de celui dont on a fait les affaires, qui peut, en sa qualité d'héritier, demander qu'on lui rende le compte qui était dû au défunt ; et qu'elle passe pareillement contre l'héritier du *negotiorum gestor*, qui doit rendre le compte que le défunt était tenu de rendre de sa gestion.

Il doit, dans ce compte, rendre non-seulement compte de ce que le défunt a fait, mais des choses qui, lors de la mort du défunt, restaient à faire, et étaient une dépendance nécessaire de la gestion que le défunt avait commandée : son héritier, en sa qualité d'héritier, est tenu de les achever et d'en rendre compte.

En cela l'héritier du *negotiorum gestor* est semblable à l'héritier d'un mandataire ; Voyez *suprà*, n° 101.

217. Mais si l'héritier du *negotiorum gestor* a fait, depuis la mort du défunt, de nouvelles affaires, c'est un nouveau quasi-contrat *negotiorum gestorum* qui se forme entre lui et celui pour qui il a fait ces nouvelles affaires, à qui il est tenu de son chef d'en rendre compte.

218. La ratification ou l'approbation que celui au nom de qui et pour qui on a fait quelque affaire, donne à la gestion, n'éteint pas l'action qu'il a pour s'en faire rendre compte ; cette approbation n'a d'autre effet que d'empêcher qu'il ne puisse désapprouver l'affaire qui a été faite pour lui, et l'empêcher de la laisser pour le compte de celui qui l'a faite ; mais elle ne l'exclut pas de

(1) V. art. 1995, C. civ.

Art. 1995 : « Quand il y a plusieurs fondés de pouvoirs ou mandataires | « établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée, »

l'action qu'il a pour s'en faire rendre compte : *Erit et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio* ; L. 7, ff. de *Neg. gest.*, in fine.

ART. II. — De l'obligation que celui dont on a fait quelque affaire sans son ordre, contracte envers celui qui l'a faite, et de l'action qui en naît.

Nous verrons : 1^o Quelle est cette obligation, et quelle est l'action qui en naît ; 2^o En quels cas il y a lieu à cette obligation, et à l'action qui en naît ; 3^o Ce qu'il y a de préalable pour intenter cette action, et quels en sont les objets.

§ I^r Quelle est cette obligation, et quelle est l'action qui en naît.

219. Celui dont on a fait utilement quelque affaire sans son ordre, contracte par le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, envers celui qui l'a faite, l'obligation de le rembourser et de l'indemniser de ce qu'il lui en a coûté pour la faire : on appelle cette obligation *obligatio contraria negotiorum gestorum*.

Cette obligation ne donne pas seulement au *negotiorum gestor* envers qui elle est contractée, le droit de se faire allouer en mise tout ce qu'il a dépensé pour sa gestion, dans le compte qu'il est obligé d'en rendre, sur la demande en reddition de compte qu'a droit de donner contre lui celui dont il a fait l'affaire ; elle lui donne en outre une action contre celui dont il a fait l'affaire, pour se faire rembourser des frais de sa gestion.

Cette obligation, et l'action qui en naît, sont appellées *contrariae*, parce que dans le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, de même que dans le contrat de mandat, il n'y a d'obligation principale et essentielle, que l'obligation de rendre compte, que celui qui a géré l'affaire contracte envers celui que cette affaire concerne ; l'obligation de rembourser les frais de sa gestion, que celui-ci contracte, n'est qu'une obligation incidente, et qui n'est qu'accidentelle au quasi-contrat *negotiorum gestorum*, puisque, si la gestion se faisait sans frais, ce qui arrive quelquefois, le quasi-contrat *negotiorum gestorum* ne produirait pas cette obligation⁽¹⁾.

§ II. Quand y a-t-il lieu à cette obligation, et à l'action qui en naît ?

220. Pour que celui pour qui et au nom de qui on a fait une affaire, contracte l'obligation de rembourser des frais de sa gestion celui qui l'a faite, il faut ou qu'il ait depuis approuvé qu'on ait fait pour lui cette affaire, ou que ce fût une affaire indispensable, qu'il n'eût pas manqué de faire lui-même, s'il eût été à portée : autrement celui pour qui et au nom de qui on a fait l'affaire, en désapprouvant ce qui a été fait en son nom, et en laissant l'affaire pour le compte de celui qui l'a faite, ne contractera aucune obligation envers celui qui l'a faite, lequel n'aura aucune action contre lui : *Is enim negotiorum gestorum habet actionem qui utiliter negotia gessit : non autem utiliter negotia gerit qui rem non necessariam vel quaæ oneratura est patrem-familiæ adgreditur*⁽²⁾ ; L. 10, § 1, ff. de *Neg. gest.*

221. Lorsque l'affaire était une affaire indispensable, ou une affaire à laquelle il a donné son approbation, pour qu'il soit tenu des frais de la gestion, il suffit que l'affaire ait été d'abord utilement faite, quoique par quelque accident de force majeure, cette utilité ait depuis été détruite : *sufficit utiliter gestum, quamvis non duraverit gestum.*

(1) V. art. 1375, C. civ.

Art. 1375 : « Le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels | « qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites. »

(2) Aussi l'article ci-dessus cité dit-il : « Le maître dont l'affaire a été bien administrée, etc. »

Par exemple, si en mon absence on a fait pour moi des réparations urgentes et nécessaires à ma maison ; quoique par l'événement je n'en aie pas profité, parce que peu après ma maison a été incendiée par le feu du ciel, je ne laisserai pas de demeurer obligé à rembourser des frais de sa gestion celui qui les a fait faire. C'est ce qu'enseigne Ulprien : *Is qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium ; et ideò si insulam fulsit, vel servum ægrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, ager negotiorum gestorum ; ead. L. 10, § 1.*

¶ 22. Il en serait autrement, si les réparations que quelqu'un a fait faire pour moi en mon absence à une mauvaise maison qui m'appartenait, quoique nécessaires pour en prévenir la ruine, étaient si coûteuses, que, si j'eusse été sur les lieux, j'eusse mieux aimé laisser tomber la maison que de m'engager dans cette dépense : *si eam insulam fulsit quam dominus, quasi impar sumptui, dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit.*

Ulprien dénie, en ce cas, l'action à celui qui a fait pour moi cette dépense ; car cette affaire qu'il a faite pour moi étant une affaire dans laquelle je n'eusse pas voulu m'engager si j'eusse été sur les lieux, je ne dois pas être obligé à le rembourser de ses frais, lorsque je n'en ai pas profité.

Quand même celui qui a fait pour moi cette dépense, aurait de bonne foi cru faire pour le mieux, il suffit que l'affaire qu'il a faite pour moi fût une affaire dans laquelle je ne me fusse pas engagé, pour qu'il n'ait pas d'action contre moi : *Quid si putavit se utiliter facere, sed patris familiæ non expediebat ? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem ; ut enim eventum non spectemus, debet esse utiliter cæptum ; ead. L. 10, § 1.* Or, suivant le principe ci-dessus rapporté, *Non est utiliter cæptum, quum quis rem non necessariam adgreditur.*

Cela doit surtout avoir lieu lorsque celui qui a fait pour moi une affaire sans mon ordre, a été à portée et a eu le temps de me consulter avant que de la faire : je dois, en ce cas, être plus facilement écouté à dire, pour me défendre de sa demande, que, s'il m'eût consulté, je n'aurais pas voulu m'engager dans cette affaire, et qu'il est en faute de l'avoir entreprise sans me consulter.

Mais s'il n'a pas été à portée de me consulter, je ne dois pas être si facilement écouté à dire, après la mauvaise réussite de l'affaire, que je n'aurais pas voulu m'y engager : il suffit, en ce cas, pour que je sois tenu des frais de la gestion, que le bien de mes affaires ait paru exiger qu'on fit pour moi cette affaire.

Lorsque l'affaire est importante, le *negotiorum gestor* qui n'est pas à portée de me consulter, peut, à défaut de cela, pour sa plus grande sûreté, prendre l'avis de ma famille, qu'il assemblera pour cette effet devant le juge qui en donnera acte : cet avis constatera que le bien de mes affaires exigeait qu'on fit pour moi cette affaire ; et quoique, par un événement qu'on ne pouvait prévoir, elle ait eu une mauvaise réussite, je ne pourrai me dispenser de rembourser le *negotiorum gestor* des frais de sa gestion.

¶ 23. Lorsque l'affaire était indispensable, ou lorsque celui pour qui elle a été faite y a donné son approbation, il suffit, à la vérité, au *negotiorum gestor*, pour qu'il ait la répétition des frais de sa gestion, qu'il ait d'abord utilement géré, quoique l'utilité de sa gestion n'ait pas subsisté. Mais il faut pour cela que ce soit par quelque accident de force majeure qu'elle n'ait pas subsisté.

Il en serait autrement si c'était par la faute de ce *negotiorum gestor* qu'elle n'eût pas subsisté. C'est ce qu'enseigne Gaius : *Sive hæreditaria negotia, sive ea quæ alicujus essent, gerens aliquis, necessariò rem emerit, licet ea interierit, poterit quod impenderit judicio negotiorum gestorum consequi, veluti si frumentum aut vinum familiæ paraverit, idque casu quodam interierit, forte incendio aut ruinâ. Sed itâ scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vulto ejus acciderit : nam quum propter ipsam ruinam vel incendium*

dammandus sit, absurdum est eum, illarum rerum nomine quo ita consumptas sunt, quicquam consequi ; L. 22, ff. eod. tit.

224. Le principe « que le *negotiorum gestor* qui a d'abord utilement géré une affaire indispensable, a action pour la répétition de ses frais, quoique l'utilité n'ait pas subsisté, » recevait par le droit romain une autre exception ; c'est à l'égard des affaires des impubères.

Quelque indispensable qu'eût été l'affaire que quelqu'un avait faite pour un impubère, celui qui l'avait faite n'avait d'action contre l'impubère pour le remboursement des frais de sa gestion, que jusqu'à concurrence de ce que cet impubère se trouvait en profitier au temps de la contestation en cause sur la demande du *negotiorum gestor* : c'est ce qu'enseigne Paul : *Litis contestatae tempore quæri solet an pupillus cuius sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex eâ re factus, cuius patitur actionem* ; L. 37, ff. eod. tit.

Je ne crois pas que cette décision des lois romaines doive être suivie dans notre droit.

Il est bien vrai, à l'égard des contrats « qu'un impubère ne peut s'obliger en contractant sans l'autorité de son tuteur, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve profiter du contrat. » Par exemple, si un impubère (ou même, selon notre droit français, un mineur, même pubère, qui est encore sous puissance de tuteur) a emprunté de quelqu'un une somme d'argent sans l'autorité de son tuteur, il ne sera obligé à la restitution des deniers qui lui ont été prêtés, que jusqu'à concurrence de ce qu'il sera trouvé en avoir profité au temps de la demande qui sera donnée contre lui.

La raison est que les contrats étant formés par le consentement des parties contractantes, le contrat fait par un impubère sans l'autorité de son tuteur, est nul, faute d'un consentement valable de la part de l'impubère, qui est présumé n'avoir pas le jugement assez formé pour pouvoir donner un consentement valable, sans être assisté et autorisé. L'impubère qui a contracté sans l'autorité de son tuteur, ne pouvant donc pas être obligé par le contrat, puisqu'il est nul, et que *quod nullum est, nullum potest producere effectum*, il ne peut l'être en ce cas que par l'équité naturelle, qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'un autre : *Neminem aequum est cum alterius detrimento locupletari* ; et par conséquent il ne peut l'être que jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve profiter au temps de la demande donnée contre lui ; la demande qui est donnée contre lui, n'ayant d'autre fondement que cette raison d'équité, qui ne subsiste qu'autant que le mineur se trouve profiter du prêt que lui a fait le demandeur.

Il n'en est pas de même des quasi-contrats.

Les obligations que les quasi-contrats produisent, étant formées sans le consentement des personnes qui les contractent, il est indifférent que les personnes qui les contractent soient capables ou non de donner un consentement valable, puisque c'est sans leur consentement qu'elles contractent ces obligations.

Par exemple, dans le quasi contrat *negotiorum gestorum*, celui pour qui on a fait une affaire indispensable, que la nécessité de ses affaires exigeait qui fut faite, contracte envers celui qui l'a faite l'obligation de le rembourser des frais de sa gestion, même dans le cas auquel, par quelque accident de force majeure, l'utilité de cette gestion viendrait à être détruite. Il la contracte sans son consentement, puisqu'il la contracte même avant que d'avoir aucune connaissance de la gestion qui la lui fait contracter. Il est donc indifférent, pour qu'il la contracte valablement, qu'il soit capable ou non de donner un consentement valable, puisque ce n'est pas par aucun consentement de sa part qu'il la contracte ; et par conséquent, pour qu'il puisse contracter valablement cette obligation, il doit être indifférent qu'il soit impubère ou pubère, mineur ou majeur. Le droit romain ne devait donc pas excepter du principe la gestion des affaires des impubères. Le droit romain accorde bien au tuteur l'action *contraria tutelæ* contre l'impubère, lorsqu'il a utilement géré, quoique depuis,

par quelques cas imprévus, l'utilité de sa gestion n'ait pas subsisté : *Suffici tutori benè et diligenter gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est* ; L. 3, § 7, ff. de *Contrar. tut. act.* Pourquoi, en pareil cas, ne pas accorder de même contre l'impubère l'action *contraria negotiorum gestorum* ?

225. Il y a un cas auquel je ne contracte pas envers le *negotiorum gestor*, qui a fait utilement une affaire pour moi, l'obligation de le rembourser des frais de sa gestion, quoique j'en profite ; c'est le cas auquel il serait justifié que ce *negotiorum gestor* aurait empêché une autre personne de la faire, qui, par amitié pour moi, s'offrait à la faire à ses propres frais, sans en rien répéter.

§ III. *Ce qu'il y a de préalable pour intenter l'action contraria negotiorum gestorum, et quels en sont les objets.*

226. Le *negotiorum gestor* ne peut pas donner cette action contre celui dont il a fait l'affaire, qu'il ne lui présente un compte détaillé de sa gestion, et qu'il ne lui offre la communication de toutes les pièces justificatives.

Il est en cela semblable à un mandataire. La raison est que, dans tous les contrats et quasi-contrats qui sont synallagmatiques, l'une des parties n'a pas droit de demander à l'autre qu'elle remplisse son obligation, si elle n'est prête elle-même de remplir la sienne ; d'ailleurs ce n'est que par le compte que doit donner le *negotiorum gestor*, qu'on peut connaître la somme qu'il a droit de demander pour les frais de sa gestion.

Si celui à qui le compte est présenté, fournit des débats contre le compte, le *negotiorum gestor* doit y répondre ; et il se forme, en ce cas, une instance de compte.

S'il n'en fournit aucun, le *negotiorum gestor*, après l'avoir mis en demeure d'en fournir, peut poursuivre contre lui la condamnation de la somme qui se trouve par le compte lui être dû pour les frais de sa gestion.

227. Cette action *contraria negotiorum gestorum*, de même que l'action *contraria mandati*, a deux objets.

Le premier est le remboursement des sommes que le *negotiorum gestor* a été obligé de débourser pour sa gestion.

Si par sa faute il a déboursé plus qu'il n'était nécessaire, il ne doit être remboursé que de ce qu'il suffisait de débourser : *Si quis aliena negotia gerens plus quam oportet impenderit, recuperaturum eum id quod præstari debuerit* ; L. 25, ff. de *Neg. gest.*

228. Le second objet de cette action est la décharge que le *negotiorum gestor* a droit de demander des obligations qu'il a contractées pour sa gestion.

Par exemple, s'il a fait des marchés avec des ouvriers pour des réparations aux maisons de la personne dont il faisait les affaires, et qu'il se soit obligé en son propre nom par ces marchés à en payer le prix, la personne dont il a fait les affaires, pour lui procurer la décharge qu'elle lui doit de ces obligations, doit lui rapporter ou la quittance des créanciers envers qui le *negotiorum gestor* s'est obligé, ou une décharge par laquelle ces créanciers acceptent pour débitrice en sa place la personne dont il a fait les affaires, et le déchargent. Faute par cette personne de rapporter au *negotiorum gestor*, ou la quittance, ou la décharge des créanciers envers qui il s'est obligé, il peut la poursuivre pour le paiement des sommes qu'il s'est obligé de payer, pourvu néanmoins que ce *negotiorum gestor* ne se soit pas par sa faute obligé à plus qu'il n'était nécessaire pour sa gestion ; car la personne dont il a fait les affaires ne serait obligée de l'indemniser que jusqu'à concurrence de ce qui était nécessaire (¹).

(¹) V. art. 1375, C. civ., ci-dessus, p. 261, note 1.

CONTRATS ALÉATOIRES.

TRAITÉ

DU

CONTRAT D'ASSURANCE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Les Contrats de *Vente*, de *Louage*, de *Société*, de même que ceux de *Constitution de rente perpétuelle*, et de *Change*, dont nous avons traité jusqu'à présent, sont les principales espèces des contrats *commutatifs*. Il faut passer maintenant aux contrats *aléatoires*.

1. Les *Contrats aléatoires* sont ceux dans lesquels ce que l'un donne, ou s'oblige de donner à l'autre, est le prix d'un risque dont il l'a chargé ⁽¹⁾.

Ces contrats conviennent avec les *commutatifs*, en ce qu'ils sont, comme ceux-ci, intéressés de part et d'autre : chacun des contractants ne s'y propose que son intérêt propre, et n'entend point accorder un bienfait à l'autre ; en quoi ils diffèrent des *Contrats de Bienfaisance*.

Les contrats *aléatoires* diffèrent des *commutatifs*, en ce que, dans les *commutatifs*, ce que chacun des contractants reçoit, est le juste équivalent d'une autre chose qu'il a donnée de son côté, ou qu'il s'est obligé de donner à l'autre ; au lieu que, dans les contrats *aléatoires*, ce que l'un des contractants reçoit, n'est pas l'équivalent d'une chose qu'il ait donnée, ou qu'il se soit obligé de

(1) V. art. 1964, C. civ.

Art. 1964 : « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs

« d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. — Tels sont : le contrat d'assurance ; le prêt à grosse aventure ; le jeu et le pari ; le contrat de rente viagère. — Les deux premiers sont régis par les lois maritimes. »

donner, mais c'est l'équivalent du risque dont il s'est chargé, *suscepti periculi premium*.

Ceci s'éclaircira par des exemples.

Dans le contrat de vente, qui est un contrat commutatif, la chose vendue que l'acheteur reçoit, est l'équivalent de la somme d'argent qu'il donne, ou s'oblige de donner pour le prix de cette chose. *Vice versa*, cette somme d'argent que le vendeur reçoit, est l'équivalent de la chose vendue qu'il donne ou s'oblige de donner à l'acheteur.

Au contraire, dans le contrat de *Constitution de rente viagère* ⁽¹⁾, qui est un contrat *aléatoire*, lorsque celui sur la tête de qui la rente a été constituée, vient à mourir peu après la constitution, on ne peut pas dire que la somme que le constituant a reçue pour le prix de la constitution, soit l'équivalent d'une autre chose qu'il ait donnée de son côté, puisqu'il n'a donné de son côté que les arrérages de quelques mois, pendant lesquels a duré la rente : mais elle est l'équivalent du risque dont ils s'est chargé de rendre en arrérages, à un gros intérêt, le double ou le triple de la somme qu'il a reçue, et de ses intérêts ordinaires, dans le cas auquel celui sur la tête de qui la rente a été constituée, aurait vécu longtemps.

Vice versa, lorsque celui sur la tête et au profit duquel la rente a été constituée, a vécu quarante ou cinquante ans, on ne peut pas dire que tous les arrérages qu'il a reçus pendant un aussi long temps, ne soient que l'équivalent de la chose qu'il a donnée de son côté, puisque la somme qu'il a donnée pour le prix de la constitution, est beaucoup au-dessous de celle à laquelle montent tous ces arrérages qu'il a reçus : mais le montant de tous ces arrérages est un juste prix et un juste équivalent du risque qu'il a couru de ne recouvrer presque rien de la somme qu'il a payée pour le prix de la constitution, dans le cas, qui pouvait arriver, qu'il mourût peu de temps après.

Les principales espèces de contrats *aléatoires* sont :

Le *Contrat de Constitution de rente viagère*, dont nous avons déjà traité par occasion, à la fin du *Contrat de Constitution de rente perpétuelle*, à cause du rapport que ces contrats ont ensemble ;

Le *Contrat d'Assurance*, qui doit faire la matière du présent Traité ;

Et celui du *Prêt à la grosse aventure*, qui fera celle du Traité suivant, à cause de l'affinité qu'ils ont ensemble.

Tous les *jeux de hasard* et les *gageures* sont aussi des contrats *aléatoires*.

Nous verrons dans notre premier chapitre, ce que c'est que le *Contrat d'Assurance*, et quelles sont les choses qui sont de l'essence de ce contrat.

Nous traiterons dans le second chapitre, des personnes entre lesquelles ce contrat intervient, et de sa forme ;

Dans le troisième, des obligations qu'il produit, des actions qui naissent de ces obligations, et des juges qui en connaissent.

(¹) V. art. 1968 et 1969, C. civ.

Art. 1968 : « La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable, ou pour un immeuble. »

Article 1969 : « Elle peut être aussi constituée, à titre purement gratuit, par donation entre-vifs ou par testament. Elle doit être alors revêtue des formes requises par la loi. »

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le contrat d'assurance, et quelles sont les choses qui sont de l'essence de ce contrat.

SECT. I^e. — CE QUE C'EST QUE LE CONTRAT D'ASSURANCE.

2. Le *Contrat d'Assurance* est un contrat par lequel l'un des contractants se charge du risque des cas fortuits auxquels une chose est exposée, et s'oblige envers l'autre contractant de l'indemniser de la perte que lui causeraient ces cas fortuits, s'ils arrivaient, moyennant une somme que l'autre contractant lui donne ou s'oblige de lui donner pour le prix des risques dont il le charge.

3. Il peut y avoir une infinité d'espèces de contrats d'assurance.

Tel était celui que proposait, en 1754, une compagnie établie à Paris, de garantir les propriétaires de maisons, du danger du feu, moyennant une certaine somme que les propriétaires qui voudraient faire assurer leurs maisons, paieraient par chacun au à cette compagnie.

J'apprends que ce projet a eu son exécution, et que de deux compagnies d'assureurs qu'il y a à Paris, il y en a une qui ne se borne pas aux assurances maritimes, et qu'elle assure aussi du danger du feu les propriétaires de maisons qui veulent les faire assurer pour une certaine somme. L'acte de leur société a été enregistré au Châtelet de Paris (¹).

4. Le *contrat d'assurance* qui est le plus en usage, est celui *d'assurance maritime*. C'est un contrat par lequel l'un des contractants se charge des *risques et fortunes de mer* que doivent courir un vaisseau, ou les marchandises qui y sont, ou qui y doivent être chargées; et promet d'en indemniser l'autre contractant, pour une certaine somme que celui-ci lui donne, ou s'oblige de lui donner pour le prix du risque dont il le charge (²).

(¹) Aujourd'hui les contrats *d'assurances terrestres* sont plus communs encore que les contrats *d'assurances maritimes*; mais comme leur usage ne remonte pas à plus de trente ans, la législation est absolument muette à cet égard; la jurisprudence a dû se borner jusqu'à ce jour à faire application à ces sortes de contrats des principes généraux qui régissent les contrats aléatoires.

Nous avons également admis depuis quelques années un contrat *d'assurances* qui est d'un grand usage: c'est celui qui a pour objet d'assurer contre les chances qui peuvent appeler un jeune citoyen sous les drapeaux, c'est le *contrat d'assurance pour le remplacement militaire*; la législation ne s'en est pas encore occupée, mais des projets sont en discussion.

(²) V. art. 332, C. comm.

Art. 332: « Le contrat d'assurance est rédigé par écrit.—Il est daté du jour auquel il est souscrit. Il y est énoncé si c'est avant ou après midi. Il peut être fait sous signature privée. Il ne peut contenir aucun blanc. — Il exprime: le nom et le domicile de celui qui a fait assurer, sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire; le nom et la désignation du navire; le nom du capitaine; le lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées; le port d'où ce navire a dû ou doit partir; les ports ou rades dans lesquels il doit charger ou décharger; ceux dans lesquels il doit entrer; la nature et la valeur ou l'estimation des marchandises ou objets que l'on fait assurer; les temps auxquels les risques doivent commencer et finir; la somme assurée; la prime ou le coût de

Le contractant qui se charge des risques, est celui qu'on appelle *assureur*; l'autre envers qui il s'en charge, est *l'assuré*; la somme que l'assuré donne ou s'oblige de donner à l'assureur pour le prix du risque, s'appelle *prime d'assurance*; l'acte qu'on dresse par écrit de ce contrat, s'appelle *police d'assurance*.

C'est une espèce de contrat de vente : les assureurs sont les vendeurs, l'assuré est l'acheteur ; la chose vendue est la décharge des risques auxquels est exposée la chose assurée. Les assureurs vendent en quelque façon à l'assuré, et s'obligent de lui *faire avoir* et de lui procurer la décharge de ces risques, en prenant sur eux ces risques, et en s'obligeant d'en indemniser l'assuré. La *prime* que l'assuré paie ou s'oblige de payer aux assureurs, est le prix de cette vente.

5. Ce contrat est, comme le contrat de vente, de la classe des contrats *consensuels*; car il reçoit sa perfection par le seul consentement des parties (¹), et il produit de part et d'autre les obligations qui en naissent, aussitôt que les parties sont convenues de la somme qui doit être payée à l'assureur pour le prix des risques dont il se charge.

Il est vrai que l'obligation que les assureurs contractent de payer la somme assurée, ou l'estimation des avaries et dommages, n'est pas encore ouverte, et qu'elle dépend de cette condition, si, par quelque accident de force majeure, les choses assurées viennent à périr, ou à être endommagées : mais le contrat ne laisse pas d'être parfait ; l'obligation est contractée, quoique conditionnellement, n'étant plus dès lors au pouvoir des assureurs de s'en désister, et de n'être pas obligés, si l'accident arrive.

6. Le contrat d'assurance, comme les contrats de vente, est synallagmatique ; car il produit des obligations réciproques. L'assureur s'oblige envers l'assuré de le garantir ou de l'indemniser des fortunes de mer, et l'assuré s'oblige réciproquement envers l'assureur de lui payer la *prime* convenue.

7. Le contrat d'assurance est de la classe des contrats intéressés de part et d'autre, et non de celle des contrats bienfaisants ; car, dans ce contrat, chacun des contractants se propose son intérêt propre : l'assureur se propose de profiter de la *prime*, et l'assuré de se décharger des *risques*.

8. Il est évident que ce contrat est de la classe des contrats *aléatoires*, et non de celle des contrats commutatifs ; car la *prime* que l'assureur reçoit, n'est pas, comme dans les contrats commutatifs, l'équivalent d'une autre chose qu'il donne ou s'oblige de donner à la place, puisqu'il n'aura rien à donner, si le vaisseau arrive à bon port, et n'essuie aucun accident ; et au contraire, si le vaisseau pérît, l'indemnité qu'il sera tenu de donner à l'assuré, étant une chose beaucoup plus considérable que la *prime* qu'il a reçue de lui, n'en peut être regardée comme l'équivalent. La *prime* que l'assureur reçoit, n'est donc pas le prix d'une autre chose qu'il donne, mais le prix du risque dont il se charge par le contrat, ce qui est le vrai caractère des contrats aléatoires. *Vice versa*, l'indemnité que reçoit la partie qui a fait assurer ses effets, lorsqu'ils sont péris, étant beaucoup plus considérable que la *prime* qu'il a donnée, n'en peut être regardée comme l'équivalent ; mais elle est l'équivalent et le prix du risque qu'il a couru de donner en pure perte la *prime* qu'il a donnée, et de ne rien recevoir à la place, dans le cas auquel les effets assurés seraient arrivés à bon port, et n'auraient essuyé aucun accident.

« l'assurance ; la soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation, si elle a été convenue ; et généralement toutes les autres conditions dont les parties sont convenues. »

(¹) Aux termes de l'art. 332, C. comm. (V. la note précédente), le contrat d'assurance devant être rédigé par écrit, le contrat n'est pas purement consensuel, au moins d'une manière absolue.

9. Enfin le contrat d'assurance est un contrat du droit des gens, dans son origine. L'ordonnance de la marine (du mois d'août 1681), en l'autorisant spécialement, tit. *des Assurances* (liv. 3, tit. 6), a développé dans ce titre les règles par lesquelles ce contrat est régi, qui sont tirées du droit naturel. Il est vrai qu'elle a ajouté quelques dispositions qu'on peut regarder comme arbitraires, au moyen desquelles on peut dire que ce contrat, quoique principalement du droit des gens, tient aussi parmi nous quelque chose du droit civil.

10. L'usage de ce contrat est de la plus grande utilité. Le commerce de mer, qui, sans ce contrat, ne se ferait que par un petit nombre de personnes qui auraient assez de fortune pour oser courir les risques auxquels il expose, peut, par le secours de ce contrat, être fait par toutes sortes de personnes, même par celles qui ont le moins de fortune.

SECT. II. — QUELLES SONT LES CHOSES QUI SONT DE L'ESSENCE DU CONTRAT D'ASSURANCE.

Cinq choses me paraissent être de l'essence du contrat d'assurance. Il faut :

1^o Qu'il y ait une ou plusieurs choses qui soient la matière du contrat, et que l'une des parties fasse assurer par l'autre;

2^o Il faut qu'il y ait des risques auxquels cette chose soit ou doive être exposée, risques dont l'assureur se charge par ce contrat;

3^o Il faut qu'il y ait une somme ou déterminée ou indéterminée, que l'assureur promette de payer à l'assuré, pour son indemnité, en cas de perte des effets assurés, arrivée par quelqu'un des cas fortuits dont l'assureur s'est chargé;

4^o Il faut une somme convenue par ce contrat, que l'assuré donne ou s'oblige de donner à l'assureur pour le prix de l'assurance.

5^o Enfin il faut le consentement des parties contractantes qui interviennent sur toutes ces choses.

ART. 1^{er}. — Des choses qu'on a fait assurer.

§ 1^{er}. Il faut une chose qu'on fasse assurer.

11. Il est de l'essence du contrat d'assurance qu'il y ait une ou plusieurs (¹) choses qui en soient la matière, et qu'on fasse assurer par le contrat.

En effet, le contrat d'assurance étant un contrat par lequel l'une des parties fait assurer par l'autre certaines choses, et la charge, pour une certaine somme qu'il lui donne, du risque des cas fortuits auxquels elles sont exposées, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir et qu'on ne peut concevoir un contrat d'assurance sans une chose qu'on fasse assurer par le contrat, et qui en soit la matière.

C'est pourquoi, à s'en tenir aux seules règles du droit naturel, lorsque les choses que quelqu'un a fait assurer, n'existaient plus lors du contrat, et étaient déjà périses; quoique la partie fût de bonne foi, et qu'elle en ignorât la perte, le contrat devrait être nul, faute d'une chose qui en ait été la matière; de même que le contrat de vente est nul lorsque la chose vendue n'existe plus au temps du contrat, quoique les parties l'ignorassent; L. 15, et L. 57, ff. de *Contrah. empt.*

12. Mais le droit civil a ajouté sur ce point au droit naturel. Quoique les effets n'existaient plus, et fussent déjà péris lors du contrat par lequel on les

(¹) V. art. 333, C. comm.

Art. 333 : « La même police peut | « raison des marchandises, soit à rai-
« contenir plusieurs assurances, soit à | « son du taux de la prime, soit à rai-
« son des différents assureurs. »

a assurés ; si la partie n'en a su ni pu savoir la perte lors du contrat, ces effets, par une fiction de droit, en considération de la bonne foi de la partie qui a fait assurer, sont supposés avoir été encore existant au temps du contrat, et avoir pu lui servir de matière, et n'être péris que lors de la nouvelle qu'on a eue de leur perte.

C'est ce qui résulte de l'art. 38 du titre *des Assurances*, de l'ordonnance de 1681. Cet article, en déclarant nulles les assurances faites après la perte des choses assurées, *si l'assuré en savait ou pouvait en savoir la perte*, laisse à tirer la conséquence que s'il ne l'a su ni pu savoir, le contrat d'assurance est valable (1).

13. Le contrat d'assurance des choses qui n'existaient plus, et étaient déjà péries lors du contrat, est donc nul en deux cas seulement.

— Le premier cas est lorsque la partie qui a fait assurer, avait déjà, lors du contrat, la connaissance de la perte des effets qu'il a fait assurer.

L'assureur qui oppose à la demande contre lui, que l'assuré avait cette connaissance, est chargé d'en faire preuve suivant cette maxime de droit, *Incumbit onus probandi ei qui dicit*; et suivant celle-ci : *Reus excipiendo fit actor*.

Le fait de cette connaissance étant le fait d'undolo et d'une fraude de l'assuré, dont il n'a pas été au pouvoir de l'assureur de se procurer une preuve par écrit, il peut, suivant le principe que nous avons établi en notre *Traité des Obligations*, nos 809 et suivants, être admis à la preuve testimoniale de cette connaissance (2); et il peut faire entendre en témoignage même les gens de l'équipage du vaisseau.

Quand même l'assureur aurait déjà exécuté le contrat, et payé en tout ou en partie la somme assurée ; s'il vient à découvrir que l'assuré avait lors du contrat, la connaissance de la perte des effets assurés, il ne laisse pas d'être reçu à se plaindre du dol de l'assuré, et à faire la preuve de la connaissance qu'a eue l'assuré : l'art. 41 de l'ordonnance le suppose ainsi.

La raison en est évidente. L'action qui naît du dol n'est ouverte que du jour que la partie qui a été trompée, l'a découvert ; *Currit à die detectæ frau-*

(1) Le Code de commerce est beaucoup plus explicite ; il déclare valable l'assurance faite de *bonne foi* après la perte des objets assurés, aussi bien que l'assurance faite sur bonnes ou mauvaises nouvelles. V. art. 365 à 368, C. com.

Art. 365 : « Toute assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés, est nulle, s'il y a présomption qu'avant la signature du contrat, l'assuré a pu être informé de la perte, ou l'assureur de l'arrivée des objets assurés. »

Art. 366 : « La présomption existe, si, en comptant trois quarts de myriamètre (une lieue et demie) par heure, sans préjudice des autres preuves, il est établi que de l'endroit de l'arrivée ou de la perte du vaisseau, ou du lieu où la première nouvelle en est arrivée, elle a pu être portée dans le lieu où le contrat d'assurance a été passé, avant la signature du contrat. »

Art. 367 : « Si cependant l'assurance est faite sur bonnes ou mauvaises nouvelles, la présomption mentionnée dans les articles précédents n'est point admise. — Le contrat n'est annulé que sur la preuve que l'assuré savait la perte, ou l'assureur l'arrivée du navire, avant la signature du contrat. »

Art. 368 : « En cas de preuve contre l'assuré, celui-ci paie à l'assureur une double prime. — En cas de preuve contre l'assureur, celui-ci paie à l'assuré une somme double de la prime convenue. — Celui d'entre eux contre qui la preuve est faite, est poursuivi correctionnellement. »

(2) Il n'est plus même besoin d'invoquer ce motif aujourd'hui ; toutes conventions commerciales, ainsi que les exceptions qui se rapportent à ces sortes de contrats, peuvent être prouvées par témoins.

dis. La partie ne peut pas perdre, par une fin de non-recevoir, son action avant qu'elle ait été ouverte : *Adversus non valentem agere, nulla currit præscriptio*. D'ailleurs l'assuré, en recevant la somme assurée, commet un nouveau dol, qui ne doit pas lui profiter, et lui donner une fin de non-recevoir.

14. L'assureur a non-seulement la voie civile, qui est l'action *de Dolo*, contre celui qui a fait assurer des effets de la perte desquels il avait connaissance ; M. Valin, procureur du roi en l'amirauté de La Rochelle, auteur d'un *Commentaire sur l'ordonnance de la marine*, observe, à l'art. 41, que l'assureur peut aussi, à son choix, prendre la voie criminelle (¹), cette espèce de dot de l'assuré étant *atrocior dolus, et crimen stellionatus*. L'ordonnance de Rotterdam sur les Assurances, art. 20, le regarde comme une branche du crime de faux ; les fourberies qui se commettent dans les contrats étant une branche de ce crime ; *Arg. L. 21, ff. ad. Corn. de Fals.*

15. La peine que l'ordonnance prononce contre l'assuré qui est convaincu d'avoir eu connaissance, lors du contrat, de la perte des effets qu'il a fait assurer, est, qu'outre la restitution qu'il doit faire à l'assureur, de la somme assurée qu'il aurait reçue de lui, il doit lui payer le double de la *prime* portée au contrat ; art. 41 (²).

Il doit être condamné par corps à cette restitution, et au paiement de la *prime*. Outre la raison générale tirée de ce que le contrat d'assurance est une matière de commerce, il y en a une particulière, tirée de ce que la cause de cette condamnation est un *stellionnat* de la part de l'assuré, lequel emporte la contrainte par corps (³) ; ordonnance de 1667, tit. 34, art. 8 et 9.

(¹) Cette décision est encore suivie ; on suppose que, dans ce cas, il a été fait usage de ces manœuvres caractérisées qui constituent l'escroquerie, abstraction faite de l'objet auquel elles s'appliquent. (V. art. 368, C. comm., ci-dessus, p. 270, note 1, *in fine*.)

Cet article ordonne que celui d'entre l'assureur et l'assuré contre qui la preuve est faite sera poursuivi correctionnellement ; ainsi, le ministère public est tenu d'intenter l'action criminelle, de diriger la poursuite ; mais il est à remarquer que le fait en lui-même, et considéré isolément, n'est pas qualifié délit, en sorte qu'il restera aux tribunaux correctionnels à rechercher si, d'après les circonstances qui ont accompagné le fait, il tombe en effet sous l'application directe d'un texte de la loi pénale, l'art. 405, Cod. pénal.

Art. 405 : « Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de faux-
ses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour per-
suader l'existence de fausses entre-
prises, d'un pouvoir ou d'un crédit
imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès,
d'un accident ou de tout autre évé-

nement chimérique, se sera fait re-
mettre ou délivrer des fonds, des
meubles ou des obligations, disposi-
tions, billets, promesses, quittances
ou décharges, et aura, par un de ces
moyens, escroqué ou tenté d'escro-
quer la totalité ou partie de la for-
tune d'autrui, sera puni d'un empris-
sonnement d'un an au moins et de
cinq ans au plus, et d'une amende
de cinquante francs au moins et de
trois mille francs au plus.— Le cou-
pable pourra être, en outre, à comp-
ter du jour où il aura subi sa peine,
interdit, pendant cinq ans au moins
et dix ans au plus, des droits men-
tionnés en l'art. 42 du présent Code;
le tout sauf les peines plus graves,
s'il y a crime de faux. »

(²) Même disposition. V. art. 368, C. comm., ci-dessus, p. 270, note 1.

(³) La première raison est bien suffisante. La peine du *stellionnat* n'est applicable qu'aux hypothèques et aux ventes immobilières. V. art. 2059, C. civ.

Art. 2059 : « La contrainte par corps a lieu, en matière civile, pour le *stellionnat*.— Il y a *stellionnat*, lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas

16. Lorsqu'à défaut de preuve, l'assureur a déferé à l'assuré le serment sur le fait de la connaissance qu'il prétend qu'avait l'assuré, lors du contrat, de la perte des effets qu'il a fait assurer, et que celui-ci a refusé de le rendre, il n'est pas douteux que son refus rend avéré le fait de cette connaissance qu'il a eue (*Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle jurare*; L. 38, ff. de *Jurej.*) et qu'en conséquence le contrat doit être déclaré nul, et l'assuré condamné à la restitution de ce qu'il a reçu de l'assureur. Mais doit-il être, en ce cas, condamné au paiement de la peine de la *double prime*?

La raison de douter est, que l'ordonnance prononce cette peine *en cas de preuve contre l'assuré*⁽¹⁾ : dans cette espèce l'assureur n'avait pas de preuves.

Les raisons de décider que l'assuré doit être, en ce cas, condamné au paiement de la peine, sont qu'il est vrai que l'assureur, lorsqu'il a déferé le serment, n'avait pas encore de preuve : mais il acquiert une preuve complète par le refus que fait l'assuré de rendre le serment qu'il lui a déferé ; car le refus de ce serment tient lieu d'un aveu du dol qu'il a commis en contractant, et il n'y a pas de preuve plus parfaite d'un dol, que l'aveu de celui qui l'a commis. L'assureur se trouve donc, en ce cas, dans l'espèce de l'art. 41, qui dit, *en cas de preuve contre l'assuré*. D'ailleurs la loi 3, § 1, ff. de *Jurej.*, décide qu'on peut déferer le serment sur toutes sortes d'actions, sur les pénales *quibus paenam persequimur*, aussi bien que sur celles qui sont *rei persecutoriae*.

17. Quand l'assuré qui savait, lors du contrat, la perte des effets assurés, n'a pas été poursuivi par l'assureur, le contrat auquel son dol a donné lieu, est bien nul dans le for de la conscience, et il ne peut pas en profiter ; mais il ne doit pas, dans le for de la conscience, la peine de la *double prime* : il ne la doit, ni par le droit naturel, qui ne l'oblige à autre chose qu'à la réparation du tort qu'il a causé à l'assureur en contractant avec lui ; ni par le droit civil, qui n'inflige cette peine *qu'en cas de preuve contre l'assuré*. On peut même dire en général, à l'égard des peines que la loi civile prononce au delà de la réparation du tort qu'a causé celui qui a commis le délit, qu'elle ne rend celui qui a commis le délit, débiteur que par la sentence du juge qui l'y condamne.

18. Lorsqu'un tuteur de mineur a fait, en sa qualité de tuteur, assurer des effets de ses mineurs, qu'il savait, lors du contrat, être péris ; quoique le tuteur n'ait contracté qu'en nom qualifié de tuteur, et que le mineur pour qui il contractait, n'ait pas eu cette connaissance, ce dol du tuteur étant justifié, doit faire déclarer nul le contrat d'assurance, et faire en conséquence condamner le mineur à la restitution de la somme assurée, que son tuteur a reçue pour lui.

Cela est conforme au principe de droit qui décide « qu'on peut opposer au mineur le dol qu'a commis son tuteur en contractant pour lui » : *Dicendum sive quis emerit à tuteure rem pupilli, sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid tutor fecerit, et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debere* : L. 14, § 23, ff. de *Doli et met. except.* ; — *et de Dolo tutoris exceptionem pupillo objiciendam* ; eod. L. §. 24.

Le mineur doit être, en ce cas, condamné à la restitution de la somme assurée, quand même il ne pourrait la recouvrer, par l'insolvabilité de son tuteur qui l'a reçue pour lui. C'est ce qui résulte de la loi ci-dessus citée ; car, après avoir dit que le dol du tuteur nuit et peut être opposé au mineur, elle ajoute : *Nec illud distinguendum, cautum sit ei (pupillo) an non, solvendo sit (tutor) an non.... undē enim divinat is qui cum tuteure contrahit* ? eod. § 23.

« propriétaire ; — lorsque l'on pré- | « dont ces biens sont chargés. »
« sente comme libres des biens hy- | (1) Le refus de prêter le serment
« pothéqués, ou que l'on déclare des | emporte preuve complète ; on doit
« hypothèques moindres que celles | donc appliquer la peine.

A l'égard de la peine de la *double prime*, l'assureur ne peut se pourvoir que contre le tuteur, qui doit y être condamné, sans pouvoir la répéter contre le mineur⁽¹⁾; car la peine du dol ne doit être supportée que par celui qui a commis le dol : on ne peut donc pas la prétendre contre le mineur qui ne l'a pas commis.

19. De même qu'un mineur ne peut pas profiter du dol de son tuteur, et que le dol de son tuteur lui peut être opposé, pareillement nous ne pouvons pas profiter du dol de ceux que nous avons chargés de notre procuration, soit générale, soit spéciale, et leur dol nous peut être opposé : *Si is procurator sit cui omnium bonorum administratio concessa, de omni dolo ejus excipi posse; eod. L. 4, § 18.* C'est pourquoi lorsqu'un commissionnaire a fait assurer les effets de son commettant, soit en vertu d'un ordre spécial, soit en vertu du pouvoir général qu'il avait de gérer ses affaires, il n'est pas douteux que si, lors du contrat, le commissionnaire avait la connaissance de la perte des effets, le contrat est nul, et le commettant, quoiqu'il n'eût pas cette connaissance, non-seulement ne peut demander la somme assurée, mais doit la rendre, s'il l'a reçue. A l'égard de la peine de la *double prime*, l'assureur doit se pourvoir contre le commissionnaire qui a commis le dol, et ne peut la demander au commettant.

20. *Vice versa*, lorsque le commissionnaire qui a fait assurer les effets de son commettant, était de bonne foi, et en ignorait la perte, on a, par arrêt du Parlement d'Aix, du mois de mai 1744 (cité par Valin), jugé le contrat valable, quoique le commettant eût, dès le temps du contrat, connaissance de la perte des effets assurés⁽²⁾.

La décision de cet arrêt doit être restreinte au cas auquel le commissionnaire aurait fait assurer les effets de son commettant sans aucun ordre spécial, à son insu, et en vertu du pouvoir général qu'il avait de gérer ses affaires; car, en ce cas, il n'y a aucun dol, ni de la part du commissionnaire, ni de la part du commettant, qui puisse donner atteinte au contrat.

Mais si le propriétaire des effets assurés avait donné ordre de les faire assurer, ayant connaissance de leur perte, le contrat serait nul, quoique son commissionnaire, qui les a fait assurer pour lui, en eût ignoré la perte; car le dol de ce propriétaire, qui est censé avoir contracté lui-même par le ministère de son commissionnaire, rend le contrat nul, et le rend sujet à la peine de l'art. 41, tout ainsi que s'il eût contracté par lui-même; *Nam is qui mandat, ipse facere videtur.*

21. Le second cas auquel l'ordonnance déclare nul le contrat d'assurance fait après la perte des effets assurés, est celui auquel celui qui les a fait assurer, pouvait au temps du contrat en savoir la perte, quoiqu'il n'y ait pas de preuve positive qu'il l'ait sue. C'est ce qui résulte de ces termes de l'art. 38 : *Déclarations nulles les assurances faites après la perte des choses assurées, si l'assuré en savoit ou POUVOIT savoir la perte*⁽³⁾.

(1) La maxime, *factum tutoris factum pupilli*, n'est pas applicable, lorsqu'il s'agit d'un délit ou même d'un quasi-délit qui est le fait personnel du tuteur.

(2) Cette décision peut souffrir difficulté : sans doute la bonne foi du commissionnaire rend la disposition de la loi inapplicable; il n'est pas possible d'appliquer au maître dont la chose a été gérée à son insu, la peine qu'il aurait encourue s'il avait traité

lui-même; mais lorsque le *negotiorum gestor*, ou gérant volontaire, a fait une chose qu'il ne savait pas être interdite au maître dont il a géré l'affaire, celui-ci peut-il profiter du bénéfice d'un contrat qu'il n'aurait pas pu souscrire? nous ne le pensons pas. Dans ce cas, il nous semble que le contrat d'assurance doit être purement et simplement déclaré nul.

(3) L'art. 365, C. comm. V. ci-dessus, p. 270, note 1, comprend les deux

La raison est que la preuve de la connaissance positive que l'assuré avait de la perte des effets qu'il a fait assurer, n'étant pas souvent au pouvoir de l'assureur, et la bonne foi étant rare aujourd'hui parmi les hommes, il arriverait très souvent que des négociants, dans la confiance qu'ils auraient que l'assureur ne pourrait avoir la preuve de la connaissance qu'ils ont eue de la perte de leurs effets, les feraient assurer après avoir eu la nouvelle de leur perte; ce qui ruinerait les assureurs.

L'assuré est censé avoir pu savoir dès le temps du contrat la perte des effets assurés, lorsque depuis leur perte jusqu'au temps du contrat, il s'est passé un temps suffisant pour que la nouvelle ait pu lui en parvenir ⁽¹⁾.

22. L'ordonnance, art. 39, règle ce temps en comptant une lieue et demie pour heure de l'endroit où le vaisseau a péri, jusqu'au lieu où le contrat d'assurance a été passé. Par exemple, si le contrat d'assurance a été passé et signé à Marseille, et que le lieu où le vaisseau est péri, ne fut éloigné que de 36 lieues de Marseille; en comptant une lieue et demie pour heure, l'assuré est censé en avoir pu avoir la nouvelle au bout de vingt-quatre heures, qui font un jour. Mais si ce lieu où le vaisseau est péri, était éloigné de dix fois trente-six lieues, c'est-à-dire de 360 lieues, il ne sera censé avoir eu la nouvelle qu'au bout de dix jours.

Ce temps se compte de *momento ad momentum* ⁽²⁾; c'est pourquoi lorsqu'on sait non-seulement le jour, mais l'heure à laquelle est arrivée la perte du vaisseau, on doit compter depuis cette heure.

Quid, lorsqu'on ne sait que le jour, et non l'heure?

L'auteur du *Guidon de la mer* dit qu'on doit commencer à compter depuis l'heure du midi de ce jour; ce qui n'est fondé sur rien. Il est plus raisonnable de dire qu'on ne doit en ce cas commencer à compter que du lendemain, la perte du vaisseau ayant pu arriver à la dernière heure du jour.

Par la même raison, lorsque l'heure du jour que s'est passé le contrat, n'est pas exprimée par l'acte, on ne doit compter les heures de ce jour que jusqu'à celle à laquelle les assureurs ont coutume d'ouvrir leur bureau, le contrat ayant pu être passé aussitôt l'ouverture du bureau.

23. L'assureur doit-il, afin de pouvoir compter les heures du jour auquel l'acte a été passé, être reçu à prouver par témoins qu'il n'a été passé que le soir ⁽³⁾?

Pour la négative on dira que l'ordonnance de 1667 a défendu la preuve testimoniale outre le contenu des actes, et que l'assureur doit s'imputer de n'avoir pas exprimé l'heure par l'acte. D'un autre côté, on peut dire que l'ordonnance, en défendant la preuve testimoniale outre le contenu des actes, n'a entendu défendre la preuve que des choses qu'on prétendrait faire partie de la convention, et n'avoir pas été exprimées par l'acte; et que la preuve du temps auquel l'acte a été passé, n'est pas une preuve outre le contenu de l'acte, ce temps ne faisant pas partie de la convention contenue dans l'acte, et étant quelque chose d'extérieur à l'acte. *Voyez notre Traité des Obligations*, n° 795.

Ajoutez que les contrats d'assurance sont une matière de commerce; et que, dans les matières de commerce, l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, *in fine*, laisse à la prudence des juges de suivre ou de ne pas suivre ses dispositions sur la preuve testimoniale.

24. Lorsque l'assuré, lors du contrat, avait pu savoir la perte des effets assurés, parce qu'il s'était écoulé un temps suffisant pour cela, sans néanmoins

cas : « S'il y a présomption..... que l'assuré a pu être informé de la perte. »

cas : « S'il y a présomption..... que l'assuré a pu être informé de la perte. »

cas : « S'il y a présomption..... que l'assuré a pu être informé de la perte. »

⁽²⁾ Même décision, même article.

⁽³⁾ La même discussion peut s'élever aujourd'hui.

⁽¹⁾ V. art. 366, C. comm., ci-dessus, p. 270, note 1, qui précise les cir-

qu'il y ait de preuve qu'il en ait eu effectivement connaissance, est-il sujet à la peine de la *double prime*?

Valin, sur l'art. 38, suppose qu'il y est sujet.

Je croirais le contraire. L'ordonnance, dans l'article 38, propose deux cas dans lesquels elle prononce contre l'assuré la nullité du contrat d'assurance ; 1^o lorsqu'il savait ; 2^o lorsque probablement il pouvait savoir la perte des effets assurés : mais elle ne prononce par l'art. 41, la peine du paiement de la *double prime*, que dans le seul cas auquel l'assuré a su la perte, et non dans celui auquel il a seulement pu la savoir; car elle dit, *en cas de preuve contre l'assuré*. Or, de ce que l'assuré pouvait savoir la perte de ses effets, parce qu'il s'est écoulé assez de temps pour cela, on n'en peut pas tirer la conséquence qu'il la savait effectivement : *A posse ad actum non valet consequentia*.

On opposera que l'ordonnance, art. 39, dit qu'en ce cas *l'assuré sera présumé avoir su la perte* : mais cela doit s'entendre en ce sens, que le contrat doit être en ce cas déclaré *nul*, de même que s'il y avait des preuves positives qu'il le savait. Ce n'est que par rapport à la nullité du contrat, que cette présomption doit avoir lieu, et non pour infliger à l'assuré la peine d'un dol qui doit être prouvé par des preuves indubitables : *Dolus non nisi ex perspicuis indiciis probari debet* ⁽¹⁾.

Observez néanmoins que s'il s'était écoulé, depuis la perte du vaisseau, un temps si considérable, qu'il fût contre toute vraisemblance que l'assuré l'ignorât lors du contrat, il ne serait pas écoulé à dire qu'il l'ignorait, pour se soustraire à la peine de la *double prime*.

Observez aussi que les parties peuvent, par une clause particulière de la police d'assurance, déroger à la disposition de l'article 39 de l'ordonnance, qui établit une présomption que l'assuré a eu, lors du contrat, connaissance de la perte du navire, résultant du laps de temps qui s'est écoulé depuis la perte du vaisseau jusqu'au contrat, en comptant une lieue et demie pour heure.

Cette clause est celle par laquelle les parties déclarent que le contrat est fait *sur bonnes ou mauvaises nouvelles* ⁽²⁾. On y ajoute souvent, pour plus grande explication, ces termes, *renoncent à la lieue et demie pour heure*.

Ces clauses sont très fréquentes dans les polices d'assurance ; l'ordonnance en fait mention dans l'art. 40, où il est dit : « Si toutefois l'assurance est faite « *sur bonnes ou mauvaises nouvelles*, elle subsistera, s'il n'est vérifié par au- « tres preuves que celle de la lieue et demie pour heure, que l'assuré savait la « perte, ou l'assureur l'arrivée du vaisseau avant la signature de la police. »

Il résulte de cet article, que tout l'effet de cette clause est que, dans le cas de cette clause, le laps de temps, à raison d'une lieue et demie pour heure, qui s'est écoulé depuis le temps de la perte du vaisseau jusqu'au contrat, n'est pas seul suffisant pour faire présumer que l'assuré avait, lors du contrat, connaissance de la perte du vaisseau, ni pour faire en conséquence déclarer nul le contrat. Mais lorsqu'il est justifié d'ailleurs que l'assuré, lors du contrat, avait cette connaissance, cette clause, ni aucune autre, ne peut empêcher que le contrat ne soit déclaré nul; car l'assuré, en dissimulant, lors du contrat, cette connaissance, a commis un dol envers les assureurs; or on ne peut pas valablement convenir *ne dolus præstetur*; L. 27, § 3, ff. de *Pact*.

25. On a demandé dans l'espèce suivante, si la connaissance qu'avait l'assuré, lors du contrat, de la perte du vaisseau, était suffisamment justifiée.

Un nommé Woulf avait, le 21 novembre 1752, fait assurer à la première chambre des assurances de Paris, pour le compte de deux négocians de Gand,

(1) Le Code de commerce ayant réuni dans un seul article (V. art. 365, ci-dessus, p. 270, note 1) les deux conditions que l'ordonnance avait sé- | parées, la décision de Valin doit être préférée à celle que propose Pothier. (2) V. art. 367, C. comm., ci-dessus, p. 270, note 1, même disposition.

une somme de 19,000 livres, et une autre de 28,000 livres, pour chargement de marchandises sur le vaisseau *le Prince Charles*, chargé à Gottenbourg pour Ostende.

Les polices d'assurance contenaient la clause *sur bonnes ou mauvaises nouvelles*.

Le vaisseau était péri avec sa cargaison dès le 4 du mois.

Les assureurs ayant été assignés à l'Amirauté du Palais, en paiement de ces assurances, pour s'en défendre, soutinrent que les négociants de Gand avaient connaissance de la perte du vaisseau lorsqu'ils avaient donné l'ordre à Woulf de faire assurer; et pour le justifier, ils mirent en fait que le 22, qui était le jour auquel ils avaient écrit à Woulf pour lui donner l'ordre, la gazette d'Amsterdam, qui annonçait la perte du vaisseau, avait été publique à Gand dès le matin. La preuve de ce fait ayant été permise et ayant été faite, par sentence de l'amirauté, du 20 septembre 1758, les polices d'assurance furent déclarées nulles, et les assurés condamnés au paiement de la *double prime*: et cette sentence fut confirmée par arrêt du 29 août 1759, en la première chambre des enquêtes.

C'est un des principaux juges de l'Amirauté qui m'a fait part de cette décision. La mauvaise foi des deux négociants parut manifeste: il était visible qu'ils avaient écrit pour donner l'ordre d'assurer, en sortant de lire la gazette qui leur avait appris la perte du vaisseau.

Sur les formes qui doivent être observées dans les polices d'assurance, pour que les clauses *sur bonnes et mauvaises nouvelles*, et autres semblables, soient valables, voyez *infra*.

§ II. Quelles sont les choses qu'on peut assurer.

26. Toutes sortes de choses qui sont sujettes à des risques, sont susceptibles du contrat d'assurance. On peut assurer des maisons contre le danger du feu, des fruits pendans, contre le danger de la grêle, etc.

Dans le contrat d'assurance maritime, on peut assurer le vaisseau, aussi bien que les marchandises qui y sont chargées ⁽¹⁾.

27. L'ordonnance de la marine, titre *des Assurances*, art. 10, défend de faire aucune assurance sur la vie des personnes ⁽²⁾.

Par exemple, si des assureurs, pour une certaine somme que je leur donnerais, convenaient avec moi que si mon fils, que j'envoie à la Martinique, périsse dans le voyage par quelque fortune de mer, comme dans un combat, ou par un naufrage, ils me paieraient une somme de cent pistoles, pour me dédommager de la perte que j'aurais faite de mon fils; un tel contrat serait nul. Suivant cette disposition de l'ordonnance, les assureurs ne peuvent exiger de moi la *prime* convenue entre nous, et ils doivent me la rendre *condicione*

(¹) V. art. 334 et 335, C. comm.
Art. 334: « L'assurance peut avoir pour objet : le corps et quille du vaisseau, vide ou chargé, armé ou non armé, seul ou accompagné; les agrès et apparaux; les armements; les victuailles; les sommes prêtées à la grosse; les marchandises du chargement, et toutes autres choses ou valeurs estimables à prix d'argent, sujettes aux risques de la navigation. »

Art. 335: « L'assurance peut être faite sur le tout ou sur une partie

desdits objets, conjointement ou séparément. — Elle peut être faite en temps de paix ou en temps de guerre, avant ou pendant le voyage du vaisseau. — Elle peut être faite pour l'aller et le retour, ou seulement pour l'un des deux, pour le voyage entier ou pour un temps limité. — Pour tous voyages et transports par mer, rivières et canaux navigables. »

(²) Cette défense ne subsiste plus, mais peut-être eût-il été plus sage de la maintenir.

sine causâ, s'ils l'ont reçue ; et de mon côté, je ne puis exiger d'eux la somme stipulée dans le cas de la perte de mon fils.

La raison est, qu'il est contre la bienséance et l'honnêteté publique de mettre à prix la vie des hommes. D'ailleurs la nature du contrat d'assurance étant que l'assureur se charge de payer l'estimation de la chose assurée, la vie d'un homme libre n'étant susceptible d'aucune estimation (*Liberum corpus aestimationem non recipit*; L. 3, ff. *si Quadr.*), elle ne peut par conséquent être susceptible du contrat d'assurance.

28. Ces raisons n'ont point d'application aux esclaves. Les nègres étant des choses qui sont dans le commerce, et qui sont susceptibles d'estimation, je ne vois pas pourquoi la vie des nègres ne serait pas susceptible du contrat d'assurance : néanmoins M.*** (M. Rousseau) ne pense pas qu'elle le soit, et dit n'en avoir pas vu d'exemple.

29. L'ordonnance, art. 11, permet aussi à ceux qui ont racheté des captifs, de faire assurer le prix qu'ils ont payé pour leur rachat, que les assureurs, pour une certaine *prime* qu'ils recoivent, s'obligent de rendre à ceux qui ont racheté les captifs, dans le cas où ces captifs, dans le voyage de leur retour, seraient repris, ou périraient par quelque fortune de mer, et autrement que par la mort naturelle. La raison de cette disposition est, que c'est plutôt le prix du rachat qui est assuré en ce cas, que la personne.

30. L'ordonnance, art. 9, permet aussi à ceux qui s'embarquent, de faire assurer la liberté de leurs personnes : par ce contrat l'assureur, moyennant la *prime* convenue, s'oblige envers vous, dans le cas où pendant le voyage vous seriez pris par des corsaires ou par des ennemis, de payer la somme convenue avec vous, pour servir à votre rançon, et aux frais de votre retour (¹).

31. Il y a un principe à l'égard de ce qu'on peut faire assurer ou non par le contrat d'assurance maritime, qui est, « qu'on ne peut faire assurer que ce qu'on court risque de perdre, et rien de plus. »

Ce principe fait une des raisons pour lesquelles l'ordonnance, titre *des Assurances*, art. 16, défend à ceux qui prendront des deniers à la grosse aventure, de les faire assurer, à peine de nullité de l'assurance (²).

Par exemple, si un armateur a fait un emprunt d'une somme de cent mille livres, pour l'employer à l'armement de son vaisseau, et qu'il ait fait cet emprunt à la grosse aventure, c'est-à-dire à condition que si le vaisseau périssait dans le voyage, la perte tomberait sur le prêteur, et qu'il serait quitte envers lui de l'emprunt ; et que si au contraire le vaisseau arrivait à bon port, il rendrait au prêteur la somme, avec un gros profit maritime, convenu entre eux ; l'armateur en ce cas ne courant pas le risque de la perte de son vaisseau, jusqu'à concurrence de la somme de cent mille livres, qui doit tomber sur le prêteur, il ne peut faire assurer son vaisseau jusqu'à la concurrence de cette somme, par le principe qu'on ne peut faire assurer que ce qu'on court risque de perdre.

Mais si cet armateur avait employé à l'armement de son vaisseau, outre la somme de cent mille livres qu'il a empruntée à la grosse aventure, une autre somme de cinquante mille livres de ses propres deniers ; il pourrait le faire

(¹) Toutes ces stipulations pourraient encore aujourd'hui entrer dans le contrat d'assurance, mais elles ne sont plus en usage.

(²) V. art. 347, C. comm., 5^e et 6^e paragraphes.

Art. 347 : « Le contrat d'assurance

« est nul, s'il a pour objet — : le fret des marchandises existant à bord du navire ; — le profit espéré des marchandises ; — les loyers des gens de mer ; — les sommes empruntées à la grosse ; — les profits maritimes des sommes prêtées à la grosse. »

assurer jusqu'à la concurrence de cette somme de cinquante mille livres, qu'il court risque de perdre.

Il y a une autre raison pour laquelle l'ordonnance défend à celui qui a emprunté une somme à la grosse aventure, de la faire assurer ; c'est qu'en la faisant assurer, il serait de son intérêt que le vaisseau pérît ou fût pris, ce qui pourrait donner lieu de sa part à des fraudes et à des manœuvres pour le faire prendre.

Par exemple, si un armateur qui n'a employé à l'armement de son vaisseau qu'une somme de cent mille livres qu'il a empruntée à la grosse aventure, sans y rien mettre du sien, pouvait le faire assurer, la perte du vaisseau lui procurerait un profit de la somme de cent mille livres qu'il recevrait de l'assureur, sous la déduction seulement de la *prime* ; lequel profit il aurait en pur gain, ne lui en ayant rien coûté pour l'armement de son vaisseau, puisque par la perte du vaisseau il est quitte envers le prêteur de la somme qu'il y a employée. Ce profit que lui causerait la perte du vaisseau, étant beaucoup plus considérable que celui qu'il aurait à espérer de l'arrivée à bon port, il est évident qu'il aurait un grand intérêt à la perte du vaisseau ; et que s'il était malhonnête homme, il pourrait pratiquer des fraudes et des manœuvres, telles que des intelligences avec des corsaires, pour le faire prendre : c'est ce qui a porté l'ordonnance à défendre avec sévérité, et à peine de punition cor-porelle, cette espèce d'assurance.

32. A l'égard de celui qui a prêté une somme à la grosse aventure, il peut bien faire assurer son capital, c'est-à-dire la somme qu'il a prêtée ; parce que c'est lui qui court le risque de cette somme au cas de perte du vaisseau ou du chargement sur lequel il a prêté cette somme : mais l'ordonnance, art. 17, lui défend de faire assurer le profit (¹) des sommes qu'il a données à la grosse aventure, c'est-à-dire le profit qu'il a stipulé en cas d'heureuse arrivée du vaisseau. La raison de cette défense est tirée du principe que nous venons de rapporter, « que l'ordonnance ne permet d'assurer que ce qu'on court risque de perdre. » Or, ce profit maritime que le prêteur a stipulé, par le contrat de prêt à la grosse aventure, est un gain qu'il manquera de faire si le vaisseau pérît, et non une perte qu'il court risque de faire.

33. De ce principe, « qu'on ne peut faire assurer que ce qu'on court risque de perdre, » il suit que je ne puis plus faire assurer par un second assureur ce que j'ai déjà fait assurer par un premier, puisque cela n'est plus à mes risques (²). L'ordonnance, art. 20, me permet seulement, en ce cas, de faire assurer la solvabilité du premier assureur (³), car c'est de cette solvabilité que je cours le risque, et non de mes effets, qui sont assurés, s'il est solvable.

En faisant assurer par un second assureur la solvabilité du premier, je ne désobligé pas le premier ; mais le second accède à l'obligation du premier assureur, et se rend sa caution : c'est pourquoi il doit, de même qu'une caution, avoir l'exception de *discussion*, à moins qu'il n'y ait renoncé.

34. L'ordonnance, art. 20, me permet aussi de faire assurer par un second assureur *le coût de l'assurance* (⁴), c'est-à-dire la *prime* que je me suis obligé de donner au premier assureur.

Par exemple, si je me suis fait assurer cinquante mille livres, valeur d'un

(¹) Telle est également la décision de l'art. 347, C. comm., précité, dernier paragraphe.

(²) L'art. 342, C. comm., qui détermine dans quels cas il peut y avoir réassurance, renferme implicitement cette défense.

Art. 342 : « L'assureur peut faire

« réassurer par d'autres les effets qu'il a assurés.—L'assuré peut faire assurer le coût de l'assurance.—La prime de réassurance peut être moindre ou plus forte que celle de l'assurance. »

(³) Même décision. V. art. 342 précité.

(⁴) V. même article.

chargement que j'avais sur un tel vaisseau, pour une *prime* de cinq mille livres que je me suis obligé de donner à l'assureur à tout événement, soit en cas de perte, soit en cas d'heureuse arrivée du vaisseau; je ne puis pas faire assurer par un second assureur les cinquante mille livres, puisqu'elles sont déjà assurées, et que je ne cours pas le risque de les perdre; mais, en cas de perte du vaisseau, l'assureur me retiendra, sur les cinquante mille livres qu'il m'a assurées, la *prime* de cinq mille livres: je cours donc risque de perdre ces cinq mille livres. C'est pourquoi je puis faire assurer cette somme de cinq mille livres par un second assureur qui s'obligerait de me payer cette somme de cinq mille livres, en cas de perte du vaisseau.

On opposera peut-être que je ne cours pas un vrai risque par rapport à cette somme de cinq mille livres, puisque, à tout événement, soit en cas de perte du vaisseau, soit en cas d'heureuse arrivée, je dois la payer à l'assureur.

La réponse est, qu'en cas d'heureuse arrivée du vaisseau, je ne perdrai pas cette *prime*, puisque j'en serai dédommagé par le profit que je ferai de mes marchandises; mais, en cas de perte du vaisseau, elle tombe en pure perte pour moi. C'est pourquoi il est vrai que je cours le risque de cette *prime* de cinq mille livres en cas de perte du vaisseau; et par conséquent je puis la faire assurer par un second assureur.

Le prix dont je conviens avec le second assureur, par le second contrat d'assurance, pour qu'il m'assure la *prime* du premier contrat, s'appelle *prime de prime*.

De même que je puis faire assurer la *prime* du premier contrat par un second assureur, de même je puis faire assurer par un troisième la *prime de prime* du second contrat; *et sic deinceps*.

35. C'est par le même principe « qu'on ne peut faire assurer que ce qu'on risque de perdre », qu'un assureur peut bien faire réassurer les effets qu'il a assurés (comme nous le verrons *infra*, n° 178), parce que la perte qui en peut arriver, est pour lui une perte qu'il court risque de faire; mais il ne peut pas faire assurer pareillement la *prime* qui lui a été promise dans le cas seulement de l'heureuse arrivée; car cette *prime* n'est pas pour lui une perte qu'il court risque de faire en cas de perte du vaisseau, mais c'est un gain qu'il manque de faire.

36. C'est par le même principe que l'ordonnance, art. 15, défend aux propriétaires et maîtres de navires de faire assurer *le fret* à faire de leurs bâtiments; aux marchands, *le profit* espéré de leurs marchandises; aux gens de mer, *les loyers*, qui ne leur seront dus qu'à l'arrivée du vaisseau; parce que ce *fret* à faire, ce *profit* à espérer des marchandises, ces *loyers*, sont des gains qu'ils manquent de faire, si le vaisseau ou les marchandises périssent, plutôt qu'une perte qu'ils courrent risque de faire⁽¹⁾.

L'ordonnance n'a parlé que du fret à faire, c'est-à-dire de celui qui n'est pas encore dû au propriétaire du navire, et qui ne lui sera dû qu'à l'arrivée du vaisseau. À l'égard du *fret acquis*, c'est-à-dire de celui qui, aux termes de la convention entre le propriétaire du navire et le marchand, doit lui être payé à tout événement, dans le cas de la perte du vaisseau et des marchandises, comme dans celui de l'heureuse arrivée, il est évident qu'il ne peut pas être matière d'assurance de la part du propriétaire du navire, puisqu'il ne court aucun risque par rapport à ce fret: mais il peut être une matière d'assurance de la part du marchand qui fait assurer son chargement, ce *fret* faisant partie des dépenses que ce marchand court risque de perdre, en cas de perte du chargement.

37. L'ordonnance défend bien de faire assurer le *profit espéré* des mar-

(1) V. art. 347, C^o comm., ci-dessus, p. 277, note 2, qui renferme les mêmes prohibitions.

chandises, tant qu'il n'est qu'espéré ; mais lorsque le profit est fait et acquis, le marchand peut le faire assurer contre le risque qu'il court de ne le pas conserver.

Par exemple, si un marchand qui a fait assurer pour le voyage et pour le retour une cargaison de valeur de cinquante mille livres, qu'il avait sur un navire destiné pour le Cap Saint-Domingue, a eu avis que ses marchandises arrivées au Cap ont été vendues avec un bénéfice très considérable, et que ce qui en est provenu, chargé en retour, est de valeur de cent mille livres ; il peut faire assurer les cinquante mille livres qu'il a d'augmentation ; car c'est un profit fait et acquis.

38. Une prise que fait en temps de guerre un vaisseau corsaire, autorisé pour aller en course, est un profit acquis aussitôt qu'elle est faite : c'est pourquoi le propriétaire du vaisseau corsaire peut la faire assurer contre les dangers qu'elle court, jusqu'à ce qu'elle soit amenée dans un port de France.

39. A l'égard des *loyers des gens de mer*, qu'ils ne doivent exiger qu'en cas d'heureuse arrivée ; outre la raison tirée du principe ci-dessus rapporté, il y en a une autre pour laquelle l'ordonnance leur défend de faire assurer leurs loyers ; c'est de peur qu'en étant assurés, ils n'eussent moins de soin pour la conservation du vaisseau, à laquelle ils n'auraient plus d'intérêt.

40. C'est par une raison semblable que l'ordonnance, art. 19, ne permet aux gens qui sont dans le vaisseau, d'assurer les effets qu'ils y ont, que sous la déduction d'un dixième, qui doit demeurer à leurs risques⁽¹⁾ ; afin que cet intérêt qu'ils conservent pour un dixième, les porte à prendre pour la conservation du vaisseau un soin qu'ils pourraient ne pas prendre, s'ils n'étaient sujets à aucun risque, et que tout ce qu'ils y ont fût assuré.

L'ordonnance, art. 19, ordonne la même chose à l'égard du propriétaire du vaisseau sans distinguer, comme à l'égard des autres assurés s'il est dans le vaisseau ou non : *si les assurés sont dans le vaisseau, ou qu'ils en soient les propriétaires*⁽²⁾.

La raison est, que, quoique le propriétaire du vaisseau ne soit pas lui-même dans le vaisseau, il y a lieu de craindre que le maître qu'il y a préposé, et qui est son homme, n'ait pas le même soin pour la conservation du vaisseau, à laquelle il saurait que son commettant n'a plus d'intérêt.

Tout ceci est tiré des articles 18 et 19 du titre des *Assurances*, où il est dit : « Les assurés courent toujours risque du dixième des effets qu'ils auront chargés, s'il n'y a déclaration expresse dans la police, qu'ils entendent faire assurer le total, art. 18⁽³⁾. »

« Et si les assurés sont dans le vaisseau, ou qu'ils en soient les propriétaires, ils ne laisseront pas de courir le risque du dixième, encore qu'ils aient déclaré faire assurer le total, art. 19. »

M. Valin observe que dans l'usage on contrevient souvent à ce qui est porté par la fin de cet article, *encore qu'ils aient* ; mais je ne crois pas que les tribunaux, si l'affaire y était portée, autorisassent des déclarations faites contre la disposition de cet article. Un usage aussi contraire à la loi est un abus.

41. A l'égard des autres personnes qui ne sont pas sur le vaisseau, et qui n'en sont propriétaires pour aucune partie, elles peuvent faire assurer pour le total les effets qu'elles y ont, sans aucune déduction du dixième : mais il faut pour cela qu'il y en ait une déclaration expresse par l'acte ou *police* d'assurance, sans quoi les assurés doivent courir le risque du dixième desdits effets.

42. Lorsque le propriétaire d'un vaisseau a fait assurer pour une somme de

(1) Cette restriction n'a pas été maintenue par le Code de commerce.

(2) Même observation.

(3) Même observation.

soixante mille livres son vaisseau qui en vaut cent , et sa cargaison , qui est de valeur de cent mille livres , pour une somme de cent mille livres ; l'assureur peut-il , en cas de perte du vaisseau et de la cargaison , lui retenir le dixième des cent mille livres , prix de la cargaison , comme devant être à ses risques (¹) ?

Valin , qui se propose cette question sur l'art. 18 de l'ordonnance , fait cette distinction .

Si ces assurances ont été faites par un même contrat , l'assureur n'est pas fondé à retenir le dixième de la somme de cent mille livres , assurée pour le prix de la cargaison ; parce que cet armateur n'ayant fait assurer que pour une somme de soixante mille livres son vaisseau qui en valait cent mille , il se trouve avoir couru le risque d'une somme de quarante mille livres pour l'excédant de la valeur du vaisseau ; laquelle somme de quarante mille livres est plus que le dixième de celle de deux cent mille livres , à laquelle montaient tous ses effets qu'il a fait assurer .

Mais si c'est par deux contrats différents qu'il a fait assurer son vaisseau et la cargaison , Valin décide que l'assureur est , en ce cas , fondé à retenir le dixième de la somme pour laquelle la cargaison a été assurée ; l'assuré ayant dû porter le risque du dixième de cette cargaison , sans qu'il puisse imputer sur le dixième , dont il doit courir le risque , la partie pour laquelle il court le risque de la valeur du vaisseau ; le vaisseau étant quelque chose dont il n'a pas été question dans la police d'assurance de la cargaison . Il dit que cela a été ainsi jugé par une sentence arbitrale rendue à Marseille le 11 septembre 1749 .

Cette décision ne me paraît pas juste . Le dixième dont l'ordonnance veut que les assurés courent le risque , est le dixième , non des effets qu'ils ont fait assurer , et qui sont compris dans la police , mais le dixième de ceux qu'ils ont sur le vaisseau . L'ordonnance dit : *Les assurés courent le risque du dixième des effets qu'ils auront chargés .*

43. Pour régler à combien monte le dixième dont l'assuré doit courir le risque , l'assuré peut joindre au prix de l'achat de ses marchandises , et aux frais de leur chargement , le coût de la *prime* qu'il paie pour les faire assurer , et de ce total on distrait le dixième (²) .

Par exemple , si le prix de l'achat des marchandises est de mille livres , les frais de leur chargement , de deux cents livres , et que j'aie fait assurer une somme de onze cent cinquante livres sur ces marchandises , pour une *prime* de 92 livres , à raison de huit pour cent , la police d'assurance ne devra pas souffrir de réduction ; car ces marchandises , y compris la prime de 92 livres que j'ai donnée pour les faire assurer , me reviennent à 1292 livres ; le dixième par conséquent , dont je dois courir le risque , monte à 129 livres . Mais ne devant recevoir de l'assureur que la somme de 1150 livres , en cas de perte du vaisseau , il reste encore (pour aller jusqu'à 1292 livres) 142 livres que je cours risque de perdre , y compris la prime que j'ai donnée ; et par conséquent je cours risque du plus du dixième de la somme à laquelle me reviennent mes effets . *Voy. le Guidon de la mer , art. 9 , ch. 2 ; art. 3 et 15 , chap. 15 .*

44. Lorsque , contre la disposition de l'ordonnance , j'ai fait assurer le total de mes effets , sans diminution du dixième dont je devais porter le risque , le contrat n'est pas nul pour cela ; mais il est réductible à la somme à laquelle devait monter la somme que je pouvais faire assurer , en faisant distraction du dixième dont je dois courir le risque . C'est ce qu'observe Valin sur l'art. 19 .

Pareillement , lorsque quelqu'un a fait assurer avec une chose que les lois permettaient de faire assurer , une autre chose que les lois ne permettaient pas

(¹) Cette question ne pourrait plus être agitée .

(²) Même observation .

de faire assurer ; comme lorsqu'un prêteur à la grosse aventure a fait assurer avec son capital, le profit maritime qu'il espérait en retirer, le contrat d'assurance n'est pas entièrement nul ; il ne l'est que quant à la chose que la loi ne permettait pas de faire assurer : il faut distinguer de l'assurance cette chose, et l'assurance sera valable pour le surplus⁽¹⁾.

ART. II. — Des risques.

§ 1^{er} *Il faut qu'il y ait un risque auquel la chose soit exposée.*

45. Il est de l'essence du contrat d'assurance, non-seulement qu'il y ait, lors du contrat, une chose qu'on fasse assurer, qui soit la matière de ce contrat (*suprà*, art. 1, § 1) ; mais aussi que cette chose, lors du contrat, soit ou doive être par la suite exposée à des risques dont l'assureur se charge.

46. Néanmoins, de même que, dans le cas auquel les parties ont contracté de bonne foi, et n'ont su ni pu savoir, lors du contrat, que la chose qu'on a fait assurer par le contrat, était déjà périlleuse, la loi civile fait subsister le contrat, en supposant, par une fiction de droit, que la chose subsistait encore lors du contrat, et en ne comptant le temps de sa perte que du jour de la nouvelle qu'on en a eue depuis le contrat, comme nous l'avons vu en l'article précédent, § 1^{er} ; de même lorsque les parties ont contracté de bonne foi, et que l'assureur n'a su ni pu savoir, lors du contrat, que le vaisseau était arrivé à bon port⁽²⁾, et que les risques dont il se charge par le contrat, étaient cessés, la loi civile fait subsister le contrat, en supposant, par une fiction de droit, que le vaisseau n'est arrivé à bon port et que les risques ne sont cessés que du jour de la nouvelle qu'on en a eue.

47. Mais si, lors du contrat, l'assureur a su ou pu savoir l'arrivée du vaisseau à bon port, le contrat est nul, faute de risques qui en aient pu être la matière ; et en outre l'ordonnance prononce contre lui une peine. Il est dit, art. 41, qu'en ce cas, si la preuve est faite contre l'assureur, il sera condamné à la restitution de la *prime* (lorsqu'il l'a reçue), et d'en payer le double à l'assuré⁽³⁾.

Observez que l'ordonnance ne dit pas qu'il restituera la *prime* au double, auquel cas la peine ne serait que d'une fois autant ; mais elle dit qu'il restituera la *prime*, qui ne lui était pas due, et en paiera le double ; ce qui signifie, comme l'explique fort bien Valin, que outre la restitution de la *prime*, il paiera encore, par forme de peine, une somme double de celle de la *prime*⁽⁴⁾. Cela est juste ; car son délit étant égal à celui de l'assuré qui fait assurer ayant connaissance de la perte, la peine qui lui est infligée doit être égale à celle qui est infligée à l'assuré : or, celle infligée à l'assuré est d'une somme double de celle de la *prime*. Mais s'il ne rendait que la *prime* au double, lorsqu'il l'a reçue, la peine ne serait pas du double, mais seulement d'une fois autant ; la restitution de la *prime* ne faisant pas partie de la peine, puisque le contrat étant nul, il l'a reçue indûment.

48. Tout ce que nous avons dit au § 1^{er} de l'article précédent, sur les questions de savoir quand l'assuré est censé avoir su ou pu savoir, lors du contrat, la perte de la chose qu'il faisait assurer, reçoit application à celles de savoir

(1) Cette décision serait encore applicable aujourd'hui.

(2) V. art. 365, C. comm., ci-dessus, p. 270, note 1, même disposition : « Toute assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés.... »

(3) V. art. 368, C. comm., ci-des-

sus, p. 270, note 1, même disposition.

(4) Ce sont les termes employés par l'art. 368, C. comm., précité : « En cas de preuve contre l'assureur, celui-ci paie à l'assuré une somme double de la *prime* convenue. »

quand l'assureur doit être censé avoir su ou pu savoir, lors du contrat, l'heureuse arrivée du navire.

§ II. *Quels sont les risques dont se charge l'assureur par le contrat d'assurance.*

49. L'assureur se charge par le contrat d'assurance, des risques de tous les cas fortuits qui peuvent survenir par force majeure durant le voyage, et causer à l'assuré une perte dans les choses assurées, ou par rapport auxdites choses.

C'est ce qui est établi par l'art. 26 du tit. 6 de l'ordonnance ⁽¹⁾.

Il y est dit : « Seront aux risques des assureurs toutes pertes et dommages « qui arriveront sur mer par tempêtes, naufrages, échouements, abordages, « changements de route, de voyage ou de vaisseau, jet, feu, pillages, prises, « arrêt de prince, déclarations de guerre, représailles, et généralement toutes « fortunes de mer. »

Ces termes, *toutes pertes et dommages*, doivent-ils être restreints au cas de la perte des effets assurés, ou de leur détérioration, arrivée par une fortune de mer ? ou comprennent-ils aussi tous les frais extraordinaires auxquels des fortunes de mer ont donné lieu ; ce qui s'appelle *avaries* ? (tit. des *Avaries*, article premier.) Par exemple, si une tempête avait fait échouer le navire, les frais pour rembarquer les marchandises, doivent-ils être portés par les assureurs ⁽²⁾ ?

Un jurisconsulte à qui j'ai communiqué ce traité, a trouvé que cette question souffrait difficulté. Il me paraît que les assureurs doivent être tenus de ces frais : ces frais extraordinaires sont pour le marchand qui a fait assurer une perte qui lui est causée par une fortune de mer. Or l'ordonnance charge, dans les termes les plus généraux, les assureurs, de toutes les pertes qui arrivent par quelque fortune de mer. L'ordonnance ne dit pas, toutes pertes et dommages dans les choses assurées ; elle dit en général, *toutes pertes et dommages*. Un ancien négociant très éclairé, qui a demeuré très longtemps sur un des principaux ports de Normandie, m'a attesté qu'il avait toujours vu les assureurs, quoique les plus pointilleux pour chercher à restreindre leurs obligations, ne faire néanmoins aucune difficulté de se soumettre à supporter les avaries et frais extraordinaires causés par quelque fortune de mer, pour la conservation des effets assurés.

50. L'article fait ensuite l'énumération des différentes fortunes de mer qui doivent tomber sur l'assureur ; *tempêtes, naufrages, échouements* : on entend asscc ce que c'est.

Abordages ⁽³⁾ ; c'est-à-dire, lorsque mon vaisseau que j'ai fait assurer, a

⁽¹⁾ V. art. 350, C. comm.

Art. 350 : « Sont aux risques des assureurs, toutes pertes et dommages qui arrivent aux objets assurés, « par tempête, naufrage, échouement, « abordage fortuit, changements forcés « de route, de voyage ou de vaisseau, « par jet, feu, prise, pillage, arrêt par « ordre de puissance, déclaration de « guerre, représailles, et généralement « par toutes les autres fortunes de « mer. »

⁽²⁾ Le Code de commerce garde à ce sujet le même silence que l'ordon-

nance, mais on doit admettre la solution donnée par Pothier ; les avaries sont comprises dans l'assurance.

⁽³⁾ V. art. 407, C. comm.

Art. 407 : « En cas d'abordage de navires, si l'événement a été purement fortuit, le dommage est supporté, sans répétition, par celui des navires qui l'a éprouvé. — Si l'abordage a été fait par la faute de l'un des capitaines, le dommage est payé par celui qui l'a causé. — S'il y a doute dans les causes de l'abordage, le dommage est réparé à frais com-

été endommagé par le heurt d'un autre vaisseau, l'assureur est tenu de m'indemniser du dommage arrivé à mon vaisseau par cet abordage, lorsqu'il est arrivé par un cas fortuit, comme dans une tempête, ou même lorsqu'il est arrivé par la faute du maître d'un autre vaisseau ; auquel cas je dois céder à l'assureur mes actions contre celui par la faute de qui est arrivé l'abordage, et contre son commettant. Mais si c'est par la faute du maître de mon vaisseau que l'abordage est arrivé, l'assureur n'en est pas tenu, s'il n'y a une clause particulière « que l'assureur sera tenu de la baraterie du patron ⁽¹⁾ », comme nous le verrons *infra*, n° 65.

51. Changement de route, de voyage ⁽²⁾. La disposition de cet article, qui charge les assureurs des pertes et dommages arrivés par cas fortuits, même en cas de *changement de route ou de voyage*, doit s'entendre du cas auquel le changement a été forcé, comme lorsqu'il a été causé par les vents contraires, ou dans le cas d'une juste crainte de tomber entre les mains de pirates ou d'ennemis ; mais s'il avait été fait sans nécessité, les assureurs seraient déchargés, suivant l'art. 27, comme nous le verrons *infra*, n° 72 et suiv.

Ou de vaisseau ⁽³⁾. Ce qui doit pareillement s'entendre du cas auquel c'est par nécessité qu'on a chargé sur un autre vaisseau les marchandises assurées ; *puta*, si par une tempête, le vaisseau sur lequel elles étaient chargées et assurées, s'est allé briser le long d'une côte, la dépense qu'il faut faire en ce cas pour les charger sur un autre vaisseau, est un dommage qui doit être porté par les assureurs.

52. Jet ⁽⁴⁾. Lorsque ce sont les marchandises assurées qu'on a été obligé de jeter à la mer, il n'est pas douteux que les assureurs en doivent payer à l'assuré la valeur, sauf à eux à exercer les actions de l'assuré contre ceux qui sont tenus à la contribution.

Lorsque ce sont d'autres marchandises qui ont été jetées à la mer, à la perte desquelles le propriétaire des marchandises assurées qui ont été conservées, doit contribuer, cette contribution doit-elle être supportée par les assureurs, à la décharge du propriétaire qu'ils ont assuré ?

Je le pense ; car, quoique la perte que cette contribution cause à l'assuré, soit une perte qu'il ne souffre pas dans les marchandises mêmes qu'il a fait assurer, il suffit qu'il la souffre par rapport auxdites marchandises, et qu'elle soit causée par une fortune de mer, pour que l'assureur doive supporter cette perte, et qu'il en doive indemniser l'assuré. La disposition de l'art. 26, ci-dessus rapportée, est générale ; il y est dit : *Seront aux risques des assureurs toutes pertes et dommages qui arriveront sur mer, et généralement toutes fortunes de mer.*

« muns, et par égale portion, par les nains, et par égale portion, par les navires qui l'ont fait et souffert. — Dans ces deux derniers cas, l'estimation du dommage est faite par experts. »

⁽¹⁾ V. art. 353, C. comm.

Art. 353 : « L'assureur n'est point tenu des prévarications et fautes du capitaine et de l'équipage, connues sous le nom de *baraterie de patron*, s'il n'y a convention contraire. »

⁽²⁾ V. art. 351, C. comm.

Art. 351 : « Tout changement de route, de voyage ou de vaisseau, et toutes pertes et dommages provenant du fait de l'assuré, ne sont point à la charge de l'assureur ; et

« même la prime lui est acquise, s'il a commencé à courir les risques. »

⁽³⁾ V. même article.

⁽⁴⁾ V. art. 410, C. comm.

Art. 410 : « Si, par tempête ou par la chasse de l'ennemi, le capitaine se croit obligé, pour le salut du navire, de jeter en mer une partie de son chargement, de couper ses mâts ou d'abandonner ses ancras, il prend l'avis des intéressés au chargement qui se trouvent dans le vaisseau, et des principaux de l'équipage. — S'il y a diversité d'avis, celui du capitaine et des principaux de l'équipage est suivi. »

Ajoutez que les assureurs étant ceux qui profitent du jet, qui a conservé les marchandises assurées, puisqu'elles étaient à leurs risques, ce sont eux qui doivent supporter la contribution. C'est par cette raison que l'art. 16 du tit. du *Contrat à la grosse*, charge les donneurs à la grosse de contribuer aux avaries communes. La même raison milite pour les assureurs.

53. Feu. Les assureurs en sont tenus, lorsque c'est par un cas fortuit, comme par le feu du ciel, ou dans un combat, que le feu a pris au vaisseau : mais si c'était par la négligence et la faute des mariniers, ils n'en seraient pas tenus, à moins que par une clause particulière, ils ne se fussent chargés de la baraterie du patron. Voyez *infrd*, n° 65.

Il est arrivé quelquefois que des capitaines, ne pouvant plus défendre le navire, y ont mis le feu pour l'empêcher de tomber entre les mains des ennemis. Il n'est pas permis d'en venir à cette extrémité, à moins que le capitaine n'ait trouvé le moyen de faire sortir tout son monde du navire avant que le feu y prît. Le capitaine, ayant eu cette précaution, fait brûler le vaisseau : on demande si les assureurs peuvent se défendre d'en supporter la perte, sur le prétexte qu'elle est arrivée par le fait du capitaine ?

Je pense que les assureurs la doivent supporter, et qu'ils ne peuvent opposer qu'il a été brûlé par le fait du capitaine ; car le capitaine a eu un juste sujet de le brûler ; et quand même le navire n'aurait pas été incendié, il n'en aurait pas moins été perdu, puisqu'on suppose que la prise en eût été sans cela inévitable.

54. Prises. L'assureur en est tenu, soit que la prise en ait été faite de bonne guerre, soit qu'elle ait été injuste, soit qu'elle ait été faite par hostilité, ou par brigandage ; car de quelque manière qu'elle ait été faite, c'est une fortune de mer : or les assureurs sont tenus de toutes les fortunes de mer.

Quid, si les assureurs mettaient en fait que le vaisseau a été pris par la lâcheté et la poltronnerie du capitaine, qui a rendu le vaisseau au premier coup de canon, lorsqu'il pouvait se défendre ?

On m'a assuré que dans les tribunaux on n'admettait pas cette preuve, et que le capitaine qui s'était rendu, était présumé n'avoir pu faire autrement.

55. Pillage. La perte des effets assurés qui arrive par le pillage qui en est fait en cas de naufrage par des pillards, sur le rivage où le flot les a jetés, est une fortune de mer que les assureurs doivent supporter.

56. Arrêt de prince ⁽¹⁾. L'arrêt diffère de la prise. La *prise* d'un vaisseau se fait en pleine mer ; l'*arrêt* se fait dans un port ou une rade où le vaisseau se trouve.

L'ordonnance rapporte entre les différentes espèces de fortunes de mer qui doivent tomber sur les assureurs, l'*arrêt du prince* ⁽²⁾. Il y a néanmoins à cet égard plusieurs distinctions à faire. Cet arrêt se fait, ou en pays étranger, par les ordres du prince étranger ; ou dans un port du royaume, par les ordres du roi.

Au premier cas, lorsque c'est en pays étranger, et par l'ordre d'un prince étranger que l'arrêt a été fait, il faut encore distinguer en quelle circonstance il a été fait, et s'il y a espérance, ou non, d'en avoir mainlevée. Lorsque l'arrêt a été fait après une déclaration de guerre, ou en vertu de lettres de représailles, c'est une fortune de mer à la charge des assureurs ; et l'assuré peut incontinent, quand même la confiscation n'aurait pas encore été pronon-

(1) V. art. 276, C. comm.

Art. 276 : « Si, avant le départ du navire, il y a interdiction de commerce avec le pays pour lequel il est destiné, les conventions sont résolu-

« lues sans dommages-intérêts de part

« ni d'autre. — Le chargeur est tenu « des frais de la charge et de la dé- « charge de ses marchandises. »

(2) V. art. 350, C. comm., p. 283, note 1.

cée, faire aux assureurs l'abandon des marchandises assurées, et exiger d'eux la somme assurée.

Mais lorsque l'arrêt a été fait en temps de paix, comme il y a, en ce cas, espérance d'une mainlevée de l'arrêt, cet arrêt n'est pas réputé incontinent une fortune de mer, dont les assureurs doivent se charger; et l'assuré n'est pas fondé incontinent à demander la somme assurée, en abandonnant aux assureurs les effets assurés : il ne peut faire cet abandon qu'au bout d'un certain temps réglé par l'ordonnance (1), lorsqu'il n'a pu, pendant ce temps, obtenir la mainlevée de l'arrêt et qu'il justifie des diligences qu'il est tenu de faire pour cela, suivant l'art. 51 du *titre des Assurances*. Ce temps est de six mois, du jour de la signification de l'arrêt du vaisseau, faite aux assureurs, lorsque l'arrêt a été fait en Europe ou en Barbarie ; et d'un an, lorsqu'il a été fait en pays plus éloigné ; art. 49.

Lorsque les effets assurés sont des marchandises périssables, le délai n'est que de six semaines, au lieu de six mois ; ou de trois mois, au lieu d'un an ; art. 50.

57. Quoique l'assuré qui a eu mainlevée de l'arrêt pendant ce temps, ou même depuis ce temps, mais avant qu'il ait fait son abandon aux assureurs, ne puisse plus le faire, il peut néanmoins demander aux assureurs qu'ils l'indemnisent du dommage qu'il a souffert par le dépérissement survenu aux marchandises pendant le temps qu'a duré l'arrêt, ou pour les nourritures et loyers des matelots pendant ledit temps, pour la part dont il en a été tenu ; c'est une avarie qui est à la charge des assureurs.

Lorsque le prince a pris, dans un cas de besoin, en tout ou en partie, les marchandises assurées, et en a payé le prix, l'assuré, étant payé du prix de ses marchandises, ne souffre aucune perte, et n'a par conséquent aucun recours contre les assureurs.

58. Lorsque l'arrêt a été fait pour cause de contrebande, et que les marchandises assurées s'étant trouvées de contrebande, ont été confisquées, cette perte doit-elle tomber sur les assureurs ?

Par exemple, un négociant français a fait charger en Espagne clandestinement des marchandises de soierie, contre les lois d'Espagne, qui en défendent l'exportation : le vaisseau a été arrêté par les officiers du roi d'Espagne, et les marchandises confisquées, comme étant chargées en contrebande. Les assureurs sont-ils tenus de cette perte ?

Valin tient l'affirmative, pourvu que les assureurs aient eu connaissance que les marchandises qu'on a fait assurer étaient de contrebande ; car, s'ils

(1) Ces dispositions ne sont plus en vigueur. L'art. 387, C. comm., ne fait aucune distinction entre le temps de paix et le temps de guerre, sauf les diligences à faire pour obtenir la mainlevée de l'arrêt. V. art. 388.

Art. 387 : « En cas d'arrêt de la part d'une puissance, l'assuré est tenu de faire la signification à l'assureur, dans les trois jours de la réception de la nouvelle. Le délaissement des objets arrêtés ne peut être fait qu'après un délai de six mois de la signification, si l'arrêt a eu lieu dans les mers d'Europe, dans la Méditerranée, ou dans la Baltique ; — Qu'après le délai d'un an, si l'arrêt a eu lieu en pays

plus éloigné. — Ces délais ne courront que du jour de la signification de l'arrêt. — Dans le cas où les marchandises arrêtées seraient périssables, les délais ci-dessus mentionnés sont réduits à un mois et demi pour le premier cas, et à trois mois pour le second cas. »

Art. 388 : « Pendant les délais portés par l'article précédent, les assurés sont tenus de faire toutes diligences qui peuvent dépendre d'eux à l'effet d'obtenir mainlevée des effets arrêtés. — Pourront, de leur côté, les assureurs, ou de concert avec les assurés, ou séparément, faire toutes les démarches à même fin. »

l'avaient ignoré, il n'est pas douteux, en ce cas, qu'ils n'en seraient pas tenus; ils ne pourraient pas être censés s'être soumis au risque de la confiscation pour cause de contrebande, n'ayant pas de connaissance que les marchandises fussent de contrebande⁽¹⁾.

Valin cite une sentence de l'amirauté de Marseille du 30 juin 1758, qui a jugé conformément à son opinion dans l'espèce ci-dessus rapportée, et qui a été confirmée par arrêt du Parlement d'Aix, du 30 juin suivant; et il rapporte une longue consultation qui contient les raisons sur lesquelles les juges se sont fondés. Ces raisons se réduisent à dire qu'il n'est pas, à la vérité, permis à un Français de faire en France un commerce de contrebande, que les lois du royaume défendent; et que par conséquent le contrat d'assurance qui intervient pour favoriser et assurer un pareil commerce, par lequel les assureurs se chargerait du risque de la confiscation pour cause de cette contrebande, serait un contrat illicite et nul; mais qu'il n'est pas défendu à un Français de faire en pays étranger un commerce de contrebande qui n'est défendu que par les lois de ce pays, auxquelles, selon lui, le Français n'est pas sujet; que ce commerce n'étant pas illicite, le contrat d'assurance qui intervient pour assurer ce commerce, n'a rien non plus d'illicite, et qu'il peut licitement charger par ce contrat les assureurs, du risque de la confiscation pour cause de cette contrebande, de même que des autres fortunes de mer.

Ce principe me paraît faux. Il est faux qu'il soit permis à un Français de faire dans un pays étranger un commerce de contrebande, défendu par les lois du pays. Ceux qui commercent dans un pays, sont par le droit des gens, et par la loi naturelle, obligés de se conformer, pour ce commerce, aux lois du pays où ils le font. Chaque souverain a empire et juridiction sur tout ce qui se fait dans le pays où il a droit de commander; il a par conséquent le droit de faire, pour le commerce qui se fait dans ses états, des lois qui obligent tous ceux qui le font, les étrangers aussi bien que ses sujets. On ne peut disputer à un souverain qu'il n'aît le droit de retenir dans ses Etats certaines marchandises qui y sont, et d'en défendre l'exportation; les en exporter contre ses ordres, c'est donner atteinte au droit qu'il a de les y retenir, et par conséquent c'est une injustice. D'ailleurs, quand même, ce qui est faux, un Français ne serait pas par lui-même sujet aux lois d'Espagne pour le commerce qu'il fait en Espagne, on ne peut pas disconvenir que les Espagnols dont il est obligé de se servir, sont sujets à ces lois, et qu'ils péchent gravement en concourant avec lui à l'exportation défendue par lesdites lois. Or, par cela même qu'il ne peut faire ce commerce de contrebande en Espagne sans engager des Espagnols à pécher, il péche lui-même; car c'est pécher que d'engager quelqu'un à pécher. Ce commerce est donc illicite et contraire à la bonne foi; et par conséquent le contrat d'assurance qui intervient pour favoriser et assurer ce commerce, en chargeant l'assureur des risques de la confiscation, auxquels il est exposé, est particulièrement illicite, et ne peut par conséquent produire aucune obligation.

59. Passons au second cas, qui est celui auquel l'arrêt a été fait dans les ports du royaume par l'ordre du roi⁽²⁾.

(1) Le contrat d'assurance portant sur des marchandises dont l'introduction serait prohibée en France, est vicié d'une nullité radicale; il ne pourrait donner lieu à aucune action en justice, comme renfermant une convention contraire à l'ordre public, quelque connaissance que les parties aient eue au moment où elles ont conclu

taient, qu'elles s'obligeaient à faire une chose illicite; pourquoi ce principe ne serait-il pas également appliqué lorsque la convention a pour objet de faire la contrebande au préjudice d'une nation amie?

(2) V. art. 253 et 254, C. comm.

Art. 253 : « S'il y a interdiction de commerce avec le lieu de la desti-

Les causes les plus ordinaires pour lesquelles le roi fait faire ces arrêts, c'est lorsque, en temps de guerre, ou à la veille d'une guerre, pour prévenir les prises des vaisseaux, le roi les retient dans ses ports, jusqu'à ce qu'ils puissent partir en flotte, et être escortés par des vaisseaux de guerre.

L'art. 25 disant, qu'en ce cas, lorsque l'arrêt est fait *avant le voyage commencé*, les assurés ne pourront, à cause de l'arrêt, faire l'abandon de leurs effets aux assureurs; de ces termes, *avant le voyage commencé*, il résulte, par un argument à *contrario*, que si c'était *depuis le voyage commencé* que l'arrêt eût été fait, quoique dans un port du royaume, où le vaisseau aurait été obligé de relâcher, et par ordre du roi, il en devrait être autrement, et que les assurés pourraient être, en ce cas, reçus à l'abandon, de même que lorsque l'arrêt est fait en pays étranger, et par l'ordre d'un prince étranger. C'est la conséquence qu'en a tirée Valin sur cet article.

La raison de différence entre le cas de l'arrêt du vaisseau fait avant le départ, et celui fait depuis, est que, comme nous le verrons *infra*, le temps des risques dont les assureurs se chargent à l'égard du vaisseau, ne commence que du jour du départ. C'est ce que veut dire l'auteur du *Guidon*, lorsqu'il dit, chap. 9, « que l'arrêt fait avant le départ du vaisseau, n'est que *danger de terre*, dont l'assureur n'est pas tenu. »

60. Lorsque l'arrêt du vaisseau, qui est fait avant son départ, n'est fait que pour retarder son départ, en attendant une escorte, le contrat ne laisse pas de devoir subsister : il doit suffire aux assureurs de n'être pas tenus d'indemniser l'assuré de la perte qu'il souffre du retard ; ils ne peuvent pas, sans son consentement, se désister du contrat.

Lorsque l'arrêt a été fait parce que le roi avait besoin du navire, l'assuré peut encore, en ce cas, faire subsister le contrat, en chargeant les marchandises assurées sur un autre navire, et en notifiant ce chargement aux assureurs ; sans quoi le contrat devient nul.

Si l'arrêt est fait pour tirer du vaisseau quelques effets dont le roi avait besoin, le contrat subsiste pour le surplus, en diminuant la *prime* à proportion.

Lorsque l'arrêt n'a été fait que parce que le roi avait besoin du maître, le propriétaire peut préposer un autre maître, sans que le contrat en reçoive aucune atteinte.

61. *Déclaration de guerre.* Les risques auxquels une déclaration de guerre survenue depuis le contrat d'assurance, expose le vaisseau et sa cargaison, sont, suivant la disposition de cet article, des risques dont sont tenus les assureurs, quoique le contrat ait été fait en temps de paix, et dans un temps auquel on ne s'attendait pas à la guerre.

Mais le prix de la *prime* doit-il, en ce cas, être augmenté ? Voyez cette question, *infra*, n° 83.

Représailles. On appelle *représailles*, lorsqu'une puissance voisine qui prétendrait que nous avons dénié la justice qui était due à ses sujets, leur accorde des *lettres de représailles*, qui leur donnent pouvoir de courir sur nos vaisseaux. Le cas de ces représailles est assez semblable à celui d'une déclaration de guerre.

« nation du navire, ou si le navire est
« arrêté par ordre du gouvernement
« avant le voyage commencé. — Il n'est
« dû aux matelots que les journées
« employées à équiper le bâtiment. »

Art. 254 : « Si l'interdiction de com-
« merce ou l'arrêt du navire arrive
« pendant le cours du voyage, dans le

« cas d'interdiction, les matelots sont
« payés à proportion du temps qu'ils
« auront servi. — Dans le cas de l'arrêt,
« le loyer des matelots engagés au mois
« court pour moitié pendant le temps
« de l'arrêt ; — Le loyer des matelots
« engagés au voyage est payé au terme
« de leur engagement. »

Et généralement *toutes autres fortunes de mer*. Ces termes généraux comprennent tous les cas extraordinaires de force majeure qui peuvent causer ou la perte des choses assurées, ou quelque dommage dans lesdites choses, où par rapport auxdites choses.

62. Il nous reste à voir pendant quel temps les assureurs sont chargés des risques des choses assurées, et quand ce temps commence et finit. Sur la première question, il faut suivre ce qui est réglé par la police d'assurance⁽¹⁾. Quelquefois elle est faite pour le temps du voyage seulement; quelquefois elle est faite pour le temps du voyage et du retour; auquel cas les assureurs sont tenus des risques jusqu'au retour du vaisseau⁽²⁾.

Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, l'assurance n'est censée faite que pour l'aller, et non pour le retour. (Valin, et les auteurs par lui cités.)

Quelquefois l'assurance est faite pour un certain temps limité, sans aucune désignation de voyage; comme lorsqu'il est dit simplement, « que les assureurs ont assuré un tel vaisseau pour le temps de six mois, à compter du jour qu'il aura mis à la voile. » Cette espèce d'assurance se fait à l'égard des vaisseaux armés en course. Les assureurs ne sont, en ce cas, tenus des risques que pendant le temps convenu; après ce temps expiré, ils en sont de plein droit déchargés pour l'avenir, quoique le vaisseau soit encore en mer, et leur *prime* est gagnée; sauf à régler les pertes et avaries qui ont pu avoir lieu avant l'expiration de ce temps; *Voy.* l'art. 34.

Mais lorsque l'assurance est faite pour un voyage désigné par la police; quoique la police ait limité un temps pour le voyage, les assureurs sont tenus de tous les risques qui peuvent arriver pendant tout le voyage, même de ceux qui arriveraient depuis l'expiration de ce temps, lequel est censé avoir été limité par la police, non à l'effet que les assureurs fussent déchargés des risques après l'expiration de ce temps, mais à l'effet seulement que, si le voyage durait plus longtemps, la *prime* fût augmentée à proportion de ce qu'il durerait de plus, sans que pour cela la *prime* dût être diminuée dans le cas où il durerait moins, ce temps étant censé n'être apposé qu'en faveur des assureurs; c'est la disposition de l'art. 35.

63. A l'égard de la seconde question, lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur le temps auquel les assureurs devaient commencer, et sur celui auquel ils devaient cesser d'être chargés des risques, l'ordonnance, *titre des Assurances*, art. 5, veut qu'on suive à cet égard, pour les contrats d'assurance, ce qu'elle a réglé pour les contrats de prêt à la grosse aventure, en l'art. 13 du titre précédent⁽³⁾. Suivant cet article, le temps des risques à l'égard du vaisseau, agrès, apparaux et victuailles, commence à courir depuis

(1) « Le contrat d'assurance ex-
« prime.... les temps auxquels les ris-
« ques doivent commencer et finir. »
V. art. 332, C. comm., ci-dessus, p.
267, note 2. *V.* aussi art. 363.

Art. 363 : « Si l'assurance est faite
« pour un temps limité, l'assureur est
« libre après l'expiration du temps, et
« l'assuré peut faire assurer les nou-
« veaux risques. »

(2) *V.* art. 335, C. comm., ci-dessus,
p. 276, note 1.

(3) *V.* art. 341, C. comm., même dis-
position, et art. 328.

Art. 341 : « Si le contrat d'assurance
« ne règle point le temps des risques,

« les risques commencent et finissent
« dans le temps réglé par l'art. 328
« pour les contrats à la grosse. »

Art. 328 : « Si le temps des risques
« n'est point déterminé par le contrat,
« il court, à l'égard du navire, des
« agrès, apparaux, armement et vic-
« tuailles, du jour que le navire a fait
« voile, jusqu'au jour où il est ancré ou
« amarré au port ou lieu de sa desti-
« nation.—A l'égard des marchandises,
« le temps des risques court du jour
« qu'elles ont été chargées dans le
« navire, ou dans les gabares pour les
« y porter, jusqu'au jour où elles sont
« délivrées à terre. »

qu'il a mis à la voile, et dure jusqu'à ce qu'il soit ancré au port de sa destination, et amarré au quai.

A l'égard des marchandises, le temps des risques commence aussitôt qu'elles ont été chargées dans le vaisseau, ou dans des gabarres pour les y porter, et dure jusqu'à ce qu'elles soient délivrées à terre, sur le quai, au lieu de leur destination.

Ce qui est dit, « que le temps du risque pour les marchandises ne commence à courir que depuis qu'elles ont été chargées sur le vaisseau, » a lieu non-seulement à l'égard de celles qui sont chargées au port du lieu du départ du vaisseau, mais aussi à l'égard de celles qui doivent être chargées dans les ports des différentes échelles où il est dit que le vaisseau doit relâcher. Les assureurs qui les ont assurées avec celles qui ont été chargées lors du départ, ne commencent par-également à en courir les risques que depuis qu'elles ont été chargées. Tant qu'elles sont encore à terre, quoique destinées pour y être chargées, et quoique le vaisseau soit au port pour les y prendre, elles ne sont pas encore aux risques des assureurs.

On m'a fait part d'une espèce qui s'est présentée depuis peu à l'amirauté du palais, où il était question de savoir quand le risque devait être réputé fini.

La voici :

Le sieur Huguet de Semonville, qui avait donné à la grosse 2,000 piastres, estimées 8,000 livres, sur un vaisseau arrivé à Buenos-Ayres, à la fin de l'année 1751, en fit assurer le 21 mars 1753, à la deuxième chambre des assurances de Paris, les retours, soit en matière d'or ou d'argent, denrées ou fruits, sur un ou plusieurs navires, depuis leur chargement à Buenos-Ayres, jusqu'à leur arrivée à Cadix, ou autre port d'Espagne. Le 6 février 1755, il fit déclaration qu'il était arrivé une partie des ses retours, pour un somme de 740 liv. : le 25 mars suivant, autre déclaration pour une somme de 745 liv. 15 sols : depuis ce temps, plus de nouvelles. Au mois de décembre 1764, les assureurs firent assigner le sieur Huguet, pour voir déclarer les risques finis : le sieur Huguet soutint qu'il avait encore une partie de ses retours à attendre ; que les assureurs devaient être chargés du risque de ces retours, ni la police d'assurance, ni aucune loi n'ayant limité le temps pendant lequel ils en seraient chargés. Néanmoins, par sentence de l'amirauté du 19 mai 1765, on a déclaré le temps des risques fini ; et le sieur Huguet, qui en avait interjeté appel, *meilius consultus*, s'en est désisté.

Parcellle sentence est intervenue au mois de septembre suivant, dans une espèce semblable.

Les motifs de ces sentences, dont un des juges a eu la bonté de me faire part, ont été, que si le temps que doivent durer les risques des retours qu'on fait assurer, n'était pas limité *arbitrio Judicis*, les assureurs seraient exposés à être trompés tous les jours ; car la rentrée de ces retours étant le plus souvent inconnue aux assureurs, un négociant de mauvaise foi, après avoir reçu en entier les retours qu'il a fait assurer, pourrait, longtemps après, faire valoir l'assurance sur des marchandises qu'il aurait perdues, en disant, contre la vérité, qu'elles font partie des retours qu'il a fait assurer.

§ III. Quelles sont les pertes et dommages dont les assureurs ne sont pas tenus.

64. Première règle. — Les assureurs ne sont pas tenus des pertes et des dommages arrivés par la faute des maîtres et mariniers ⁽¹⁾.

(1) V. art. 352, C. comm.

Art. 352 : « Les déchets, diminutions et pertes qui arrivent par le vice propre de la chose, et les dom-

ages causés par le fait et faute des propriétaires, affréteurs ou chargeurs, ne sont point à la charge des assureurs. »

C'est la disposition de l'art. 28. Les risques des pertes et dommages dont les assureurs se chargent par la nature du contrat d'assurance, sont les risques des pertes et dommages qui peuvent arriver par *fortunes de mer*, c'est-à-dire, par quelque cas de force majeure à laquelle on ne peut résister, *vis divina*. Il est évident que l'impéritie, ou le défaut de soin et d'attention du maître et des mariniers, ne peuvent être compris sous le nom de *force majeure*, et qu'au contraire ce sont choses opposées à la force majeure. Les assureurs ne sont donc pas tenus, par la nature du contrat d'assurance, des pertes et dommages qui arrivent par la faute de ces personnes. Les marchands dont les marchandises ont été endommagées, ne peuvent donc en ce cas se pourvoir contre les assureurs ; mais ils ont l'action *ex conducto* contre le maître ou patron avec qui ils ont contracté pour le transport de leurs marchandises, et l'action *exercitoria* contre l'armateur qui l'a préposé. Cet armateur a, de son côté, une pareille action contre le maître qui s'est chargé de la conduite de son vaisseau.

L'art. 4 du titre *des Avares* rapporte des exemples de dommages causés par la faute du maître ; savoir, lorsque les marchandises ont été endommagées pour n'avoir pas bien fermé les écoutilles, amarré le vaisseau, fourni de bons guindages et cordages. On peut en rapporter une infinité d'autres exemples.

65. Quoique les assureurs ne soient pas, par la nature du contrat d'assurance, tenus de ces pertes et dommages, ils peuvent en être tenus par une clause particulière. C'est pourquoi l'art. 28, après avoir dit que les assureurs ne sont pas tenus *des pertes et dommages arrivés.... par faute des maîtres et mariniers*, ajoute, *si par la police ils ne sont chargés de la baraterie du patron* (1).

Ces termes *baraterie du patron*, comprennent toutes les espèces, tant de dol que de simple imprudence, défaut de soin et impéritie, tant du patron, que des gens de l'équipage ; voyez l'arrêt du 26 mars 1762, rapporté au troisième tome du *Journal des Audiences*.

L'assureur qui s'est chargé envers les marchands, de ces pertes et dommages, et qui en conséquence les en a indemnisés, est de plein droit subrogé aux actions desdits marchands, tant contre le maître que contre l'armateur.

L'assureur peut faire cette convention, non-seulement avec les marchands, mais même avec l'armateur, pourvu néanmoins que l'armateur ne monte pas lui-même son vaisseau ; car il est évident que je ne puis pas valablement convenir avec quelqu'un qu'il se chargera des fautes que je commettrai : ce serait une convention qui inviterait *ad delinquendum*. Mais quand même le patron serait le fils de l'armateur, l'armateur peut valablement convenir que l'assureur sera chargé de la *baraterie du patron*, de même que si le patron était un étranger.

66. *Seconde règle.*—« Les déchets, diminutions et pertes qui arrivent par le vice propre de la chose, ne tombent point sur les assureurs (2).

C'est la disposition de l'art. 29. La raison est, qu'on entend par *cas fortuits*, et *force majeure* (qui sont les choses dont les assureurs se chargent), les accidents extraordinaires, et non ce qui arrive naturellement.

Suivant cette règle, les assureurs ne sont pas tenus de la diminution qui

(1) V. art. 353, C. comm., ci-dessus, p. 284, note 1.

(2) V. art. 352, C. comm., ci-dessus, p. 290, note 1, et art. 355.

Art. 355 : « Il sera fait désignation dans la police, des marchandises sujets, par leur nature, à détérioration particulière ou diminution,

comme blés ou sels, ou marchandises susceptibles de coulage ; sinon les assureurs ne répondront point des dommages ou pertes qui pourraient arriver à ces mêmes denrées, si ce n'est toutefois que l'assuré eût ignoré la nature du chargement lors de la signature de la police. »

arrive dans les marchandises par le coulage auquel elles sont naturellement sujettes⁽¹⁾.

Mais si une tempête avait occasionné un coulage beaucoup plus considérable que le coulage ordinaire, les assureurs seraient tenus de faire raison de ce coulage, sous la déduction de ce à quoi on arbitrera que peut monter le coulage ordinaire, pourvu néanmoins que les assurés aient fait, par la police, une déclaration de leurs marchandises sujettes à coulage, comme nous le verrons *infra*.

Suivant cette règle, si le navire dont les assureurs ont assuré à l'armateur le voyage et le retour, se trouve hors d'état de revenir, par vétusté et pourriture, les assureurs ne seront pas tenus de cette perte. Il en serait autrement, si c'était par des coups de mer, ou par quelque autre accident, qu'il eût été mis hors d'état de servir.

Suivant la même règle, si des voiles ou des cables sont usés de vétusté, l'assureur n'en est pas tenu; au lieu qu'il en serait tenu, si c'était la violence des coups de vent qui en eût causé la rupture.

Suivant la même règle, lorsque des animaux ou des nègres sont morts de leur mort naturelle, ou même lorsque des nègres, par désespoir, se sont donné la mort, l'assureur n'en est pas tenu; car ce sont pertes arrivées par la nature ou le vice de la chose, ou quelquefois par la négligence du maître, qui ne peut être imputée à l'assureur, s'il ne s'en est chargé expressément. Autre chose serait s'ils étaient noyés dans une tempête, ou tués dans un combat.

67. Troisième règle.—«Les assureurs ne sont pas tenus des pilotages, touages, lamanages, des droits de congé, visite, rapports et d'ancrage, ni de «tous autres imposés sur les navires et marchandises⁽²⁾. » C'est la disposition de l'art. 30.

Pilotage, est le droit que les maîtres des navires paient au pilote *côtier* dont ils se servent pour entrer dans les ports ou en sortir avec sûreté, et pour éviter les dangers qui se trouvent sur les côtes; *Guidon de la mer*, chap. 5.

Touage, c'est ce qu'on paie aux haleurs qui halent les navires dans les rivières, pour les conduire au fil de l'eau; *ibid.*

Lamanage, c'est ce qu'on paie aux lamaneurs. On appelle *lamaneurs*, les conducteurs des petites barques qui viennent au devant des navires, avec des instruments propres à les halter et à en diriger la marche, lorsqu'ils entrent dans un port ou dans une rivière; *ibid.*

Ces frais de *pilotage*, *touage* et *lamanage*, étant des frais ordinaires du voyage, ne peuvent concerner les assureurs, qui ne se chargent que des accidents extraordinaire.

Mais si c'était quelque accident extraordinaire qui eût donné lieu à ces frais; comme si un navire, à l'occasion d'une tempête, ou étant poursuivi par des corsaires, avait été obligé de relâcher dans un port, où il n'aurait pas relâché sans cela, les frais de *pilotage*, *touage* et *lamanage*, faits pour entrer dans ce port et pour en sortir, seraient-ils en ce cas à la charge des assureurs⁽³⁾.

Un jurisconsulte dont je respecte les lumières, pense que les assureurs, même en ce cas, n'en sont pas tenus; non-seulement parce que l'art. 30 décharge indistinctement les assureurs, de ces frais; mais encore parce que les

(1) V. art. 355, C. comm., précité.

(2) V. art. 354, C. comm.

Art. 354: «L'assureur n'est point tenu du pilotage, touage et lamanage, ni d'aucune espèce de droits imposés sur les navires et les marchan-

(3) La même question peut encore s'élever, le Code de commerce, art. 354 (V. la note précédente), reproduisant l'article de l'ordonnance dans les mêmes termes. Nous pensons que l'opinion de Pothier et de Valin doit être préférée.

assureurs ne sont chargés que *des pertes*, et que ces frais sont des frais de conservation, plutôt que des pertes.

Pour l'opinion contraire on peut dire, que lorsque c'est un accident extraordinaire de force majeure qui a obligé le vaisseau à relâcher dans un port où il n'aurait pas relâché sans cela, et qui a en conséquence donné lieu à ces frais, ces frais sont en ce cas une vraie perte pour l'assuré, qui lui est causée par une fortune de mer qui a donné lieu à ces frais. L'ordonnance, art. 26, ayant chargé, dans les termes les plus généraux, les assureurs de toutes les pertes causées par fortune de mer, ils doivent être chargés de celle-ci; et en conséquence l'art. 30, qui décharge les assureurs des frais de *lamanage*, etc., ne doit s'entendre que du cas auquel ces frais sont frais ordinaires. M. Valin tient cette seconde opinion.

Droits de congé, c'est-à-dire, du passeport que le maître doit prendre de M. l'Amiral pour chaque voyage.

De visite, sont ceux attribués aux officiers de l'Amiraute pour la visite des navires.

De rapports, sont ceux des déclarations que le maître doit faire à l'Amiraute, soit à son arrivée, soit en cas de relâche, dans chaque port.

D'ancrage, sont ceux qui sont dus à l'amiral pour la permission de mettre le navire à l'ancre dans chaque port ou rivière.

Ni de tous autres droits sur les navires et marchandises, tels que sont les droits pour l'amarrage du navire sur le quai, les droits d'entrée et de sortie des marchandises, etc.

Tous ces droits, de même que ceux de *pilotage* et *lamanage*, sont des frais ordinaires de voyage, qui ne peuvent concerner les assureurs, si ce n'est peut-être dans le cas où quelque accident extraordinaire y aurait donné lieu, comme il a été dit ci-dessus.

68. Quatrième règle.—« Les assureurs ne sont pas tenus des risques, lorsqu'on s'est écarté de ce qui est porté par la police, si ce n'est de leur consentement, ou en cas de nécessité ⁽¹⁾. »

Un premier exemple de cette règle est lorsque les marchandises assurées, qui devaient être chargées sur un certain vaisseau dénommé par la police d'assurance, ont été chargées sur un autre vaisseau.

Finge. Il est dit par la police d'assurance, que les assureurs m'ont assuré certaines marchandises de valeur de 15,000 liv., qui devaient être chargées sur le vaisseau *le Saint-Joseph*; plus, d'autres marchandises de pareille valeur de 15,000 liv., qui devaient être chargées sur le vaisseau *le Triton*; plus, d'autres marchandises de pareille valeur de 15,000 liv., qui devaient être chargées sur le vaisseau *la Syrène*; toutes lesquelles sommes montent à celle de 45,000 liv. Si ces marchandises ont été toutes chargées sur le vaisseau *le Saint-Joseph*, les assureurs ne courrent pas les risques de la somme entière de 45,000 liv. qu'ils ont assurée : ils ne courrent les risques que de celle de 15,000 liv., valeur des marchandises qui devaient, aux termes de la police d'assurance, être chargées sur *le Saint-Joseph*, sur lequel elles ont été chargées, et à l'égard desquelles on ne s'est pas écarté de ce qui était porté par la police. Mais ils ne courrent pas les risques des trente autres mille livres, valeur des autres marchandises, à l'égard desquelles on s'est écarté de ce qui était porté par la police, en les chargeant sur *le Saint-Joseph*, au lieu qu'elles devaient l'être sur *le Triton* et sur *la Syrène* ⁽²⁾.

⁽¹⁾ V. art. 351, C. comm., ci-dessus, p. 284, note 2.

⁽²⁾ V. art. 361, C. comm.

Art. 361 : « Si l'assurance a lieu directement pour des marchandises qui

doivent être chargées sur plusieurs vaisseaux désignés, avec énonciation de la somme assurée sur chacun, et si le chargement entier est mis sur un seul vaisseau, ou sur un moin-

Le contrat d'assurance n'ayant pas, au moyen de cela, eu son exécution à l'égard des deux tiers des effets assurés, les assureurs rendront les deux tiers de la *prime*, à la réserve néanmoins du demi pour cent qu'ils doivent avoir par forme de dommages et intérêts de l'inexécution du contrat.

Tout ce que nous venons de dire résulte de l'art. 32 du titre *des Assurances*.

79. Si les vaisseaux *le Triton* et *la Syrène* sont péris, de même que *le Saint-Joseph*, les marchands pourront-ils prétendre que les assureurs doivent porter la perte des marchandises qui y devaient être chargées, et qu'ils ne sont pas recevables à se plaindre de ce qu'elles l'ont été sur un autre vaisseau, puisque quand elles auraient été chargées sur *le Triton* et *la Syrène*, sur lesquels elles devaient l'être, elles seraient également périses?

Non; car, le contrat d'assurance a été résolu de plein droit à l'égard de ces marchandises, aussitôt qu'on s'est écarté de la loi du contrat, en les chargeant sur un autre vaisseau que celui sur lequel elles devaient être chargées: c'est pourquoi le sort de ces vaisseaux est devenu indifférent.

80. Lorsque c'est du consentement des assureurs que s'est fait le changement de vaisseau, il n'est pas douteux que le contrat d'assurance doit subsister, et que les assureurs sont tenus des risques de ce vaisseau, sur lequel ils ont consenti que les marchandises fussent chargées.

Pareillement, lorsque c'est par un cas de nécessité, dans le cours du voyage, que les marchandises ont été chargées sur un autre vaisseau, celui sur lequel elles étaient chargées s'étant trouvé hors d'état de servir, soit par un accident de mer, soit même par vétusté, le contrat d'assurance continuera de subsister, et les assureurs continueront d'être tenus des risques des marchandises qu'on a été obligé de charger sur un autre vaisseau.

81. Mais si c'est hors le cas de nécessité que le changement de vaisseau s'est fait durant le cours du voyage, de l'ordre seul de l'assuré, sans le consentement des assureurs, les assureurs seront déchargés des risques; et même en ce cas, ils ne sont pas obligés de rendre la *prime*, parce que le contrat ayant eu son exécution jusqu'à ce changement, et les assureurs ayant commencé de courir les risques, la *prime* leur a été acquise. C'est ce qui résulte de l'art. 27.

82. Un second exemple de notre règle, est le changement de voyage ou de route⁽¹⁾. Les assureurs se chargent des risques durant le voyage mentionné par la police. Si le vaisseau fait un autre voyage, les risques, durant ce voyage, qui n'est point celui mentionné par la police, ne regardent pas les assureurs; ces risques ne sont pas ceux dont ils se sont chargés.

C'est pourquoi si l'assuré, sans le consentement des assureurs, envoie son vaisseau en un lieu plus éloigné que celui porté par la police, les assureurs, aussitôt que le vaisseau est arrivé à la hauteur du lieu porté par la police, sont déchargés des risques et la *prime* leur est acquise. C'est la décision de l'art. 36.

83. Le simple changement de route, lorsqu'il est fait sans le consentement des assureurs, et sans nécessité, suffit pour décharger des risques les assureurs⁽²⁾.

C'est pourquoi, lorsque l'assurance est faite pour un voyage que le vaisseau doit faire à tel lieu, par telle route; si le vaisseau, sans nécessité, change

« dre nombre qu'il n'en est désigné
» dans le contrat, l'assureur n'est tenu
« que de la somme qu'il a assurée sur
« le vaisseau ou sur les vaisseaux qui
« ont reçu le chargement, nonobstant
« la perte de tous les vaisseaux dé-

« signés; et il recevra néanmoins demi
« pour cent des sommes dont les as-
« surances se trouvent annulées. »

⁽¹⁾ V. art. 351, C. commun., ci-dessus,
p. 284, note 2.

⁽²⁾ V. même article.

de route, quoique pour aller au même lieu, les assureurs ne seront pas tenus des risques que courra le vaisseau dans ce changement de route, suivant l'art. 27.

Il en serait autrement si ce changement de route s'était fait par nécessité, *puta*, pour éviter des corsaires. C'est alors le cas de l'art. 26; Voy. *ci-dessus*.

74. Lorsque par la police il y a une clause, « qu'il sera permis au maître du vaisseau *de naviguer à droite et à gauche, de faire échelles, aller et revenir* (1);» cette clause permet bien à l'assuré de se détourner de la route, pour toucher à quelque port étant à droite ou à gauche, pour y décharger des marchandises, et en charger d'autres à la place, qui tiendront lieu de remplacement de celles qui auront été déchargées; d'aller et revenir d'un port à l'autre, même en rétrogradant, de manière que le navire revienne à sa route, pour se rendre à la destination exprimée par la police; mais elle ne lui permet pas de changer entièrement de voyage: c'est pourquoi, nonobstant cette clause, les assureurs seraient déchargés, s'il faisait un autre voyage.

ART. III. — Des autres choses qui sont de l'essence du contrat d'assurance.

§ I. De la somme que les assureurs s'obligent de payer, en cas de perte des choses assurées.

75. Il est de l'essence du contrat d'assurance, qu'il y ait une somme que les assureurs s'obligent de payer en cas de perte des choses assurées.

Cette somme est ordinairement fixée par la police d'assurance. Cette fixation n'est pas néanmoins de l'essence du contrat; et les assureurs pourraient s'obliger à payer, en cas de perte des choses assurées, le prix qu'elles valaient, suivant l'estimation qui en serait faite.

76. Cette somme ne doit pas excéder la véritable valeur des choses assurées; ce qui est une suite d'un principe que nous avons déjà rapporté, « qu'on ne peut faire assurer qu'autant qu'on risque de perdre.» C'est pourquoi si les marchandises sont de valeur de 10,000 liv.; comme je ne puis courir risque, en les perdant, que de perdre 10,000 liv., je ne puis les faire assurer pour une plus grande somme.

Lorsqu'on a fait assurer des choses pour une somme qui excède leur valeur, il faut distinguer, si celui qui les a fait assurer, l'a fait sciemment, ayant connaissance de leur valeur; ou s'il l'a fait sans fraude, dans l'ignorance où il était de leur valeur.

Au premier cas, l'ordonnance prononce la peine de la nullité de l'assurance, et de la confiscation des marchandises (2). C'est de ce cas qu'on doit entendre

(1) V. art. 362, C. comm.

Art. 362: « Si le capitaine a la liberté d'entrer dans différents ports pour compléter ou échanger son chargement, l'assureur ne court les risques des effets assurés que lorsqu'ils sont à bord, s'il n'y a convention contraire. »

(2) V. art. 357, 358, 359 et 360, C. comm.

Art. 357: « Un contrat d'assurance ou de réassurance consenti pour une somme excédant la valeur des effets chargés, est nul à l'égard de l'assuré

« seulement, s'il est prouvé qu'il y a dol ou fraude de sa part. »

Art. 358: « S'il n'y a ni dol ni fraude, le contrat est valable jusqu'à concurrence de la valeur des effets chargés, d'après l'estimation qui en est faite ou convénue.—En cas de perte, les assureurs sont tenus d'y contribuer chacun à proportion des sommes par eux assurées.—Ils ne reçoivent pas la prime de cet excédant de valeur, mais seulement l'indemnité de demi pour cent. »

Art. 359: « S'il existe plusieurs con-

l'art. 22, qui dit : « Défendons de faire assurer des effets au delà de leur juste valeur, par une ou plusieurs polices, à peine de nullité de l'assurance, et de « confiscation des marchandises ».

Si un marchand qui avait sur un vaisseau des marchandises de la valeur de 45,000 liv., les a fait assurer par un premier contrat, jusqu'à la concurrence de 15,000 liv.; par un second, jusqu'à la concurrence de 20,000 liv. : si en outre, il a fait assurer par un troisième contrat ce qui lui restait à assurer, qu'il a déclaré être de la valeur de 30,000 liv.; les deux premiers contrats doivent subsister, étant faits pour des sommes qui n'excèdent pas la valeur des effets assurés : il n'y a que le troisième qui est nul, étant fait pour une somme de 30,000 liv., pendant que ce qui restait à assurer, ne montait qu'à 10,000 liv. : et pareillement la confiscation ne doit avoir lieu en ce cas que jusqu'à concurrence de cette somme de 10,000 liv.

77. Au second cas, lorsqu'un marchand a fait assurer ses marchandises pour une somme au-dessus de leur valeur, sans fraude, et dans l'ignorance où il était de leur valeur, l'assurance n'est pas entièrement nulle ; elle est seulement réductible à la somme de la véritable valeur des effets assurés ⁽¹⁾.

C'est ce qui est décidé par l'art. 23. Il y est dit : « Si toutefois il se trouve « une police faite sans fraude, qui excède la valeur des effets chargés, elle « subsistera jusqu'à concurrence de leur estimation ; et, en cas de perte, les « assureurs en seront tenus chacun à proportion des sommes par eux assu- « rées ; comme aussi de rendre la *prime* du surplus, à la réserve du demi « pour cent.

Finge. Un marchand qui avait un vaisseau ou chargement qui n'était que de valeur de 45,000 liv., l'a fait de bonne foi, par un même contrat, assurer pour une somme de 60,000 liv. par trois assureurs, dont un a promis d'en payer moitié, et les deux autres chacun un quart. Par l'estimation qui a été faite depuis le contrat, les marchandises ne s'étant trouvées monter qu'à la somme de 45,000 liv., et le vaisseau étant péri, l'assurance sera réduite à la somme de 45,000 liv., qui sera payée pour moitié par celui des assureurs qui avait assuré pour moitié, et par les deux autres pour chacun un quart : et comme l'assurance se trouve réduite aux trois quarts de la somme assurée, les assureurs ne retiendront que les trois quarts de la *prime*, et rendront l'autre quart, sous la réserve néanmoins de demi pour cent de la somme de 15,000 liv., qui a été retranchée de l'assurance.

Si le marchand a fait assurer son chargement par plusieurs contrats ou polices; savoir, par une première police, pour 15,000 liv.; par une seconde, pour 20,000 liv.; et enfin par une troisième, pour 25,000 liv., lesquelles trois sommes font celle de 60,000 liv.; et que, par l'estimation, les choses assurées se trouvent être seulement de la valeur de 45,000 liv.; les deux premières polices subsisteront en leur entier. Il n'y a que la troisième qui souffrira réduction des trois cinquièmes, ayant été faite pour 25,000 liv., au lieu de la somme de 10,000 liv., pour laquelle seulement elle peut valoir, la valeur de ce qui

« trats d'assurance faits sans fraude
« sur le même chargement, et que le
« premier contrat assure l'entiére va-
« leur des effets chargés, il subsistera
« seul.—Les assureurs qui ont signé
« les contrats subséquents sont libé-
« rés; ils ne reçoivent que demi pour
« cent de la somme assurée.—Si l'en-
« tière valeur des effets chargés n'est
« pas assurée par le premier contrat,
« les assureurs qui ont signé les con-

« trats subséquents, répondent de l'ex-
« cédant en suivant l'ordre de la date
« des contrats. »

Art. 360 : « S'il y a des effets char-
« gés pour le montant des sommes as-
« surées, en cas de perte d'une partie
« elle sera payée par tous les assureurs
« de ces effets, au marc le franc de
« leur intérêt. »

(1) V. art. 358, C. comm., ci-dessus, note précédente.

restait à assurer ne montant qu'à cette somme. Il n'y aura, par la même raison, que la prime de cette troisième police qui souffrira une réduction des trois cinquièmes. C'est ce qui résulte de l'art. 25.

C'est pourquoi, dans cette espèce, en cas de cette perte totale des effets assurés, le premier assureur paiera la somme entière de 15,000 liv. de son assurance ; le second, la somme entière de 20,000 liv. de la sienne, lesquelles deux sommes font 35,000 liv. : le troisième ne sera tenu de payer que celle de 10,000 liv., à quoi monte le restant de la valeur des effets assurés.

Si la perte n'a été que d'une partie des effets assurés, comme de la moitié ou du tiers, elle sera portée *au marc la livre* par les trois assureurs ; c'est-à-dire que le premier paiera à l'assuré la moitié ou le tiers des 15,000 liv., montant de son assurance ; le second, la moitié ou le tiers des 20,000 liv. ; et le troisième, la moitié ou le tiers de la somme de 10,000 liv., à laquelle a été réduite son assurance. C'est ce qui résulte de l'art. 25.

78. Celui qui a fait assurer ses effets pour une somme au delà de leur valeur, est (dans le doute) présumé l'avoir fait de bonne foi, et par ignorance : car la fraude ne se présume pas : c'est aux assureurs, lorsqu'ils l'allèguent, et qu'ils demandent en conséquence la nullité de l'assurance, à la justifier.

79. Lorsque le chargement a été assuré pour une somme au-dessous de sa valeur, et que cette assurance a été faite indéterminément, les risques se partagent entre l'assureur, au prorata de la somme qu'il a assurée, et l'assuré pour le surplus.

Par exemple, j'ai fait assurer une somme de 45,000 liv. dans un chargement que j'ai, qui est de valeur de 60,000 liv. S'il arrive une perte de 2,000 liv., l'assureur en portera les trois quarts, et moi le quart : car, l'assurance n'ayant pas été faite sur certains effets déterminés du chargement, mais indéterminément, il n'y a aucune raison pour attribuer la perte de ceux qui sont péris, à l'un de nous plutôt qu'à l'autre, à la partie assurée plutôt qu'à celle qui restait à assurer.

80. *Quid*, si, avant que cette perte fût assurée, durant le cours du voyage, j'avais retiré du vaisseau des effets pour les 15,000 liv. qui restaient à assurer, et que je n'en eusse laissé que pour la somme de 34,000 liv. qui est assurée ? L'assureur en courrait-il seul les risques ?

Il n'y a pas lieu à la question dans le cas de la perte totale du chargement : il est, dans ce cas, indifférent à l'assureur que l'assuré ait retiré, ou non, la partie du chargement qui n'est pas assurée, puisque, dans le cas d'une perte totale, soit qu'il l'eût retirée, soit qu'il ne l'eût pas retirée, l'assureur devrait toujours la même somme de 45,000 liv. Il y a lieu à la question dans le cas des pertes particulières et avaries : l'assureur a intérêt, pour ne les pas supporter seul, que la partie non assurée reste dans le vaisseau, afin de partager ces pertes et avaries avec l'assuré, ou avec un second assureur à qui l'assuré aurait fait assurer cette partie qui restait à assurer.

Cet intérêt qu'a l'assureur que la partie qu'il n'a pas assurée, reste dans le vaisseau, lui fournit-il un moyen suffisant pour soutenir que, dans le cas auquel l'assuré l'a retirée du vaisseau, il ne doit supporter les pertes et avaries survenues depuis, que pour la même part qu'il les aurait supportées, si cette partie n'eût pas été retirée ?

Valin, sur l'art. 36, tient la négative. La raison est, que ce n'est qu'*ex accidenti* que l'assureur eût partagé les pertes et avaries avec l'assuré, si la partie qu'il n'a pas assurée fût restée dans le navire : l'assuré ne s'est pas obligé envers lui de l'y laisser, et il ne s'est pas interdit la faculté de débiter partie de ses marchandises, dans le cours de son voyage, dans les ports où le navire relâcherait. L'assureur n'est donc pas fondé à refuser de porter seul les pertes et avaries survenues depuis, lorsqu'il n'y avait plus dans le vaisseau que la partie assurée. J'ai néanmoins entendu faire à cet égard une distinction qui m'a paru

assez plausible. Lorsque c'est dans le cours du voyage, et pour l'intérêt de son commerce, que l'assuré a retiré une partie de ses marchandises, pour les débiter dans les ports où le navire relâchait, l'assureur ne peut pas s'en plaindre, et la décision de M. Valin doit avoir lieu. Mais si le navire étant près d'arriver au port de sa destination, l'assuré avait fait décharger une partie de ses marchandises, dans la vue uniquement de soustraire au danger des avaries qu'il y avait lieu de craindre, la partie non assurée, et de faire tomber en entier ces avaries sur la partie assurée ; en ce cas on pourrait dire que l'assureur ne doit porter dans l'avarie que la même part qu'il eût portée, si la partie qui a été retirée fut restée dans le navire, l'assuré n'ayant pas dû préférer son intérêt à celui de l'assureur.

§ II. *De la prime.*

81. La quatrième chose qui est de l'essence du contrat d'assurance, est qu'il y ait quelque chose que l'assuré donne ou s'oblige de donner à l'assureur pour le prix des risques dont il le charge. C'est ce qui s'appelle dans le contrat d'assurance maritime, *la prime d'assurance* ⁽¹⁾.

Elle est appelée *prime*, parce qu'elle se payait *primò* et avant tout, même avant que le départ du vaisseau eût fait commencer les risques. C'est ce qui est porté par l'art. 6 du titre des *Assurances*, où il est dit : *La prime ou coût de l'assurance sera payée en son entier lors de la signature de la police.*

Néanmoins depuis, l'usage a prévalu de ne la plus payer comptant ; on la paie ordinairement en un billet qu'on appelle *billet de prime*, payable à une certaine échéance.

Il est d'usage que cette *prime* consiste en une somme d'argent, dont les parties conviennent entre elles, à raison de tant pour cent de la somme assurée.

Quelquefois on convient d'une somme pour chacun mois que durera le voyage, et quelquefois d'une seule somme pour le temps du voyage.

Quelquefois, lorsqu'on fait assurer tant pour le voyage que pour le retour, on convient d'une somme pour le voyage, et d'une autre pour le retour. Quelquefois on convient d'une même somme, tant pour le voyage que pour le retour, ce qui s'appelle une *prime liée*, c'est-à-dire qui lie et réunit en une, celle pour l'aller et celle pour le retour.

82. La *prime*, pour être équitable, doit être le juste prix des risques dont l'assureur se charge par le contrat : mais comme il n'est pas facile de déterminer quel est ce juste prix, on doit donner à ce juste prix une très grande étendue, et réputer pour juste prix celui dont les parties sont convenues entre elles, sans que l'une des parties puisse être écouteée à alléguer à cet égard la lésion.

83. La *prime* étant le prix des risques dont l'assureur se charge, il est évident qu'elle doit être plus ou moins considérable, suivant qu'il y a plus ou moins de risques dont l'assureur se charge, et suivant qu'ils doivent durer plus ou moins longtemps.

C'est pourquoi, comme les assureurs courent beaucoup plus de risques en temps de guerre qu'en temps de paix ⁽²⁾, la *prime* dont on convient en temps

⁽¹⁾ V. art. 332, C. comm., ci-dessus, p. 267, note 2. « Le contrat d'assurance exprime... la prime ou le coût de l'assurance. »

⁽²⁾ V. art. 343, C. comm.

Art. 343 : « L'augmentation de la prime qui aura été stipulée en temps

de paix pour le temps de guerre qui pourrait survenir, et dont la quotité n'aura pas été déterminée par les contrats d'assurance, est réglée par les tribunaux, en ayant égard aux risques, aux circonstances et aux stipulations de chaque police d'assurance. »

de guerre, est beaucoup plus considérable que celle dont on convient en temps de paix.

Mais lorsque le contrat a été fait en temps de paix, pour une *prime* très modique, sans aucune clause d'augmentation de *prime* en cas de survenance de guerre, les assureurs sont-ils fondés, la guerre étant survenue, à demander une augmentation de *prime*?

Cette question a été très souvent agitée dans les différents parlements, au commencement de la dernière guerre.

Les raisons pour refuser l'augmentation de *prime* étaient que, dans tous les contrats on n'a égard qu'au prix que la chose qui en était l'objet, valait, au temps du contrat, et non à celui qu'elle a valu depuis. Par exemple, dans un contrat de vente, lorsque j'ai acheté une chose pour le prix qu'elle valait au temps du contrat, quoique, par des circonstances imprévues, le prix de cette chose soit triplé, ou même déculpé depuis le contrat, le vendeur n'est fondé à me demander aucune augmentation de prix : de même dans un contrat d'assurance fait en temps de paix, l'assureur s'étant chargé pour le prix convenu alors, de tous les risques auxquels mes effets pouvaient être exposés, dans lesquels sont compris, suivant l'art. 26, ceux auxquels le cas de la survenance d'une déclaration de guerre pourrait les exposer, quoique le prix des risques de la guerre soit, depuis le contrat, considérablement augmenté, au moyen de ce que la guerre est devenue certaine, il semble que l'assureur n'est pas pour cela fondé à demander une augmentation ; parce que ces risques de la guerre, dont il est chargé par le contrat, ne doivent pas s'estimer eu égard aux prix qu'ils valent depuis le contrat, ni dans un temps auquel la guerre est devenue certaine, mais seulement eu égard au prix que ces risques valaient au temps du contrat, dans le temps auquel la guerre était un événement incertain et inattendu. En conséquence de ces principes, les assureurs anglais, qui, avant les hostilités, avaient assuré pour une *prime* modique plusieurs de nos navires, et plusieurs effets de nos commerçants, ne firent aucune difficulté de payer le prix de leur assurance pour les navires et effets qui depuis les hostilités furent pris par les corsaires de leur nation, et ils ne demandèrent aucune augmentation de *prime*. C'est ce qui m'a été certifié par un commerçant du Havre.

Nonobstant ces raisons, l'amirauté du palais s'est déterminée à accorder aux assureurs une augmentation de *prime*, proportionnée à l'augmentation des risques causés par la guerre, quoique les polices faites en temps de paix fussent pures et simples ; et les sentences de ce siège ont été sur ce point confirmées par arrêt, toutes les fois qu'il y en a eu appel.

Les raisons sur lesquelles on s'est fondé, sont évidentes. Il était d'une nécessité absolue et indispensable, pour l'intérêt du commerce maritime, de prévenir et d'empêcher la ruine des assureurs et des chambres d'assurance, qui aurait été infaillible, si on ne leur eût pas accordé cette augmentation de *prime*. Ces assureurs, dans la sécurité que leur donna la paix, ayant assuré purement et simplement, et pour des *primes* très modiques, un grand nombre de navires et d'effets, les prises que la guerre ne pouvait manquer de rendre très fréquentes, les auraient infailliblement ruinés, si on ne leur eût accordé, par une augmentation de *prime*, un dédommagement, qu'ils ne pouvaient pas trouver dans la modicité des *primes* portées par leurs polices d'assurance. Ce cas est un de ceux dans lesquels on doit s'écartier de la rigueur des principes : *Æquitas juris scrupulosity præponderare debet* (1).

(1) La rédaction de l'art. 343, C. comm. (V. la note précédente) laisse subsister cette question. L'article fait seulement mention de l'augmentation de *prime* qui aura été stipulée en temps

de paix pour le temps de guerre et qui n'aurait pas été déterminée ; il reste donc toujours à décider si l'augmentation ne doit pas être accordée, alors même que la police sera pure et sim-

84. Les hostilités que commirent les Anglais avant la déclaration de la dernière guerre, donnèrent lieu à une autre question.

On sait que ces hostilités commencèrent le 8 juin 1755, par la prise des vaisseaux du roi, le *Lys* et l'*Alcide*; qu'elles continuèrent depuis, et que la guerre ne fut déclarée qu'au mois de juin 1756. La question était de savoir si ces hostilités avaient pu, avant la déclaration de guerre, donner lieu à l'augmentation de *prime* qui était stipulée par les polices en ces termes, *en cas de guerre*, ou même en ces termes, *en cas de déclaration de guerre*?

La raison de douter était, qu'il n'y a proprement de guerre, ni même d'hostilités proprement dites, que lorsqu'elles ont été précédées d'une déclaration solennelle de guerre : sans cela ce sont pures violences et voies de fait; ce sont *pirateries*, dont les assureurs sont toujours garants⁽¹⁾: *Hostes sunt quibus bellum publicè populus romanus decrevit vel ipsi populo romano*; I. 24, ff. de *Capt. et postlim.*

La raison de décider « que le cas de ces hostilités devait être censé renfermé dans ces clauses, » est que la déclaration de guerre est requise, à la vérité, pour rendre les hostilités légitimes selon le droit des gens; mais qu'elles aient été légitimes ou non, précédées ou non d'une déclaration de guerre, elles n'en étaient pas moins, dans le fait, des hostilités. Or, le cas qu'ont eu en vue les contractants, dans la clause d'augmentation de prime, *en cas de guerre*, est le seul fait d'hostilités qui se commettent en guerre, et non leur légitimité, étant chose fort indifférente par rapport au contrat d'assurance que ces hostilités se commettent d'une façon régulière ou irrégulière. Ces hostilités sont, dans l'intention des contractants, un commencement de guerre; et par conséquent sont renfermées dans la clause *en cas de guerre*. Elles le sont même dans la clause *en cas de déclaration de guerre*; car ces hostilités sont, dans le fait, une déclaration de guerre, et celles que les parties contractantes avaient en vue.

C'est ce qui a été jugé par un grand nombre d'arrêts, et entre autres par un arrêt de la première chambre des enquêtes, confirmatif d'une sentence de l'amirauté du palais du 16 mars 1761, au profit de la première chambre des assurances de Paris, contre le sieur Pascaud, député du commerce de La Rochelle. Ce particulier avait fait assurer des marchandises sur quatre vaisseaux différents : il y avait clause par les polices, qu'*en cas de déclaration de guerre*, la prime serait augmentée au cours de la place.

Les vaisseaux sur lesquels étaient les marchandises assurées, s'étaient trouvés en mer le 8 juin 1755, jour auquel les hostilités avaient commencé; et ils étaient tous arrivés heureusement à leur destination avant la déclaration de guerre; savoir, l'un dès le 21 juin 1755, les autres le 12 juillet, le 15 août et le 17 septembre de la même année. Il fut jugé par cet arrêt que les hostilités commencées le 8 juin, avaient donné lieu à l'augmentation de *prime*, stipulée par les polices d'assurance, et on l'a fixée à 25, 30 et 35 pour cent, selon les différents risques auxquels avaient été exposés les différents vaisseaux sur lesquels étaient les marchandises assurées. Le magistrat au rapport de qui a été rendue la sentence confirmée par l'arrêt, a eu la bonté de me communiquer tout ce détail.

85. *Quid*, si la police qui contient une clause d'augmentation de *prime* en cas de déclaration de guerre, n'avait été faite que depuis le commencement

ple. Dans cette dernière hypothèse les raisons adoptées par l'amirauté du palais pourraient être invoquées. Le cas prévu par l'art. 343 est insolite : il eût mieux valu sans doute décider le principe. Mais pour prévenir toute difficulté il faudrait avoir soin d'insérer dans la

police comme clause de style après la détermination de la prime, *sauf augmentation en cas de guerre*.

(¹) La guerre faite sans déclaration n'en est pas moins la guerre; ce sont les hostilités qui constituent l'état de guerre,

des hostilités, pourrait-on dire que le cas d'une condition devant être un cas futur, le cas de cette clause ne pouvait être entendu que du cas d'une solennelle déclaration de guerre, et non pas du simple fait des hostilités, puisque ayant été commencées dès avant la date de la police, elles n'étaient pas un cas futur, et ne pouvaient pas par conséquent être le cas de la condition ?

On a jugé que, même dans ce cas, la clause d'augmentation de prime *en cas de déclaration de guerre*, ne devait pas être entendue du cas d'une solennelle déclaration, qui est une chose indifférente aux parties contractantes ; mais du cas de la continuation des hostilités. Ce cas était un cas futur et incertain, qui a pu être l'objet de la clause, parce que, au temps de la police, on pouvait encore espérer que les puissances s'arrangeraient, et que les hostilités ne continueraient pas. C'est ce qui a été jugé par arrêt rendu à l'audience de la grand-chambre le 9 août 1756, au profit de la deuxième compagnie d'assurance de Paris, contre le sieur des Aunois, négociant à Dunkerque. La police d'assurance était du 23 juillet 1755, et par conséquent depuis les hostilités commencées : on y avait stipulé une prime de paix de quatre pour cent, et une de vingt-cinq pour cent, en cas de déclaration de guerre. Le vaisseau fut pris le 18 septembre 1755, par conséquent avant la déclaration de guerre, qui ne se fit qu'en 1756 : le sieur des Aunois ne laissa pas d'être condamné au paiement de la prime de vingt-cinq pour cent, stipulée *en cas de déclaration de guerre*.

86. Il nous reste la question de savoir si, lorsque la police a été faite en temps de guerre, le retour d'une paix imprévue doit donner lieu à une diminution de la prime ?

Les raisons que nous avons rapportées *suprà*, n° 83, pour refuser l'augmentation de prime, dans le cas de survenance de guerre, paraissent militier ici pour refuser la diminution de prime en cas de survenance de paix ; et les raisons qui les contrebalançaient, et qui ont empêché qu'on n'y eût égard, ne paraissent pas militier de même ici⁽¹⁾.

Néanmoins à la paix de 1748, dont le retour fut très imprévu, le roi jugea à propos, par les arrêts du conseil du 16 janvier 1748 et du 26 janvier 1749, cités par Valin, d'ordonner une modération des primes des contrats faits durant la guerre.

Observez que cette modération de prime ne peut avoir lieu qu'en égard à ce qu'il restait de risques à courir lors de la survenance de la paix, et qu'on ne peut refuser de payer aux assureurs les risques qu'ils ont courus pendant la guerre, sur le pied de la prime de guerre.

Sur l'obligation de payer la prime, Voyez *infra*, chap. 3, sect. 2.

§ III. *Du consentement.*

87. Le consentement des parties contractantes, sur toutes les choses qui composent la substance du contrat, est de l'essence du contrat d'assurance, de même que de tous les autres contrats.

Il doit donc intervenir sur les choses qu'on fait assurer, qui font la matière du contrat ; sur la somme pour laquelle on les fait assurer ; sur les risques dont on charge l'assureur ; sur la prime, qui est le prix de l'assurance.

(1) Pour cette hypothèse, qui est l'inverse de la précédente, indiquée ci-dessus, n° 83), il faudrait avoir soin d'insérer dans la police faite en temps de guerre, comme clause de style, après la détermination de la prime, *sauv diminution en cas de paix*. V. la note 1, p. 299.

CHAPITRE II.

Des personnes entre lesquelles intervient le contrat d'assurance, et de la forme de ce contrat.

SECT. I^e. — DES PERSONNES ENTRE LESQUELLES INTERVIENT LE CONTRAT D'ASSURANCE.

88. Il n'y a que les personnes capables de contracter, qui peuvent être parties en leur nom dans un contrat d'assurance ; *Voy. notre Traité des Obligations*, part. 1, chap. 1, sect. 1, art. 4.

Les mineurs qui sont marchands de profession (¹), étant capables de contracter pour les affaires de leur commerce, il n'est pas douteux qu'ils peuvent être parties dans un contrat d'assurance, pour faire assurer les effets de leur commerce.

Ils peuvent y être aussi parties comme assureurs, s'ils font le commerce d'assureurs.

89. Quoique le contrat d'assurance maritime soit un commerce, et que le commerce soit défendu aux ecclésiastiques par les canons, et aux officiers de judicature par les ordonnances, les contrats d'assurance maritime que ces personnes auraient faits, soit pour faire assurer leurs marchandises, soit pour assurer celles des autres, ne laissent pas d'être valables. Ces personnes sont seulement, en ce cas, sujettes à des peines, comme de suspension de leurs priviléges, ou autres, pour leur contravention.

Ces personnes peuvent très licitement faire assurer leurs propres effets, qu'ils font revenir par mer des lieux où ils étaient ; et ils ne peuvent être censés, en faisant cela, faire aucun commerce.

90. A l'égard des nobles qui ne sont point officiers de judicature ni ecclésiastiques, ils peuvent licitement faire toutes sortes de contrats d'assurance, le commerce de mer leur étant permis par l'édit du mois d'août 1669.

91. L'art. 68 du *titre des Assurances* fait défenses à tous greffiers de police (²), commis des chambres d'assurances, notaires (³), courtiers, censeaux (⁴), de faire aucunes polices dans lesquelles ils soient intéressés directe-

(¹) *V.* art. 2, C. comm.

Art. 2 : « Tout mineur émancipé de l'un et de l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'art. 487, Cod. civil, de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations, ni être réputé maître, quant aux engagements par lui contractés pourfaits le commerce, — 1^o s'il n'a été préalablement autorisé par son père, ou par sa mère, en cas de décès, interdiction ou absence du père, ou, à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le

tribunal civil ; — 2^o si, en outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile. »

(²) C'étaient des officiers créés par édit de 1657, pour passer les polices d'assurance. (*Note de l'édition de 1766.*)

(³) Des villes où il y a des Chambres d'assurance établies, qui passent et s'entremettent à faire passer des actes ou polices d'assurance. (*Ibid.*)

(⁴) Terme synonyme à celui de *courtier*, qui est usité en province. (*Ibid.*)

ment ou indirectement, par eux-mêmes, ou par personnes interposées, et de prendre transport des droits des assurés⁽¹⁾.

La raison paraît être la même que celle par laquelle il est défendu à tous commissaires en général, de faire le même genre de commerce pour lequel ils font la commission, afin d'obvier aux fraudes et aux infidélités qu'ils pourraient commettre, en saisissant pour eux les occasions favorables qui se présenteraient des marchés avantageux, au préjudice de ceux qui leur confient leurs intérêts.

L'ordonnance ne prononce pas la nullité des contrats d'assurance que ces personnes feraient contre sa défense; elle ne prononce que la peine d'une amende de 500 livres pour la première fois, et de destitution de leur état, en cas de récidive.

L'ordonnance défend à ces personnes, non-seulement de faire des contrats d'assurance, soit comme assureurs, soit comme assurés, par elles-mêmes ou par personnes interposées; elle leur défend aussi de prendre transport des droits des assurés. La raison est, que ce transport forne une présomption que ceux dont elles se font transporter les droits, n'ont été que leurs prétendus dans le contrat, et que le contrat a été fait pour leur compte, contre la défense de la loi.

92. Les contrats étant du droit des gens, on peut faire le contrat d'assurance maritime avec les étrangers, soit en leur faisant assurer nos effets, soit en assurant les leurs. C'est ce qui est porté par l'article premier du *titre des Assurances*: « Permettons à tous nos sujets, MÊME AUX ÉTRANGERS, d'assurer « et faire assurer dans l'étendue de notre royaume, etc. »

Il semblerait que ce contrat ne devrait pas pouvoir intervenir entre *ennemis*, puisque les déclarations de guerre portent interdiction de tout commerce. Néanmoins le contraire s'observe; car, durant le cours de la dernière guerre, les assureurs anglais nous assuraient nos marchandises, et nous rendaient la valeur des prises que nous faisaient ceux de leur nation.

93. Non-seulement ceux à qui les marchandises appartiennent, et qui en sont les propriétaires, mais tous ceux aux risques desquels elles sont, peuvent les faire assurer. C'est pourquoi un assureur peut faire réassurer par d'autres les effets qu'il a assurés, et qui sont à ses risques; art. 20. Et il n'importe que la *prime* pour laquelle il les fait réassurer, soit plus au moins forte que celle qu'il a reçue pour l'assurance; art. 21. C'est un gain que fait le premier assureur, si elle est moins forte; et c'est une perte qu'il fait, si elle est plus forte.

Il est évident que ce contrat de *réassurance* ne désoblige pas le premier assureur, envers celui dont il a assuré les effets; il lui donne seulement un recours contre le second assureur, pour être par lui acquitté.

94. L'assureur peut bien faire réassurer⁽²⁾ par un second assureur les effets qu'il a assurés, parce qu'ils sont à ses risques; mais le propriétaire des

(1) Les courtiers d'assurances sont aujourd'hui institués en titre d'office; mais leur ministère n'est pas indispensable pour conclure le contrat d'assurance. *V. art. 74, 77 et 79, C. comm.*

Art. 74: « La loi reconnaît, pour les actes de commerce, des agents intermédiaires; savoir, les agents de change et les courtiers. »

Art. 77: « Il y a des courtiers de marchandises,—Des courtiers d'assurances,—Des courtiers interprètes

« et conducteurs de navires,—Des courtiers de transport par terre et par eau. »

Art. 79: « Les courtiers d'assurances rédigent les contrats ou polices d'assurances, concurremment avec les notaires; ils en attestent la vérité par leur signature, certifient le taux des primes pour tous les voyages de mer ou de rivière. »

(2) *V. art. 342, C. comm., ci-dessus, p. 278, note 2, et 357, p. 295, note 2.*

dits effets, qui les a déjà fait assurer par un premier assureur, ne peut plus les faire assurer par un second assureur, parce qu'ils ne sont plus à ses risques ; il peut seulement faire assurer la solvabilité de son assureur, et le coût de l'assurance, comme nous l'avons vu *suprà*, n°s 33 et 34.

95. Dans le contrat d'assurance, nous contractons ou par nous-mêmes, ou le plus souvent par nos commissionnaires.

Lorsque nos commissionnaires contractent en notre nom, c'est nous qui contractons ; et suivant les principes que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, chap. 1, sect. 1, art. 5, § 5, il semblerait qu'il faudrait dire qu'ils ne font que nous prêter leur ministère, et qu'ils ne contractent eux-mêmes aucune obligation, si cela n'est exprimé. Néanmoins comme les assureurs ne connaissent le plus souvent que les commissionnaires, et ne connaissent point les négociants pour le compte desquels le contrat se fait, l'usage a prévalu, suivant que l'atteste Valin sur l'art. 3, que ces commissionnaires sont censés s'obliger aussi tacitement en leur nom, conjointement et solidairement avec leurs commettants, qui contractent par leur ministère (¹).

A plus forte raison doivent-ils être obligés en leur nom, lorsqu'ils sont désavoués par ceux au nom desquels ils ont contracté.

De là il suit que les commissionnaires étant censés avoir tacitement contracté l'obligation de payer la *prime*, ils ne sont pas déchargés par la déclaration qu'ils font, depuis le contrat, de la personne pour le compte de laquelle ils ont fait assurer.

SECT. II. — DE LA FORME DU CONTRAT D'ASSURANCE MARITIME.

96. Ce contrat, aux termes du droit naturel, et pour qu'il oblige les parties dans le for de la conscience, peut recevoir sa perfection par le seul consentement sur les choses qui font la substance du contrat, sans qu'il soit besoin d'observer aucune forme.

Celles que l'ordonnance prescrit, art. 2 et 3 du *titre des Assurances*, concernent plutôt la preuve qui doit être faite de ce contrat, lorsqu'on en poursuit l'exécution dans les tribunaux, qu'elles ne sont de sa substance (²).

L'ordonnance, art. 2, porte : *Le contrat appelé POLICE D'ASSURANCE, sera rédigé par écrit.*

On peut faire sur cet article deux questions.

La première est de savoir si cette forme que l'ordonnance prescrit par cet article, est requise pour la validité du contrat, ou seulement pour la preuve du contrat ?

Je pense qu'elle n'est requise que pour la preuve du contrat, et que l'ordonnance n'a voulu autre chose, par cet article, sinon que ce contrat, dans le cas auquel les parties en disconviendreraient, ne pût se prouver que par un acte par écrit, et que la preuve testimoniale n'en pût être admise.

Les raisons qui me portent à croire que cette forme que l'ordonnance prescrit, n'est que pour la preuve, et non pour la validité du contrat, sont :

- 1^o Que cette forme est absolument étrangère à la substance du contrat ;
- 2^o Que l'ordonnance ne la requiert pas à *peine de nullité*.

De là il suit que lorsque le contrat n'a pas été rédigé par écrit, et qu'en conséquence il ne peut pas y en avoir de preuve, l'une des parties peut, à défaut

(¹) Cette présomption ne pourrait plus être admise ; il ne saurait y avoir d'action directe contre le commissionnaire, s'il n'a pas contracté en son nom personnel ou comme se portant fort.

(²) V. art. 332, C. comm., ci-dessus, p. 267, note 2.

de preuve, déferer à l'autre le serment décisoire sur la vérité du contrat, et sur les conditions du contrat.

97. La seconde question est de savoir si la disposition de cet article ne doit avoir lieu que dans le cas auquel l'objet du contrat excède la somme de cent livres ?

Valin, sur cet article, est d'avis de cette restriction. Il pense que cet article doit s'interpréter par l'ordonnance de 1667, qui ordonne qu'il sera fait des actes par écrit de toutes choses dont l'objet excède cent livres; et qu'en conséquence, lorsque l'objet du contrat d'assurance maritime n'excède pas cent livres, la preuve testimoniale, à défaut d'écrit, en doit être admise, de même que dans tous les autres contrats dont l'objet n'excède pas cent livres.

L'opinion contraire, qui est celle de l'ancien commentateur, me paraît plus régulière. Nous ne devons point suppléer dans une loi une distinction qu'elle ne fait point : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguerem debemus.* C'est pourquoi l'ordonnance ayant dit en général, que *le contrat d'assurance sera rédigé par écrit*, sans distinguer, comme elle fait à l'égard des autres contrats, par l'ordonnance de 1667, si l'objet excédait, ou non, cent livres, on doit penser qu'elle y a assujetti indistinctement tous les contrats d'assurance maritime, soit que leur objet excède ou n'excède pas cent livres. Si l'intention du législateur n'eût été que d'assujettir ceux dont l'objet excéderait cent livres, il eût été inutile d'en faire une disposition dans cette ordonnance, puisque la loi se trouvait déjà faite par celle de 1667 (¹).

98. On peut faire une troisième question sur cet article, qui est de savoir si la preuve testimoniale d'un contrat d'assurance maritime, qui n'a pas été rédigé par écrit, peut être admise lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, de même qu'elle est admise, en ce cas, par l'ordonnance de 1667, à l'égard de tous les autres contrats ?

J'aurais de la peine à l'admettre. L'ordonnance ayant fait une disposition particulière pour la forme dans laquelle doit être rédigé le contrat d'assurance maritime, elle l'a tirée de la thèse générale des autres contrats. C'est pourquoi ce que l'ordonnance de 1667 permet à l'égard des autres contrats, ne peut s'appliquer à celui-ci. L'ordonnance de la marine ayant, par cet article, assujetti absolument le contrat d'assurance à être rédigé par écrit, en a exclu et interdit toute autre preuve.

Nos décisions sur cette question et sur la précédente sont conformes à l'avis d'un savant magistrat qui a l'expérience de ces matières.

99. *Quid*, si l'une des parties alléguait que le contrat a été rédigé par écrit, mais que l'acte a péri dans un incendie, ou par quelque autre accident ?

Il faudrait avoir recours, en ce cas, au registre de l'assureur, tous les assureurs devant en avoir un.

Mais si le registre avait aussi été enveloppé dans l'incendie ?

Je pense que, en ce cas, l'incendie ou autre accident étant avoué ou justifié, la partie pourrait être admise à la preuve du contrat : car on ne peut pas, en ce cas, lui imputer de n'avoir pas observé l'ordonnance.

100. L'écrit que l'ordonnance prescrit, peut être ou un acte par-devant notaires, ou un acte sous signatures privées ; l'ordonnance, art. 2, permet expressément de le faire *sous signatures privées* (²).

(¹) La décision de Pothier doit être préférée ; mais on pourrait toujours, malgré la solution contraire donnée par Pothier dans le paragraphe suivant, établir le contrat soit par témoins à l'aide d'un commencement de

preuve par écrit, soit par interrogatoire sur faits et articles, soit par la délation du serment.

(²) Ces dernières expressions *sous signatures privées* ne se retrouvent pas dans l'art. 332, C. comm. (V. ci-

Ces actes sont exempts de contrôle, quoique faits devant notaires, suivant un arrêt du 12 août 1732, rapporté dans le commentaire de Valin⁽¹⁾.

Il s'était glissé un abus à l'égard de ces actes. Les courtiers et agents avaient des modèles imprimés de ces actes, dans lesquels il n'y avait à remplir que les noms et qualités du vaisseau, des marchandises, la prime et le nom des parties contractantes, et dans lesquels ils inséraient toutes les clauses qu'ils imaginaient pour favoriser leurs parties. Les assureurs à qui on présentait ces modèles à signer, ne s'informant que de la somme qu'on faisait assurer, et du prix de la prime, les signaient sans faire attention aux clauses qui y étaient insérées, et dont ils n'entendaient pas le sens; ils se trouvaient par ce moyen soumis à des clauses désavantageuses, qu'ils n'avaient pas entendues. Pour remédier à cet abus, l'amirauté du palais a fait un règlement très sage, qui ordonne que toutes les clauses dérogatoires à quelque article de l'ordonnance, ou extraordinaires, dans les polices d'assurances, y seraient écrites à la main, et il défend d'avoir égard à ces clauses, lorsqu'elles seront imprimées⁽²⁾.

Il y a un autre règlement très sage du même siège, du 18 juillet 1759, qui fait défenses à tous courtiers et agents d'assurance, de mettre aucun renvoi sur les polices, qu'en présence et du consentement des parties, par lesquelles ils seront tenus de les faire paraître lors et à l'instant de la passation de la police; comme aussi de faire aucun *avenant* (on donne ce nom aux clauses ajoutées aux polices) auxdites polices, qu'à la suite d'icelles, ou par acte séparé, du consentement et en la présence des parties; lesquels avenants seront signés sur-le-champ par les parties, le tout à peine de nullité des renvois non parafés, et avenants non signés, et de faux contre lesdits courtiers et agents⁽³⁾.

¶¶¶. L'art. 3 de l'ordonnance nous donne le détail de tout ce que doit contenir l'acte qu'on rédige du contrat d'assurance⁽⁴⁾.

La police contiendra :

1^o *Les nom et domicile de celui qui fait assurer;*

2^o *Sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire;*

3^o *Les effets sur lesquels l'assurance era faite;* ce qui s'exprime ainsi : la somme de tant, sur un chargement de tant de pièces; *v. g.* de toiles de Laval.

On doit surtout désigner par la police les marchandises du chargement qu'on fait assurer, qui sont sujettes à coulage, telles que sont les huiles, les vins et autres liquides : c'est ce qui est porté par l'art. 31⁽⁵⁾.

La raison est, que ces marchandises étant sujettes à plus de risques que les autres, les assureurs, qui doivent connaissance des risques dont ils se chargent, doivent être instruits combien il entre dans le chargement, de marchandises de cette espèce. Faute de cette désignation dans la police, le contrat n'est pas pour cela entièrement nul; toute la peine que prononce, en ce cas, l'ordonnance, art. 21, est que, faute de cette désignation, l'assureur ne sera pas tenu des dommages que les tempêtes pourraient causer sur cette espèce de marchandises.

dessus, p. 267, note 2); mais en déclarant que le contrat d'assurance est rédigé par écrit, l'article autorise suffisamment l'emploi des actes sous seing privé pour établir le contrat.

(1) Ce privilége ne subsiste plus. Le contrat d'assurance est soumis à un droit proportionnel d'enregistrement de 1 p. %; et 1/2 p. % en temqs de guerre.

(2) Cette défense n'a pas été maintenue. Toutefois, s'il était établi qu'une

clause dérogatoire, insérée comme clause de style, n'eût pas été réellement comprise par l'une des parties, les juges auraient le droit, et ce serait même pour eux un devoir, de rechercher s'il y a eu consentement valable donné en connaissance de cause.

(3) Même observation.

(4) V. art. 332, C. comm., ci-dessus, p. 267, note 2.

(5) V. art. 355, C. comm., ci-dessus, p. 291, note 2.

Nous apprenons de Valin que les parties dérogeaient à cet article 31, en stipulant, par une clause particulière de la police, que les assureurs *courront les risques sur les marchandises chargées sur le navire, sujettes au coulage, ou non*, sans en faire d'autre désignation.

L'ordonnance, art. 31, dispense de cette désignation les assurances qui se font sur le retour des pays étrangers. La raison est, que ceux qui font assurer le retour, ignorent le plus souvent quelles marchandises on leur enverra en retour.

102. 4^o Le nom du vaisseau. Lorsqu'on fait assurer des marchandises qui partent sur un certain vaisseau, la police doit contenir le nom du vaisseau sur lequel elles sont chargées.

A l'égard des retours qu'on attend des pays étrangers; comme souvent, lorsqu'on les fait assurer, on ignore sur quel vaisseau ces retours sont ou seront chargés, en ce cas la police porte qu'on assure ces retours, *sur quelque vaisseau qu'ils soient chargés*.

Lorsqu'on a assuré des marchandises qui partent sur un certain vaisseau, et qu'on s'est trompé sur le nom du vaisseau sur lequel elles sont chargées, auquel, par erreur, on a donné le nom d'un autre vaisseau, la police est nulle.

Par exemple, si voulant assurer un chargement que j'ai sur le vaisseau *l'Alcide*, je fais avec des assureurs une police d'assurance, où il est dit que ce chargement est sur le vaisseau *le Lys*, l'assurance sera nulle: car, en ce cas, les assureurs ne courront les risques ni du vaisseau *le Lys*, puisque ce n'est pas sur ce vaisseau qu'est mon chargement; ni du vaisseau *l'Alcide* sur lequel est mon chargement, puisque ce vaisseau n'est pas celui qui est nommé par la police, et dont ils ont entendu assurer le chargement.

Mais si l'erreur qui se trouve dans la police sur le nom du vaisseau, est une erreur légère qui n'empêche pas de le reconnaître, cette erreur n'empêche pas le contrat d'être valable. C'est ce qui a été jugé par arrêt du Parlement d'Aix du 2 mai 1750, cité par Valin, dans l'espèce d'un chargement assuré sur le brigantin *le Lion heureux*, désigné par la police sous le nom seulement du brigantin *l'Heureux*. En général, *Error nominis navis non attenditur, quandò aliis conjecturis constat de identitate navis*. Cela est conforme à la décision de plusieurs lois, qui disent qu'*Error nominis non nocet, quum de re constat*.

103. L'assurance serait aussi nulle, si, voulant faire assurer des effets que j'avais sur une pinque ou une barque, j'avais, par la police d'assurance, donné à ce petit bâtiment le nom de *navire*; car, quoique le terme de *navire*, dans la signification étendue, comprenne tous les bâtiments, petits et grands, qui naviguent sur la mer, néanmoins, en fait de contrats d'assurance, on n'entend par *navires* que les grands bâtiments qui sont à trois mâts; et l'assureur peut dire, en ce cas, qu'il entendait assurer un navire, et qu'il n'eût pas voulu assurer une barque.

5^o Le nom du maître peut être absolument nécessaire, lorsqu'il se trouve plusieurs vaisseaux du même nom, afin de désigner le vaisseau assuré, en le distinguant de ceux qui ont le même nom.

Hors ce cas, si le vaisseau était suffisamment connu et désigné sans le *nom du maître*, je ne crois pas que l'omission du nom du maître dût annuler le contrat: car, quoique les assureurs aient quelque intérêt de savoir quel est le maître du vaisseau du risque duquel ils se chargent, y ayant des maîtres dans lesquels ils peuvent avoir plus ou moins de confiance; néanmoins rien n'empêche que des assureurs puissent convenir de se charger des risques à courir sur un vaisseau, quel que soit le capitaine qui le commande.

104. Mais si la police portait le nom d'un autre capitaine que celui qui commande le vaisseau, il y aurait plus lieu de soutenir que cette erreur rend nulle l'assurance: les assureurs peuvent dire qu'ils ne se sont portés à assurer que

par la confiance de l'habileté du capitaine nommé par la police, et qu'ils n'auraient pas voulu assurer, du moins au même prix, s'ils eussent su que c'était un autre qui commandait le vaisseau.

105. Cette disposition, qui porte que la police contiendra le nom du navire et celui du maître, est faite pour les chargements qui se font en Europe. Mais lorsque j'attends des marchandises des pays éloignés, *puta*, des Echelles du Levant, ou des côtes d'Afrique, qui doivent y être chargées pour de là m'être envoyées en Europe, l'ordonnance, art. 4, me permet de les faire assurer, sur quelque navire qu'elles puissent être, sans désignation du navire, ni du maître, par la police. La raison est, que ceux qui ont des effets dans des pays éloignés, ignorent ordinairement par quel navire on les leur enverra, et encore plus par quel capitaine. Or on ne peut être obligé à l'impossible (1).

L'ordonnance veut seulement, par la fin de cet article, que la police, en ce cas, contienne le nom de la personne à qui les effets doivent être *consignés*, c'est-à-dire adressés. Mais nous apprenons de Valin, que cela ne s'observe pas, parce que souvent nous ignorons aussi, lorsque nous les faisons assurer, à qui ils seront adressés.

106. 6^e *Le nom du lieu où les marchandises auront été ou devront être chargées, c'est-à-dire du havre d'où le vaisseau devra partir, ou sera parti.*

7^e *Des ports où il devra charger et décharger, et de tous ceux dans lesquels il devra entrer.*

107. 8^e *Le temps auquel les risques commenceront et finiront.* Il n'est besoin d'exprimer ce temps que dans le cas auquel, par une convention particulière, les parties ont voulu s'écartez en quelque chose de la disposition de l'art. 5 du tit. *des Assurances*, et de l'art. 13 du tit. *des Contrats à la grosse*, sur le temps des risques. Faute d'insérer cette convention dans la police, si les parties en disconviennent, le temps des risques se réglera suivant l'art. 13 du titre ci-dessus cité.

108. 9^e *Les sommes qu'on entend assurer.*

10^e *La prime, ou le coût de l'assurance.*

11^e *La soumission des parties aux arbitres.* Ceci n'est dit que parce qu'il est d'usage que la police contienne cette soumission. L'ordonnance n'a pas néanmoins prétendu y assujettir les parties à peine de nullité; elle suppose au contraire en l'art. 70 du tit. *des Assurances*, qu'il peut y avoir des polices qui ne contiennent pas cette soumission.

12^e *Et généralement toutes les autres conditions dont elles voudront convenir.*

Faute de cela, ces conditions, si les parties en disconviennent, seront réputées comme n'ayant pas été convenues, ne pouvant être justifiées que par la police.

109. L'ordonnance ne requiert pas que l'estimation des marchandises qu'on fait assurer, soit faite par la police, parce qu'il est facile de la faire d'ailleurs par les factures et les livres.

L'art. 64 suppose que souvent elle ne se fait pas par la police: mais, suivant l'art. 8, « si l'assurance est faite sur le corps et quille du vaisseau, ses agrès, « apparaux, armement et victuailles, l'estimation en sera faite par la police; « sauf à l'assureur, en cas de fraude, etc. (2). »

(1) V. art. 337, C. comm.

Art. 357: « Les chargements faits « aux échelles du Levant, aux côtes « d'Afrique et autres parties du monde, « pour l'Europe, peuvent être assurés, « sur quelque navire qu'ils aient lieu, « sans désignation du navire ni du ca- « pitaine. — Des marchandises elles-

« mêmes peuvent, en ce cas, être as- « surées sans désignation de leur na- « ture et espèce. — Mais la police doit « indiquer celui à qui l'expédition est « faite ou doit être consignée, s'il n'y a « convention contraire dans la police « d'assurance. »

(2) Cette disposition particulière n'a

Néanmoins, si on avait manqué à faire cette estimation par la police, l'assurance ne laisserait pas d'être valable, comme l'observe Valin sur cet article, l'ordonnance ne la prescrit pas à peine de nullité; et il y a lieu de penser qu'elle n'en parle qu'en *enuntiativè*, parce qu'on ne manque pas ordinairement à faire cette estimation, et que le seul objet de la disposition de cet article, est de permettre aux assureurs la preuve de l'iniquité de l'estimation portée par la police, lorsqu'ils la soutiennent frauduleuse; chose dont on aurait pu douter, parce qu'ils paraissent avoir consenti cette estimation.

110. L'art. 9 prescrit la forme de la police d'une espèce particulière d'assurance, qui est celle pour la liberté des personnes (1): il y est dit que « ces polices contiendront le nom, le pays, la demeure, l'âge et la qualité de celui qui se fait assurer (tout ceci n'est requis que pour constater la personne qui s'est fait assurer; c'est pourquoi l'omission de quelques-unes de ces choses n'annule pas la police, lorsque la personne est d'ailleurs constante); le nom du navire, du havre d'où il doit partir, et celui de son dernier reste (c'est-à-dire du terme de sa navigation); la somme qui sera payée en cas de reprise, tant pour la rançon, que pour les frais du retour; à qui les deniers en seront fournis, et sous quelle peine. »

Sur les cas auxquels on aurait omis par la police quelques-unes de ces choses. Voyez *infra*, chap. 3, sect. 1, art. 3.

111. Les art. 68 et 69 concernent aussi la forme des polices d'assurance; le 68 défend aux officiers qui les passent, d'y laisser des blancs, à peine de tous dommages et intérêts (2); le 69 leur enjoint de les enregistrer dans un registre destiné pour cela, parafé en chaque feuillet par le lieutenant de l'Amirauté (3).

CHAPITRE III.

Des obligations tant des assureurs que des assurés, et des actions qui en naissent.

SECT. 1^{re}.—DES OBLIGATIONS DES ASSUREURS, QUI NAISSENT DE LA NATURE DU CONTRAT, ET DES ACTIONS QU'ELLES PRODUISENT.

112. Les assureurs contractent par le contrat d'assurance, deux espèces d'obligations envers l'assuré.

La première, est de payer à l'assuré la somme assurée, portée par la police, en cas de perte totale, ou presque totale des choses assurées, par quelque accident de force majeure, à la charge que l'assuré leur fera l'abandon de ce qui peut rester des choses assurées, et de tous ses droits par rapport auxdites choses.

La seconde, est d'indemniser seulement l'assuré des avaries arrivées par

pas été maintenue, il y a lieu dans ce cas d'appliquer la disposition générale de l'art. 339, C. comm.

Art. 339: « Si la valeur des marchandises n'est point fixée par le contrat, elle peut être justifiée par les factures ou par les livres: à défaut, l'estimation en est faite suivant le prix courant au temps et au lieu du

chargement, y compris tous les droits payés et les frais faits jusqu'à bord. »

(1) Les assurances pour la liberté des personnes ne sont plus en usage. V. ci-après, p. 318, note 1.

(2) « Le contrat d'assurance ne peut contenir aucun blanc. » Art. 332.

(3) Disposition abrogée.

quelque accident de force majeure sur les choses assurées, ou par rapport aux-dites choses.

On appelle *avaries* ⁽¹⁾, dont les assureurs sont tenus, tous les dommages causés par quelque accident de force majeure aux choses assurées, quoique cet accident n'ait pas causé la perte totale ou presque totale; et toutes les dépenses extraordinaires auxquelles quelque accident de force majeure a donné lieu par rapport aux choses assurées.

Ce principe paraît résulter de la généralité des termes de l'art. 26, qui charge les assureurs de toutes les pertes et dommages causés par des fortunes de mer. Il y en a qui prétendent que cet article ne les charge pas de toutes les dépenses extraordinaires auxquelles les fortunes de mer et accidents de force majeure peuvent donner lieu, mais seulement des pertes et dommages causés dans les effets assurés; *Voyez* ce que nous en avons déjà dit *suprà*, n° 49.

113. La faillite de l'assuré qui n'a pas payé la *prime* arrivée durant le temps des risques, ne décharge pas de plein droit les assureurs de ces obligations; mais ils peuvent, durant le temps des risques, s'en faire décharger, en demandant la résolution du contrat; si mieux n'aime l'assuré, ou ses créanciers, leur donner bonne et suffisante caution pour le paiement de la *prime* ⁽²⁾: car il n'est pas juste que les assureurs courent les risques, s'ils ne sont assurés d'en recevoir le prix.

Lorsque les assureurs n'ont assuré que le retour des marchandises, la faillite de l'assuré ne leur donne pas lieu de demander la résolution du contrat ⁽³⁾; parce qu'ils ont une sûreté suffisante pour le paiement de leur *prime*, par le privilège qu'ils ont sur les marchandises, en cas d'heureux retour; et en cas de perte, ils en font déduction sur la somme assurée qu'ils doivent.

Outre ces deux espèces d'obligations, qui naissent de la nature du contrat d'assurance, il y en a d'autres qui naissent de la bonne foi qui doit régner dans ce contrat. Nous traiterons séparément de ces obligations.

ART. I^{er}. — De l'obligation de payer la somme assurée.

114. La principale obligation que contractent les assureurs, est, comme nous l'avons dit, celle de payer la somme assurée, en cas de perte totale ou presque totale des choses assurées.

De cette obligation naît une action personnelle qu'a l'assuré contre les assureurs pour exiger d'eux le paiement de cette somme, à la charge qu'il leur fera l'abandon mentionné ci-dessus.

Sur cette obligation, et sur l'action qui en naît, nous verrons dans un premier paragraphe, quelles sont les causes qui y donnent ouverture.

Nous verrons ensuite quelles sont les choses qui sont préalables à cette action, telles que sont la signification que l'assuré doit faire aux assureurs, de la nouvelle qu'il a eue de la perte des effets assurés; ce qui fera la matière du second paragraphe.

⁽¹⁾ V. art. 397, C. comm.

Art. 397: « Toutes dépenses extraordinaires faites pour le navire et les marchandises, conjointement ou séparément.—Tout dommage qui arrive au navire et aux marchandises, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargeement, —Sont réputés avaries. »

⁽²⁾ V. art. 346, C. comm.

Art. 346: « Si l'assureur tombe en

faillite lorsque le risque n'est pas encore fini, l'assuré peut demander caution, ou la résiliation du contrat. —L'assureur a le même droit en cas de faillite de l'assuré. »

⁽³⁾ L'art. 346, C. comm., précité (V. la note précédente), ne fait aucune distinction à cet égard, et malgré les raisons données par Pothier, il est doux que l'on puisse adopter la solution qu'il propose.

Le délaissement que l'assuré doit faire aux assureurs, fera celle du troisième.

La déclaration que l'assuré doit faire de toutes les assurances qu'il a fait faire, et de l'argent qu'il a pris à la grosse sur les effets assurés, fera la matière du quatrième.

La signification des pièces justificatives de la quantité et de la valeur des effets assurés, fera celle du cinquième.

Nous verrons dans le sixième, quelles sont les exceptions que les assureurs peuvent opposer contre cette action.

Nous traiterons dans le septième, de la condamnation qui intervient sur cette action, du terme qu'ont les assureurs pour le paiement de la somme assurée, et des déductions qu'ils peuvent faire.

§ 1^{er} Quelles sont les causes qui donnent ouverture à cette obligation ; et de l'action qui en naît.

115. Ce sont les accidents de force majeure qui causent une perte totale ou presque totale des choses assurées, qui donnent ouverture à cette action, et à l'abandon ou délaissement que l'assuré doit faire pour y être admis.

Nous apprenons de l'art. 46, quels sont ces cas (¹) ; il y est dit : « Ne pourra « le délaissement être fait qu'en cas de prise, naufrage, bris, échouement, arrêt de prince, ou perte entière des effets assurés ; et tout autre dommage ne sera réputé qu'avarie, qui sera réglée entre les assureurs et les assurés, à proportion de leur intérêt. »

L'ordonnance rapporte en premier lieu la *prise du vaisseau*. Il est évident que c'est là un accident qui cause une perte totale des choses assurées, et qui donne ouverture à l'action.

Il n'importe que la prise soit juste ou injuste, et qu'il y ait quelque lieu d'en espérer en conséquence la restitution ; car la perte n'en est pas moins née pour le présent, ce qui suffit pour donner ouverture à l'action ; et les assureurs ne peuvent prétendre autre chose que le délaissement que l'assuré leur fera de ses droits, pour en poursuivre à sa place et à leurs risques la restitution.

(¹) V. art. 369, 370 et 371, C. comm.

Art. 369 : « Le délaissement des objets assurés peut être fait,—En cas de prise,—De naufrage,—D'échouement avec bris,—D'innavigabilité par fortune de mer,—En cas d'arrêt d'une puissance étrangère,—En cas de perte ou détérioration des effets assurés, si la détérioration ou la perte va au moins à trois quarts. — Il peut être fait, en cas d'arrêt de la part du gouvernement, après le voyage commencé. »

Art. 370 : « Il ne peut être fait avant le voyage commencé. »

Art. 371 : « Tous autres dommages sont réputés avaries, et se règlent, entre les assureurs et les assurés, à raison de leurs intérêts. »

V. aussi art. 389 à 392, C. comm.

Art. 389 : « Le délaissement à titre d'innavigabilité ne peut être fait, si

« le navire échoué peut être relevé, réparé, et mis en état de continuer sa route pour le lieu de sa destination. — Dans ce cas, l'assuré conserve son recours sur les assureurs, pour les frais et avaries occasionnés par l'échouement. »

Art. 390 : « Si le navire a été déclaré innavigable, l'assuré sur le chargement est tenu d'en faire la notification dans le délai de trois jours de la réception de la nouvelle. »

Art. 391 : « Le capitaine est tenu, dans ce cas, de faire toutes diligences pour se procurer un autre navire à l'effet de transporter les marchandises au lieu de leur destination. »

Art. 392 : « L'assureur court les risques des marchandises chargées sur un autre navire, dans le cas prévu par l'article précédent, jusqu'à leur arrivée et leur déchargement. »

116. L'ordonnance rapporte ensuite les cas de *naufrage*, *bris* et *échouement*.

De là naît la question de savoir si toutes les fois qu'il y a eu *naufrage* ou *échouement*, il y a indistinctement ouverture à cette action, ou s'il n'y a ouverture à l'action que dans le cas auquel ces accidents du *naufrage* ou de l'*échouement* auraient causé une perte totale des effets assurés?

Je crois que la seule et véritable cause qui donne ouverture à la demande de toute la somme assurée, est la perte totale ou presque totale des effets assurés (2), qui arrive par quelque accident de force majeure; et que les pertes et dommages de partie ne sont que des avaries, qui ne donnent lieu qu'à la seconde espèce d'obligation. C'est pourquoi le *naufrage*, l'*échouement*, ainsi que les autres espèces d'accidents de force majeure mentionnés en cet article, n'y sont rapportés comme les causes qui donnent ouverture à la demande de la somme assurée, que parce que ce sont les causes les plus ordinaires de la perte totale ou presque totale des effets assurés. Mais lorsque le *naufrage* ou l'*échouement* n'a pas causé cette perte totale ou presque totale, les effets assurés ayant été sauvés en grande partie, il n'y a pas lieu à la demande de la somme assurée; et l'assuré ne peut demander qu'un dédommagement, comme d'une simple avarie.

117. A l'égard du *bris*, quand c'est le vaisseau qui a été assuré, il est évident que lorsque ce vaisseau a été brisé sur une côte, où il a été jeté par l'imprévisibilité d'une tempête, ce bris étant une perte totale du vaisseau, donne lieu à l'action pour demander la somme assurée, à la charge par l'assuré de faire le délaissément des débris.

Cela doit s'entendre du cas auquel le vaisseau a été entièrement brisé. S'il n'avait été qu'endommagé, et qu'il pût être radoubé, ce ne serait qu'une avarie, et il n'y aurait pas lieu à cette action. Mais quoique le vaisseau n'ait pas été entièrement brisé, et qu'il fût en état, avec un radoub, de continuer sa route; si néanmoins, dans le fait, faute de trouver sur le lieu où il est échoué, les matériaux et les ouvriers nécessaires, il n'a pu être radoubé, ni continuer sa route, il y aura lieu à l'action pour demander la somme assurée, de même que si le vaisseau eût été entièrement brisé: car c'est à une fortune de mer, dont les assureurs sont garants, qu'on doit attribuer l'*échouement* du vaisseau en un lieu où on n'a pu le radoubé.

Il y a plus de difficulté lorsque le vaisseau n'a pu être radoubé que parce que le capitaine n'avait ni argent, ni crédit sur le lieu, pour le faire radoubé. Néanmoins M. Valin pense que, même en ce cas, il y a ouverture à l'action pour demander la somme assurée, et qu'on doit encore attribuer à fortune de mer que le vaisseau ait été jeté dans un lieu où le capitaine n'avait pas de connaissances (1).

En cas de bris de vaisseau, lorsque c'est le chargement qu'on a assuré, il n'y a ouverture à cette action, comme aussi dans le cas d'*échouement* simple, que lorsque l'accident a causé une perte totale ou presque totale des marchandises. Si elles ont été sauvées en grande partie, le dommage qu'a souffert l'assuré, n'est qu'une avarie, qui ne donne lieu qu'à la seconde espèce d'obligation.

(1) On peut prendre pour base d'appréciation la règle posée par l'art. 369 (V. la note précédente), à l'égard de la perte ou détérioration des effets assurés qui donne lieu au délaissément si la détérioration ou la perte va au moins à trois quarts.

(2) A la charge de constater qu'il n'a

pu être fait d'emprunt à la grosse. V. art. 394, C. comm.

Art. 394: « Si dans les délais prescrits par l'art. 387, le capitaine n'a pu trouver de navire pour regagner les marchandises et les conduire au lieu de leur destination, l'assuré peut en faire le délaissément. »

118. L'article de l'ordonnance rapporte ensuite l'arrêt du Prince; ce qu'il faut entendre suivant les distinctions expliquées *suprà*, n^os 56 et suiv.

Enfin il ajoute, *ou perte entière des effets assurés*; ce qui comprend tous les accidents de force majeure, quels qu'ils soient, par lesquels *cette perte entière* est arrivée, *putà*, le feu, le pillage, etc.

Ces termes de *perte entière*, ne doivent cependant pas être entendus rigoureusement et trop littéralement. Il y a, selon Valin, *perte entière des effets assurés*, non-seulement lorsque tous, ou presque tous les effets assurés ont été pris, ou ont été perdus dans la mer, mais même lorsque lesdites choses, quoique restées dans le vaisseau, ou sauvées à terre, sont toutes, ou presque toutes si considérablement endommagées, que leur valeur en soit diminuée de plus de moitié : car on dit, dans l'usage de parler ordinaire, que des marchandises qui sont aussi considérablement endommagées, sont des marchandises *perdues* : d'où il suit que lorsque toutes, ou presque toutes les marchandises assurées se trouvent en cet état, c'est une *perte entière* que l'assuré souffre de ses marchandises.

Il en serait autrement, selon Valin, si de trois ballots de marchandises qu'un marchand a fait assurer, il y en avait deux de péris entièrement, et un resté sain et sauf. Il n'y a pas en ce cas ouverture à l'action pour demander la somme assurée : car la perte que l'assuré a soufferte, est, à la vérité, une perte de la partie la plus considérable des marchandises assurées ; mais on ne peut pas dire que ce soit *une perte entière*, puisqu'il reste un ballot sain et sauf, ou peu endommagé, qui en est une partie considérable, quoique la moindre. L'assureur ne sera donc tenu, en ce cas, que de payer le prix des deux ballots qui sont péris, et du peu de dommage causé au troisième, s'il y en a ; mais il ne sera pas obligé de payer la somme entière qu'il a assurée, et d'accepter le délaissé des trois ballots (¹).

119. Pour qu'il y ait ouverture à l'action qu'a l'assuré pour demander la somme assurée, et pour qu'il puisse l'intenter et faire son délaissé, il ne suffit pas que quelqu'un des accidents qui y donnent ouverture, soit arrivé ; il faut qu'on en ait eu nouvelle.

Il y a néanmoins un cas auquel la seule présomption de la perte du vaisseau donne ouverture à l'obligation de payer la somme assurée, et à l'action qui en naît, quoiqu'on n'ait eu aucune nouvelle de la perte, et même quoique le vaisseau ne soit peut-être pas pérí.

Ce cas est rapporté en l'art. 58 (²), qui dit : « Si l'assuré ne reçoit aucune nouvelle de son navire, il pourra, après l'an expiré, à compter du jour du dé-

(¹) L'art. 372, C. comm., semble rejeter cette décision.

Art. 372 : « Le délaissément des objets assurés ne peut être partiel ni conditionnel.—Il ne s'étend qu'aux effets qui sont l'objet de l'assurance et du risque. »

(²) V. articles 375 et 376, Code commerce.

Art. 375 : « Si, après un an expiré, à compter du jour du départ du navire, ou du jour auquel se rapportent les dernières nouvelles reçues, pour les voyages ordinaires,—Après deux ans pour les voyages de long cours,—L'assuré déclare n'avoir

« reçu aucune nouvelle de son navire, il peut faire le délaissément à l'assureur, et demander le paiement de l'assurance, sans qu'il soit besoin d'attestation de la perte.—Après l'expiration de l'an ou des deux ans, l'assuré a, pour agir, les délais établis par l'article 373. » (V. ci-après, p. 325, note 2.)

Art. 376 : « Dans le cas d'une assurance pour temps limité, après l'expiration des délais établis, comme ci-dessus, pour les voyages ordinaires et pour ceux de long cours, la perte du navire est présumée arrivée dans le temps de l'assurance. »

« part pour les voyages ordinaires, et après deux ans pour ceux de long cours,
« faire son délaissé aux assureurs, et leur demander paiement, sans qu'il
« soit besoin d'aucune attestation de la perte. »

Pour qu'il y ait lieu à la présomption de cet article, il faut non-seulement que l'assuré n'ait eu aucunes nouvelles de son navire, il faut que personne n'en ait eu : si les assureurs en ont eu, ou s'ils peuvent justifier que d'autres personnes en ont eu, l'assuré sera débouté de sa demande.

120. Le temps d'un an ou de deux ans, dont le laps donne lieu à la présomption de cet article, se compte du jour du départ du navire, lorsqu'on n'a au aucunes nouvelles du navire depuis son départ. Lorsqu'on en a eu, le temps ne se compte que du jour de la réception (1) des dernières nouvelles.

121. Il y a lieu à la présomption de cet article, quand même l'assurance aurait été faite pour un temps limité. L'assuré étant fondé, sur la présomption de cet article, dans sa demande de la somme assurée, les assureurs ne peuvent s'en défendre qu'en excitant que la perte du navire n'est arrivée qu'après l'expiration du temps porté par la police d'assurance : mais c'est à eux à le justifier, suivant la maxime, *Incumbit onus probandi ei qui dicit*, et suivant celle-ci, *Reus excipiendo fit actor*.

Valin, sur cet article, rapporte un arrêt du conseil de 1749, qui a cassé deux arrêts du Parlement de Provence qui avaient jugé le contraire, comme ayant jugé contre la disposition de cet article de l'ordonnance.

122. L'art. 59 nous apprend quels sont les voyages qui sont appellés *de long cours* (2). Il dit que ce sont ceux de France en Moscovie (3), Groënland, Canada, et autres côtes et îles de l'Amérique; au Cap-Vert, aux côtes de Guinée, et dans tous les autres endroits au delà du Tropique.

L'ordonnance du 18 novembre 1740, répute voyages *de long cours*, tous ceux qui se font sur l'Océan, au delà des détroits de Gibraltar et du Sund.

§ II. De la signification que l'assuré doit faire aux assureurs, de l'accident qui a causé la perte des effets assurés.

123. L'accident qui a causé la perte des effets assurés, étant le fondement de la demande de la somme assurée, que l'assuré intente, ou se propose d'intenter contre les assureurs, et tout demandeur étant obligé de fonder sa demande, c'est avec raison que l'ordonnance, art. 24, prescrit cette formalité (4): « Lorsque l'assuré aura eu avis de la perte du vaisseau ou des marchandises assurées, de l'arrêt du prince, et d'autres accidents étant aux risques des assureurs, il sera tenu de leur faire incontinent signifier, ou à celui qui

(1) L'art. 375 précité (V. la note précédente) a rejeté cette décision ; le temps se compte du jour non de la réception des dernières nouvelles, mais du jour auquel se rapportent les dernières nouvelles reçues.

(2) V. art. 377, C. comm.

Art. 377 : « Sont réputés voyages de long cours ceux qui se font aux Indes orientales et occidentales, à la mer Pacifique, au Canada, à Terre Neuve, au Groenland, et aux autres côtes ou îles de l'Amérique méridionale et septentrionale, aux Açores, aux Canaries, à Madère, et dans toutes

les côtes et pays situés sur l'Océan, au delà des détroits de Gibraltar et du Sund. »

(3) Les voyages de France en Russie ou Moscovie ne sont plus réputés voyages de long cours.

(4) V. art. 374, C. comm.

Art. 374 : « Dans le cas où le délaissé peut être fait, et dans le cas de tous autres accidents au risque des assureurs, l'assuré est tenu de signifier à l'assureur les avis qu'il a reçus. — La signification doit être faite dans les trois jours de la réception de l'avis. »

« aura signé pour eux l'assurance, avec protestation de faire son délaissement « en temps et lieu. »

L'assuré peut faire cette signification, quand même l'avis qu'il a eu ne serait pas bien certain : car, quoique par la suite il se trouvât faux, il n'en résulterait rien, sinon que la signification aurait été inutile.

124. L'ordonnance dit que l'assuré doit faire cette signification *incontinent* ⁽¹⁾ : effectivement la bonne foi l'oblige de ne rien laisser ignorer aux assureurs de ce qui concerne l'assurance. Néanmoins l'assuré n'est sujet à aucune peine, faute d'avoir fait cette signification *incontinent*, si les assureurs n'en ont rien souffert ; et il lui suffit de la faire par son exploit de demande.

125. L'assuré peut faire cette signification, quoiqu'il n'ait pas encore pris sa résolution sur le parti qu'il avisera, ou de demander la somme assurée, en délaissant les effets assurés, ou de donner une simple demande en dédommagement ; et en ce cas il fait cette signification, avec protestation de faire son délaissement en temps et lieu : au moyen de quoi il demeure en son pouvoir de ne le pas faire, s'il trouve qu'il ne soit pas de son intérêt de le faire ⁽²⁾.

Cela n'empêche pas l'assuré de travailler au recouvrement des effets naufragés, en attendant qu'il ait pris son parti ; sauf à en compter aux assureurs, s'il fait le délaissement ; art. 45 ⁽³⁾.

126. Lorsque l'assuré est décidé à demander la somme assurée et à faire son délaissement, il n'a pas besoin de faire une protestation. Il peut en ce cas, en signifiant aux assureurs la perte des effets assurés, faire en même temps et par même charte son délaissement, et demander la somme assurée ; art. 43 ⁽⁴⁾.

127. Ces significations peuvent se faire, suivant l'art. 24, à celui qui a signé l'assurance pour les assureurs (c'est-à-dire à leur préposé), aussi bien qu'aux assureurs ⁽⁵⁾.

Il y a à Marseille un usage particulier pour la forme de cette signification ⁽⁶⁾. L'assuré, aussitôt qu'il a appris la perte de son vaisseau, ou des effets qu'il a

(¹) L'art. 374 fixe un délai déterminé de trois jours, ce qui lève toute difficulté, mais il faut ajouter le délai à raison de la distance.

(²) Aussi l'art. 374 dit-il *dans le cas où le délaissement peut être fait*. La signification n'engage pas l'assuré ; alors même qu'il n'aurait fait aucune protestation, il conserve son droit d'option ; toutefois il est prudent, si l'option n'est pas déclarée dans l'acte même, d'énoncer la réserve de délaisser. *V. art. 378, C. comm.*

Art. 378 : « L'assuré peut, par la signification mentionnée en l'art. 374 (*V. ci-dessus, p. 314, note 4*), ou faire le délaissement avec sommation à l'assureur de payer la somme assurée dans le délai fixé par le contrat, ou se réservrer de faire le délaissement dans les délais fixés par la loi. »

(³) *V. art. 381, C. comm.*

Art. 381 : « En cas de naufrage ou

« d'échouement avec bris, l'assuré « doit, sans préjudice du délaissement « à faire en temps et lieu, travailler « au recouvrement des effets naufragés. — Sur son affirmation, les frais de « recouvrement lui sont alloués jusqu'à « concurrence de la valeur des effets « recouvrés. »

(⁴) C'est la décision admise par l'art. 378 précité qui autorise l'assuré à faire le délaissement par le même acte contenant la signification. *

(⁵) L'art. 374, *C. comm. (V. ci-dessus, p. 314, note 4)*, exige que la signification soit faite à l'assureur, ce qui ne permet de la faire ni à ses préposés, ni à un domicile autre que celui de l'assureur, s'il n'y a eu domicile expressément élu à cet effet par le contrat d'assurance.

(⁶) Tous ces usages locaux sont abolis au moins comme prescription légale.

fait assurer, se présente à la chambre du commerce avec la lettre d'avis qu'il en a reçue, pour y faire la déclaration de sa perte. Si la pièce que l'assuré présente est reconnue suffisante pour la constater, la chambre du commerce reçoit sa déclaration ; on enregistre la pièce sur laquelle la déclaration est faite ; on la parafe. L'assuré présente les polices ; on y certifie au bas des signatures la déclaration faite à la chambre, et le jour qu'elle a été faite. Cette déclaration ainsi faite tient lieu de signification ; et l'assuré peut, trois mois après, sur le certificat de cette déclaration, poursuivre le recouvrement de la perte.

Cet usage, qui est suivi à Marseille, paraît s'écarte de la disposition de l'ordonnance ; et je ne pense pas que cette forme dût être admise ailleurs. L'ordonnance ayant requis une signification, elle doit être faite juridiquement par un huissier, à personne ou à domicile ; et il n'y a que la reconnaissance que donnerait l'assureur qu'il a été averti de la perte, qui puisse équiper à cette signification.

§ III. *Du délaissement.*

128. Pour que l'assuré puisse demander la somme assurée, lorsqu'il y a ouverture à l'action, il est préalable qu'il fasse signifier aux assureurs le *délaissement* (1) qu'il leur fait de ce qui reste des effets assurés, et de tous ses droits par rapport auxdits effets.

Ce délaissement doit être de tout ce qui a été assuré par la police d'assurance.

« On ne pourra faire délaissement d'une partie et retenir l'autre (2) ; art. 47. »

Par exemple, si j'ai fait assurer par une même police d'assurance une somme de quinze mille livres sur un chargement que j'avais eu sur un vaisseau, consistant en un certain nombre de caisses de sucre de valeur de cinq mille livres, et en un certain nombre de caisses d'indigo de valeur de dix mille livres ; que ce chargement ait péri par un naufrage, d'où l'on n'a pu retirer que quelques caisses de sucre et d'indigo considérablement endommagées ; je ne puis pas demander aux assureurs la somme de dix mille livres, valeur des indigos que j'ai fait assurer, aux offres de leur délaisser ce qui en a été sauvé, et retenir ce qui a été sauvé des sucre, en me réservant de me faire dédommager par eux de ce qui en est péri, et de ce qui est endommagé : mais je dois faire le délaissement de tout ce qui a été sauvé du chargement, tant des sucre que des indigos, et demander la somme entière des quinze mille livres ; ou, sans rien délaisser, ne demander qu'un simple dédommagement, tant pour les indigos que pour les sucre (3).

(1) V. art. 379, C. comm.

Art. 379 : « L'assuré est tenu, en faisant le délaissement, de déclarer toutes les assurances qu'il a faites ou fait faire, même celles qu'il a ordonnées, et l'argent qu'il a pris à la grosse, soit sur le navire, soit sur les marchandises ; faute de quoi, le délai du paiement, qui doit commencer à courir du jour du délaissement, sera suspendu jusqu'au jour où il fera notifier ladite déclaration, sans qu'il en résulte aucune prorogation du délai établi pour former l'action en délaissement. »

(2) V. art. 372, C. comm., ci-dessus, p. 313, note 1.

(3) Cette solution qui est exacte ne détruit-elle pas la décision donnée plus haut (n° 118) à l'égard de trois caisses dont deux ont péri et une a été sauvée. Dans les deux cas le délaissement ne doit-il pas être entier. Il est vrai qu'au n° 118, dans l'espèce tirée de Valin, le ballot trouvé est supposé sain et sauf, mais cette circonstance n'a rien de décisif si l'on admet que les ballots étaient tous d'égale valeur, comme aussi dans l'espèce actuelle prévue par Pothier, la solution ne serait pas différente, alors même que l'on supposerait que quelques-unes des caisses ont été également retirées saines et sauvées. Il y a, dans les deux cas, même raison de décider.

129. Il en serait autrement si j'avais fait assurer ces effets par différents contrats ou différentes polices d'assurance, quoique par les mêmes assureurs.

Par exemple, si par une police d'assurance je me suis fait assurer une somme de cinq mille livres pour un chargement de sucre sur un tel vaisseau, de valeur d'autant; et par une autre police, une somme de dix mille livres pour un chargement d'indigo sur le même vaisseau, de valeur d'autant, il n'est pas douteux, en ce cas, que je puis demander la somme de dix mille livres, assurée par l'une de ces polices, en faisant le délaissage de tous les indigos, et retenir les sucre que j'ai fait assurer par l'autre police. Ce n'est pas, en ce cas, délaisser pour partie et retenir pour partie, puisque je délaissé tout ce qui est contenu dans une police.

A plus forte raison, si je n'avais fait assurer que les indigos, et que je n'eusse pas fait assurer les sucre, ou que je les eusse fait assurer par d'autres assureurs, je ne serais obligé de délaisser que ce qui est resté des indigos, et je ne serais pas obligé de leur délaisser les sucre.

130. Lorsque je n'ai fait assurer que pour partie mon chargement je ne suis obligé de faire le délaissage de ce qui en est resté, que pour cette partie.

Par exemple, si j'ai fait assurer une somme de vingt mille livres sur un chargement de la valeur de trente mille livres, qui est péri, je ne dois délaisser aux assureurs ce qu'on en pourra sauver, que pour les deux tiers, et je le partagerai avec eux pour un tiers. Ce n'est point en ce cas délaisser pour partie; c'est un délaissage total, puisqu'il est fait pour le total de la perte assurée, et que la partie que je retiens est pour celle qui n'était pas assurée, dans laquelle les assureurs n'ont aucun droit, puisqu'elle n'était pas à leurs risques.

Cette décision a lieu non-seulement pour ce dont la valeur de mon chargement excédait la somme assurée au temps du contrat, mais pour l'augmentation qui y est survenue.

Finge. J'ai fait assurer une somme de quinze mille livres sur un chargement de marchandises de valeur alors de parcellle somme, sur un vaisseau qui devait aller à Saint-Domingue, et passer par les côtes d'Afrique pour y faire la traite. Si par la conversion de mes marchandises en nègres et en poudre d'or, la valeur de mon chargement est devenue de trente mille livres, et qu'ensuite il soit péri; pour pouvoir demander la somme assurée, je ne serai obligé de délaisser ce qui pourra être sauvé, que pour moitié: car mon chargement étant devenu de valeur de trente mille livres, il n'était que pour moitié aux risques des assureurs, qui n'avaient assuré qu'une somme de quinze mille livres.

131. Les effets sauvés ne doivent être délaissés aux assureurs qu'à la charge qu'ils rembourseront l'assuré des frais qu'il a faits pour les sauver du naufrage, dont l'assuré doit être cru sur son affirmation; art. 45. Mais comme les assureurs ne sont tenus de ces frais, suivant ledit article, que *jusqu'à concurrence de la valeur des effets recouvrés*, les assureurs peuvent les laisser à l'assuré pour les frais⁽¹⁾.

132. En cas de prise, lorsque l'assuré a fait, sans le consentement des assureurs, une composition avec le corsaire pour racheter ses effets, l'article 67

(1) V. art. 393, C. comm.

Art. 393: « L'assureur est tenu, en outre, des avaries, frais de déchargement, magasinage, rembarquement, de l'excédant du fret, et de

« tous autres frais qui auront été faits pour sauver les marchandises, jusqu'à concurrence de la somme assurée. »
V. aussi l'art. 381, p. 315, note 3.

laisse au choix des assureurs de prendre à leur profit la composition, ou de la rejeter (1).

Cet article dit : « Les assureurs pourront prendre la composition à leur profit, à proportion de leur intérêt; et, en ce cas, ils seront tenus d'en faire leur déclaration sur-le-champ; de contribuer actuellement au paiement du rachat, et de courir les risques du retour; sinon, de payer les sommes assurées, sans qu'ils puissent rien prétendre aux effets rachetés. »

Au premier cas, lorsque les assureurs prennent le parti de prendre à leur profit la composition, il n'y a pas lieu à la demande de la somme assurée : les assureurs sont seulement tenus de contribuer au prix du rachat, à proportion de l'intérêt qu'ils y ont; et ils continuent d'être chargés des risques du retour du vaisseau, sans qu'ils puissent, en cas de malheureux événement qui arriverait par la suite, faire sur la somme assurée aucune déduction ni imputation de la somme qu'ils ont payée pour le rachat.

Finge. Un armateur a fait assurer une somme de 50,000 livres sur un vaisseau, lequel (la cargaison comprise) est de valeur de cinquante mille écus. Ce vaisseau est pris, et le corsaire, moyennant une rançon de vingt-cinq mille écus que lui paie l'armateur, relâche le vaisseau avec toute sa cargaison. Si les assureurs veulent prendre à leur profit cette composition, l'assuré ne pourra pas leur demander la somme de 50,000 livres qu'ils ont assurée. Il suffira à ces assureurs qui ont assuré une somme de 50,000 livres, qui est le tiers de la valeur du vaisseau, sa cargaison comprise, et qui y ont par conséquent un intérêt d'un tiers, de rendre présentement à l'armateur la somme de vingt-cinq mille livres, qui est le tiers de celle qui a été payée pour le rachat du vaisseau et de sa cargaison : et si le vaisseau, avant son retour, était encore pris ou péri, les assureurs, qui continuent, en ce cas, d'être chargés des risques, seraient tenus de payer la somme de 50,000 livres qu'ils ont assurée, sans pouvoir rien retenir de celle de 25,000 livres qu'ils ont payée pour le rachat.

Ce qui est dit par l'art. 67, « que les assureurs doivent contribuer *actuellement* au paiement du rachat, » doit s'entendre du cas auquel le corsaire n'aurait pas accordé de terme pour le paiement : s'il en avait accordé, il est juste que les assureurs en jouissent.

133. Au second cas, qui est celui auquel les assureurs rejettent la composition, il y a lieu à la demande de la somme assurée. Ils sont tenus de la payer, sans qu'ils puissent rien prétendre aux effets relâchés, suivant qu'il est porté expressément en l'art. 67.

L'assuré n'est donc pas tenu, en ce cas, de leur faire le délaissement des effets

(1) *V.* au sujet de la composition les art. 395 et 396, C. comm.

Art. 395 : « En cas de prise, si l'assuré n'a pu en donner avis à l'assureur, il peut racheter les effets sans attendre son ordre. — L'assuré est tenu de signifier à l'assureur la composition qu'il aura faite, aussitôt qu'il en aura les moyens. »

Art. 396 : « L'assureur a le choix de prendre la composition à son compte, ou d'y renoncer; il est tenu de notifier son choix à l'assuré dans les vingt-quatre heures qui suivent la signification de la composition. —

« S'il déclare prendre la composition à son profit, il est tenu de contribuer, sans délai, au paiement du rachat dans les termes de la convention, et à proportion de son intérêt, et il continue de courir les risques du voyage, conformément au contrat d'assurance. — S'il déclare renoncer au profit de la composition, il est tenu au paiement de la somme assurée, sans pouvoir rien prétendre aux effets rachetés. — Lorsque l'assureur n'a pas notifié son choix dans le délai susdit, il est censé avoir renoncé au profit de la composition. »

rachetés, ni du profit qu'il pourrait faire sur lesdits effets. Les assureurs, en refusant la composition, sont censés, en ce cas, les avoir abandonnés à l'assuré pour le prix du rachat, de même qu'ils peuvent abandonner les effets sauvés d'un naufrage, pour les frais qui ont été faits pour les recouvrer; *suprà*, n° 131.

Tout ce que les assureurs, comme subrogés aux droits de l'assuré à qui ils ont payé la somme assurée, pourraient, en ce cas, c'est que, s'ils prétendaient la prise illégitime, ils pourraient à leurs risques poursuivre la restitution de la somme extorquée par le corsaire.

134. Les assureurs devant avoir le choix d'accepter à leur profit la composition, ou de la répudier, l'assuré doit les avertir par écrit de la composition qu'il a faite, art. 66. Les assureurs de leur côté, aussitôt qu'ils en ont été avertis, doivent, suivant l'art. 67, déclarer sur-le-champ s'ils entendent accepter la composition; faute de quoi, ils peuvent être poursuivis pour le paiement de la somme assurée.

Je crois néanmoins qu'ils sont toujours à temps de se faire renvoyer de cette demande, en offrant leur part du prix de la composition, les intérêts, et les dépens de contumace faits contre eux.

135. Le délaissement que l'assuré fait aux assureurs, des effets assurés, en transfère d'une manière irrévocable aux assureurs la propriété, soit pour le total, s'ils ont été assurés pour le total, soit pour la partie pour laquelle ils ont été assurés⁽¹⁾: et de même que l'assuré ne pourra plus les répéter en offrant de décharger les assureurs de la somme assurée, ou de la leur rendre s'ils l'avaient payée, de même les assureurs ne peuvent éviter de payer la somme assurée, après que le délaissement leur a été fait des effets assurés; quoique, les ayant depuis recouvrés, ils offrent de les rendre à l'assuré.

Finge. Le vaisseau qu'un armateur a fait assurer, a été pris; l'armateur a demandé aux assureurs la somme assurée, et leur a fait pour cet effet le délaissement de ses droits, et des effets qui ont pu être sauvés. Les assureurs, comme subrogés par ce délaissement aux droits de l'assuré, en ont poursuivi la restitution, en soutenant la prise illégitime, et l'ont obtenue; ou ils l'ont racheté du corsaire qui l'a pris. Ils ne seront pas reçus, pour se dispenser de payer la somme assurée, à offrir de rendre le vaisseau à l'assuré.

Voici un autre cas. J'ai fait assurer une somme de vingt mille livres sur un chargement que j'avais sur un certain vaisseau: au bout de deux ans, sans qu'on en ait eu aucunes nouvelles, j'ai fait aux assureurs le délaïs des effets que j'avais sur ce vaisseau, et je leur ai demandé le paiement de la somme de vingt mille livres qu'ils m'ont assurée. Depuis, ce vaisseau qu'on croyait perdu, est arrivé de retour à bon port: les assureurs à qui j'en ai fait le délaïs, doivent prendre pour leur compte le chargement qu'ils m'ont assuré, et ils ne peuvent se dispenser de me payer la somme assurée. C'est la disposition précise de l'art. 60.

§ IV. De la déclaration que l'assuré, en faisant son délaissement, doit faire de toutes les assurances qu'il a fait faire, et de l'argent qu'il a pris à la grosse sur les effets assurés.

136. L'ordonnance, art. 53, oblige l'assuré à faire cette déclaration par l'acte de délaissement⁽²⁾: son motif est afin de connaître si l'assurance dont l'assuré demande le paiement, a été légitimement contractée; car elle ne

⁽¹⁾ V. art. 385, C. comm.

Art. 385: Le délaissement signifié et accepté ou jugé valable, les effets assurés appartiennent à l'assureur, à partir de l'époque du délaissement.

— L'assureur ne peut sous prétexte du retour du navire, se dispenser de payer la somme assurée. »

⁽²⁾ V. art. 379, C. com., p. 316, note 1, qui renferme la même disposition.

serait pas légitimement contractée, si l'assuré, après avoir déjà fait assurer ses effets, les avait fait assurer de nouveau pour une somme qui excéderait ce que lesdits effets valaient de plus que les sommes pour lesquelles ils avaient été déjà assurés ; car il n'est pas permis de faire assurer des effets pour une somme qui soit au delà de leur valeur (*suprà*, n° 76), ni de les faire assurer après qu'ils l'ont déjà été, si ce n'est seulement pour ce qu'ils valent de plus que les sommes pour lesquelles ils ont déjà été assurés ; *suprà*, n° 33.

L'ordonnance veut aussi que l'assuré déclare les emprunts des sommes qu'il a prises *à la grosse* pour les effets assurés ⁽¹⁾ ; car ces emprunts renferment une assurance desdits effets jusqu'à concurrence des sommes empruntées.

137. L'ordonnance veut que l'assuré fasse cette déclaration *en faisant son délaissement*. S'il avait omis de la faire par l'acte de délaissement, et qu'il la fit depuis, son délaissement n'aura d'effet que du jour qu'il aura fait cette déclaration ; et le terme accordé par l'article 44 pour le paiement de la somme assurée, ne commence à courir que du jour de cette déclaration. C'est l'interprétation que *Valin* donne à cet article, et elle est très plausible ⁽²⁾.

138. L'ordonnance, par ledit art. 53, prononce, *à peine d'être privé de l'effet des assurances*, c'est-à-dire, à peine contre l'assuré qui aura fait une déclaration infidèle, d'être exclu de sa demande contre les assureurs, pour le paiement de la somme assurée ⁽³⁾.

Cette peine néanmoins, suivant que l'art. 54 l'explique, n'a lieu que lorsque les assurances ou les emprunts à la grosse qui ont été recélés, excèdent avec celles qui ont été déclarées, la valeur des effets assurés ⁽⁴⁾.

Finge. J'avais sur un vaisseau un chargement de valeur de 100,000 livres ; j'ai fait assurer sur ce chargement une somme de 60,000 livres ; j'ai encore depuis fait assurer sur ce chargement une somme de 15,000 livres, ou j'ai pris *à la grosse aventure* une somme de 15,000 livres sur ledit chargement, pour payer ce que je devais du prix desdites marchandises. Ces deux sommes faisant celle de soixante-quinze mille livres, je ne pouvais plus faire assurer ce chargement que pour une somme de vingt-cinq mille livres, néanmoins je l'ai fait assurer par d'autres assureurs pour une somme de quarante mille livres. Le vaisseau étant péri, je demande aux derniers assureurs le paiement de la somme de quarante mille livres qu'ils m'ont assurée ; et par le délaissement que je leur fais, je déclare seulement la première assurance de soixante mille livres, et je tais celle de quinze. Si les assureurs viennent à découvrir cette assurance de quinze mille livres que j'ai recélée, il y aura lieu à la peine, et ils auront congé de ma demande ; parce que cette somme de quinze mille livres que j'ai recélée, jointe à celle de soixante mille livres que j'ai déclarée, et à celle de quarante mille livres de la dernière assurance, dont je demande le paiement, excède la valeur de mon chargement, et ce recel forme une présomption de fraude.

Il faut présumer qu'en faisant assurer par les derniers assureurs, pour une somme de quarante mille livres, ce qui restait à assurer de mon chargement, j'avais connaissance qu'il ne valait pas la somme pour laquelle je le faisais

(1) *V.* même article 379 précité.

(2) Cette interprétation de l'ordonnance donnée par *Valin* est aujourd'hui érigée en loi par l'art. 379, *C. comm.* précité.

(3) L'art. 380, *C. comm.*, est à cet égard beaucoup plus précis que l'ordonnance.

Art. 380 : « En cas de déclaration

frauduleuse, l'assuré est privé des effets de l'assurance ; il est tenu de payer les sommes empruntées, non obstant la perte ou la prise du navire. »

(4) L'article précité n'admet plus cette distinction, c'est aux juges qu'il appartient de déclarer si d'après les circonstances il y a eu déclaration frauduleuse.

assurer. C'est en punition de cette fraude que ce recel fait présumer, que je suis privé en entier de la somme assurée; au lieu que si j'avais déclaré cette assurance de quinze mille livres, et qu'il n'y eût pas de preuves d'ailleurs que lorsque j'ai fait assurer pour quarante mille livres ce qui restait à assurer de mon chargement, j'avais connaissance qu'il ne valait pas cette somme, je ne serais pas privé en entier de la somme assurée; mais la somme assurée serait seulement réduite à la somme de 25,000 livres, valeur de ce qui me restait à assurer.

139. La privation entière de la somme assurée, étant une peine de la fraude, s'il paraissait que l'omission que l'assuré a faite de déclarer quelqu'une des assurances, n'a pas été frauduleuse, et qu'il pouvait n'en avoir pas connaissance, il n'y aurait pas lieu à la peine.

Finge. Un négociant de Bayonne ayant fait sur un navire un chargement de cinquante mille livres, sur lequel il avait emprunté à *la grosse* vingt mille livres, a donné ordre à son correspondant à Hambourg de faire assurer son chargement pour les trente mille livres qui restaient à assurer: son correspondant, au reçu de la lettre, l'a fait assurer à Hambourg pour une somme de vingt mille livres. Peu de jours après, le prix des assurances ayant baissé à Bayonne, ce négociant, ignorant que son correspondant d'Hambourg eût déjà exécuté en partie ses ordres, a fait assurer à Bayonne sur ce chargement la somme de trente mille livres, et a écrit un contre-ordre à son correspondant de Hambourg. La nouvelle de la perte du navire arrive presque aussitôt: le négociant de Bayonne la fait signifier aux assureurs, et leur fait son délaissement, par lequel il déclare seulement la somme de vingt mille livres qu'il avait prise à *la grosse*, et ne déclare point celle de vingt mille livres que son correspondant avait fait assurer pour lui à Hambourg, n'en ayant pas encore eu de nouvelles. Cette omission n'étant pas, en ce cas, frauduleuse, l'assurance faite à Hambourg ayant pu être ignorée par ce négociant, il n'y aura pas lieu à la peine, et l'assurance de Bayonne devra seulement être réduite à la somme de dix mille livres, qui restait encore à assurer.

§ V. De la signification que l'assuré doit faire des pièces justificatives, tant du chargement et de la valeur des effets assurés, que de leur perte.

140. L'assuré ne pouvant pas faire assurer légitimement une somme au delà de la valeur des effets qu'il a sur le navire; pour qu'il puisse justifier que l'assurance dont il demande l'exécution, est légitime, et que la somme assurée dont il demande le paiement, n'excède pas la valeur des effets qu'il avait sur le navire, il faut qu'il justifie du chargement desdits effets sur le navire, et de leur valeur.

Pareillement, comme c'est la perte desdits effets, arrivée par quelqu'un des accidents de force majeure dont les assureurs se sont chargés, qui donne ouverture à la demande de l'assuré, et qui doit y servir de fondement, l'assuré doit justifier de cet accident, et de la perte qu'il a causée de ses effets.

C'est conformément à ce principe que l'art. 56 dit: « Les assureurs sur le chargement ne pourront être contraints au paiement des sommes assurées, que jusqu'à concurrence de la valeur des effets dont l'assureur justifiera le chargement et la perte. »

Et l'art. 57 ajoute: « Les actes justificatifs du chargement et de la perte des effets assurés, seront signifiés aux assureurs incontinent après le délaissement, et avant qu'ils puissent être poursuivis pour le paiement des choses assurées. (1) »

(1) V. art. 383, C. comm.

Art. 383: « Les actes justificatifs du chargement et de la perte sont signifiés à l'assureur avant qu'il puisse être poursuivi pour le paiement de sommes assurées. »

141. La principale preuve du chargement est le *connaissance*⁽¹⁾. On appelle ainsi la reconnaissance que le maître d'un vaisseau donne à un marchand, des marchandises qu'il a chargées sur son vaisseau.

Il est évident que cette reconnaissance est une preuve non suspecte de la quantité des marchandises qui ont été chargées sur le vaisseau; car le maître, qui est obligé de les représenter lors de l'arrivée du vaisseau au lieu de sa destination, a intérêt de n'en pas comprendre dans le *connaissance* plus qu'il n'y en a.

Pourrait-on, par une clause particulière, convenir que l'assuré ne sera pas tenu de justifier son chargement par le rapport du *connaissance*?

Je ne pense pas qu'une telle clause puisse dispenser l'assuré de le représenter. On ne peut y concevoir d'autre motif que celui de tromper les assureurs: or, toute convention qui tend à pouvoir tromper, n'est pas valable: *Non valet conventio ne dolus præstetur.*

A défaut de *connaissance*, s'il est perdu, l'attestation du capitaine ou des principaux de l'équipage en tiendra lieu; et à leur défaut, s'ils étaient péris, celle des autres personnes de l'équipage qui se sont sauvées⁽²⁾. C'est l'*avis* de Valin sur ledit art. 57.

142. Lorsque le chargement est fait en pays étranger, par des mariniers ou autres personnes qui sont dans le navire comme passagers, et qu'ils le font assurer en France par leurs correspondants, lesdits mariniers ou passagers doivent laisser un double du *connaissance* entre les majns du consul français ou de son chancelier, au lieu où s'est fait le chargement; et s'il n'y a point de consulat en ce lieu, entre les mains d'un notable marchand de la nation française⁽³⁾. C'est la disposition de l'art. 63.

Le motif de cette disposition est pour obvier aux fraudes et à la collusion entre ces personnes et le capitaine, qui, en cas de naufrage ou de prise, pourrait donner aux assureurs un faux *connaissance*, contenant une plus grande quantité de marchandises que celle dont était composé le chargement. Valin, sur ledit article.

Les mariniers et passagers qui ont fait quelque chargement sur un navire, dans le Levant ou en Barbarie, qu'ils ont fait assurer par leurs correspondants en France, en cas de perte du *connaissance*, doivent justifier de ce qui est contenu dans ledit chargement par une autre espèce d'acte qu'on appelle un

⁽¹⁾ V. art. 281, C. comm.

Art. 281: « Le *connaissance* doit exprimer la nature et la quantité ainsi que les espèces ou qualité des objets à transporter. Il indique — le nom du chargeur, — le nom et l'adresse de celui à qui l'expédition est faite, — le nom et le domicile du capitaine, — le nom et le tonnage du navire, — le lieu du départ et celui de la destination. — Il énonce le prix du fret. — Il présente en marge les marques et numéros des objets à transporter. — Le *connaissance* peut être à ordre, ou au porteur, ou à personne dénommée. »

⁽²⁾ On rentre alors sous l'empire des principes généraux qui admettent la preuve testimoniale toutes les fois qu'il y a impossibilité de représenter

le titre écrit et spécialement « dans le cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. » (Art. 1348, C. civ., n° 4).

⁽³⁾ V. art. 282, C. comm.

Art. 282: « Chaque *connaissance* est fait en quatre originaux au moins, — un pour le chargeur, — un pour celui à qui les marchandises sont adressées, — un pour le capitaine, — un pour l'armateur du bâtiment. — Les quatre originaux sont signés par le chargeur et par le capitaine, dans les vingt-quatre heures après le chargement. — Le chargeur est tenu de fournir au capitaine, dans le même délai, les acquits des marchandises chargées. »

manifeste. C'est un acte que le capitaine de chaque navire doit remettre à la chancellerie du lieu du chargement.

Cet acte doit contenir un extrait fidèle de toutes les polices de son chargement ; il est conçu à peu près en ces termes : « *A chargé M*** d'ordre et pour compte de M*** d'une telle ville, et à sa consignation, telles et telles marchandises, dont on exprime la qualité, la quantité, le poids, etc.* » Cet état est en fin certifié véritable par le capitaine. Le chancelier du consulat du lieu, à qui cet acte est remis, l'enregistre, et en donne au capitaine deux copies en forme, légalisées par le consul.

A l'égard des voyages de l'Amérique, l'acquit que le capitaine doit avoir des droits qu'il a payés pour les marchandises chargées sur son navire, peut servir de justification du contenu du chargement.

143. Lorsque c'est le maître lui-même qui a fait assurer un chargement de marchandises pour son compte sur le vaisseau qu'il commande ; comme il ne peut pas se donner de *connaissance* à lui-même, il doit s'en faire donner un par l'écrivain du vaisseau et le pilote, qui soit signé d'eux. Mais comme ces personnes qui sont sous sa dépendance, ne sont pas par cette raison hors de tout soupçon de collusion, il doit en outre justifier de l'achat des marchandises dont son chargement était composé ; *puta*, par les factures ou par les livres des marchands de qui il les a achetées. C'est la disposition de l'art. 62⁽¹⁾.

144. Il y a un cas auquel il n'y a pas de preuve à faire du chargement ; c'est lorsqu'un corsaire fait assurer une prise qu'il a faite. Il est évident qu'il ne peut y avoir lieu alors à cette preuve, puisque le corsaire n'a rien chargé. La prise qu'il a fait assurer ne gît, en ce cas, qu'en estimation.

145. La *quantité* des marchandises dont le chargement était composé, se justifie par le *connaissance* ; à l'égard de leur *valeur*, l'assuré peut la justifier par les factures, et par les livres de commerce, tant de l'assuré, que des marchands qui lui ont vendu les marchandises ; art. 64.

A défaut de cette preuve par les livres et les factures, on en doit faire l'estimation par experts, suivant le prix commun et courant que les marchandises de l'espèce de celles dont le chargement est composé, valaient au temps et au lieu du chargement. C'est la disposition de l'art. 64.

146. La valeur du chargement, jusqu'à concurrence de laquelle on peut le faire assurer, n'est pas seulement composée du prix de l'achat des marchandises ; ou si ce sont des marchandises de la manufacture du chargeur qui s'est fait assurer, cette valeur n'est pas seulement le prix courant qu'il vendait, au temps du chargement, les marchandises de cette espèce : on doit encore, suivant ledit art. 64, *y joindre tous droits et frais faits jusqu'à bord* ; c'est-à-dire, tous les frais qu'il faut faire pour conduire les marchandises à bord et pour les charger sur les navires, et tous les droits qu'il faut payer pour le chargement desdites marchandises, tels que les droits de douane.

Le profit que l'assuré espérait faire sur ces marchandises, n'entre pour rien dans leur estimation ; car il n'est pas permis de faire assurer l'espérance des profits, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 36.

Contrà, vice versâ, les marchandises qu'on charge en retour à l'assuré dans les îles de l'Amérique, ne doivent pas être estimées suivant la valeur de l'argent de ce pays, sur lequel il y a un tiers à perdre en France, mais seulement sur le pied de l'argent de France : car elles ne sont de valeur, pour l'assuré, que de ce qu'il en peut retirer en France. La convention de les estimer sans

(1) V. art. 344, C. comm.

Art. 344 : « En cas de perte des marchandises assurées et chargées pour le compte du capitaine sur le vaisseau qu'il commande, le capi-

taine est tenu de justifier aux assurés l'achat des marchandises, et d'en fournir un *connaissance* signé par deux des principaux de l'équipage. »

aucune déduction de ce qu'il y a à perdre en France, a été, par plusieurs sentences de l'amirauté du Palais, déclarée nulle et illicite, comme contraire à l'art. 22 du titre *des Assurances*, qui défend de faire assurer des effets au delà de leur valeur.

147. L'ordonnance, en l'art. 65, a prévu un cas auquel on ne peut pas estimer les marchandises du chargement, à la somme qu'elles valaient au temps et au lieu du chargement; c'est le cas auquel celui qui les a fait assurer, les aurait acquises des sauvages par échange, dans un lieu où l'on ne connaît pas l'argent, et où le commerce ne se fait que par troc. Il est évident que les marchandises ne peuvent s'estimer à la somme d'argent qu'elles valaient au lieu du chargement, puisque l'argent n'est pas connu dans le lieu, ni aucune autre monnaie qui puisse y répondre. Pour suppléer à cela, l'ordonnance veut qu'on donne à ces marchandises l'estimation de celles qu'on a données aux sauvages en échange pour les avoir, et qu'on y joigne tout ce qu'il en a coûté pour leur transport au lieu où elles ont été données en échange.

Valin, sur cet article, observe qu'il ne reçoit plus d'application, parce qu'aujourd'hui l'argent est connu dans tous les pays où l'on commerce, même avec les sauvages⁽¹⁾.

148. On n'a recours à cette estimation par les factures et les livres, ou par experts, que lorsqu'elle n'est pas faite par la police d'assurance. C'est pourquoi l'art. 64 ajoute, *si ce n'est qu'elles soient estimées par la police*.

En ce cas l'estimation qui est faite, fait foi de la valeur des marchandises, au moins par provision, et jusqu'à ce que les assureurs aient fait la preuve que l'assuré les a surpris, et a enflé cette estimation.

Les assureurs doivent-ils être toujours admis à cette preuve? Voyez *infra*, n° 156.

On pratique rarement de faire par la police l'estimation des marchandises⁽²⁾; mais lorsque c'est le navire qui est assuré, on en fait toujours l'estimation par la police; Valin sur l'édit art. 64.

149. Cette justification que l'assuré doit faire de la valeur de son chargement, est nécessaire, non-seulement pour constater la légitimité de l'assurance, c'est-à-dire, que la somme assurée n'excède pas la valeur de ce qu'on a fait assurer, mais aussi pour connaître la part que les assureurs doivent avoir dans le dérissement; la part qu'ils doivent y avoir devant être en même raison qu'est la somme assurée au total de la valeur du chargement, comme nous l'avons vu ci-dessus.

150. Lorsque c'est un assureur qui a fait réassurer, ou lorsque c'est un prêteur à la grosse aventure, qui a fait assurer les marchandises sur lesquelles il a fait le prêt, et qui sont à ses risques, ils sont obligés de justifier du chargement, et de la valeur des marchandises assurées; de même que le propriétaire, qu'ils

(1) Cette observation n'est pas exacte en ce sens que le commerce par troc qui se fait sur toute la côte occidentale d'Afrique se réduisant à un échange pur et simple de marchandises, il n'y a pas encore aujourd'hui de valeur monétaire que l'on puisse prendre pour base d'évaluation, c'est aux juges qu'il appartient d'apprécier *ex aequo et bono* en consultant au besoin des experts, gens à ce connaissant quelle devait être la véritable valeur des objets assurés.

V. art. 340, C. comm.

Art. 340 : « Si l'assurance est faite sur le retour d'un pays où le commerce ne se fait que par troc, et que l'estimation des marchandises ne soit pas faite par la police, elle sera réglée sur le pied de la valeur de celles qui ont été données en échange, en y joignant les frais de transport. »

(2) L'art. 332, C. comm., veut que le contrat d'assurance exprime « la nature et la valeur ou l'estimation des marchandises ou objets que l'on fait assurer. »

représentent, y eût été obligé, si les marchandises eussent été à ses risques, et que ce fût lui qui les eût fait assurer.

151. A l'égard des actes justificatifs de la perte des effets assurés, et des accidents de force majeure qui l'ont causée, que l'assuré, suivant l'art. 57, doit aussi faire signifier aux assureurs, comme nous l'avons dit ci-dessus; ces actes sont, en cas de naufrage ou d'échouement, soit les procès-verbaux des officiers de l'amirauté du lieu, qui ont fait travailler au sauvetement des effets; soit le rapport vérifié des gens de l'équipage, fait au greffe de l'Amirauté du lieu le plus voisin où le naufrage est arrivé, ou devant notaires, lorsqu'il n'y a pas d'Amirauté.

En cas de prise, les actes justificatifs sont les lettres d'avis du capitaine, ou des principaux de l'équipage.

Il y a un cas auquel il n'est pas nécessaire de rapporter d'actes justificatifs de la perte des effets assurés; c'est celui auquel c'est le défaut de nouvelles du vaisseau, au bout d'un an ou de deux ans, qui a donné ouverture à l'action, suivant l'art. 58.

152. L'ordonnance, art. 58, dit que cette signification des actes justificatifs, tant du chargement que de la perte des effets assurés, sera faite aux assureurs *incontinent*, et avant qu'ils puissent être poursuivis pour le paiement des choses assurées.

Quoique l'ordonnance dise *incontinent*, il n'y a néanmoins aucune peine contre l'assuré qui ne l'a pas faite *incontinent*; si ce n'est que jusqu'à ce qu'il l'ait faite, il ne peut, comme il est dit en cet article, faire aucune poursuite contre les assureurs pour le paiement de la somme assurée.

§ VI. Exceptions que les assureurs peuvent opposer contre la demande de la somme assurée.

153. La principale exception *et fin de non-recevoir* que les assureurs peuvent opposer à l'assuré contre la demande de la somme assurée, est celle qui résulte de ce que le délaissement n'a pas été fait, ni la demande donnée dans le temps réglé par l'ordonnance (1).

L'article 48 règle ce temps. Il porte: « Les délaissements, et toutes demandes en exécution de la police, seront faites aux assureurs dans *six semaines* après la nouvelle des pertes arrivées aux côtes de la même province où l'assurance aura été faite; et pour celles qui arriveront en une autre province de notre royaume, dans *trois mois*; pour les côtes de Hollande, Flandre, Angleterre, dans *quatre mois*; pour celles d'Espagne, d'Italie, Portugal, Barbarie, Mos-

(1) V. art. 431 et 432, C. comm.

Art. 431: « L'action en délaissement est prescrite dans les délais exprimés par l'art. 373. » (V. ci-après.)

Art. 432: « Toute action dérivant d'un contrat à la grosse, ou d'une police d'assurance, est prescrite après cinq ans, à compter de la date du contrat. »

V. aussi l'art. 373.

Art. 373: « Le délaissement doit être fait aux assureurs dans le terme de six mois, à partir du jour de la réception de la nouvelle de la perte arrivée aux ports ou côtes de l'Europe, ou sur celles d'Asie et d'Afrique, dans la Méditerranée, ou bien,

en cas de prise, de la réception de celle de la conduite du navire dans l'un des ports ou lieux situés aux côtes ci-dessus mentionnées;—Dans le délai d'un an après la réception de la nouvelle ou de la perte arrivée, ou de la prise conduite aux colonies des Indes occidentales, aux îles Açores, Canaries, Madère et autres îles et côtes occidentales d'Afrique et orientales d'Amérique;—Dans le délai de deux ans après la nouvelle des pertes arrivées ou des prises conduites dans toutes les autres parties du monde.—Et ces délais passés, les assurés ne seront plus recevables à faire le délaissement. »

« covie ou Norwége, dans *un an*; et pour les côtes de l'Amérique, Brésil, « Guinée et autres pays plus éloignés, dans *deux ans*; et le temps passé, les « assurés ne seront plus recevables en leur demande. »

Le *temps de la nouvelle* ⁽¹⁾, d'où cet article fait courrir le délai, doit s'entendre du temps auquel la nouvelle a commencé d'être publique et notoire dans le lieu où l'assurance a été faite, comme l'observe Valin sur l'édit article.

Si l'assuré avait eu nouvelle de la perte, et l'eût signifiée aux assureurs avant qu'elle fût publique avec protestation de faire son délaissement, il n'est pas douteux que le temps pour faire le délaissement, doive commencer à courir dès le jour de sa signification.

Dans le cas d'*arrêt de prince* ⁽²⁾, le délaissement ne pouvant être fait, et la demande de la somme assurée ne pouvant être intentée qu'après les délais portés par les art. 49 et 50, c'est une conséquence que le temps porté par l'art. 48, pour faire ce délaissement et intenter cette demande, ne peut commencer à courir que du jour de l'expiration des délais portés par les art. 49 et 50; car c'est un principe des plus connus, « que le temps dans lequel une demande doit être intentée, ne peut commencer à courir que du jour qu'on a pu l'intenter. »

Par la même raison, lorsque c'est le défaut de nouveau du vaisseau depuis un an ou deux ans, qui a donné ouverture à la demande, suivant l'art. 58, les délais portés par l'art. 48, ne doivent commencer à courir que du jour de l'expiration du temps d'un an ou de deux ans ⁽³⁾.

Il ne suffit pas que l'assuré ait fait son délaissement dans le terme réglé par l'art. 48, si la demande en paiement de la somme assurée n'est pas aussi donnée dans ce terme ⁽⁴⁾. C'est ce qui résulte des termes de l'art. 48, où il est dit : « Les délaissements et toutes demandes en exécution de la police, seront faites « aux assureurs dans, etc. » Cela a été ainsi jugé par arrêt du Parlement d'Aix, du 30 juin 1759, contre le sieur Gremon, qui avait fait son délaissement dans le terme, et n'avait donné sa requête aux fins du paiement de la somme assurée, que cinq jours après l'expiration du terme.

154. La reconnaissance de l'assureur, par lui écrite au bas de la police, par laquelle il reconnaît avoir été averti de la perte, et promet de payer lorsqu'elle aura été liquidée, fait cesser la fin de non-recevoir, et perpétue l'action de l'assuré jusqu'à trente ans ⁽⁵⁾.

Valin, sur l'art. 48, cite un arrêt d'Aix du 27 mars 1751, qui a jugé qu'une

(1) Le Code de commerce, art. 373, dit avec beaucoup plus de précision : *à partir du jour de la réception de la nouvelle.*

(2) V. art. 387 et 388, C. comm., ci-dessus, p. 286, note 1.

(3) V. art. 375, C. comm., ci-dessus, p. 313, note 2.

(4) L'art. 378, C. comm. (V. ci-dessus, p. 315, note 2), suppose, ce qui arrivera le plus ordinairement, que la demande en délaissement sera faite *avec sommation à l'assureur de payer la somme assurée dans le délai fixé par le contrat*; toutefois ces deux actions sont parfaitement distinctes, et ne sont plus soumises aujourd'hui à la même prescription. Le délai dans lequel doit être intentée l'action en dé-

laissement est déterminé par l'art. 373, et varie suivant le lieu du sinistre et les circonstances diverses qui l'ont accompagné, tandis que l'action dérivant de la police d'assurance est soumise à la prescription fixe de cinq ans par l'art. 432, C. comm. V. les art. 431, 432 et 373, ci-dessus, p. 325, note 2.

(5) V. art. 434, C. comm.
Art. 434 : « La prescription ne peut « avoir lieu, s'il y a cédule, obligation, « arrêté de compte ou interpellation « judiciaire. »

Bien que cet article se rapporte plus spécialement aux actions mentionnées dans l'art. 433, il renferme un principe général qui s'étend également aux art. 431 et 432.

simple attestation donnée par le courtier ou par le notaire, de l'avertissement fait à l'assureur, et de sa promesse de payer, suffisait pour faire cesser la fin de non-recevoir. La décision de cet arrêt me paraît souffrir beaucoup de difficulté, et je ne crois pas qu'on se contentât au Parlement de Paris d'un tel certificat.

L'ordonnance, au titre *des Assurances*, art. 42, ordonne qu'il soit fait une signification aux assureurs. Leur reconnaissance qu'ils ont été avertis, équiperont bien à cette signification ; mais un certificat d'un courtier ou même d'un notaire, qui, par rapport à ce certificat, n'est qu'une personne privée, ne peut pas équiper à une signification juridique que l'ordonnance exige.

155. Une seconde espèce d'exception, est lorsque les assureurs opposent contre la demande de la somme assurée, que la perte des effets assurés n'est pas suffisamment justifiée par les attestations produites par l'assuré, ou qu'il n'est pas justifié que l'accident qui en a causé la perte, fut une force majeure dont les assureurs sont garans. Les assureurs, sur cette exception, peuvent être admis à faire une preuve contraire aux attestations produites par l'assuré⁽¹⁾ ; art. 61.

156. Enfin une troisième espèce d'exception, est lorsque les assureurs opposent que la somme assurée qui leur est demandée, excède la valeur des effets que le demandeur avait sur le navire ; ou du moins qu'elle excède la valeur de ce qui en restait à assurer ; si par une précédente police on avait déjà fait assurer une somme sur lesdits effets.

Les assureurs, pour établir cette exception, sont admis à faire la preuve contraire de ce qui résulte des pièces signifiées par le demandeur pour établir la quantité et la valeur des marchandises de son chargement⁽²⁾.

Les assureurs sont admis à la preuve contraire de l'estimation, même lorsqu'elle est portée par la police. C'est ce qui résulte de l'art. 8, où il est dit : « Si l'assurance est faite sur le corps et quille du vaisseau, ses agrès.... l'estimation en sera faite par la police ; sauf à l'assureur, en cas de fraude, de faire procéder à une nouvelle estimation. »

M. Valin prétend que, pour que les assureurs soient écoutés à alléguer qu'il y a fraude dans l'estimation, et pour qu'ils soient en conséquence reçus à une nouvelle estimation, il faut qu'ils soutiennent qu'il y a lésion au moins du quart, dans l'estimation portée par la police ; mais il n'apporte aucune autorité pour fonder son avis.

Les assureurs doivent être admis à cette preuve, quand même par une clause expresse de la police, ils auraient renoncé à demander une autre estimation que celle portée par la police. Cette clause a été proscrite avec raison par plusieurs sentences de l'Amirauté du palais, comme tendante à éluder la disposition de l'art. 22, et à permettre les fraudes qui se commettent par les fausses estimations : *or conventio ne dolus præstetur, rata non est* ; L. 17, ff. *Commod.*

157. Cette exception, lorsque les assureurs l'établissent, tend à faire réduire la somme assurée qui leur est demandée, à la valeur du chargement, ou

(1) *V.* art. 384, *C.* comm., même décision.

Art. 384 : « L'assureur est admis à la preuve des faits contraires à ceux qui sont consignés dans les attestations. — L'admission à la preuve ne suspend pas les condamnations de l'assureur au paiement provisoire de la somme assurée, à la charge par l'assuré de donner caution. — L'engagement de la caution est éteint

« après quatre années révolues, s'il n'y a pas eu de poursuite. »

(2) *V.* art. 336, *C.* comm.

Art. 336 : « En cas de fraude dans l'estimation des effets assurés, en cas de supposition ou de falsification, l'assureur peut faire procéder à la vérification et estimation des objets, sans préjudice de toutes autres poursuites, soit civiles, soit criminelles. »

de ce qui en restait à assurer, s'il y avait déjà eu de précédentes assurances. Elle peut même quelquefois tendre à faire débouter entièrement l'assuré de sa demande, lorsqu'il y a preuve de la fraude, c'est-à-dire, de la connaissance que l'assuré avait, lors du contrat, que la somme qu'il faisait assurer excédait la valeur de son chargement, ou de ce qui en restait à assurer; ou même seulement lorsqu'il y a présomption de cette fraude, par le recel qu'il a fait de quelqu'une des assurances, lors de la déclaration qu'il a faite par son délaissement, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 141.

VII. De la condamnation qui intervient sur cette action; du terme qu'ont les assureurs pour payer la somme assurée; et des déductions qu'ils peuvent faire.

158. L'assuré, après qu'il a fait son délaissement, et qu'il a établi la quantité et la valeur des effets assurés, et leur perte, doit, lorsque la somme assurée n'en excède pas la valeur, en obtenir la condamnation contre les assureurs.

Cette condamnation est définitive, lorsque les assureurs n'opposent rien contre les actes par lesquels l'assuré établit la valeur et la perte des effets assurés. Mais lorsque les assureurs sont reçus à faire la preuve du contraire de ce qui est établi par les attestations que l'assuré a produites, ils ne laissent pas, à la vérité, de devoir être condamnés au paiement de la somme assurée, parce que la provision est due au titre (¹); mais la condamnation ne doit être que provisionnelle, et à la charge que l'assuré donnera bonne et suffisante caution pour la restitution de la somme, s'il est dit en fin de cause que faire se doive. C'est la disposition de l'art. 61.

Lorsque la somme assurée n'est pas liquide, il ne doit intervenir de condamnation qu'après la liquidation.

159. L'ordonnance, art. 44, accorde aux assureurs, pour le paiement de la somme assurée, un terme de trois mois, qui commence à courir du jour que l'assuré leur a fait signifier son délaissement (²).

Il ne suffit pas, pour faire courir ce terme, que l'assuré ait fait signifier aux assureurs la nouvelle qu'il a reçue de la perte des effets assurés : ce terme ne commence à courir que du jour qu'il leur a signifié son délaissement. *Voyez l'art. 44.*

Ce terme n'a lieu que lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées autrement ; elles peuvent, par la police, convenir d'un terme ou plus long, ou plus court. *Voyez l'art. 44.*

160. Sur la somme assurée que les assureurs sont condamnés de payer, il doit leur être fait déduction de la *prime* convenue, qui leur est due par l'assuré ; à moins que, par une clause particulière de la police, il n'ait été convenu que la somme assurée serait payée, sans aucune déduction de *prime*, laquelle ne serait due qu'en cas d'heureuse arrivée du vaisseau.

Lorsque la somme assurée, s'étant trouvée excéder la valeur des effets assurés, a souffert une réduction, la *prime* dont les assureurs ont la déduction, souffre une réduction dans la même proportion. Mais il doit être fait, en ce cas, aux assureurs une déduction d'un demi pour cent de ce qui a été retranché de la somme assurée.

Lorsque l'assuré a reçu quelque somme pour le prix des effets assurés, dont il a fait le délaissement, il en doit aussi faire déduction aux assureurs.

(¹) *V. art. 384, C. comm.*, ci-dessus, p. 327, note 2, même décision.

(²) *V. art. 382, C. comm.*

Art. 382 : « Si l'époque du paiement

« n'est point fixée par le contrat, l'assureur est tenu de payer l'assurance « trois mois après la signification du « délaissement. »

ART. II. — De l'obligation d'indemniser des avaries.

161. La seconde espèce d'obligation que les assureurs contractent par le contrat d'assurance envers l'assuré, est celle de l'indemniser des avaries causées par quelqu'un des accidents, du risque desquels ils se sont chargés.

On appelle *avaries* ⁽¹⁾, comme nous l'avons déjà dit, non-seulement la perte et la détérioration des choses assurées ; comme lorsqu'elles ont été ré-

(1) V. art. 397 à 404, C. comm.

Art. 397 : « Toutes dépenses extraordinaires faites pour le navire et les marchandises, conjointement ou séparément, — Tout dommage qui arrive au navire et aux marchandises, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et décharge-ment, — Sont réputés avaries. »

Art. 398 : « A défaut de conventions spéciales entre toutes les parties, les avaries sont réglées conformément aux dispositions ci-après. »

Art. 399 : « Les avaries sont de deux classes, avaries grosses ou communes, et avaries simples ou particulières. »

Art. 400 : « Sont avaries communes, — 1^o Les choses données par composition et à titre de rachat du navire et des marchandises ; — 2^o Celles qui sont jetées à la mer ; — 3^o Les câbles ou mâts rompus ou coupés ; — 4^o Les ancrages ou autres effets abandonnés pour le salut commun ; — 5^o Les dommages occasionnés par le jet aux marchandises restées dans le navire ; — 6^o Les pansements et nourriture des matelots blessés en défendant le navire, les loyer et nourriture des matelots pendant la détention, quand le navire est arrêté en voyage par ordre d'une puissance, et pendant les réparations des dommages volontairement soufferts pour le salut commun, si le navire est affrété au mois ; — 7^o Les frais du déchargement pour alléger le navire et entrer dans un havre ou dans une rivière, quand le navire est contraint de le faire par tempête ou par la suite de l'ennemi ; — 8^o Les frais faits pour remettre à flot le navire échoué dans l'intention d'éviter la perte totale ou la prise ; — 9^o Et en général, les dommages soufferts volontaire-

ment et les dépenses faites d'après délibérations motivées, pour le bien et salut commun du navire et des marchandises, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement. »

Art. 401 : « Les avaries communes sont supportées par les marchandises et par la moitié du navire et du fret, au marc le franc de la valeur. »

Art. 402 : « Le prix des marchandises est établi par leur valeur au lieu du déchargement. »

Art. 403 : « Sont avaries particulières : — 1^o Le dommage arrivé aux marchandises par leur vice propre, par tempête, prise, naufrage ou échouement ; — 2^o Les frais faits pour les sauver ; — 3^o La perte des câbles, ancrages, voiles, mâts, cordages, causée par tempête ou autre accident de mer ; — 4^o Les dépenses résultant de toutes relâches occasionnées soit par la perte fortuite de ces objets, soit par le besoin d'avitaillement, soit par voie d'eau à réparer ; — 4^o La nourriture et le loyer des matelots pendant la détention, quand le navire est arrêté en voyage par ordre d'une puissance, et pendant les réparations qu'on est obligé d'y faire, si le navire est affrété au voyage ; — 5^o La nourriture et le loyer des matelots pendant la quarantaine, que le navire soit loué au voyage ou au mois ; — Et en général, les dépenses faites et le dommage souffert pour le navire seul, ou pour les marchandises seules, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement. »

Art. 404 : « Les avaries particulières sont supportées et payées par le propriétaire de la chose qui a essuyé le dommage ou occasionné la dépense. »

pandues, brisées, mouillées, ou autrement endommagées de quelque manière que ce soit; il n'est pas douteux que les assureurs sont tenus d'en indemniser l'assuré;

On appelle aussi *avaries* les frais extraordinaires auxquels un accident de force majeure a donné lieu, tels que ceux qu'il a fallu faire pour sauver les marchandises assurées, d'un naufrage, d'un échouement, et les rembarquer.

Les assureurs sont-ils aussi tenus d'indemniser de ces frais l'assuré? Voyez *suprà*, n° 49.

Les assureurs sont-ils tenus d'indemniser l'assuré, non-seulement des avaries simples, mais encore de la perte pour laquelle les effets assurés doivent contribuer aux avaries communes? Voyez *suprà*, n° 52.

Lorsque les assureurs ont indemnisé l'assuré des pertes et dommages qui ont été causés pour le salut commun, dans les marchandises assurées, ils doivent être subrogés aux droits de l'assuré, dans la contribution qui doit se faire en ce cas.

162. Les assureurs ne sont censés s'obliger à indemniser l'assuré des avaries qui pourront survenir pendant le temps que doit durer l'assurance, que dans le cas auquel elles seraient un peu considérables. Assez souvent on s'en explique par la police, en stipulant « que les assureurs ne seront tenus des avaries, si elles n'excèdent tant pour cent, etc. »

Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, l'ordonnance, art. 47, défend de faire aucunes demandes d'avaries, si elles n'excèdent *un pour cent* (¹).

De là naît une question.

J'ai fait assurer une somme de 10,000 livres sur un chargement de pareille somme que j'ai sur un vaisseau; et il est dit par la police, « que les assureurs ne seront tenus des avaries, si elles n'excèdent *trois pour cent*. » J'ai souffert des avaries qui montent à cinq cents livres; je demande aux assureurs cette somme. Sont-ils fondés à me faire déduction sur cette somme, de celle de trois cents livres, jusqu'à concurrence de laquelle ils devaient n'être pas tenus des avaries, suivant la clause de leur police?

Valin, sur cet art. 47, dit que les usages des différentes places sont différents; qu'à Rouen on accorde aux assureurs cette déduction, et qu'on la leur refuse à La Rochelle.

L'usage de La Rochelle me paraît le plus conforme au sens grammatical. Il me semble que, suivant le sens grammatical, pour que les assureurs fussent fondés à prétendre cette déduction, il faudrait qu'il fût dit que *les assureurs ne seront tenus des avaries que jusqu'à concurrence de ce qu'elles excéderont trois pour cent*. Mais ces termes, *si elles n'excèdent trois pour cent*, n'expriment que la condition sous laquelle les assureurs s'obliger à payer les avaries; ils n'expriment que le cas auquel ils en doivent être tenus. Il en est de cette clause comme de celle par laquelle un vendeur, après avoir déclaré la contenance de l'héritage qu'il vend, stipulerait « que l'acheteur ne pourrait avoir de recours contre lui pour défaut de contenance, si ce défaut n'excédait la quantité d'un demi-arpent, » et qu'il se trouvât cinquante-deux perches de moins, le vendeur serait mal fondé à prétendre qu'il ne doit faire raison à l'acheteur que du défaut de contenance de deux perches.

Néanmoins j'apprends que l'usage du Parlement de Rouen est aussi suivi à l'Amirauté du Palais à Paris, où ressortit l'Amirauté de La Rochelle: la cause des assureurs est très favorable (²).

(¹) V. art. 408, C. comm.

Art. 408 : « Une demande pour les avaries n'est point recevable, si l'avarie commune n'excède pas un pour cent de la valeur cumulée du navire et des marchandises, et si

l'avarie particulière n'excède pas aussi un pour cent de la valeur de la chose endommagée. »

(²) Toutefois, la décision de Pothier est plus conforme à la logique, et elle doit être suivie.

163. Quelquefois on stipule par la police, « que les assureurs ne seront pas tenus des avaries, ou qu'ils seront *francs d'avaries* ⁽¹⁾. »

Le sens de cette clause est, qu'ils ne se chargent que des accidents qui causent une perte entière des effets assurés, et qui donnent lieu au délaissement, et qu'ils ne se chargent point de tous les autres. *Voyez* quels sont ces cas, *suprà*, n° 115.

164. De l'obligation que contractent les assureurs envers l'assuré, « de l'indemniser, par rapport aux choses assurées, de toutes les pertes et dommages auxquels donnera lieu quelqu'un des accidents dont ils ont pris sur eux les risques, » naît une action personnelle que l'assuré, ou ceux qui sont à ses droits, ont contre les assureurs ou leurs héritiers, pour leur demander cette indemnité.

L'assuré, pour fonder cette action, doit, de même que sur l'action dont nous avons traité dans l'article précédent, rapporter le connaissance ⁽²⁾; pour justifier que les marchandises perdues ou avariées, pour lesquelles il demande à être dédommagé, font et faisaient partie du chargement qu'il a fait assurer. Il doit aussi produire des attestations du maître du vaisseau ou des gens de l'équipage pour justifier les avaries, et l'accident qui les a causées, sauf aux assureurs à faire preuve contraire. La détérioration des effets endommagés doit s'estimer par experts, dont les parties doivent convenir. On peut, pour cette estimation, comparer la valeur des choses portées par la police, à leur valeur présente.

Par exemple, si une marchandise qui avait été estimée cent livres par la police, se trouve, au moyen de sa détérioration, n'être plus estimée que quarante livres, c'est une avarie de soixante livres dont les assureurs sont tenus.

165. Quelle que soit l'estimation des dommages, et à quelque somme qu'on fasse monter les avaries, lorsque la somme que j'ai fait assurer sur un chargement que j'ai sur un vaisseau, n'est pas de toute la valeur du chargement, mais seulement d'une partie; comme lorsque, sur un chargement de 60,000 livres j'ai fait assurer une somme de 40,000 livres, qui n'en fait que les deux tiers, le chargement n'étant, en ce cas, aux risques des assureurs que pour les deux tiers, et étant aux miens pour l'autre tiers, je ne puis prétendre contre eux que pour les deux tiers l'indemnité des *avaries* arrivées sur les effets dudit chargement.

166. Il ne peut y avoir lieu à cette action que lorsqu'il n'y a pas lieu à la première, soit parce que l'accident n'a pas causé une perte entière des effets assurés, soit parce que l'assuré a préféré cette action en paiement d'avarie, à celle qui, en lui donnant le droit de demander toute la somme assurée, l'aurait obligé à faire le délaissement.

De là naît la question de savoir, si l'assuré doit avoir le choix de ces actions, ou si, au contraire, dans le cas d'une perte totale, les assureurs ne sont pas fondés à opposer contre la demande en paiement d'avaries, que ce n'est pas le cas de cette action, et que l'assuré doit leur faire le délaissement, après lequel ils lui paieront la somme assurée ?

Valin, sur cette question, décide que les assureurs ne sont pas fondés à demander le délaissement, qui n'est qu'une faculté accordée à l'assuré pour qu'il puisse demander le paiement de toute la somme assurée; et qu'il peut ne pas user de cette faculté.

(1) V. art. 409, C. comm.

Art. 409 : « La clause *franc d'avaries* affranchit les assureurs de toutes les avaries, soit communes, soit particulières, excepté dans les cas qui donnent ouverture au délaissement ; et,

« dans ces cas, les assurés ont l'option entre le délaissement et l'exercice d'action d'avarie. »

(2) V. art. 281 et 282, C. comm., ci-dessus, p. 322, note 2, et p. 323, note 1.

Cette décision me paraît souffrir beaucoup de difficulté, lorsque l'avarie est une avarie considérable, qui est de la somme, ou de presque toute la somme assurée. Si les assureurs n'étaient pas reçus, dans ce cas, à demander qu'on leur fit l'abandon, aux offres qu'ils feraient de payer en entier la somme assurée, et qu'il fût permis à l'assuré, après qu'il aurait reçu en entier ou presque en entier, par forme d'avarie, la somme assurée, de se réserver encore les débris du naufrage, il se trouverait que *versaretur in lucro*; ce qui est contre l'esprit du contrat d'assurance, par lequel l'assuré doit seulement être dédommagé de la perte qu'il a soufferte, sans pouvoir retenir aucun profit.

167. Il nous reste à observer que cette action doit être donnée dans le même terme dans lequel doit être donnée celle dont nous avons traité en l'article précédent. L'ordonnance, art. 48, dit : *TOUTES demandes en exécution de la police* ⁽¹⁾, *seront faites dans*, etc. Ce mot, *toutes*, comprend cette action aussi bien que la précédente; c'est pourquoi l'assuré, après l'expiration des termes portés par ledit art. 48, y doit être déclaré non recevable.

ART. III.—De l'obligation que contractent les assureurs, en assurant la liberté d'une personne, et de l'action qui en naît.

168. Nous avons vu *suprà*, n° 30, que les personnes pouvaient faire assurer leur liberté ⁽²⁾, et que par cette espèce particulière de contrat d'assurance, les assureurs, pour une certaine *prime* que l'assuré leur donnait ou s'obligeait de leur donner, s'obligeaient envers lui, au cas que dans le cours du voyage mentionné par la police, il fût captif ou prisonnier, de lui fournir une certaine somme pour sa rançon, et les frais de son retour.

La prise du vaisseau, et la captivité de l'assuré qui en résulte, donnent ouverture à cette obligation, et à l'action qui en naît, pour demander la somme que les assureurs se sont obligés de payer pour la rançon de l'assuré, et les frais de son retour.

169. L'assuré, pour pouvoir intenter utilement cette action, n'est tenu à autre chose qu'à rapporter une attestation de la prise, et de sa captivité, et la police d'assurance.

(1) « *Toute action dérivant d'une police.....* » porte l'art. 432, C. comm., V. ci-dessus, p. 325, note 2.

(2) La réduction en esclavage par les Barbaresques n'était déjà plus qu'un accident assez rare, lors de la promulgation du Code de commerce, aussi toutes ces dispositions ont-elles été rejetées: Le Code ne renferme à ce sujet que quatre articles qui sont devenus eux-mêmes sans application depuis que la conquête de l'Algérie a mis fin aux pirateries des Barbaresques. V. art. 266 à 269, C. comm.

Art. 266 : « Le matelot pris dans le navire et fait esclave ne peut rien prétendre contre le capitaine, les propriétaires ni les affréteurs, pour le paiement de son rachat. — Il est payé de ses loyers jusqu'au jour où il est pris et fait esclave. »

Art. 267 : « Le matelot pris et fait

esclave, s'il a été envoyé en mer ou à terre pour le service du navire, a droit à l'entier paiement de ses loyers.—Il a droit au paiement d'une indemnité pour son rachat, si le navire arrive à bon port. »

Art. 268 : « L'indemnité est due par les propriétaires du navire, si le matelot a été envoyé en mer ou à terre pour le service du navire. — L'indemnité est due par les propriétaires du navire et du chargement, si le matelot a été envoyé en mer ou à terre pour le service du navire et du chargement. »

Art. 269 : « Le montant de l'indemnité est fixé à six cents francs.—Le recouvrement et l'emploi en seront faits suivant les formes déterminées par le gouvernement, dans un règlement relatif au rachat des captifs. »

170. L'ordonnance ne s'est pas expliquée sur le temps dans lequel les assureurs doivent payer cette somme ; mais il est évident que la rédemption d'un captif étant une cause qui requiert la plus grande célérité, les assureurs ne doivent pas jour dans ce cas, pour le paiement de cette somme, du délai de trois mois, dont ils jouissent pour le paiement des sommes assurées sur des navires ou sur des marchandises. C'est pourquoi je pense qu'on doit suppléer, en ce cas, au silence de l'ordonnance, par le *Guidon de la mer*, qui dit, ch. 16, que les assureurs doivent payer la somme convenue pour la rançon, *dans la quinzaine* après la certification faite de la captivité.

Il est d'usage d'indiquer par la police une personne à qui cette somme sera payée. S'il n'y en a pas d'indiquée, elle doit être payée à la personne qui a une procuration du captif, ou qui aurait qualité pour recevoir en sa place.

171. Lorsque la personne qui a fait assurer sa liberté, et qui a été faite captive ou prisonnière, est morte avant que les assureurs aient été mis en demeure de payer la somme portée par la police, l'action qui a été ouverte par la captivité de la personne assurée pour le paiement de cette somme, passe-t-elle aux héritiers du captif ?

Je pense qu'elle leur passe, et qu'ils sont bien fondés à demander aux assureurs la somme portée par la police. La raison est, que ce n'est pas la rédemption du captif ou du prisonnier qui est l'objet de l'obligation que les assureurs ont contractée par le contrat d'assurance ? elle n'est que la cause finale et le motif du contrat. L'objet de l'obligation des assureurs, est la somme d'argent portée par la police, qu'ils se sont obligés de payer : or, le droit qui résulte d'une obligation d'une somme d'argent, est un droit de nature à passer aux héritiers de la personne envers qui elle a été contractée.

Par la même raison, si, ayant fait assurer ma liberté, l'obligation, et l'action qui en naît, ont été ouvertes à mon profit, par la captivité de ma personne, et que je me sois sauvé avant que j'aie demandé la somme portée par la police, je ne laisserai pas d'être fondé à demander aux assureurs cette somme, quoique je n'en aie plus besoin pour ma rançon.

Il en serait autrement, si, par la police d'assurance par laquelle quelqu'un a fait assurer sa liberté, les assureurs n'avaient pas promis de payer une somme, mais de le délivrer, au cas qu'il fut pris : en ce cas, ce serait le fait même de la rédemption de cette personne, qui serait l'objet de l'obligation des assureurs. Ce fait étant un fait personnel à la personne envers qui l'obligation a été contractée, l'action qui naît de l'obligation de ce fait n'est pas transmissible aux héritiers de cette personne. (*Traité des Obligations*, n° 674.)

C'est pourquoi, si le captif est mort avant que les assureurs aient été mis en demeure de le délivrer, ces assureurs sont entièrement quittes de leur obligation, et les héritiers du captif n'ont aucune action contre eux.

Par la même raison, si le captif a trouvé le moyen de s'évader avant que ses assureurs aient été mis en demeure de le délivrer, ils sont quittes de leur obligation ; car l'assuré ne peut plus demander qu'on le rachète, puisqu'il n'est plus captif ; le fait qui faisait l'objet de l'obligation des assureurs, étant devenu un fait impossible, l'obligation de ce fait est éteinte.

Mais si les assureurs avaient été mis en demeure de satisfaire à leur obligation, et de racheter le captif avant sa mort ou son évasion, l'obligation des assureurs ayant été, par leur demeure, convertie en une obligation de dommages et intérêts, et par conséquent en une obligation d'une somme d'argent, l'action qui en naît subsiste, nonobstant sa mort ou son évasion.

172. Si ceux chez qui l'assuré est captif ou prisonnier, demandaient une somme exorbitante pour sa rançon, les assureurs qui n'ont limité aucune somme par la police d'assurance, seraient-ils obligés de la donner ?

Je pense que les assureurs ne seraient, en ce cas, obligés de donner au

captif, pour sa rançon, que la somme à laquelle ils ont pu prévoir que pourrait monter au plus haut prix la rançon de l'assuré, eu égard à sa qualité.

La raison est, que, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n° 164, les obligations qui naissent des conventions étant fondées sur la volonté que la personne qui a contracté l'obligation, a eue de s'obliger, elles ne peuvent pas excéder ce à quoi il paraît que la personne qui a contracté l'obligation, a voulu s'obliger. Or les assureurs, dans cette espèce, n'ont voulu ni entendu s'obliger que jusqu'à la somme à laquelle ils pouvaient prévoir que monterait la rançon; ils n'ont pas voulu s'obliger *in infinitum*: ils ne sont donc obligés à autre chose qu'à payer au captif la somme à laquelle s'estime ordinairement au plus cher la rançon d'un captif de sa qualité. Il en est de cette espèce comme de celle dans laquelle quelqu'un se serait obligé de m'acheter à ses frais la chose d'autrui. Il n'est tenu de l'acheter que *a quo pretio*; si le propriétaire ne la veut vendre que pour un prix exorbitant, il n'est tenu qu'à me donner le juste prix de cette chose.

173. Outre l'obligation principale que les assureurs contractent envers l'assuré de lui payer, au cas qu'il soit pris, la somme portée par la police pour sa rançon, et les frais de son retour; ou s'il n'y a pas de somme limitée par la police, celle qui sera nécessaire pour cela, les assureurs contractent encore une obligation secondaire, qui est celle de payer à l'assuré la peine portée par la police, en cas de retard de leur part de satisfaire à l'obligation principale, pour tenir lieu à l'assuré des dommages et intérêts qu'il souffre de ce retard.

Il paraît par l'art. 9 du *titre des Assurances*, que cette peine fait partie de ce que doit contenir la police d'assurance.

Si l'on avait omis dans la police d'y faire mention de la peine, les assureurs n'en seraient pas moins tenus des dommages et intérêts de l'assuré, que leur retard retient dans la captivité; et il faudrait, en ce cas, les estimer eu égard au genre de la captivité, et à la qualité de la personne.

174. Tout ce que nous avons dit sur l'obligation et l'action qui naissent de l'assurance de la liberté d'une personne, a également lieu, soit que l'assurance ait été faite pour un voyage de mer, soit qu'elle ait été faite pour un voyage de terre; *putâ*, si un pèlerin qui se propose d'aller à Jérusalem, dans la crainte d'être pris en chemin par des Arabes, se faisait assurer sa liberté par des assureurs.

On doit, en ce cas, limiter par le contrat le temps que pourra durer le voyage, et le plus longtemps ne doit pas excéder *trois ans*. Si l'accident de la personne assurée n'arrive qu'après l'expiration de ce temps, les assureurs n'en sont pas tenus, quelque excuse qu'elle allègue, que son voyage a été retardé par maladie, ou par quelque autre accident. *Guidon de la Mer*, ch. 16.

SECT. II. — DES OBLIGATIONS DE L'ASSURÉ, QUI NAISSENT DE LA NATURE DU CONTRAT.

175. L'assuré, par le contrat d'assurance, contracte envers les assureurs l'obligation de leur payer la *prime*, c'est-à-dire la somme convenue pour le prix de l'assurance; *Voy.* ce que nous avons déjà dit *suprà*, chap. 1, art. 3, § 2.

L'assuré contracte ordinairement cette obligation purement et simplement; et, en ce cas, il doit la *prime*, soit que le vaisseau arrive à bon port, soit qu'il périsse.

Quelquefois néanmoins, par une clause particulière de la police, l'assuré ne s'oblige au paiement de la *prime* que sous la condition et au cas que le vaisseau *arrivera à bon port*; et il stipule que, dans le cas contraire, la somme assurée lui sera payée, sans aucune déduction de *prime*, comme il a déjà été dit *suprà*, n° 162.

176. Quoique l'obligation de payer la *prime* ait été contractée purement et simplement, néanmoins comme la *prime* est le prix des risques que doivent courir les assureurs, et qu'il ne peut pas y avoir de prix des risques lorsque les assureurs n'en ont couru aucun, cette obligation de payer la *prime* renferme par sa nature cette condition tacite, *si les assureurs courrent des risques.*

De là il suit que, lorsqu'un armateur a fait assurer son vaisseau pour un certain voyage ; si le voyage a été entièrement rompu avant le départ du vaisseau, quoique par le fait de l'assuré⁽¹⁾, la *prime* ne sera pas due aux assureurs, parce que le vaisseau n'étant aux risques des assureurs que du jour qu'il a mis à la voile, comme nous l'avons vu *suprà*, ils n'ont, en ce cas, couru aucun risques ; et si elle leur avait été déjà payée, ils seraient tenus de la rendre, *condicione sine causâ*, comme l'ayant reçue indûment. C'est la disposition de l'art. 27.

Pareillement, si des marchands ont fait assurer des marchandises qu'ils se proposaient de charger sur un certain vaisseau, et que ces marchands ayant changé d'avis, le chargement ne se soit pas fait, la *prime d'assurance* de ces marchandises ne sera pas due aux assureurs, qui n'ont, en ce cas, couru aucun risque.

177. Au lieu de la *prime*, qui n'est pas due, dans ce cas, aux assureurs, lorsque c'est par le fait de l'assuré que le contrat d'assurance n'a pas eu son exécution, l'assuré doit aux assureurs, pour dommages et intérêts de l'inexécution du contrat, *demi pour cent* de la somme assurée⁽²⁾. C'est une des obligations que l'assuré contracte par la nature du contrat d'assurance. L'ordonnance, art. 37, a fixé à *demi pour cent* les dommages et intérêts des assureurs, résultant de l'inexécution du contrat par le fait des assurés, en permettant par cet article aux assureurs de le retenir, en ce cas, sur la *prime* qu'ils doivent restituer.

S'ils n'avaient pas encore reçu la *prime*, ils auraient la voie d'action pour exiger ce *demi pour cent*.

178. Ce *demi pour cent* étant dû pour les dommages et intérêts de l'inexécution du contrat d'assurance par le fait de l'assuré, il s'ensuit que, lorsque ce n'est point par le fait de l'assuré que le contrat d'assurance n'a pas eu son exécution, l'assuré ne doit pas ce *demi pour cent*.

Par exemple, si c'est l'incendie du vaisseau par le feu du ciel, avant son départ, qui a empêché l'exécution du contrat d'assurance, les assureurs ne peuvent prétendre, en ce cas, le *demi pour cent* ; car l'inexécution du contrat ne provient pas, en ce cas, du fait de l'assuré, mais d'une force majeure, dont l'assuré ne peut être tenu, suivant le principe, *Nemo præstat casus fortuitos*. L'assureur qui souffre de l'inexécution du contrat, ne peut donc pas, en ce cas, s'en prendre à l'assuré, ni lui demander le dédommagement du *demi pour cent*. Il est contre tous les principes qu'une partie soit tenue de l'inexécution d'un contrat, lorsque ce n'est pas par sa faute, mais par une force majeure, que le contrat n'est pas exécuté.

Ceux qui soutiennent que l'assuré doit le *demi pour cent*, quoique ce soit par une force majeure que le voyage a été rompu, tirent argument de ces termes de l'art. 37, *même par le fait des assurés*.

Cet argument disparaîtra par l'explication que je vais donner de cet article, et que je crois être la véritable ; la voici : quoique régulièrement il ne doive

(1) V. art. 349, C. comm.

Art. 349 : « Si le voyage est rompu avant le départ du vaisseau, même par le fait de l'assuré, l'assurance

« est annulée ; l'assureur reçoit, à titre d'indemnité, demi pour cent de la somme assurée. »

(2) V. même article *in fine*.

pas être au pouvoir d'une partie de rendre par son fait le contrat nul, et qu'en conséquence il pût paraître que les assurés ne peuvent pas, en rompant le voyage, rendre nul par leur fait le contrat d'assurance, et se décharger de l'obligation qu'ils ont contractée de payer la *prime*; néanmoins *si le voyage est entièrement rompu avant le départ du vaisseau, même par LE FAIT DES ASSURÉS, l'assurance demeurera NULLE, et l'assureur restituera la prime, à la réserve du demi pour cent*, qu'il retiendra pour tous dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat par le fait des assurés⁽¹⁾.

Pourrait-on dire que le contrat n'a pas eu son exécution par le fait de l'assuré, et qu'il dût en conséquence être tenu du *demi pour cent*, si l'incendie était arrivé par un défaut de soin de la part de l'assuré, ou de ses gens?

Je ne pense pas que, même en ce cas, il y eût lieu aux dommages et intérêts du *demi pour cent*, pour l'inexécution du contrat d'assurance⁽²⁾. On ne peut pas, même en ce cas, dire que c'est par le fait de l'assuré qu'il n'a pas eu son exécution. Le défaut de soin de l'assuré ou de ses gens, qui donne lieu à l'incendie du vaisseau, et à l'inexécution du contrat, ne peut pas être regardé vis-à-vis des assureurs comme un fait de l'assuré, dont il soit responsable envers eux, n'ayant contracté envers eux aucune obligation d'apporter du soin à la conservation de sa propre chose.

179. On ne peut pas dire que ce soit par le fait de l'assuré que le contrat n'a pas eu son exécution, et il n'y a pas par conséquent lieu à la peine du *demi pour cent*, dans le cas auquel le contrat est nul de plein droit, parce qu'on a fait assurer une chose que les assureurs devaient savoir, aussi bien que l'assuré, n'être pas susceptible de ce contrat; comme lorsqu'on a fait assurer la vie d'une personne libre, contre la défense de l'art. 10.

180. De même que l'entièrre inexécution du contrat d'assurance par le fait ou sans le fait de l'assuré, fait cesser entièrement l'obligation de payer la *prime*, et donne même lieu à la restitution, lorsqu'elle a été payée; de même lorsque le contrat n'a eu exécution que pour une partie de la somme assurée, l'obligation de la *prime* cesse quant à la partie pour laquelle le contrat n'a pas eu exécution, et cette *prime* doit être restituée pour cette partie, si elle avait déjà été payée.

Cette restitution s'appelle, en terme de marine, *ristourne*.

Par exemple, si j'ai fait assurer une somme de 40,000 liv. sur un chargement qui s'est trouvé n'être que de la valeur de 30,000 liv., et qu'en conséquence l'assurance n'aït eu lieu que pour 30,000 livres; l'assurance n'ayant son exécution que pour les trois quarts de la somme assurée, la *prime* ne sera due que pour les trois quarts; et si elle a été payée en entier, les assureurs seront tenus d'en rendre le quart. Mais comme c'est par le fait de l'assuré, qui a fait une fausse estimation de son chargement, que l'assurance n'a pas lieu pour le quart qui a été retranché de la somme assurée, il devra, par forme de dom-

(1) Le même raisonnement est applicable à l'art. 349, C. comm. précité qui se sert de la même locution, *même par le fait de l'assuré*.

(2) Nous ne saurions admettre cette décision, l'assuré est responsable des personnes qu'il emploie, et c'est bien par son fait que, dans ce cas, le voyage se trouve rompu. **V. art. 1383 et 1384, C. civ.**

Art. 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore

« par sa négligence ou par son imprudence. »

Art. 1384 : « On est responsable non-seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.—Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux; — Les maîtres et les commettants,

mages et intérêts, le *demi pour cent* de ce quart (1), comme nous l'avons déjà vu *suprà*, n° 77.

L'assuré est recevable à demander la réduction de la *prime*, lorsque les assureurs ont fait réduire la somme assurée. Mais lorsque les assureurs ne se plaignent pas de la somme assurée, comme dans le cas de l'heureuse arrivée du vaisseau, l'assuré ne serait pas recevable à demander la réduction de la *prime*, sous le prétexte qu'il prétendrait que la somme assurée était sujette à réduction, et excédait la valeur des effets assurés; car il n'est pas recevable à impugner son propre fait. Néanmoins si l'assuré, comptant de bonne foi qu'on lui envoyait un retour de 20,000 livres, avait fait assurer ce retour sur le pied de 20,000 livres, et qu'à l'arrivée du vaisseau, le retour ne se trouvât que de 10,000 livres, l'assuré, dans ce cas, n'étant pas de mauvaise foi, pourrait demander la ristourne, c'est-à-dire la restitution de la moitié de la *prime* qu'il a payée, sauf le *demi pour cent*.

181. Lorsque les assureurs ont commencé à courir les risques de toute la somme assurée, la *prime* entière leur est dès lors acquise et due irrévocablement, quand même le voyage pour lequel l'assurance a été faite aurait été raccourci (2). C'est la disposition formelle de l'art. 36.

L'ordonnance ne distingue point si le voyage a été peu ou beaucoup raccourci. C'est pourquoi quand même le vaisseau n'aurait fait que sortir du port, y serait rentré peu après, et n'en serait plus sorti, cela suffirait pour que la *prime* fût entièrement due aux assureurs. Il suffit, pour qu'elle leur soit irrévocablement due, qu'ils aient commencé à courir pendant quelque temps, quelque court qu'il ait été, les risques dont elle est le prix. C'est pourquoi en l'art. 37, elle n'ordonne la restitution de la *prime* que lorsque le voyage est rompu *avant le départ du vaisseau*: d'où il suit, à *contrario*, que lorsque le vaisseau est une fois parti, et que par son départ les risques ont commencé, la *prime* est entièrement acquise, et est due irrévocablement aux assureurs. C'est l'avis de Valin sur cet article.

Cet auteur va plus loin, et il prétend que ce qui est porté par l'art. 37, « que la *prime* sera rendue lorsque le voyage aura été rompu *avant le départ du vaisseau*, » doit s'entendre du cas auquel les risques ne commencent qu'au temps du départ du vaisseau; comme lorsque c'est le vaissau qui a été assuré, ou lorsque, dans une assurance de marchandises, il a été stipulé par une clause particulière « qu'elles ne commencerait à être aux risques des assureurs que du jour du départ du vaisseau. » Mais hors ces cas, lorsque les marchandises assurées ont été chargées sur le vaisseau, ou sur des gabares pour y être portées; ayant dès lors commencé à être aux risques des assureurs, la *prime*, suivant cet auteur, leur est dès lors due irrévocablement, et n'est sujette à aucune restitution, quand même le voyage aurait été rompu depuis, même avant le départ du vaisseau.

Les personnes que j'ai consultées, m'ont assuré que cette décision de

« du dommage causé par leurs domes-
« tiques et préposés dans les fonctions
« auxquelles ils les ont employés; —
« Les instituteurs et les artisans, du
« dommage causé par leurs élèves et
« apprentis pendant le temps qu'ils
« sont sous leur surveillance. — La
« responsabilité ci-dessus a lieu, à
« moins que les père et mère, institu-
« teurs et artisans, ne prouvent qu'ils
« n'ont pu empêcher le fait qui donne
« lieu à cette responsabilité. »

(1) V. art. 358, C. comm., 3^e paragraphe, ci-dessus, p. 295, note 2.

(2) V. art. 364, C. comm., 2^e paragraphe.

Art. 364 : « L'assureur est déchargé des risques, et la prime lui est acquise, si l'assuré envoie le vaisseau en un lieu plus éloigné que celui qui est désigné par le contrat, quoique sur la même route. — L'assurance a son entier effet si le voyage est raccourci. »

M. Valin était constante dans l'usage, et qu'il suffisait que les risques eussent commencé, pour que la *prime* fût acquise irrévocablement aux assureurs.

182. Ce principe, « que la *prime* est due en entier et irrévocablement aux assureurs aussitôt qu'ils ont commencé de courir les risques des effets assurés, quelque abrégé qu'ait depuis été le temps pendant lequel ils les ont courus », reçoit trois exceptions.

La première est, lorsque la *prime* a été convenue à raison de tant par chaque jour ou par chacun mois du temps que durera le voyage. Il est évident qu'une *prime* de cette nature ne peut être due qu'à proportion du temps qu'aura duré le voyage, telle ayant été la convention des parties.

183. La seconde exception est, lorsque pour une assurance de marchandises, on est convenu d'une seule *prime*, tant pour l'aller que pour le retour, ce qui s'appelle une *prime liée* : en ce cas, si le vaisseau étant arrivé au lieu de sa destination, *il ne se fait pas de retour*, l'ordonnance veut que l'assureur soit tenu de rendre le tiers de la *prime*, s'il n'y a stipulation au contraire (1). C'est la disposition de l'art. 6.

La raison de cette disposition est, que cette *prime* en réunit deux, celle de l'aller, et celle du retour ; c'est pourquoi elle est appelée *prime liée*. Les risques pour aller que les assureurs ont courus, leur ont bien fait gagner la *prime* pour l'aller, dès qu'ils ont commencé de les courir ; mais celle du retour ne leur est pas due, puisque n'y ayant pas eu de retour, on ne peut pas dire qu'ils aient au moins commencé d'en courir les risques.

Le temps du retour et les risques du retour étant ordinairement égaux au temps et aux risques pour aller, la *prime* du retour paraîtrait devoir être la moitié de celle qui réunit les deux : pourquoi donc l'ordonnance n'ordonne-t-elle que la restitution du *tiers* ?

La réponse est, que ce que les assureurs retiennent de plus que la moitié de la *prime*, leur est accordé pour leur tenir lieu des dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat d'assurance pour le retour. De là il suit qu'ils n'en peuvent prétendre d'autres, ni par conséquent prétendre en ce cas aucun *demi pour cent*.

184. La disposition de cet article est, dans le cas auquel *le vaisseau est parvenu* au lieu de sa destination. *Quid*, s'il était péri en chemin ?

Il n'y aura lieu à la restitution d'aucune partie de la *prime* ; car par la perte du vaisseau le contrat d'assurance a reçu une entière consommation ; les assureurs étant devenus, par cet accident, débiteurs de la somme entière qui a été assurée tant pour l'aller que pour le retour, il est juste que l'assuré leur doive de son côté la prime tant pour l'aller que pour le retour. C'est l'avis de Valin, sur l'art. 27, page 73.

185. L'ordonnance dit, *il ne se fasse point de retour* ; ce qui ne doit pas s'entendre du retour du vaisseau ; mais en ce sens, « si l'assuré ne charge aucunes marchandises en retour sur le vaisseau, qui représentent ou remplacent les marchandises assurées pour l'aller. »

Quid, s'il en a chargé en retour, mais pour une somme moindre que la somme assurée ?

En ce cas il n'y aura pas lieu à la restitution du tiers de la *prime liée*, qui

(1) V. art. 356, C. comm. ; c'est la seule de ces dispositions de l'ordonnance que le Code de commerce ait reproduite.

Art. 356 : « Si l'assurance a pour objet des marchandises pour l'aller et le retour, et si, le vaisseau étant

parvenu à sa première destination, « il ne se fait point de chargement en retour, ou si le chargement en retour n'est pas complet, l'assureur reçoit seulement les deux tiers proportionnels de la prime convenue, s'il n'y a stipulation contraire. »

est censée être la prime entière du retour ; puisque, en ce cas, le contrat d'assurance a été exécuté en partie pour le retour⁽¹⁾. Mais comme il n'a été exécuté qu'en partie, et qu'il ne l'a pas été pour le surplus, on retranchera de ce tiers, qui fait le total de la *prime* du retour, une portion proportionnée à celle qui aura été retranchée de la somme assurée, et pour laquelle le contrat d'assurance n'a pas eu son exécution pour le retour.

Ceci s'éclaircira par un exemple.

J'ai fait assurer 12,000 livres pour un chargement de valeur de pareille somme que j'avais sur un vaisseau, moyennant une *prime liée* pour l'aller et le retour, à raison de cinq pour cent, montant à six cents livres, que j'ai payées comptant aux assureurs. Le vaisseau étant arrivé au lieu de sa destination, je ne l'ai chargé en retour que d'un chargement de la valeur de neuf mille livres : en conséquence l'assurance ne pouvant avoir lieu que pour une somme au delà de la valeur du chargement, l'assurance pour le retour doit souffrir retranchement d'un quart, et être réduite à la somme de neuf mille livres, valeur du chargement en retour. Par conséquent la *prime* du retour, qui est de la somme de deux cents livres, tiers de la *prime liée*, doit souffrir un pareil retranchement d'un quart, qui est d'une somme de cinquante livres, et les assureurs doivent me rendre cent cinquante livres.

186. L'article ajoute, *s'il n'y a convention contraire* ⁽²⁾ ; c'est-à-dire que les parties peuvent convenir de la restitution d'une plus grande ou d'une moins grande portion de la *prime* que le tiers, dans le cas auquel il n'y aurait pas de retour.

Pourrait-on valablement convenir que l'assureur ne rendrait rien dans ce cas ?

Cette convention n'a rien d'injuste, en supposant que l'assureur, en considération de cette clause, s'est contenté d'une moindre somme pour sa *prime*, que celle qu'il aurait exigée s'il eût été obligé d'en rendre le tiers, dans le cas où il ne se ferait pas de retour. Or c'est ce qu'on doit toujours supposer dans le cas extérieur, lorsque pareille convention est intervenue ; et par conséquent une telle convention doit être exécutée.

187. La troisième exception à la règle « que la *prime* est due irrévocablement aux assureurs aussitôt que les risques ont commencé, » est le cas auquel les assureurs feraient banqueroute pendant le temps des risques⁽³⁾ : car, en ce cas, celui qui a fait assurer, se trouvant n'être plus assuré, par la faillite des assureurs, est fondé à demander la résolution du contrat, et en conséquence la décharge de la *prime*, s'il ne l'a pas encore payée ; ou la restitution, s'il l'a payée. Si, sur cette demande de l'assuré, les créanciers interviennent, ils pourraient, en offrant à l'assuré une bonne et suffisante caution de l'assurance, le faire débouter de sa demande.

188. De l'obligation que contracte l'assuré de payer la *prime*, naît une action qu'ont les assureurs contre l'assuré pour en exiger le paiement.

Il peuvent l'exiger incontinent après que le contrat a reçu sa perfection ; **art. 6.** Voyez *suprà*, n° 8.

Cela a lieu, à moins que par une clause particulière de la police, les assureurs n'aient accordé un terme pour le paiement de la *prime*.

A plus forte raison, lorsque par une clause particulière on a fait dépendre l'obligation de la *prime*, de la condition de l'heureuse arrivée du vaisseau, on ne peut exiger la *prime* avant l'accomplissement de la condition.

189. Il reste à observer que les assureurs, lorsque la *prime* n'a pas été

(1) *Ou si le chargement en retour n'est pas complet*, porte l'art. 356 précité.

(2) Mêmes dispositions dans l'art 356.
(3) V. art. 346, C. comm., ci-dessus, p. 310, note 2.

payée, ont un privilége sur les effets assurés pour en être payés ⁽¹⁾. Valin sur l'art. 20, p. 62, *in fine*, suppose ce privilége comme constant.

190. Outre l'obligation que l'assuré contracte de payer la *prime*, et celle de payer le *demi pour cent*, en cas d'inexécution du contrat par son fait, on doit encore compter parmi ses obligations qui naissent de la nature du contrat, celle qu'il contracte par le délaissement qu'il est tenu de faire de ce qui lui reste des effets assurés, afin de pouvoir demander la somme assurée dans les cas auxquels il y a lieu; sur quoi voyez ce qui en a été dit dans la section précédente, art. 1, § 3.

SECT. III. — DES OBLIGATIONS QUE FORME LA BONNE FOI ENTRE LES PARTIES DANS LE CONTRAT D'ASSURANCE.

191. La bonne foi qui doit régner dans le contrat d'assurance, de même que dans tous les autres, oblige chacun des contractants de ne rien dissimuler à l'autre de ce qu'il sait sur les choses qui font la matière du contrat : car cette dissimulation est un dol, comme nous l'avons établi en notre *Traité du Contrat de Vente*, n°s 233 et suiv.

Les risques qui sont à courir sur les effets assurés, étant une des principales choses qui font la matière du contrat d'assurance, chacun des contractants ne doit rien dissimuler à l'autre de tout ce qu'il sait sur ce qui peut augmenter ou diminuer ces risques. Par exemple, en temps de guerre, les assureurs qui ont connaissance du prochain retour de la paix, ne doivent pas le cacher à celui qui fait assurer, pour tirer de lui une *prime* plus considérable que celle qu'il voudrait donner, s'il avait cette connaissance.

192. Cette espèce de dissimulation n'oblige guère que dans le *for de la conscience*; et dans ce *for*, elle oblige les assureurs qui ont dissimulé la connaissance qu'ils avaient, à restituer ce qu'ils ont reçu de plus que ce qui aurait dû être le prix de l'assurance, si toutes les parties eussent eu cette connaissance.

Cette obligation a lieu, même en cas de perte du vaisseau; et ils ne peuvent pas dire, pour s'en dispenser, qu'ils sont déjà assez malheureux de payer la somme assurée : l'iniquité du prix de l'assurance est quelque chose d'indépendant de l'événement. Quoique le vaisseau soit péri, il n'en est pas moins vrai qu'il a été assuré à un prix excessif, et par conséquent l'obligation de restituer ce qu'il y a d'excès, ne subsiste pas moins.

193. L'assuré qui a dissimulé des risques considérables auxquels il savait que le navire devait être exposé, et qui auraient augmenté considérablement le prix de la *prime*, s'ils eussent été connus des assureurs, peut-il, dans le *for de la conscience*, en cas de perte entière, exiger des assureurs la somme assurée, en leur faisant seulement déduction de la somme à laquelle eût dû monter la *prime*, s'il n'eût pas caché aux assureurs la connaissance qu'ils avaient de ces risques ⁽²⁾?

(1) On doit accorder le privilége résultant de l'art. 2102, C. civ. n° 3, *frais faits pour la conservation de la chose*.

(2) Cette dissimulation peut même entraîner la nullité du contrat dans le *for extérieur*; ce sont là des appréciations de fait qui sont abandonnées au pouvoir discrétionnaire des juges. V. art. 348, C. comm.

Art. 318 : « Toute réticence, toute

« fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissance, « qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance. — L'assurance est nulle, même dans le cas où la réticence, la fausse déclaration ou la différence, n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré. »

Je crois que l'assuré ne peut, dans ce cas, exiger des assureurs la somme assurée : car les assureurs n'ont pu équitablement être par le contrat chargés des risques que pour une *prime* équivalente au juste prix de ces risques, que l'assuré leur aurait payé lors du contrat, ou promis de leur payer. L'assuré leur ayant dissimulé malicieusement le juste prix des risques dont il se proposait de les charger, en leur dissimulant la connaissance qu'il avait de ce qui en augmentait considérablement le prix ; ne leur ayant par conséquent ni payé, ni promis de payer une *prime* qui fut le prix des risques dont il les chargeait, il n'a pu équitablement les en charger, ni conséquemment exiger d'eux la somme assurée. Il n'est plus temps, après que le temps du risque est passé, et que la perte est arrivée, de leur offrir le prix du risque.

Tout ce que l'assuré peut en ce cas exiger des assureurs, c'est qu'ils lui rendent la *prime* qu'il leur a payée ; car, étant déchargés des risques, il ne leur est pas dû de *prime*.

194. Pourvu que les parties n'usent l'une envers l'autre d'aucune dissimulation ni d'aucun artifice, elles peuvent licitement se débattre sur le prix de l'assurance : et comme l'estimation des risques est quelque chose d'incertain, et très difficile à fixer, et qu'en conséquence le juste prix des risques doit avoir *magnam latitudinem*, la *prime*, qui est l'estimation des risques, ne sera pas censée, quelque forte ou quelque basse qu'elle soit, sortir des bornes du juste prix, même dans le for de la conscience.

A plus forte raison, dans le for extérieur, il ne doit pas y avoir lieu à la restitution pour cause de simple lésion dans le prix de l'assurance, si on n'allègue aucun dol.

Néanmoins si des assureurs avaient exigé d'un particulier, pour le prix de l'assurance de ses effets, une *prime* beaucoup plus forte que celle qu'ils exigeaient dans le même temps des autres personnes avec qui ils faisaient de pareils contrats, en profitant de l'ignorance en laquelle était ce particulier, du cours de la place sur le prix des assurances, il n'est pas douteux qu'ils commettraient envers lui une injustice, qui les obligerait, dans le for de la conscience, à lui restituer l'excès de la *prime* : car, ayant estimé eux-mêmes quel était le juste prix, par tous les contrats qu'ils ont faits avec les autres personnes, ils ne peuvent se dissimuler que celle qu'ils ont exigée de ce particulier, excède les bornes du juste prix.

195. La bonne foi ne permettant aux parties de se rien cacher sur les choses qui font la matière du contrat, il s'ensuit que l'assuré est obligé de déclarer aux assureurs la qualité des marchandises qu'il fait assurer, qui les rend sujettes à plus de risques ; telles que sont les marchandises sujettes à coulage, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 101.

Quoique l'ordonnance dispense l'assuré de cette déclaration à l'égard des marchandises qui doivent être chargées *en retour*, par la raison qu'ordinairement il ne sait pas quelles sont les marchandises qu'on lui enverra en retour, néanmoins lorsqu'il le sait, il est obligé, dans le for de la conscience, de le déclarer.

196. L'obligation que la bonne foi impose aux parties de ne rien dissimuler de ce qu'elles savent sur les choses qui sont de la substance du contrat, ne concerne ordinairement que le for de la conscience.

Il en est autrement de l'obligation qu'elle impose à chacune des parties, de ne pas induire l'autre en erreur, par de fausses déclarations, sur les choses qui sont de la substance du contrat : celle-ci concerne le for extérieur (¹).

(¹) Point de contrat sans consentement, c'est là le premier de tous les principes. V. art. 1109, C. civ.

Art. 1109 : « Il n'y a point de con-

sentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. »

Ces fausses déclarations peuvent donner lieu, dans le for extérieur, à faire prononcer la nullité du contrat; *puta*, lorsque l'assuré déclare aux assureurs que le vaisseau qu'il fait assurer, ou sur lequel sont les marchandises qu'il fait assurer, est un vaisseau armé de canons, quoiqu'il ne le soit pas; ou lorsqu'il leur a déclaré qu'il devait partir *sous convoi*, quoiqu'il soit parti seul: car les risques à courir sur un vaisseau non armé, et qui part seul, étant plus considérables, la *prime*, qui est le prix de ces risques, doit être plus considérable aussi. D'où il suit que celle que les assureurs ont reçue, n'étant que le prix des risques d'un vaisseau qu'on supposait faussement armé et escorté, n'était pas équivalente au prix des risques de ce vaisseau, qui n'était ni armé, ni convoyé; et que les assureurs n'ayant pas reçu l'équivalent du prix de ces risques, n'en ont pu être valablement chargés.

Cela a lieu quand même l'assuré aurait fait sans mauvaise foi cette fausse déclaration, étant lui-même dans l'erreur, et croyant que le vaisseau sur lequel il faisait assurer, était armé, et devait être convoyé, quoiqu'il ne fût pas armé, et qu'il dût partir seul. Car il y a cette différence dans tous les contrats *intéressés*, entre le cas auquel l'une des parties ne dit pas ce qui est, et le cas auquel elle dit ce qui n'est pas. Dans le premier cas elle n'est pas tenue de ne l'avoir pas dit, si elle ne le savait pas, et si elle ne l'a pas malicieusement dissimulé: mais dans le second cas, elle est tenue, si ce qu'elle a dit ne se trouve pas vérifiable, et a induit l'autre partie en erreur; *debet præstare rem ita esse ut affirmavit*.

Il reste à observer qu'une partie ne peut se plaindre d'une fausse déclaration qu'autant qu'elle a été induite en erreur. S'il était établi qu'elle en sut elle-même la fausseté, elle ne serait pas recevable à s'en plaindre.

SECT. IV.—DES JUGES QUI DOIVENT CONNAÎTRE DES CONTESTATIONS AUXQUELLES PEUVENT DONNER LIEU LES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU CONTRAT D'ASSURANCE.

197. C'est au siège de l'Amirauté dans le ressort duquel le contrat d'assurance a été passé, que la connaissance des contestations auxquelles il peut donner lieu, est attribuée⁽¹⁾.

Néanmoins, suivant l'art. 70, lorsque la police porte la clause ordinaire par laquelle les parties soumettent à l'arbitrage les contestations qu'elles pourront avoir, l'une des parties peut, avant contestation en cause, malgré l'autre partie, obtenir le renvoi de la cause devant des arbitres.

Valin, sur cet article, observe à cet égard deux différences entre le contrat d'assurance et le contrat de société.

Dans celui-ci, un associé, suivant l'art. 9 du titre 4 de l'ordonnance de 1673, est fondé à demander le renvoi devant des arbitres, sur les contestations qu'il a avec ses associés, quoiqu'ils n'y consentent pas, et qu'il n'y eût aucune clause à cet égard par le contrat de société.

(1) Toutes les contestations relatives aux contrats d'assurance doivent être portées aujourd'hui devant les tribunaux de commerce, sauf l'exécution de la clause compromissoire, si les parties, ainsi que l'art. 332, C. comm. (V. ci-dessus, p. 267, note 2), les y autorisent, sont convenues par le contrat de soumettre leurs contestations à des arbitres. On peut remarquer à cette occasion que l'art. 332

déclare valable cette clause que la Cour de cassation, par une jurisprudence récente, annule comme contraire à l'ordre public.

« La loi répute actes de commerce « toutes assurances, » art. 633, C. comm., « et l'art. 631 attribue à la juridiction commerciale la connaissance « entre toutes personnes des contestations relatives aux actes de commerce, »

Au contraire, dans le contrat d'assurance, l'ordonnance ayant dit, lorsque la police contiendra soumission à l'arbitrage, déclare suffisamment que l'une des parties ne peut obtenir malgré l'autre le renvoi devant des arbitres, que dans le cas auquel cette clause se trouve dans la police et non dans le cas auquel elle n'y est pas : *Inclusio unius est exclusio alterius* (1).

Au reste, il suffit qu'il y ait une clause par laquelle les parties se soient soumises à l'arbitrage, quoique par cette clause elles n'aient pas nommé les arbitres (2). En ce cas, la partie qui demande à être renvoyée devant des arbitres, peut, après en avoir nommé un de sa part, sommaire l'autre d'en nommer un de la sienne; et faute par elle d'en nommer un, le juge en doit nommer un pour elle; art. 70.

Il y aurait plus de difficulté, si les arbitres étaient nommés par la police, et que l'un des arbitres fût mort, ou refusât d'accepter l'arbitrage : car, au lieu que dans l'espèce précédente, les parties, en se soumettant à un arbitrage sans nommer les arbitres, sont censées s'être obligées d'en nommer; au contraire, dans cette espèce, les parties qui se sont soumises à l'arbitrage de certaines personnes, peuvent dire qu'elles n'ont entendu se soumettre qu'à l'arbitrage de ces personnes, qui étaient celles dans lesquelles elles avaient confiance, et non à l'arbitrage d'autres personnes.

198. Une seconde différence à cet égard entre le contrat d'assurance et le contrat de société, c'est qu'un associé peut, même après le procès commencé, et après contestation en cause, faire renvoyer la cause devant des arbitres; au lieu que, dans le contrat d'assurance, quoiqu'il contienne une clause de soumission à l'arbitrage, on n'est reçu qu'avant la contestation en cause, à demander le renvoi devant des arbitres (3).

La raison de ces deux différences est, que les contestations entre associés consistent dans des comptes et dans des discussions de faits, qui sont ordinairement très longues; au lieu que celles qui naissent sur les contrats d'assurance, pouvant ordinairement se décider beaucoup plus facilement, n'ont pas tant de besoin d'être renvoyées devant des arbitres.

On m'a fait observer que, même dans le cas auquel la police portait une clause expresse de soumission à des arbitres, les juges ne devaient renvoyer devant les arbitres les contestations que lorsqu'elles n'auraient pour objet que des questions de fait ou d'usage : mais lorsque la contestation a pour objet quelque question de droit délicate, que des arbitres négociants ne sont pas en état de décider, les juges peuvent, nonobstant la clause de soumission à l'arbitrage, retenir la cause (4). J'apprends que c'est l'usage de l'Amirauté du Palais, et que

(1) En matière de société, la sentence est rendue par des arbitres forcés; en matière d'assurance par des arbitres volontaires, ce sont deux jurisdictions parfaitement distinctes. *V. art. 51, C. comm.*

Art. 51: « Toute contestation entre « associés, et pour raison de la société, « sera jugée par des arbitres. »

(2) C'est précisément pour défaut de désignation des arbitres que l'on annule aujourd'hui la clause compromissoire; on ne pourrait même dans ce système, malgré ce défaut de désignation, se refuser à les déclarer valables en matière d'assurance par ap-

plication de l'art. 332, C. comm. précité.

(3) Si les parties ont procédé devant la juridiction générale, elles sont réputées avoir volontairement abandonné le bénéfice de la clause compromissoire, et de la juridiction des arbitres volontaires; mais il n'est pas permis à des associés de renoncer à la juridiction des arbitres forcés qui constituent un tribunal établi par l'autorité même de la loi.

(4) Cette distinction ne pourrait plus être faite aujourd'hui; les tribunaux n'ont plus, comme autrefois, le pouvoir d'étendre eux-mêmes leur juridiction.

Leurs sentences qui ordonnaient dans ce cas la rétention de la cause, ont été confirmées par arrêt, toutes les fois qu'il y en a eu appel.

139. Huitaine après la nomination des arbitres, la partie qui veut aller en avant, peut produire entre les mains des arbitres, et signifier à l'autre qu'elle a produit, avec sommation d'en faire autant; et huitaine après ladite sommation, les arbitres peuvent, si bon leur semble, rendre leur sentence par conclusion⁽¹⁾; art. 71.

Ces sentences doivent être homologuées au siège de l'Amirauté⁽¹⁾, sans qu'il soit permis au juge qui les homologue, d'entrer en connaissance du fond; art. 73.

L'appel s'en porte au Parlement dans le ressort duquel est l'Amirauté ; et il n'y doit être reçu qu'après le paiement de la peine, s'il y en a une stipulée par la soumission à l'arbitrage⁽³⁾ ; art. 73.

Ces sentences sont exécutoires nonobstant l'appel, en donnant caution (4); art. 74.

(1) Le Code de commerce a rejeté avec raison cette procédure spéciale sur l'arbitrage, en matière d'assurances. On reste à cet égard aujourd'hui dans les termes du droit commun, soit pour l'instruction, soit pour la sentence, soit pour l'appel; il faut donc se reporter aux règles qui régissent l'arbitrage volontaire, telles qu'elles sont déterminées par les art. 1003 à 1028 du Cod. de proc. civ.

(*) Les sentences arbitrales, même rendues par des arbitres volontaires, ne sont plus sujettes à homologation ; elles doivent seulement être revêtues de l'ordonnance *d'exequatur* qui est rendue par le président du tribunal civil. V. art. 1021, C. proc. civ.

Art. 1021 : « Les jugements arbitraux, même ceux préparatoires, ne pourront être exécutés qu'après l'ordonnance qui sera accordée, à cet effet, par le président du tribunal, au bas ou en marge de la minute, sans qu'il soit besoin d'en communiquer au ministère public; et sera ladite ordonnance expédiée en suite de l'expédition de la décision. — La connaissance de l'exécution du jugement appartient au tribunal qui a rendu l'ordonnance. »

(²) L'appel est porté devant la Cour royale dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue; le défaut de *paiement de la peine*, s'il y en a eu de stipulé, ne peut plus être invoqué

comme fin de non-recevoir contre l'appel. V. art. 1023, C. proc. civ.

Art. 1023 : « L'appel des jugements « arbitraux sera porté, savoir : devant « les tribunaux de première instance, « pour les matières qui, s'il n'y eût « point eu d'arbitrage, eussent été, « soit en premier soit en dernier res- « sort, de la compétence des juges de « paix ; et devant les Cours royales, « pour les matières qui eussent été, « soit en premier soit en dernier res- « sort, de la compétence des tribunaux « de première instance. »

(*) Les sentences arbitrales ne sont plus exécutoires de plein droit en donnant caution. V. art. 1024, C. proc. civ. Toutefois, et comme il s'agit ici de matières commerciales, c'est à l'art. 439, C. proc. civ., qu'il faut se reporter. V. art. 1024 et 439, C. proc.

Art. 1024 : « Les règles sur l'exécution provisoire des jugements sont applicables aux jugements arbitraux. »

Art. 439 : « Les tribunaux de commerce pourront ordonner l'exécution provisoire de leur jugements ; nonobstant l'appel, et sans caution , lorsqu'il y aura titre non attaqué , ou condamnation précédente dont il n'y aura pas d'appel : dans les autres cas , l'exécution provisoire n'aura lieu qu'à la charge de donner caution , ou de justifier de solvabilité suffisante . »

TRAITÉ DU CONTRAT DE PRÉT A LA GROSSE AVENTURE.

ARTICLE PREMIER.

Le contrat de *prêt à la grosse aventure* est un contrat par lequel l'un des contractants, qui est le prêteur, prête à l'autre, qui est l'emprunteur, une certaine somme d'argent, à condition qu'en cas de perte des effets pour lesquels cette somme a été prêtée, arrivée par quelque fortune de mer, ou accident de force majeure, le prêteur n'en aura aucune répétition, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qui en restera; et qu'au cas d'heureuse arrivée, ou au cas qu'elle n'aurait été empêchée que par le vice de la chose, ou par la faute du maître ou des mariniers, l'emprunteur sera tenu de rendre au prêteur la somme avec un certain profit convenu, pour le prix du risque desdits effets dont le prêteur s'est chargé.

Ces contrats de prêts à la grosse aventure s'appellent aussi *simpliciter contrats à la grosse*. On les appelle aussi *contrats à retour de voyage*, parce qu'ordinairement le prêteur court les risques jusqu'au retour du navire, et qu'il n'a la répétition de la somme prêtée, que dans le cas et lors de l'heureux retour du vaisseau, quoique quelquefois les contrats se fassent pour l'aller seulement, et non pour le retour.

Ce contrat était en usage chez les Romains; c'est celui connu sous les noms de *nauticum fenus*, ou de *contractus trajectitiae pecuniae*. Il en est traité dans les titres du Digeste et du Code de *Nautico fænore*.

¶. Ce contrat est permis non-seulement dans le for extérieur, mais même dans le for de la conscience, et il n'est point usuraire: car l'usure qui est dépendue par les lois civiles et ecclésiastiques, consiste à exiger quelque chose au delà de la somme prêtée, pour la récompense du prêt, *vi mutui*: mais, dans ce contrat, le profit maritime qui est stipulé outre la somme prêtée, n'est pas la récompense du prêt, mais le prix des risques dont le prêteur s'est chargé à la décharge de l'emprunteur.

Par la nature du contrat de prêt, l'emprunteur est chargé des risques de la somme d'argent dont la propriété lui a été transférée par le contrat de prêt, et à plus forte raison du risque des choses auxquelles il a employé cette somme; et la perte qu'il en souffre, quoique par force majeure, ne le décharge pas de l'obligation qu'il a contractée de rendre au prêteur la somme qu'il lui a empruntée: *Incendium ære alieno non liberat debitorem*; L. 11, Cod. *si cert. pet.* Lors donc que, par une convention particulière, le prêteur veut bien se charger de ce risque à la décharge de l'emprunteur, il n'est pas obligé de le faire pour rien; et comme ce risque est quelque chose d'appréciable, il peut licitement, pour se charger de ce risque, stipuler la somme à laquelle il aura été apprécié.

Observez néanmoins que, quoique le profit maritime, quelque fort qu'il ait

été stipulé par le contrat à la grosse, soit toujours censé, dans le *for extérieur*, n'être autre chose que le prix des risques maritimes, et par conséquent entièrement licite ; néanmoins, si l'intention des parties avait été de comprendre dans ce profit, autre le prix des risques, la récompense du prêt et du crédit que le prêteur fait de la somme prêtée, ce profit serait, jusqu'à concurrence de cette récompense du prêt qui y entrerait, illicite et usuraire dans le *for de la conscience* (¹) : c'est sur quoi les donneurs à la grosse doivent s'examiner. *V.* sur le profit maritime, *infra*, art. 2, § 4.

3. Le contrat de *prêt à la grosse* est, de même que le contrat de prêt ordinaire, un contrat *réel* ; car il ne reçoit sa perfection que par la tradition de la somme prêtée. C'est aussi un contrat *unilatéral* ; car le prêteur ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur par ce contrat : il n'y a que l'emprunteur qui contracte l'obligation de rendre la somme prêtée, avec le profit maritime, sous la condition qu'il n'arrive pas quelque accident de force majeure qui cause la perte des effets sur lesquels le prêt a été fait.

4. Ce contrat est un contrat intéressé de part et d'autre ; et il diffère en cela du prêt ordinaire, qui est un contrat de bienfaisance, qui ne concerne que l'intérêt du seul emprunteur, et ne renferme, de la part du prêteur, qu'un pur service qu'il rend à l'emprunteur, en lui accordant l'usage gratuit de la somme qu'il lui prête ; au lieu que le contrat à la grosse se fait pour l'intérêt du prêteur aussi bien que pour celui de l'emprunteur. Le prêteur ne se propose pas, par ce contrat, de rendre service à l'emprunteur ; mais il se propose de recueillir le profit maritime qu'il y stipule, s'il n'en est empêché par quelque accident.

5. Enfin, le contrat à la grosse est du nombre des contrats aléatoires.

Le risque de la perte des effets sur lesquels le prêt est fait, dont le prêteur se charge par ce contrat, y est évalué à un prix qui est le profit maritime, que l'emprunteur s'oblige de lui payer en cas d'heureuse arrivée.

6. Ce contrat est différent de tous les autres contrats, et il en forme une espèce particulière.

Le contrat auquel il ressemble le plus, est le contrat d'assurance maritime.

Le prêteur, dans le contrat à la grosse, se charge, par rapport aux effets sur lesquels le prêt est fait, de tous les mêmes risques dont se chargent les assureurs par le contrat d'assurance, par rapport aux effets assurés.

S'il y a cette conformité entre ces deux contrats, il y a d'ailleurs plusieurs différences considérables.

1^o Dans le contrat à la grosse, le prêteur fournit à l'emprunteur la somme de deniers qui sert à l'emplète des effets, du risque desquels le prêteur se charge. Au contraire, dans le contrat d'assurance, les assureurs ne fournissent rien à celui qui fait assurer ses effets.

2^o Dans le contrat à la grosse, le prêteur, en se chargeant des risques des effets sur lesquels le prêt est fait, ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur. La perte arrivée, par force majeure, des effets, du risque desquels le prêteur s'est chargé, ne rend pas l'emprunteur créancier du prêteur ; mais elle empêche seulement l'emprunteur d'être débiteur de la somme qu'il a empruntée. Au contraire, dans le contrat d'assurance, les assureurs contractent envers l'assuré l'obligation de l'indemniser, jusqu'à concurrence de la somme assurée, de toutes les pertes et dommages soufferts par quelque accident de force majeure, dans les effets assurés, ou par rapport auxdits effets.

3^o Le contrat à la grosse est, comme nous l'avons déjà dit, un contrat *réel* et *unilatéral* ; celui d'assurance est un contrat *consensuel* et *synallagmatique*. Nous pourrons encore remarquer quelques autres différences *in decursu*.

(¹) Et même dans le *for intérieur*, car il y aurait simulation dans le contrat.

ART. II. — De ce qui compose la substance du contrat de prêt à la grosse aventure.

7. Cinq choses composent la substance de ce contrat (1) :

1^o Une somme d'argent qui soit prêtée :

2^o Une ou plusieurs choses sur lesquelles le prêt soit fait :

3^o Des risques auxquels ces choses soient exposées, dont le prêteur se charge :

4^o Une somme convenue, que l'emprunteur s'oblige de payer au prêteur, au cas d'heureuse arrivée, pour le prix des risques qu'il a courus; ce qui s'appelle *le profit maritime* :

5^o Le consentement des parties sur toutes ces choses.

§ I. De la somme prêtée.

8. Pour former un contrat de prêt à la grosse aventure, tel qu'il est en usage parmi nous, il faut une somme d'argent que l'un des contractants prête à l'autre, aux conditions usitées dans ce contrat.

Ce n'est pas que ce contrat ne pût être absolument susceptible d'autres choses que d'une somme d'argent; car ce contrat renfermant le contrat *mutuum*, auquel est jointe une convention par laquelle le prêteur se charge des risques, il peut être susceptible de toutes les choses dont l'est le contrat *mutuum*; c'est-à-dire, de toutes celles *quaē pondere, usu, numero et mensurā constant, et quaē usu consumuntur*; L. 2, § 1, ff. de *Reb. cred.*: mais, dans l'usage, on ne donne à la grosse que de l'argent.

§ II. Des choses sur lesquelles se fait le prêt à la grosse.

9. La partie qui emprunte une somme d'argent à la grosse aventure, l'emprunte sur certaines choses qui sont spécialement affectées, en cas d'heureuse arrivée, à la restitution de la somme prêtée, mais dont les risques maritimes auxquels elles sont exposées, doivent être supportés par le prêteur (2).

L'ordonnance de la marine (du mois d'août 1681), *tit. des Contrats à la grosse*, art. 2 (liv. 3, tit. 5), nous apprend quelles sont les choses sur lesquelles se font ordinairement, à des armateurs, les prêts à la grosse aventure:

(1) *V. art. 311, 312, 313 et 314, C. comm.*

Art. 311 : « Le contrat à la grosse est fait devant notaire, ou sous signature privée. — Il énonce — Le capital prêté et la somme convenue pour le profit maritime, — Les objets sur lesquels le prêt est affecté, — Les noms du navire et du capitaine, — Ceux du prêteur et de l'emprunteur, — Si le prêt a lieu pour un voyage, — Pour quel voyage, et pour quel temps, — L'époque du remboursement. »

Art. 312 : « Tout prêteur à la grosse, en France, est tenu de faire enregistrer son contrat au greffe du tribunal de commerce, dans les dix jours de la date, à peine de perdre son privilége. — Et si le contrat est fait à l'étranger, il est soumis aux formalités prescrites à l'art. 234 (autorisation du consul français, o t, à

defaut, du magistrat des lieux). »

Art. 313 : « Tout acte de prêt à la grosse peut être négocié par la voie de l'endossement, s'il est à ordre. — En ce cas, la négociation de cet acte a les mêmes effets et produit les mêmes actions en garantie que celle des autres effets de commerce. »

Art. 314 : « La garantie de paiement ne s'étend pas au profit maritime, à moins que le contraire n'ait été expressément stipulé. »

(2) *V. art. 315, C. comm.*

Art. 315 : « Les emprunts à la grosse se peuvent être affectés : — Sur le corps et quille du navire; — Sur les agrès et apparaux; — Sur l'armement et les victuailles; — Sur le chargement; — Sur la totalité de ces objets conjointement, ou sur une partie déterminée de chacun d'eux. »

il y est dit : *L'argent à la grosse pourra être donné sur le corps et quille du vaisseau, ses agrès et apparaux* (ce qui comprend les voiles, cordages, vergues, pouliées et autres ustensiles); *armement et victuailles* (ce qui comprend les canons et autres armes, les provisions de bouche et de guerre); *conjointement ou séparément, et sur le tout ou partie de son chargement.* Ce dernier mot doit s'entendre du chargement qui appartient à l'armateur à qui le prêt est fait; car il est évident qu'il ne peut emprunter que sur les choses qui lui appartiennent.

Lorsque ce n'est pas à l'armateur, propriétaire du vaisseau, mais à un marchand, qu'est fait le prêt à la grosse, il se fait sur le chargement que ce marchand a sur le vaisseau, ou sur partie de ce chargement.

10. De même que c'est un principe, à l'égard des contrats d'assurance, « qu'il n'est permis de faire assurer que ce qu'on a, et ce qu'on court risque de perdre ; » et, qu'en conséquence, il n'est pas permis de faire assurer des effets pour une plus grande somme que leur valeur présente, c'est-à-dire, pour une somme plus grande que celle à laquelle ces effets reviennent à celui qui les fait assurer, les frais de chargement compris, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat d'Assurance*, n° 149; de même dans le contrat à la grosse, il est défendu d'emprunter des deniers à la grosse sur le vaisseau ou sur les marchandises du chargement, au delà de leur valeur⁽¹⁾; *Traité du Contrat à la grosse*, art. 3.

11. Il y a, à cet égard, une distinction à faire entre le cas auquel c'est sans fraude que l'emprunteur a fait un emprunt d'une somme au delà de la valeur des effets sur lesquels il l'a fait, et celui auquel il y a eu fraude de sa part⁽²⁾.

Au premier cas, lorsqu'il n'y a pas eu fraude, c'est-à-dire, lorsqu'il ne paraît pas qu'au temps du contrat l'emprunteur eût la volonté d'emprunter au delà de la valeur du chargement sur lequel il empruntait, et que c'est contre son intention et contre ce qu'il se persuadait, que son chargement s'est trouvé d'une valeur moins considérable que la somme empruntée; en ce cas, la convention de *la grosse aventure* n'est pas entièrement annulée; elle subsiste jusqu'à la concurrence de la valeur des effets sur lesquels le prêt a été fait: et en conséquence, en cas de perte desdits effets, l'emprunteur sera déchargé, jusqu'à concurrence de la valeur desdits effets, de l'obligation de rendre la somme prêtée, qu'il ne rendra que pour le surplus; et aussi le prêteur, en cas d'heureuse arrivée, ne pourra prétendre le profit maritime que jusqu'à concurrence de la valeur desdits effets. A l'égard du surplus de la somme prêtée, il la répétera en l'un et en l'autre cas, soit de perte, soit d'heureuse arrivée, seulement avec le *change*, c'est-à-dire, avec l'intérêt au cours de la place, jusqu'au paiement, pour le dédommager de la privation de son argent.

Ceci s'éclaircira par un exemple.

Supposons qu'un marchand a emprunté de bonne foi à *la grosse* une somme de 20,000 livres sur un chargement qui s'est trouvé n'être que de la valeur de 18,000 livres, et qu'il a été stipulé par ce contrat un profit maritime de 1,000 livres; la convention de *la grosse aventure* devant subsister jusqu'à concurrence de la valeur du chargement, en cas de perte entière du chargement par quelque accident de force majeure, le marchand sera déchargé de l'obligation de rendre la somme de 18,000 livres, et il ne sera tenu de rendre que celle de

(1) V. art. 316, C. comm.

Art. 316 : « Tout emprunt à la grosse, fait pour une somme excédant la valeur des objets sur lesquels il est affecté, peut être déclaré nul, à la demande du prêteur, s'il est prouvé qu'il y a fraude de la part de l'emprunteur. »

(2) V. art. 317, C. comm.

Art 317 : « S'il n'y a fraude, le contrat est valable jusqu'à la concurrence de la valeur des effets affectés à l'emprunt, d'après l'estimation qui en est faite ou convenue.—Le surplus de la somme empruntée est remboursé avec intérêts au cours de la place. »

2,000 livres d'excédant, avec les intérêts de cette somme de 2,000 livres au cours de la place; et en cas d'heureuse arrivée, comme le prêteur n'a pas couru les risques d'une somme de 2,000 livres, qui fait le dixième de celle de 20,000 livres, on lui fera sur la somme de 1,000 livres, stipulée pour profit maritime, déduction d'une somme de 100 livres, qui est le dixième de ce profit maritime; et il ne pourra pas exiger l'intérêt des 2,000 livres au cours de la place.

Au second cas, qui est celui auquel il y a de la fraude de la part de l'emprunteur, c'est-à-dire, lorsqu'il savait qu'il empruntait au delà de la valeur des effets sur lesquels il empruntait, il n'y a pas lieu, comme dans le cas précédent, à une simple réduction de la convention de *grosse aventure*; mais elle est entièrement nulle, de telle manière que la perte entière desdits effets sur lesquels le prêt a été fait, ne décharge pas l'emprunteur de rendre en entier la somme qu'il a empruntée.

12. Notre distinction est fondée sur les articles 3 et 15 dudit titre.

L'article troisième dit : « Faisons défenses de prendre deniers à *la grosse* « sur le corps et quille du vaisseau, ou sur les marchandises, au delà de leur « valeur; à peine d'être constraint, EN CAS DE FRAUDE, au paiement des sommes « entières, nonobstant la perte ou prise du vaisseau. »

L'article quinzième, qui concerne l'autre cas, dit : « Si toutefois celui qui « a pris deniers à *la grosse*, justifie n'avoit pu charger des effets pour la va- « leur des sommes prises à *la grosse*; c'est-à-dire, s'il justifie que c'est sans fraude qu'il a emprunté au delà de la valeur des effets sur lesquels il a fait l'emprunt, et que c'est contre ce qu'il se proposait lors du contrat, qu'il n'en a pas été chargé pour la valeur entière des sommes prises à *la grosse*.

Comme la fraude ne se présume pas, l'emprunteur doit être facilement écouté à justifier sa bonne intention. On doit se contenter qu'il allègue, pour se justifier, quelque chose de plausible.

L'article ajoute : « Le contrat, en cas de perte, sera diminué à proportion de « la valeur des effets chargés, et ne subsistera que pour le surplus »: c'est-à-dire, *le contrat de prêt*, en tant qu'il renferme l'obligation de rendre la somme prêtée, sera diminué à proportion de la valeur, c'est-à-dire, jusqu'à concurrence de la valeur des effets chargés, et l'emprunteur déchargé de rendre jusqu'à ladite concurrence la somme empruntée; et cela en conséquence de la convention de *grosse aventure*, laquelle n'est pas entièrement détruite, comme dans le cas de fraude, mais subsiste jusqu'à la concurrence des effets chargés.

Et ne subsistera que pour le surplus; c'est-à-dire, l'emprunteur ne sera obligé de rendre que le surplus de ce dont la somme empruntée excède la valeur des effets sur lesquels le prêt a été fait, le contrat ne subsistant plus que pour cet excédant, et ayant été, par la perte desdits effets, résolu jusqu'à la concurrence de la valeur desdits effets.

13. L'article ajoute, « dont le preneur paiera le change, suivant le cours de « la place où le contrat aura été passé, jusqu'à l'actuel paiement du principal. »

Pourquoi, dira-t-on, l'emprunteur est-il, par cet article, obligé à payer les intérêts de cet excédant, puisque le contrat subsiste à l'égard de cet excédant, comme un contrat de prêt ordinaire, qui ne peut produire intérêt, si ce n'est du jour que le débiteur a été constitué en demeure par une interpellation judiciaire? Je réponds que le prêteur n'a prêté cet excédant que parce qu'il croyait que la valeur des effets sur lesquels il faisait le prêt, égalait la somme entière qu'il prêtait; et que, s'il eût connu la véritable valeur desdits effets, il n'eût pas prêté cet excédant. Comme c'est par le fait de l'emprunteur qui a fait, quoique sans fraude, une fausse déclaration de la valeur des effets sur lesquels il empruntait, que le prêteur a été induit dans l'erreur qui lui a fait faire ce prêt de l'excédant, qu'il n'eût pas fait sans cela, l'emprunteur doit lui payer les intérêts de cet excédant, par forme de dédommagement de l'usage qu'il en eût pu faire dans son commerce, s'il ne l'eût pas prêté.

14. De même qu'à l'égard du contrat d'assurance, il n'est permis de faire assurer que ce qu'on a déjà, et qu'en conséquence il n'est pas permis aux armateurs de faire assurer le profit espéré de leurs marchandises ; de même il est défendu par l'art. 4, aux armateurs d'emprunter *à la grosse* sur le fret à faire de leur vaisseau, et aux marchands, sur le profit espéré de leurs marchandises⁽¹⁾.

La convention de *grosse aventure*, dans les emprunts qui seraient faits sur ces choses, est nulle ; et en conséquence l'emprunteur est tenu de rendre la somme qui lui a été prêtée, aussi bien en cas de perte, qu'en cas d'heureuse arrivée du vaisseau ou des marchandises.

Le prêteur, en ce cas, ne peut pas, par la même raison, demander le profit maritime ; il ne peut demander aucun intérêt de la somme prêtée, si ce n'est du jour de la demande qu'il en fait : car il n'a pas été, en ce cas, induit en erreur par l'emprunteur, comme dans l'espèce précédente ; il savait, ou devait savoir aussi bien que lui, que ces choses n'étaient pas susceptibles du contrat *à la grosse*.

15. A l'égard des loyers des matelots, quoique l'ordonnance défende de les faire assurer, non-seulement parce qu'il y a même raison, ces loyers ne leur appartenant pas encore, et ne devant leur appartenir que lors de l'heureuse arrivée du vaisseau, mais par une raison encore plus importante, de peur que cette assurance ne les rendit moins soigneux à la conservation du vaisseau, à laquelle ils n'auraient plus le même intérêt ; néanmoins, à l'égard du contrat *à la grosse*, quoique les mêmes raisons subsistent pour leur défendre d'emprunter à la grosse sur leurs loyers, l'ordonnance leur permet cet emprunt, pourvu que deux choses concourent ; — 1^o pourvu que l'emprunt soit d'une somme au dessous de la moitié du prix de leurs loyers ; — 2^o pourvu que cet emprunt soit fait en présence et du consentement du maître du vaisseau ; art. 4⁽²⁾.

Lorsque le prêt est fait pendant le cours du voyage, il faut une troisième condition, qui est le consentement du commissaire. Valin, *sur l'edit article*.

La peine du prêt fait *à la grosse* sur les loyers d'un matelot sans le consentement du maître, est une amende de 50 livres contre le prêteur, et la confiscation du prêt ; art. 5.

C'est-à-dire que le receveur de l'amiral, au profit de qui est cette confiscation, se fera payer à la place du prêteur, sur les loyers du matelot, de la somme prêtée.

Lorsque le prêt a été fait du consentement du maître, mais d'une somme qui excède la moitié des loyers ; comme ce n'est pas en ce cas le prêteur, qui pouvait ignorer le prix des loyers du matelot, qui est en faute, mais le maître, qui le savait, et qui ne devait pas donner son consentement à ce prêt, la peine doit en ce cas tomber sur le maître. C'est pourquoi l'art. 6 veut que le maître soit, en ce cas, responsable de la somme entière qui a été prêtée, et tenu en son nom de la payer, nonobstant la perte ou la prise du vaisseau.

§ III. Des risques.

16. Il est de l'essence du contrat de prêt *à la grosse*, qu'il y ait des risques maritimes auxquels les choses sur lesquelles ce prêt est fait, soient exposées, puisque par ce contrat le prêteur en est chargé pour un certain prix.

(1) V. art. 318, C. comm.

Art. 318 : « Tous emprunts sur le fret à faire du navire et sur le profit espéré des marchandises, sont prohibés. — Le prêteur, dans ce cas, n'a droit qu'au remboursement du capital, sans aucun intérêt. »

(2) Cette exception au principe a été rejetée par le Code de commerce, qui maintient la défense d'une manière absolue. V. art. 319, C. comm.

Art. 319 : « Nul prêt à la grosse ne peut être fait aux matelots ou gens de mer sur leurs loyers ou voyages. »

Les risques dont le prêteur se charge par ce contrat, sont ceux de tous les cas fortuits qui causeraient la perte des effets sur lesquels le prêt est fait, dans le temps et dans les lieux des risques. C'est ce qui résulte de l'art. 11.

Le terme de *cas fortuits*, dans cet article, s'entend de la force majeure ; *vis divina, quæ præcaveri et cui resisti non potest*. Il comprend tous les accidents de force majeure dont sont chargés les assureurs par le contrat d'assurance, et qui sont détaillés par l'art. 26 du *titre des Assurances*. Tout ce que nous avons dit par rapport aux assureurs, dans notre *Traité du Contrat d'Assurance*, chap. 1, art. 2, § 2, reçoit application aux prêteurs à *la grosse* (¹).

17. L'article douzième, qui suit, dit : « Ne sera réputé *cas fortuit* tout ce « qui arrive par le vice propre de la chose, ou par le fait des propriétaires, « maîtres ou marchands chargeurs, s'il n'est autrement porté par la convention. »

En cela les prêteurs à *la grosse* conviennent avec les assureurs; et tout ce que nous avons dit à cet égard en notre *Traité du Contrat d'Assurance*, chap. 1, art. 2, § 3, par rapport aux assureurs, reçoit application aux prêteurs à *la grosse*.

18. Les prêteurs à *la grosse*, de même que les assureurs, ne sont chargés même des accidents de force majeure, que lorsqu'ils arrivent *dans le temps et dans les lieux des risques*.

Tout ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat d'Assurance*, nos 62 et suiv., sur le temps auquel les assureurs commencent et cessent d'être chargés des risques, a pareillement lieu à l'égard des prêteurs à *la grosse* (²). Nous y renvoyons.

L'article dit, *et dans les lieux des risques*. L'ordonnance, par ces termes, fait entendre que si le vaisseau avait fait un autre voyage que celui pour lequel le prêt à *la grosse* a été fait; ou si, sans faire un autre voyage, il avait seulement changé de route hors les cas de nécessité, sans que cela lui fût permis par la convention, le prêteur ne serait pas tenu, non plus que les assureurs, des accidents survenus durant cet autre voyage, ou durant le changement de route. Tout ce que nous avons dit à cet égard dans notre *Traité du Contrat d'Assurance*, nos 63 et suiv., par rapport aux assureurs, peut s'appliquer aux prêteurs à *la grosse*. Nous y renvoyons pareillement.

Enfin le prêteur n'est censé avoir voulu se charger, et n'est en conséquence tenu que des risques que les effets du chargement sur lequel le prêt a été fait, courront sur le vaisseau sur lequel il est dit par le contrat que ce chargement était ou devait être fait. Mais s'ils ont été transférés dans un autre vaisseau, à moins que ce ne soit dans un cas de nécessité, le prêteur ne sera pas tenu des risques qu'ils courront sur un autre vaisseau (³). On peut tirer argument

(¹) V. art. 325 C. comm.

Art. 325 : « Si les effets sur lesquels le prêt à la grosse a eu lieu, sont entièrement perdus, et que la perte soit arrivée par cas fortuit, dans le temps et dans le lieu des risques, la somme prêtée ne peut être réclamée. »

(²) V. art. 328 et 329, C. comm.

Art. 328 : « Si le temps des risques n'est point déterminé par le contrat, il court, à l'égard du navire, des agrès, apparaux, armement et victuailles, du jour que le navire a fait voile, jusqu'au jour où il est ancré ou amarré au port ou lieu de sa destination. — A l'égard des marchan-

dises, le temps des risques court du jour qu'elles ont été chargées dans le navire, ou dans les gabares pour les y porter, jusqu'au jour où elles sont délivrées à terre. »

Art. 329 : « Celui qui emprunte à la grosse sur des marchandises, n'est point libéré par la perte du navire et du chargement, s'il ne justifie qu'il y avait, pour son compte, des effets jusqu'à la concurrence de la somme empruntée. »

(³) V. art. 324, C. comm.

Art. 324 : « Le prêteur à la grosse sur marchandises chargées dans un navire désigné au contrat, ne sup-

pour notre décision, de tout ce qui a été dit à l'égard du contrat d'assurance, dans notre *Traité du Contrat d'Assurance*, n° 68.

Il s'est présenté à ce sujet, au siège de l'Amirauté du Palais, l'espèce suivante.

Pierre avait donné à *la grosse* à Jacques une certaine somme dans les Indes Orientales, sur un chargement de marchandises sur le navire *le duc de Penthièvre*. Jacques, arrivé à l'Île-de-France sur ce navire, passe avec ses marchandises sur un autre vaisseau nommé *le Pondichéry*, en vertu d'un ordre du gouverneur de l'Île-de-France, qui ordonne au capitaine de l'y recevoir; et il fait par-devant notaires un acte de protestation, par lequel il déclare qu'ayant été obligé par des ordres supérieurs de passer avec ses marchandises sur *le Pondichéry*, les risques dont Pierre, donneur à *la grosse*, s'était chargé sur *le Duc de Penthièvre*, devaient à l'avenir être transférés sur *le Pondichéry*. Depuis, *le Pondichéry* fut pris par les Anglais, et *le Duc de Penthièvre* arriva à bon port. Pierre demanda le paiement de la somme prêtée, et le profit maritime.

Jacques, pour s'en défendre, soutenait que les risques avaient été transférés sur *le Pondichéry*, et produisait un certificat de la compagnie des Indes, qui attestait que le gouverneur de l'Île-de-France avait donné ordre au capitaine du *Pondichéry* de le prendre sur son bord. Pierre repliquait que ce certificat prouvait seulement que Jacques, qui ne pouvait passer sur *le Pondichéry* sans un ordre donné par ce gouverneur, avait obtenu cet ordre; mais qu'il ne prouvait pas qu'il y eût eu pour Jacques nécessité d'y passer; que, sans un cas de nécessité, Jacques n'avait pas pu, sans le consentement de Pierre, changer sa condition, et le soumettre aux risques du *Pondichéry*, au lieu de ceux du *Duc de Penthièvre*, dont il s'était chargé.

Par sentence de l'Amirauté du 23 juin 1758, dont il n'y a pas eu d'appel, Jacques fut condamné à payer.

§ IV. *Du profit maritime.*

29. Il ne peut pas y avoir de contrat de prêt à *la grosse aventure*, s'il n'y a un *profit maritime* stipulé par le contrat, c'est-à-dire, une certaine somme d'argent, ou quelque autre chose, que l'emprunteur s'oblige de payer au prêteur, outre la somme prêtée, pour le prix des risques dont il s'est chargé.

Si quelqu'un prêtait une somme d'argent à un armateur pour un certain voyage, avec la clause « qu'il ne serait pas tenu de la rendre en cas de perte ou de prise de son vaisseau par quelque accident de force majeure, » sans exiger de lui pour cela aucun profit maritime; ce contrat ne serait pas un contrat de prêt à *la grosse aventure*; mais ce serait un contrat de prêt mêlé de donation de la somme prêtée, en cas de perte ou de prise du vaisseau; laquelle donation serait valable par la tradition qui a été faite des deniers, pourvu qu'elle fût faite entre personnes capables.

30. Le profit maritime de ce contrat de prêt à *la grosse*, consistait chez les Romains dans un certain intérêt de la somme prêtée, qu'on appelait *nauticum fænus*, ou *usura nautica*, qui courait pendant tout le temps que duraient les risques.

Avant la Constitution de Justinien, le taux n'en était pas réglé, et il était laissé à la libre disposition des parties contractantes: *Trajectitia pecunia propter periculum creditoris, quandiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest*; Paul, sent. 11, 14, 3.

Mais par la loi 26, *Cod. de usur.*, Justinien, après avoir défendu la *centésime*

« porte pas la perte des marchandises, « même par fortune de mer, si elles « ont été chargées sur un autre navi- | « re, à moins qu'il ne soit légalement « constaté que ce changement a eu lieu « par force majeure. »

(qui est l'intérêt d'un pour cent par mois) dans les prêts ordinaires, la permet dans ce contrat; mais il défend de stipuler un intérêt plus fort.

Selon nos usages, le profit maritime ne consiste dans un intérêt à raison de tant pour cent par mois, que lorsque l'emprunt à *la grosse* est fait pour un temps limité de navigation; mais lorsque l'emprunt est fait pour un voyage à un certain lieu, le profit maritime dont on convient, consiste ordinairement dans une certaine somme fixée à raison de tant pour cent. Au reste, soit qu'il consiste dans un intérêt, soit qu'il consiste dans une somme fixe, la quantité n'en est limitée par aucune loi, et elle est laissée au pouvoir des parties contractantes. La loi de Justinien n'est point suivie parmi nous.

21. Lorsque l'emprunt est fait pour l'aller et le retour, on convient assez souvent que, si le vaisseau n'est pas de retour au bout d'un certain temps, le profit maritime augmentera à raison de tant pour cent par mois, depuis l'expiration de ce temps jusqu'au retour.

22. Comme les risques sont plus grands en temps de guerre, on convient quelquefois d'une certaine augmentation de profit maritime, *en cas que la guerre survienne*; mais s'il n'y a pas de convention, la survenance de la guerre, lorsque le contrat a été fait en temps de paix, donne-t-elle au donneur à *la grosse* le droit de demander une augmentation de profit maritime?

On peut dire en sa faveur, que la jurisprudence ayant trouvé juste d'accorder aux assureurs une augmentation de *prime* lorsque la dernière guerre est survenue, il paraît qu'il y a même raison pour accorder au donneur à *la grosse* une augmentation de profit maritime, puisque ce donneur à *la grosse* se trouve, de même qu'un assureur, exposé par la survenance de la guerre, à beaucoup plus de risques.

On peut dire au contraire, qu'on ne peut pas tirer d'argument en faveur du donneur à *la grosse*, de ce qui a été décidé en faveur des assureurs: c'est par une raison de faveur, *contra rationem juris, etc.*, que cela a été ainsi décidé, comme nous l'avons fait voir en notre *Traité des Assurances*, n° 83. Or c'est un principe, que *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*.

§ V. Du consentement.

23. Il faut pour la validité du contrat de prêt à *la grosse*, de même que pour celle de tous les contrats, que le consentement des parties intervienne sur les choses qui composent la substance du contrat.

Il doit donc intervenir, 1^o sur la somme prêtée; c'est-à-dire qu'il faut que le prêteur ait voulu prêter, et que l'emprunteur ait voulu emprunter la somme qui fait l'objet du contrat; et ce consentement est suffisamment justifié lorsque le prêteur, ou quelqu'un de sa part a compté la somme à l'emprunteur, qui l'a reçue, soit par lui-même, soit par un autre à qui il avait donné ordre de la recevoir.

24. Le consentement des parties contractantes doit intervenir, 2^o sur les effets sur lesquels se fait le prêt à *la grosse*. C'est pourquoi si je crois prêter une certaine somme à un armateur sur le vaisseau *le Lis*, et qu'il croie l'emprunter sur le vaisseau *l'Alcide*, le contrat sera nul, faute de consentement sur les choses sur lesquelles le prêt est fait. Mais ce cas n'arrive jamais; car on ne manque jamais d'exprimer par l'acte qui doit être dressé de ce contrat, le nom du vaisseau sur lequel est fait le prêt, et même celui du capitaine de ce vaisseau.

Le consentement des parties contractantes doit intervenir, 3^o sur les risques dont le prêteur se charge. Ce consentement manquerait, si les parties n'étaient pas d'accord sur les genres de risque dont la prêteur doit être chargé: mais ce cas n'arrive jamais, les parties étant toujours censées être convenues que le prêteur serait chargé des risques, conformément à ce qui est réglé par l'ordon-

354 TRAITÉ DU CONTRAT DE PRÊT A LA GROSSE AVENTURE.
nance; sauf ce qui serait expressément ajouté ou dérogé par le contrat, dont il doit y avoir un acte par écrit.

25. Enfin le consentement des parties doit intervenir, 4^o sur le profit maritime; c'est-à-dire qu'il faut que l'emprunteur ait voulu s'obliger à payer, en cas d'heureuse arrivée du vaisseau, la même somme pour laquelle le donneur à *la grosse* a voulu se charger des risques maritimes. Au reste, aucune des parties n'est écoutée à disconvenir qu'elle ait consenti à celui qui est toujours exprimé par l'acte qui doit être dressé du contrat.

ART. III. — De la forme du contrat de prêt à la grosse.

26. On doit distinguer dans ce contrat deux espèces de forme; celle qui concerne la substance de ce contrat, et celle qui concerne plutôt la preuve de ce contrat.

Ce contrat étant composé du prêt *mutuum*, et d'une convention qui y est ajoutée, par laquelle le prêteur se charge des risques maritimes pour un certain prix, il faut pour la formation de ce contrat, de même que pour la formation du prêt *mutuum*, une translation de propriété des deniers prêtés, que le prêteur doit faire à l'emprunteur par la tradition qu'il doit lui en faire; L. 2, § 2 et 4, ff. *Reb. cred.*

Lorsque le prêteur n'était pas le propriétaire, ou n'avait pas la libre disposition des deniers qu'il a prêtés, le contrat pêche dans la forme, et il est nul, faute de translation de propriété. Mais si l'emprunteur consomme ces deniers de bonne foi, le contrat devient valable par cette consommation de bonne foi, qui équivaut à la translation de propriété qui en eût dû être faite; L. 13, L. 19, 55, ff. *de Tit.*

Nous nous étendons davantage sur cette matière, dans notre *Traité sur le Contrat de Prêt de Consommation*.

27. Les actes ou écritures qu'on dresse de ce contrat, appartiennent à la seconde espèce de forme, qui ne concerne que la preuve de ce contrat⁽¹⁾. Faute d'un acte qui ait été dressé de ce contrat, l'une des parties ne peut en avoir la preuve, si l'autre partie en disconvenit, la preuve par témoins n'en étant pas reçue; et elle ne peut par conséquent poursuivre l'exécution de ce contrat dans le for extérieur, contre la partie qui ne veut pas en convenir: mais le contrat ne laisse pas d'être en soi valable, quoiqu'il n'en ait pas été passé d'acte; et il oblige les parties dans le for de la conscience.

28. Même dans le for extérieur, le prêteur peut, à défaut des preuves du contrat, être reçu à défréter à l'emprunteur le serment décisoire sur la vérité et les conditions du contrat.

29. L'acte sous signature privée, lorsqu'il est reconnu ou vérifié, fait la même foi qu'un acte devant notaire, vis-à-vis de l'emprunteur et de ses héritiers, ou autres successeurs universels.

Il n'en est pas de même des tiers vis-à-vis desquels le prêteur voudrait exercer le privilége attaché à ce contrat, dont il sera parlé en l'article suivant; la date des actes sous signature privée, n'est pas réputée certaine vis-à-vis des tiers, si elle n'est constatée d'ailleurs que par l'acte.

30. L'ordonnance, qui a prescrit en l'art. 3 du titre *des Assurances*, ce que doit contenir la police d'assurance, n'a pas de même prescrit ce que doit contenir l'acte qui est dressé d'un contrat de prêt à *la grosse aventure*⁽²⁾. Mais le bon sens apprend que cet acte, outre le nom des parties et la somme prêtée, doit exprimer ce qui a été stipulé pour le profit maritime, le nom du navire sur lequel le prêt est fait, ou sur lequel est le chargement sur lequel le prêt est fait, et celui du capitaine; comme aussi pour quel voyage le prêt est fait.

⁽¹⁾ V. art. 311, C. comm., ci-dessus, p. 347, note 1.

⁽²⁾ L'art. 311 précité a réparé cette lacune de l'ordonnance.

La teneur de la convention *de la grosse aventure* n'étant pas justifiée par un billet où ces choses ne seraient pas exprimées, un tel billet n'est pas valable, faute de preuve de la teneur de la convention ; mais il peut servir de commencement de preuve par écrit, pour faire admettre la preuve par témoins de la teneur de la convention (1).

31. Pourvu que le billet de prêt *à la grosse aventure* ait suffisamment désigné le navire, il n'est pas nécessaire qu'il exprime les effets que l'emprunteur y avait, et sur lesquels il a fait l'emprunt : il est censé l'avoir fait sur les effets qu'il y avait. C'est pourquoi si ce navire est péri avec tout son chargement, ou a été pris, la convention *de la grosse aventure* ne laissera pas d'avoir son exécution (2), pourvu que l'emprunteur justifie qu'il y avait effectivement un chargement de la valeur de la somme prêtée, ou plus. M. Valin cite un arrêt d'Aix du 24 janvier 1748, qui l'a ainsi jugé.

32. Lorsqu'il est dit par l'acte « quel l'emprunt à *la grosse* est fait sur un certain navire qui doit partir pour la Martinique, » sans qu'il soit exprimé si l'emprunt est fait pour *l'aller* seulement, ou pour *l'aller et le retour*, sera-t-il censé n'être fait que pour *l'aller* ?

Si, dans le lieu et au temps où ce contrat s'est passé, il s'est fait beaucoup d'autres contrats *à la grosse* pour le même voyage, lesquels portent que c'est pour *l'aller et le retour*, et que, dans le contrat par lequel on ne s'en est pas expliqué, la somme convenue pour le profit maritime soit à peu près semblable à celle convenue pour le profit maritime dans les autres contrats faits pour *l'aller et le retour*, la présomption est que ce contrat, par lequel on ne s'est pas expliqué, est aussi fait pour *l'aller et le retour* (3).

Au contraire, si la somme convenue pour le profit maritime était de beaucoup inférieure à celle des autres contrats, la présomption serait que ce contrat n'aurait été fait que pour *l'aller*.

Si ces présomptions manquaient, *put à* parce que, au temps et dans le lieu où s'est fait le contrat *à la grosse*, par lequel on a manqué de s'exprimer, il ne s'était pas passé d'autres contrats, je pense que, en ce cas, le contrat doit être présumé fait pour *l'aller et le retour* : car c'est une règle en fait d'interprétation, que les contrats doivent s'interpréter selon ce qui est le plus d'usage. Or l'usage est que ces emprunts se fassent pour *l'aller et le retour* ; et c'est pour cela que ce contrat a le nom de *contrat de prêt à retour de voyage*.

Une autre règle vient encore à l'appui de celle-ci ; savoir, que dans le doute on préfère l'interprétation la plus favorable au débiteur (4).

(1) En matière commerciale, un commencement de preuve par écrit n'est plus nécessaire, en règle générale, pour l'admission à la preuve par témoins.

(2) V. art. 320, C. comm.

Art. 320 : « Le navire, les agrès et « les apparaux, l'armement et les vic- « tuailles, même le fret acquis, sont « affectés par privilége au capital et « intérêts de l'argent donné à la grosse « sur le corps et quille du vaisseau.— « Le chargement est également affecté « au capital et intérêts de l'argent « donné à la grosse sur le charge- « ment.—Si l'emprunt a été fait sur un « objet particulier du navire ou du « chargement, le privilége n'a lieu que

« sur l'objet, et dans la proportion de « la quotité affectée à l'emprunt. »

(3) Le contrat doit énoncer *pour quel voyage et pour quel temps* l'emprunt est fait (V. art. 311, C. comm. ci-dessus, p. 347, note 1) ; s'il y a ambiguïté, c'est au juge à décider d'après les circonstances et l'usage des lieux. V. art. 1159, C. civ.

Art. 1159 : « Ce qui est ambigu s'in- « terprète par ce qui est d'usage dans « le pays où le contrat est passé. »

(4) V. art. 1162, C. civ.

Art. 1162 : « Dans le doute, la con- « vention s'interprète contre celui qui « a stipulé, et en faveur de celui qui « a contracté l'obligation. »

Cette décision doit être suivie.

ART. IV. — De l'obligation que forme le contrat à la grosse ; de la condition dont elle dépend, et de l'action qui en naît.**§ I^{er}. De l'obligation que forme le contrat à la grosse ; et de la condition dont elle dépend.**

33. Le contrat de prêt à la grosse aventure est, comme nous l'avons déjà dit, un contrat *unilatéral*, qui ne forme d'obligation que de la part de l'emprunteur.

L'emprunteur contracte, par ce contrat, envers le prêteur, l'obligation de lui rendre la somme prêtée, et de lui payer en outre le profit maritime convenu ; mais il ne la contracte, même pour la restitution de la somme principale, que sous une condition, *s'il ne survient pas quelque accident de force majeure, qui cause la perte des effets sur lesquels le prêt est fait.*

34. Cette condition, lorsque le prêt à la grosse a été fait pour l'aller et le retour d'un voyage, existe par le retour du vaisseau qui revient avec des marchandises qui ont remplacé celles sur lesquelles le prêt a été fait, et qui les représentent.

Il suffit même, pour que la condition existe, qu'il ne soit arrivé, durant tout le temps de l'aller et du retour, aucun accident de force majeure qui ait causé la perte des effets sur lesquels le prêt a été fait, ou de ceux chargés en retour, qui les représentaient, quand même ils auraient été perdus par quelque autre cause provenant ou du vice de la chose, ou de la faute des gens du vaisseau.

35. Pareillement, lorsque le prêt n'a été fait que pour l'aller et non pour le retour, non-seulement l'heureuse arrivée des effets sur lesquels le prêt a été fait, au lieu de leur destination, fait exister la condition de l'obligation de l'emprunteur ; elle existe aussi lorsque lesdits effets sont péris par quelque cause qui n'est pas une force majeure, et dont le prêteur n'est pas tenu.

36. Lorsque le prêt à la grosse est fait pour un temps limité, la condition de l'obligation de l'emprunteur existe par l'expiration de ce temps, sans qu'il soit arrivé durant ce temps aucun accident de force majeure qui ait causé la perte des effets sur lesquels le prêt a été fait.

37. En général, la condition du contrat, et de l'obligation qu'il renferme, existe lorsque, pendant qu'ont duré les risques dont le prêteur s'est chargé, il n'est arrivé aucun des accidents de force majeure dont le prêteur s'est chargé, qui ait causé la perte des effets sur lesquels le prêt a été fait : et au contraire si, pendant ce temps, il en est survenu quelqu'un qui ait causé la perte desdits effets, la condition défaut ; et la défaillance de la condition rend nuls le contrat, et l'obligation de l'emprunteur que ce contrat renfermait ; obligation qui n'avait été contractée que sous cette condition. C'est la disposition de l'art. 11.

38. Quid, si le prêteur n'a couru aucun risque, put à, parce que le voyage a été rompu ?

L'emprunteur sera bien obligé, en ce cas, de rendre la somme qui lui a été prêtée ; mais il ne sera pas obligé de payer en outre la somme qu'il a promis de payer pour le profit maritime : car le profit maritime étant le prix des risques que le prêteur devait courir des effets sur lesquels le prêt a été fait, il ne peut lui être dû de profit maritime quand il n'a couru aucun risques ; ne pouvant pas y avoir un prix des risques, s'il n'y a pas eu de risques. La condition *qu'il y aura des risques à courir*, est une condition qui est essentiellement renfermée dans l'obligation que l'emprunteur a contractée de payer le prix des risques : *Tacitè inest ex naturâ rei in obligationem deductæ.*

C'est par une semblable raison que la *prime* stipulée par un contrat d'assurance, étant le prix des risques que doivent courir les assureurs durant le

voyage, elle ne leur est pas due, lorsque le voyage a été rompu, suivant l'article 37 du titre *des Assurances*.

39. Le profit maritime n'est pas dû au prêteur, quand même ce serait par le fait de l'emprunteur que le voyage aurait été rompu : car, de quelque manière qu'il l'ait été, il suffit qu'il l'ait été, et qu'en conséquence le prêteur n'ait couru aucun risque, pour qu'il ne puisse pas y avoir de profit maritime ; ne pouvant pas y avoir un prix des risques, lorsqu'il n'y a pas eu de risques.

Il y a seulement cette différence entre le cas auquel ce serait par le fait de l'emprunteur, et celui auquel il l'aurait été sans son fait ; *puta*, parce que depuis le contrat, et avant le départ du navire, le commerce aurait été interdit avec le lieu de sa destination. Au premier cas, l'emprunteur ne doit pas à la vérité le profit maritime au prêteur ; mais il lui doit le change ou l'intérêt de la somme prêtée jusqu'au paiement par forme de dommages-intérêts de l'inexécution de la *grosse aventure* : car le prêteur, qui n'a prêté ses deniers que dans l'espérance d'en retirer un profit maritime, si le voyage pour lequel il les prêtait, s'exécutait, et qui n'eût pas voulu les prêter sans cela, doit être dédommagé par l'emprunteur, par le fait duquel le voyage a été rompu, de l'usage qu'il aurait pu faire dans son commerce de cet argent ; et cet intérêt ou change en est l'estimation.

Cette décision se tire par argument de l'art. 15, rapporté *suprà*, n° 13. Cet article, qui est dans l'espèce d'un emprunteur dont les effets sur lesquels le prêt est fait, ne sont pas de la valeur de la somme prêtée, décide que le prêteur, qui ne court pas les risques de ce qui en manque, ne peut, en conséquence, prétendre le profit maritime pour raison de ce qui en manque ; mais que l'emprunteur lui en doit le change ou l'intérêt, suivant le cours de la place où le contrat a été passé.

Dans le second cas, l'emprunteur ne peut être tenu d'aucuns dommages et intérêts par l'inexécution du voyage, puisque c'est sans son fait qu'il a été rompu : il ne doit donc pas, en ce cas, le change mentionné en l'art. 15, qui est dû dans le cas précédent. Le prêteur ne peut prétendre, dans ce cas-ci, d'autre intérêt que l'intérêt légal du jour seulement que l'emprunteur a été mis en demeure par une interpellation judiciaire.

40. Lorsque le prêteur a commencé à courir les risques, quoiqu'il ne les ait pas courus pendant tout le temps qu'il devait les courir, le voyage ayant été abrégé, le profit maritime ne laisse pas de lui être dû en entier, s'il n'est arrivé aucun accident de force majeure qui ait causé la perte des effets sur lesquels le prêt a été fait ; l'ordonnance l'ayant décidé ainsi pour la *prime* dans le contrat d'assurance, tit. *des Assurances*, art. 27, il y a une entière parité de raison pour décider de même à l'égard du profit maritime dans ce contrat. *Voy. notre Traité du Contrat d'Assurance*, n° 181.

41. Le Parlement d'Aix a poussé si loin ce principe, que, dans le cas auquel le contrat de prêt à la *grosse* a été fait pour l'aller et le retour du navire, et qu'il a été stipulé un seul profit maritime, tant pour l'aller que pour le retour ; il a jugé que le profit maritime était dû en entier au prêteur, quoiqu'il n'y eût pas eu de retour. M. Valin cite deux arrêts des 7 août 1736 et 8 août 1741.

Néanmoins l'ordonnance ayant décidé pour le contrat d'assurance, que l'assurance ayant été faite pour l'aller et le retour, les assureurs étaient obligés de rendre le tiers de la *prime*, lorsqu'il n'y a pas de retour ; il y a même raison de décider pour le prêt à la *grosse*, que le prêteur doit souffrir la déduction du tiers du profit maritime, lorsqu'il n'y a pas eu de retour. M. Valin paraît être de ce sentiment, nonobstant les arrêts contraires qu'il rapporte. *Voy. à cet égard notre Traité du Contrat d'Assurance*, n° 184.

42. La condition du contrat de prêt à la *grosse*, et de l'obligation de l'emprunteur qu'il renferme, existe lorsque, pendant tout le temps des risques, les

358 TRAITÉ DU CONTRAT DE PRÊT A LA GROSSE AVENTURE.

effets, sur lesquels le prêt a été fait, n'ont été ni pris ni perdus, quelque endommagés qu'ils aient été par des accidents de force majeure ; et l'emprunteur en conséquence est obligé, en ce cas, de rendre au prêteur la somme prêtée, et de lui payer le profit maritime, sans qu'il puisse prétendre aucune déduction pour la détérioration des effets sur lesquels le prêt a été fait. C'est ce qui est formellement décidé par l'art. 16, qui dit « que les donneurs à la grosse ne doivent pas contribuer aux simples avaries ou dommages particuliers qui pourraient arriver, s'il n'y a convention contraire⁽¹⁾. » En cela le prêteur est dans ce contrat de meilleure condition que ne le sont les assureurs dans le contrat d'assurance, lesquels, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat d'Assurance*, sont obligés d'indemniser l'assuré, jusqu'à concurrence de la somme assurée, de tous les dommages causés par quelque force majeure sur les effets assurés.

La raison de différence est que par le contrat d'assurance les assureurs s'obligent d'indemniser l'assuré de toutes pertes et dommages généralement quelconques, qui arriveront sur les effets assurés ; au lieu que par le contrat de prêt à la grosse, le prêteur ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur ; c'est au contraire l'emprunteur qui s'oblige, sous la condition, à la vérité, que les effets sur lesquels le prêt est fait, ne seront ni pris, ni perdus par force majeure : mais cette condition existe lorsqu'effectivement ils n'ont été ni pris ni perdus, quoiqu'ils aient été endommagés.

43. L'art. 16 dit que le donneur à la grosse ne sera tenu des avaries simples ou dommages particuliers, *s'il n'y a contravention contraire*. On peut donc valablement convenir par ce contrat, « qu'en cas d'avaries et de détériorations des effets sur lesquels le prêt est fait, qui arriveraient par force majeure⁽²⁾, l'obligation de rendre la somme prêtée sera réduite à la somme à laquelle la valeur desdits effets aurait été réduite par lesdites avaries ou détériorations. »

44. Il n'en est pas de même des *avaries communes* que des *avaries simples*⁽³⁾. Le même art. 16, ci-dessus cité, décide que le prêteur, qu'il appelle *donneur à la grosse*, est tenu (à la décharge du propriétaire des effets sur lesquels le prêt a été fait, c'est-à-dire de l'emprunteur) de la contribution aux avaries communes, qui est due pour raison desdits effets.

On appelle *avaries communes*, ou *grosses avaries*⁽⁴⁾, les pertes et dépenses que le propriétaire du navire, ou quelqu'un des propriétaires des effets qui y sont chargés, a faites pour le salut commun. Telle est la perte du jet des marchandises les plus pesantes, qu'on a jetées dans la mer pour alléger le vaisseau dans le cas d'une tempête ; celle du dommage qu'on a, dans un parcell cas, causé au vaisseau dont on a coupé les mâts et les cables ; la rançon payée à un corsaire, etc. Ces pertes sont dites *avaries communes*, parce qu'ayant été faites pour le *salut commun*, c'est-à-dire pour la conservation tant du navire que de toutes les marchandises qui y étaient chargées, elles doivent être supportées par tous ceux qui avaient intérêt à la conservation du

(1) V. art. 330, C. comm., qui renferme une décision contraire.

Art. 330 : « Les prêteurs à la grosse contribuent, à la décharge des emprunteurs, aux avaries communes.— Les avaries simples sont aussi à la charge des prêteurs, s'il n'y a convention contraire. »

(2) V. art. 326, C. comm.

Art. 326 : « Les déchets, diminutions et pertes qui arrivent par le vice propre de la chose, et les dommages causés par le fait de l'emprunteur, ne sont point à la charge du prêteur. »

(3) V. art. 330, C. comm., précité.

(4) V. art. 397 et suiv., ci-dessus, p. 329, note 1. (*Traité des Assurances*.)

navire et des marchandises, au prorata et à proportion de l'intérêt que chacun d'eux avait.

Le prêteur à *la grosse*, étant celui qui avait intérêt à la conservation des effets sur lesquels le prêt a été fait, puisque la perte desdits effets lui fait perdre la somme qu'il a prêtée sur lesdits effets ; au contraire l'emprunteur, propriétaire desdits effets, ne perdant rien par la perte desdits effets, puisque par cette perte il est libéré du prix qu'il en devait ; il s'ensuit que c'est le prêteur qui doit, comme le véritable intéressé à la conservation desdits effets, contribuer plutôt que l'emprunteur aux avaries communes, souffrées pour la conservation commune du navire et des marchandises, dont lesdits effets faisaient partie. Cela n'est pas contraire à ce que nous avons dit, « que le prêteur ne contracte par le contrat de prêt à *la grosse*, aucune obligation envers l'emprunteur » : car cette obligation de contribuer aux avaries communes, n'est pas une obligation qui naît directement du prêt, ni qui soit proprement contractée envers l'emprunteur ; elle est plutôt contractée envers celui qui a procuré à ses dépens la conservation des effets ; et elle naît de la règle d'équité qui veut « que ce qu'il en coûte à quelqu'un pour une affaire commune, soit porté par tous ceux qui ont intérêt. »

45. L'obligation de contribuer aux avaries communes, étant une obligation que le prêteur à *la grosse* contracte envers celui qui a procuré à ses dépens la conservation du navire et des effets qui y étaient chargés, plutôt qu'envers l'emprunteur ; cette obligation n'empêche pas que celle que l'emprunteur a contractée envers lui par le contrat de prêt à *la grosse*, ne subsiste en entier, et qu'en conséquence le profit maritime ne lui soit dû en entier. Si, lorsque l'emprunteur a acquitté de ses deniers cette contribution, ainsi de pouvoir retirer ses effets qui y étaient affectés, le prêteur est obligé de lui en faire déduction, ce n'est que parce qu'il a acquitté cette dette pour lui ; de même qu'il serait obligé de lui faire déduction de toute autre chose qu'il aurait payée pour lui.

46. Pourrait-on valablement convenir par le contrat de *grosse aventure*, que la contribution aux avaries communes ne serait pas à la charge du prêteur ?

M. Valin reprend avec raison l'ancien commentateur, qui décide cette question pour l'affirmative. Une telle convention serait manifestement injuste. Les termes, *s'il n'y a convention contraire*, qui sont à la fin de l'art. 16, ne doivent donc se rapporter qu'à la seconde partie de cet article, qui porte que les avaries simples sont à la charge de l'emprunteur, et non à la première, qui concerne cette contribution⁽¹⁾.

47. Nous avons vu que l'arrivée à bon port des effets sur lesquels le prêt a été fait, quelque endommagés qu'ils aient été par quelque accident de force majeure, faisait exister la condition de l'obligation de l'emprunteur, qui devait, en ce cas, rendre en entier la somme prêtée, et payer le profit maritime.

Quid, s'il n'était arrivé qu'une partie desdits effets, et que le surplus eût été perdu ou pris ?

La condition, en ce cas, n'existe que jusqu'à concurrence de la valeur de ce qui est resté, et elle défaut pour le surplus. C'est ce qui est décidé par l'art. 17, qui dit : « Seront toutefois, en cas de naufrage, les contrats à *la grosse aventure* réduits à la valeur des effets sauvés⁽²⁾. »

(1) La même observation s'applique à l'art. 330, C. comm. V. ci-dessus, p. 358, note 1.

(2) V. art 327, C. comm.

Art. 327 : « En cas de naufrage, le

« paiement des sommes empruntées à la grosse est réduit à la valeur des effets sauvés et affectés au contrat, déduction faite des frais de sauvetage. »

Le cas du naufrage n'est énoncé dans cet article que comme un exemple. Il en doit être de même dans tous les cas auxquels, par une force majeure, une partie des effets sur lesquels le prêt a été fait, a été perdue, et le surplus sauvé; comme lorsque les pirates ont pillé le vaisseau, et ont emporté une partie desdits effets, et laissé le reste.

Dans tous ces cas, l'ordonnance veut que le contrat soit réduit à la valeur des effets sauvés.

48. L'emprunteur doit-il, en ce cas, le profit maritime à proportion de la somme à laquelle monte la valeur des effets sauvés?

Non; car lorsque l'ordonnance, art. 17, dit: «*Seront.... les contrats à la grosse réduits à la valeur des effets sauvés;*» ce terme, LES CONTRATS, comprend toutes les obligations que le contrat renferme, l'obligation de rendre la somme prêtée, et celle de payer le profit maritime. Toutes ces obligations sont réduites à la valeur des effets. Le prêteur ne peut donc demander pour tout ce qui lui est dû par le contrat, que la valeur des effets sauvés, et rien de plus. Il ne peut donc pas demander un profit maritime outre la valeur des effets sauvés.

49. Lorsque le prêt à la grosse a été fait sur les effets d'un chargement d'une valeur qui excédait la somme prêtée, le contrat, en cas de naufrage ou autre semblable accident, doit-il être réduit à la valeur du total des effets de ce chargement qui ont été sauvés, ou seulement à la valeur d'une portion des effets sauvés, qui fut en même raison qu'était la somme prêtée à la valeur du chargement?

Par exemple, si on a prêté à la grosse une somme de quinze mille livres sur un chargement de vingt mille livres, et que le total des effets de ce chargement qui ont été sauvés du naufrage, monte à quatre mille livres, le contrat sera-t-il réduit à la somme de quatre mille livres, qui est la valeur du total des effets sauvés, ou sera-t-il réduit à la somme de trois mille livres seulement, qui fait la valeur des trois quarts des effets sauvés, comme la somme prêtée qui était de quinze mille livres, faisait les trois quarts de la valeur du chargement qui était de vingt mille livres?

M. Valin décide que le contrat doit être réduit à la valeur, non du total des effets sauvés, mais de la portion desdits effets, qui soit en même raison avec le total desdits effets, qu'était la somme prêtée avec le total du chargement.

Il tire argument pour son opinion, de ce qui s'observe à l'égard du contrat d'assurance. Lorsque quelqu'un a fait assurer une certaine somme sur un chargement qui est d'une valeur plus considérable que n'est la somme assurée, l'assuré, pour pouvoir demander, en cas de naufrage ou de quelque autre accident semblable, la somme assurée, n'est pas obligé de faire aux assureurs le délaissé du total de ce qui est resté du naufrage; mais ce qui en est resté se répartit entre les assureurs et l'assuré, au prorata de l'intérêt que chacun avait au chargement. Par exemple, si sur un chargement de 20,000 liv. on a assuré une somme de 15,000 liv. qui en fait les trois quarts, le délaissé de ce qui est resté du naufrage doit se faire seulement pour les trois quarts aux assureurs, aux risques desquels était le chargement, jusqu'à concurrence de la somme de 15,000 liv. qui en faisait les trois quarts; l'autre quart de ce qui est resté du naufrage, doit rester à l'assuré, qui avait intérêt pour un quart au chargement. Pareillement, conclut M. Valin, dans le contrat de prêt à la grosse, qui est analogue à celui d'assurance, lorsque le prêt à la grosse a été fait sur un chargement d'une valeur plus considérable que n'est la somme prêtée, ce qui en reste, en cas de naufrage ou de quelque autre accident semblable, ne doit pas profiter au prêteur seul; et le contrat ne doit pas en conséquence subsister jusqu'à la concurrence de la valeur du total de ce

qui est resté du naufrage ; mais il doit s'en faire une répartition entre le prêteur et l'emprunteur, à proportion de l'intérêt que chacun avait au chargement. Par exemple, si sur un chargement de 20,000 liv. on a fait à quelqu'un un prêt à *la grosse*, d'une somme de 15,000 liv. qui fait les trois quarts de la valeur du chargement, le prêteur, qui a intérêt à ce chargement pour les trois quarts, puisqu'il est à ses risques jusqu'à concurrence de la somme prêtée, qui en fait les trois quarts, doit profiter de ce qui en reste pour les trois quarts ; et en conséquence sa créance doit subsister jusqu'à concurrence de la valeur des trois quarts de ce qui en reste ; mais l'autre quart de ce qui reste doit demeurer franc du prêt à l'emprunteur, aux risques duquel le chargement était pour un quart.

Cette opinion a d'abord quelque chose de spécieux ; mais elle se trouve formellement rejetée par l'art. 18. Il est dit par cet article : « S'il y a contrat à *la grosse et assurance* sur un même chargement, le donneur sera préféré aux assureurs sur les effets sauvés, pour le capital seulement (1). »

Dans l'espèce de cet article, qui suppose un contrat à *la grosse* et un *d'assurance* sur un même chargement, il faut supposer nécessairement que le prêt à *la grosse* a été fait sur un chargement d'une valeur plus considérable que la somme prêtée ; autrement, il ne pourrait pas y avoir de contrat d'assurance.

Supposons pour exemple de cet article 18, que Jacques a emprunté, par un contrat à *la grosse*, de Pierre une somme de 5,000 livres sur un chargement de marchandises. Si ce chargement n'était que de 5,000 livres, Jacques n'aurait pu rien faire assurer de ce chargement ; cela lui étant interdit par l'art. 16 du *titre des Assurances*, et par les raisons que nous avons rapportées en notre *Traité du Contrat d'Assurance*, n° 31. Mais si nous supposons que le chargement était de 10,000 liv., Jacques a pu, en ce cas, faire assurer dans ce chargement les 5,000 livres dont il excède la somme qu'il a prise à *la grosse* de Pierre. Supposons à présent que ce chargement a péri, et qu'on n'en a sauvé que pour 4,000 livres : notre article décide que Pierre, qui a donné à *la grosse* sur ce chargement une somme 5,000 liv., sera préféré aux assureurs qui ont assuré le chargement pour les 5,000 livres dont le chargement excédait la somme prêtée, et par conséquent à Jacques, dont ceux qui l'ont assuré ont les droits. Cet article décide donc que le prêt à *la grosse* subsiste pour le total des effets sauvés, quoique le chargement excédât la somme prêtée, et que l'emprunteur ne peut rien prétendre dans les effets sauvés, pour raison et à proportion de ce dont le chargement sur lequel il a fait l'emprunt, excédait la somme prêtée.

M. Valin, qui a bien senti que cet article détruisait son opinion, a prétendu qu'il devait être restreint à une espèce particulière qu'il a imaginée. Il dit qu'on doit supposer dans l'espèce de cet article, que le prêt à *la grosse* a d'abord été fait sur un chargement d'une valeur égale à la somme prêtée, et que les marchandises remplacées et chargées en retour, s'étant trouvées excéder la valeur du premier chargement et de la somme prêtée, l'emprunteur a fait assurer l'excédant du retour. Ce n'est que dans cette espèce particulière, suivant M. Valin, que le prêteur doit être préféré aux assureurs, et que le contrat doit subsister jusqu'à concurrence de la valeur du total des effets sauvés.

(1) V. art. 331, C. comm., même décision.

Art. 331 : « S'il y a contrat à la grosse et assurance sur le même navire ou sur le même chargement, le produit des effets sauvés du naufrage est par-

tagé entre le prêteur à la grosse, pour son capital seulement, et l'assureur, pour les sommes assurées, au marc le franc de leur intérêt respectif, sans préjudice des priviléges établis à l'art. 191. (V. ci-après, p. 363, note 3.) »

Cette interprétation ne peut se soutenir. Il est contre toutes les règles de l'interprétation de restreindre à un cas particulier une disposition conçue en termes aussi généraux que l'est celle de l'art. 18.

Il ne reste plus qu'à rendre la raison de la différence qu'il y a entre le contrat d'assurance et le contrat à la grosse, à l'égard des effets sauvés. Lorsqu'on fait assurer une certaine somme sur un chargement d'une valeur plus considérable que n'est la somme assurée ; *puta*, lorsque sur un chargement de 20,000 livres on fait assurer une somme de 15,000 livres, on ne peut pas dire que le chargement soit assuré pour le total ; cela impliquerait contradiction : il ne l'est que pour les trois quarts : et comme il est fait indéterminément, et non sur aucun des effets du chargement plutôt que sur d'autres, chacun des effets du chargement est assuré pour les trois quarts. Les effets de ce chargement n'étant donc assurés que pour les trois quarts, le délaissement n'en doit être fait que pour les trois quarts ; l'assuré n'est tenu de délaisser que ce qui est assuré. Mais lorsque sur un chargement de 20,000 liv. on prête à la grosse une somme de 15,000 liv. qui n'en fait que les trois quarts, rien n'empêche que le prêt, quoique d'une somme de 15,000 liv. seulement, ne puisse être fait sur le total du chargement de 20,000 liv. ; c'est-à-dire, à condition que l'emprunteur ne sera tenu de rendre la somme de 15,000 liv. que dans le cas auquel il n'arriverait aucun accident de force majeure qui en causerait la perte ; et que dans le cas de quelqu'un desdits accidents, le contrat ne subsisterait que jusqu'à concurrence de la valeur de ce qui resterait dudit chargement. Cette convention n'a rien qui implique contradiction, ni qui blesse la justice.

L'ordonnance, à la vérité, ne permet pas de faire le prêt à la grosse sur des effets qui seraient de moindre valeur que la somme prêtée ; mais elle ne défend pas, *vice versa*, de le faire sur des effets qui soient de plus grande valeur, et de le faire sur le total desdits effets, quoique de plus grande valeur : au moins c'est ce qui est en question ; et bien loin qu'on puisse prouver que cela est défendu, l'article 18 suppose au contraire que cela est permis.

Il est vrai que, lorsque le prêt à la grosse est fait sur un chargement d'une valeur plus considérable que la somme prêtée, le prêteur a plus d'avantage que s'il eût été fait, comme il pouvait l'être, sur un chargement qui n'eût été que d'une valeur égale à la somme prêtée : mais cela n'empêche pas que ce prêt à la grosse ne puisse être équitable, parce qu'on peut supposer, en ce cas, que le prêteur a compensé cet avantage, en stipulant un profit maritime moindre que celui qu'il eût stipulé, si ce chargement sur lequel le prêt a été fait n'eût été que d'une valeur égale à la somme prêtée.

Le seul cas auquel l'opinion de M. Valin doive être suivie, et auquel il se doive faire une répartition des effets sauvés du naufrage, entre le prêteur et l'emprunteur, ou les assureurs qui sont aux droits de l'emprunteur, est celui auquel il est exprimé par le contrat « que le prêt n'est fait que sur une partie du chargement, *puta*, sur les deux tiers, sur les trois quarts ». Dans ce cas seulement les effets de ce chargement qui ont échappé au naufrage, ne se trouvant affectés que pour une portion au prêt, le contrat de prêt sera réduit à la valeur, non du total, mais de cette portion des effets ; et ces effets, pour le surplus, demeureront francs du prêt à l'emprunteur ; ou s'ils ont été assurés pour le surplus, ils devront, pour le surplus, être délaissés aux assureurs.

§ II. De l'action qui naît de l'obligation que contracte l'emprunteur par le contrat à la grosse.

50. De l'obligation que l'emprunteur contracte par le contrat de prêt à la grosse aventure, naît une action personnelle qu'a le prêteur contre l'emprunteur, pour lui demander la restitution de la somme prêtée, et le profit maritime convenu par le contrat.

C'est l'accomplissement de la condition dont cette obligation dépend, qui donne ouverture à cette action.

51. Le demandeur peut par cette action demander les intérêts de la somme prêtée, à compter du jour de la demande. Il n'en est pas de même du profit maritime. Ce profit étant un accessoire et une espèce d'intérêt de la somme prêtée, *nautica usura, nauticum fenus*, on ne peut pas en demander d'intérêt ; ce serait un intérêt d'intérêt ; ce serait un *anatocisme* que les lois défendent : *Accessio accessionis non est*.

52. Le prêteur a un privilége pour cette action.

Lorsque le prêt est fait sur le corps et quille du vaisseau, pour les nécessités du voyage, le prêteur, suivant l'art. 7, a un privilége non-seulement sur le navire, mais sur ses *agrès et apparaux, armement et victuailles*, même sur le *fret* qui est dû par les marchands qui auraient des marchandises chargées sur le navire. Le prêteur peut en conséquence saisir et arrêter le fret entre les mains de ceux qui en sont débiteurs.

Le prêteur, pour exercer ce privilége, n'a pas besoin de produire des pièces justificatives « que les deniers prêtés ont effectivement servi à l'équipement et à l'armement du vaisseau ». Il suffit, selon M. Valin, sur ledit art. 7, qu'il soit dit par le contrat, « que le prêt est fait sur le *corps et quille* du vaisseau », pour qu'il y ait présomption que les deniers ont effectivement servi à l'équipement du vaisseau, quand même il ne serait pas exprimé que le prêt a été fait pour les nécessités du voyage.

53. Lorsqu'il a été fait un prêt avant le départ du vaisseau, pour l'armer et l'équiper, et qu'il en a été fait un autre durant le voyage, pour le radoub, ou pour d'autres nécessités du vaisseau, le privilége de celui-ci va avant le privilége du prêt fait avant le départ⁽¹⁾ : c'est ce qui est décidé par l'ordonnance, *tit. de la Saisie des vaisseaux, etc.*, art. 16 (liv. 1^{er}, tit 14). La raison est, qu'en vain le vaisseau aurait-il été armé et équipé, si, par les accidents survenus durant le voyage, le vaisseau n'eût pu le continuer. Le second prêteur, en mettant, par le prêt de ses deniers, le vaisseau en état de continuer son voyage, a conservé au premier prêteur son gage ; *salvam fecit pignoris causam, utiliter ejus negotium gessit* ; et par conséquent il doit être préféré au premier⁽²⁾.

54. Les priviléges de l'un et de l'autre ne vont, suivant l'article cité, qu'après celui des matelots et autres gens de mer, pour leurs *loyers* : car, en vain le vaisseau aurait-il été équipé, en vain aurait-il été radoubé et réparé pendant le voyage, s'il n'eût été conduit au lieu de sa destination par le travail desdits matelots et gens de mer⁽³⁾.

(1) V. art. 323, C. comm.

Art. 323 : « Les emprunts fait pour le dernier voyage du navire sont remboursés par préférence aux sommes prêtées pour un précédent voyage, quand même il serait déclaré qu'elles sont laissées par continuation ou renouvellement. — Les sommes empruntées pendant le voyage sont préférées à celles qui auraient été empruntées avant le départ du navire ; et s'il y a plusieurs emprunts faits pendant le même voyage, le dernier emprunt sera toujours préféré à celui qui l'aura précédé. »

(2) C'est l'application du privilége

établi par l'art. 2102, C. civ., n° 3, *faits pour la conservation de la chose*.

(3) L'art. 191, C. comm. établit ces divers priviléges dans l'ordre suivant : « 6^e les gages et loyers du capitaine et autres gens de l'équipage employés au dernier voyage ; — 7^e les sommes prêtées au capitaine pour les besoins du bâtiment pendant le dernier voyage, et le remboursement du prix des marchandises par lui vendues pour le même objet ; — 9^e les sommes prêtées à la grosse sur le corps, quille, agrès, apparaux, pour radoub, victuailles, armement et équipement du navire, dues pour le dernier voyage. »

Mais suivant le même article, les priviléges de l'un et de l'autre vont avant celui des marchands qui ont chargé des marchandises sur le navire (¹).

Lorsque quelqu'un a prêté à un armateur des deniers pour un premier voyage, et qu'après ce voyage, au lieu de les exiger, il les lui a laissés à pareil titre de prêt pour un second voyage, ce prêteur ne va qu'après celui qui a prêté et compté réellement des deniers pour ce second voyage (art. 10 du tit du *Contrat à la grosse*) : car la présomption est, que c'est plutôt des deniers de celui-ci que le vaisseau a été équipé.

55. Le prêteur qui a prêté sur le corps et quille du vaisseau, a privilége, soit que le prêt ait été fait au propriétaire du vaisseau, soit qu'il ait été fait au maître son préposé ; car le fait du préposé oblige son commettant (²).

Si, néanmoins, le prêt avait été fait dans le lieu de la demeure des propriétaires, il n'obligerait pas le propriétaire sans son consentement exprès, le propriétaire étant censé n'avoir préposé le maître pour les affaires du vaisseau, qu'en cas d'absence, et pour ce qu'il ne pourrait pas commodément faire par lui-même. C'est pourquoi le prêteur ne peut avoir, en ce cas, de privilége que sur la part que le maître pourrait avoir au vaisseau ou au fret. C'est la disposition de l'art. 8.

Néanmoins si le maître, propriétaire pour quelque portion du vaisseau, avait assigné ses copropriétaires pour contribuer à des dépenses nécessaires à faire au vaisseau, et qu'il eût été autorisé, sur leur refus, à emprunter à la grosse des deniers pour les faire, celui qui prêterait en ce cas les deniers en exécution de la sentence, aurait privilége sur les parts des propriétaires qui ont refusé de contribuer, quoiqu'ils n'aient pas consenti au prêt de ces deniers : car la sentence qui autorise le maître à faire l'emprunt, supplée et équiper en ce cas au consentement des copropriétaires. C'est la disposition de l'article 9.

M. Valin observe fort bien sur cet article, qu'il faut pour cela que le maître ait obtenu une sentence qui l'ait autorisé à faire l'emprunt ; et qu'une simple sommation par laquelle il aurait mis ses copropriétaires en demeure de contribuer, ne serait pas suffisante, comme l'avait pensé l'ancien commentateur (³).

56. Lorsque le prêt a été fait sur un chargement de marchandises, le prêteur n'a de privilége que sur les marchandises de ce chargement, quand même le prêt aurait été fait au propriétaire du vaisseau.

57. Le privilége du prêteur, soit sur le vaisseau, soit sur les marchandises, a lieu tant pour la restitution de la somme prêtée, que pour le profit maritime. L'art. 7 le dit : *Seront affectés au principal et intérêts de l'argent, etc.*

(¹) Ce privilége est mis également en dernière ligne par l'art. 191, C. comm. précité, où il figure sous le n° 11.

(²) Pourvu que l'emprunt n'ait pas été fait dans le lieu de la demeure des armateurs. V. art. 321, C. comm., sauf le cas prévu par l'art. 322.

Art. 321 : « Un emprunt à la grosse fait par le capitaine dans le lieu de la demeure des propriétaires du navire, sans leur autorisation authentique ou leur intervention dans l'acte, ne donne action et privilége que sur la

portion que le capitaine peut avoir au navire et au fret. »

Art. 322 : « Sont affectées aux sommes empruntées, même dans le lieu de la demeure des intéressés, pour radoub et victuailles, les parts et portions des propriétaires qui n'auraient pas fourni leur contingent pour mettre le bâtimençt état, dans les vingt-quatre heures de la sommation qui leur en sera faite. »

(³) L'art. 322, C. comm. précité est formel, la sommation doit suffire.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DU JEU.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. La convention qui intervient entre deux joueurs, par laquelle ils conviennent que celui d'entre eux qui sera le perdant, donnera une certaine somme à celui d'entre eux qui sera le gagnant, est un contrat de la classe des contrats intéressés de part et d'autre, et aléatoires.

Quoique le gagnant reçoive la somme convenue, sans rien donner à la place, il ne la reçoit pas néanmoins gratuitement : il la reçoit comme le prix du risque qu'il a couru de donner pareille somme à l'autre, si l'autre eût été le gagnant, ce qui est le caractère des contrats intéressés de part et d'autre, et aléatoires.

2. Observez qu'il y a deux espèces de *contrats aléatoires*.

La première est de ceux par lesquels il n'y a que l'une des parties contractantes qui s'expose à un risque au profit de l'autre partie, laquelle lui paie ou s'oblige de lui payer le prix de ce risque, sans qu'elle s'expose réciproquement à aucun risque. Tel est le *contrat d'assurance* (¹). Il n'y a que l'une des parties,

(¹) En supposant le contrat formé, et en envisageant seulement les effets qu'il produit, la proposition de Pothier est vraie ; dans cette situation, l'assuré ne court plus de risques, son obligation est positivement déterminée, il doit payer la prime, quel que soit l'événement.

Mais si l'on considère la position des parties avant le contrat, et même au moment de contracter, il est facile de voir que l'assuré consent à courir le risque de payer une somme qui sera une pure perte pour lui, si le sinistre ne se réalise pas, ou qui lui procurera la réparation si le sinistre a lieu, c'est-à-dire une somme beaucoup plus forte que celle qu'il aura déboursée. Cette observation peut servir à expliquer la différence de rédaction des art. 1104, deuxième alinéa, et 1964, C. civ.

Art. 1104 : « Il (le contrat) est *com-mutatif* lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. — Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est *aléatoire*. »

Art. 1964 : « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. — Tels sont : — le contrat d'assurance ; — le prêt à grosse aventure ; — le jeu et le pari ; — le contrat de rente viagère. — Les deux premiers sont régis par les lois maritimes. »

c'est-à-dire l'assureur, qui se charge des risques maritimes des effets de l'assuré. L'autre partie, qui est l'assuré, lui paie ou s'oblige de lui payer la prime, qui est le prix de ce risque, sans que l'assuré s'expose de son côté à aucun risque. Il en est de même du contrat à la grosse.

La seconde espèce de contrats aléatoires est de ceux par lesquels chacune des parties se charge réciproquement d'un risque, qui est le prix de celui dont l'autre se charge. De ce nombre est le contrat à *rente viagère*, qu'on appelle aussi à *fonds perdu*, dont nous avons parlé en notre *Traité du Contrat de Constitution*. Par ce contrat, le vendeur court le risque de ne recevoir rien ou presque rien pour la chose qu'il vend à l'acheteur, si ce vendeur venait à mourir peu après le contrat ; et ce risque que court le vendeur, est le prix de celui que court de son côté l'acheteur, de payer au vendeur le double ou le triple du prix de cette chose, si le vendeur vivait très longtemps.

Le *Contrat de Jeu* est de cette seconde espèce. Chacun des joueurs court risque de donner à l'autre la somme convenue, si c'est l'autre qui gagne la partie : et ce risque que l'un court, est le prix de celui que l'autre joueur court de son côté de lui en donner autant, si c'est lui qui gagne.

Nous distribuerons ce petit traité en trois chapitres.

Nous examinerons dans le premier, si le jeu est mauvais par le droit naturel.

Nous rapporterons dans le second, les lois romaines et les principales lois du royaume sur le jeu.

Nous examinerons dans le troisième, si celui qui a perdu une somme ou une autre chose au jeu, est obligé, dans le for de la conscience, de la payer ; ou, si au contraire celui qui a gagné, est obligé à restitution, lorsqu'il a reçu le prix du jeu.

CHAPITRE PREMIER.

Si le jeu est mauvais par le droit naturel.

Le contrat que renferme le jeu, peut être considéré, 1^o en lui-même, et sans aucun rapport à la fin pour laquelle il intervient ; — 2^o par rapport à cette fin.

SECT. I^o. — DU CONTRAT QUE RENFERME LE JEU CONSIDÉRÉ EN LUI-MÊME, ET SANS RAPPORT A LA FIN.

Nous verrons dans un premier article, si le jeu considéré en lui-même, sans aucun rapport à la fin que les joueurs se proposent, est mauvais.

Nous verrons dans un second article, quelles sont les conditions qui y doivent être observées pour qu'il soit conforme aux règles de la justice.

ART. I^{er}. — *Si le jeu considéré en lui-même, et sans aucun rapport à la fin que se proposent les joueurs, est mauvais.*

3. Le jeu est un contrat intéressé de part et d'autre, et aléatoire, qui n'étant considéré qu'en lui-même, et sans aucun rapport à la fin que se proposent les joueurs, ne paraît contenir rien de mauvais, pourvu qu'on y ait observé les conditions que nous expliquerons en l'article suivant.

Tous conviennent assez de ce principe à l'égard des *jeux d'adresse*, c'est-à-dire, de ceux dans lesquels le gain de la partie dépend principalement de l'habileté du joueur.

On en convient même assez à l'égard des *jeux mixtes*, c'est-à-dire, de ceux dans lesquels le hasard concourt avec l'habileté du joueur au gain de la partie.

4. La difficulté tombe sur le *jeu de pur hasard*. Plusieurs théologiens catholiques, et même des docteurs protestants ont cru trouver dans ces jeux un vice intrinsèque, qui consiste dans la profanation du sort, qu'ils regardent comme quelque chose de religieux.

Pour regarder le sort comme quelque chose de religieux, ils se fondent sur ce que Dieu manifestait sa volonté aux Israélites par la voie du sort. C'est par cette voie qu'il leur fit connaître le choix qu'il avait fait de Saül pour régner sur eux. Josué avait employé cette voie pour la découverte du péché d'Achan, qui avait attiré la colère de Dieu sur Israël. Elle fut aussi employée pour découvrir le péché de Jonathas..... Dieu avait prescrit la voie du sort pour le partage de la terre de Chanaan, comme il est rapporté au livre des Nombres, ch. 33, v. 54. On l'employait dans le sacrifice dont il est parlé au Lévitique, ch. 16, à l'égard du bouc émissaire.

Les autres nations avaient aussi recours à la voie du sort pour connaître la volonté de Dieu. Dans le vaisseau où était Jonas, on eut recours à cette voie pour connaître quelle était la personne qui attirait sur le vaisseau la colère de Dieu et la tempête.

On a eu aussi recours à la voie du sort dans l'église, pour connaître la volonté de Dieu, comme nous l'apprenons des Actes des Apôtres, où nous lisons que les apôtres eurent recours à cette voie pour connaître la volonté de Dieu sur l'élection de saint Matthias à l'apostolat.

Enfin, on dit que les livres saints nous font regarder le sort comme quelque chose où Dieu préside d'une manière particulière; c'est en ce sens que ces théologiens entendent ce texte des *Proverbes*, xvi, 33 : *Sortes in sinum mittuntur, sed à Domino temperantur*.

De tout ceci ils concluent que le sort est une chose destinée de sa nature à connaître la volonté de Dieu, et par conséquent une chose religieuse; que c'est en faire une profanation criminelle, que de l'employer à un usage aussi profane et aussi puérile que le jeu; et que tout jeu de hasard, par cette profanation qu'il renferme, a un vice intrinsèque qui le rend mauvais en soi.

5. Les raisonnements de ces théologiens ne me paraissent pas convaincants. Il est vrai que le sort a servi autrefois à déclarer aux Israélites la volonté de Dieu. Le sort, lorsqu'il était employé à cet usage, ou plutôt l'usage qu'on faisait en ce cas du sort, était quelque chose de religieux. Mais c'est une fausse conséquence que de vouloir conclure de là que, hors du cas auquel le sort était employé à cet usage, le sort soit en soi quelque chose de religieux, et qu'il ne puisse, sans profanation, être employé à des choses profanes. On emploie l'eau à quelque chose de religieux en l'employant à administrer le sacrement de baptême; s'ensuit-il que l'eau soit en soi quelque chose de religieux, et qu'on ne puisse l'employer à des usages profanes?

C'est donc sans raison que ces théologiens prétendent que le sort est en soi quelque chose de religieux, et que les jeux de hasard où il est employé, renferment une profanation d'une chose religieuse.

Ils ont d'autant moins lieu de le prétendre, que si on s'est servi du sort chez les Israélites pour connaître la volonté de Dieu, on ne le fait plus servir à cet usage chez les chrétiens. Il est vrai que les apôtres l'ont employé à cet usage pour l'élection de saint Matthias à l'apostolat; mais c'est par une inspiration particulière: cet exemple ne peut être tiré à conséquence; et un collateur qui aurait aujourd'hui recours à la voie du sort pour connaître la volonté de Dieu sur le sujet qu'il doit nommer à un bénéfice vacant, serait regardé comme extravagant.

6. A l'égard de ce que dit Salomon, *Sortes in sinum mittuntur, sed à Domino temperantur*, cela ne doit pas être entendu en ce sens, que Dieu préside au sort d'une manière extraordinaire et surnaturelle, si ce n'est dans les cas extraordinaires, auxquels Dieu a permis qu'on le consultât par cette voie: hors ces cas, ce texte ne veut dire autre chose, sinon que ce qui paraît arriver par

le sort, arrive par la volonté de Dieu, qui dirige le sort, non d'une manière extraordinaire et surnaturelle, mais de la même manière dont il dirige tous les événements du monde, les plus petits comme les plus grands. Cela est dit dans le même sens qu'il est dit ailleurs : *Cor hominis disponit viam suam, sed Domini est dirigere gressus.*

Lorsque nous jouons ensemble à un jeu de hasard, et que je gagne la partie, il est vrai que je ne la gagne que parce que Dieu veut que je la gagne : mais les jeux de hasard n'ont en cela rien de différent des autres jeux ; car, lorsque je vous gagne une partie de billard, je ne la gagne pareillement que parce que Dieu veut que je la gagne ; de même que, lorsqu'en me peignant, je fais tomber quelques cheveux de ma tête, ils ne tombent que parce que Dieu veut qu'ils tombent, ne pouvant pas tomber sans l'ordre de Dieu : *Capillus de capite vestro non peribit.*

Mais de ce que Dieu dirige le sort d'une manière naturelle, comme il dirige tous les autres événements, il ne s'ensuit pas que le sort soit quelque chose de religieux, et que ce soit une profanation d'une chose religieuse, que de s'en servir au jeu.

7. Un théologien que j'ai consulté, et qui a eu la bonté de jeter la vue sur ce petit traité, m'a fait cette objection :

Le sort (a-t-il dit) dépendant de Dieu seul, sans qu'il y intervienne rien de l'industrie et de la sagesse humaine, employer la voie du sort, c'est consulter Dieu ; ce qui ne doit se faire que pour des choses qui le méritent.

Je réponds qu'on ne peut pas consulter Dieu sans avoir l'intention de le consulter. Les joueurs n'ayant pas cette intention lorsqu'ils jouent, on ne peut pas dire qu'ils consultent Dieu. D'ailleurs, les événements du sort dans l'ordre naturel, ne dépendent de la volonté de Dieu que de la même manière dont en dépendent tous les autres événements, ils dépendent les uns et les autres d'un certain concours et d'une certaine combinaison de causes naturelles qui les produisent, sous la direction de la volonté de Dieu. La seule différence entre les uns et les autres, c'est que les événements du sort ont des causes qui nous sont totalement inconnues ; au lieu que nous connaissons, au moins en partie, les causes qui produisent les autres événements. Celui qui joue un jeu de hasard, attend du sort le gain de la partie, c'est-à-dire, d'un assemblage de causes naturelles qui lui sont inconnues, et dans lesquelles consiste proprement le sort : au lieu que celui qui joue un jeu d'adresse, l'attend de son habileté, qui est une cause qui lui est connue. Mais on ne peut pas dire de l'un plutôt que de l'autre, qu'en jouant il consulte Dieu ⁽¹⁾.

ART. II. — Quelles conditions doivent être observées dans le jeu, pour qu'il ne s'écarte pas des règles de la justice.

8. Il faut, 1^o que chacun des joueurs ait le droit de disposer de la somme qu'il joue :

Il faut, 2^o que chacun des joueurs apporte au contrat que renferme le jeu, un consentement parfait ;

3^o Il faut qu'il y ait égalité dans la partie ;

4^o Il faut que les joueurs aient apporté au jeu la fidélité qui y est requise.

Nous traiterons séparément de chacune de ces quatre conditions, dans autant de paragraphes.

(1) Il nous paraît bien plus raisonnable de dire que le jeu en lui-même est un amusement, un innocent passe-temps, ou un délassement. Il est inu-

tile de faire intervenir aussi directement la Divinité :

« *Nec Deus intersit, nisi dignus vindice nodus Inciderit !* »

§ I. Il faut que chacun des joueurs ait droit de disposer de la somme qu'il joue.

9. Suivant ce principe, un enfant de famille ne peut valablement jouer que des sommes modiques que ses parents lui ont données pour ses menus plaisirs, et dont ils lui ont permis de disposer.

C'est pourquoi si un fils de famille, abusant de la confiance de son père, qui lui laisse le maniement de ses affaires, prenait dans la caisse de son père une somme pour la jouer, non-seulement il ne la jouerait pas valablement, mais il commetttrait un vol de cette somme (¹), qui appartient à son père; et celui qui la lui aurait gagnée au jeu, serait complice du vol, s'il avait connaissance de son état de fils de famille.

S'il n'en avait pas connaissance, il ne serait pas, à la vérité, coupable de vol; mais il ne serait pas moins obligé de restituer au père la somme qu'il a gagnée à ce fils de famille, lorsqu'il viendrait par la suite à connaître l'état de ce fils de famille: car ce fils de famille, lorsqu'il a joué cette somme, n'ayant pas eu le droit d'en disposer, n'a pu la jouer valablement, ni en transférer la propriété à celui qui l'a gagnée.

10. Un mineur ne peut pareillement jouer valablement que des sommes modiques, dont son tuteur lui permet de disposer pour ses menus plaisirs. S'il avait trouvé le moyen de prendre à son tuteur une somme que son tuteur avait reçue pour lui, il n'aurait pas, à la vérité, commis un vol; car on ne peut pas voler sa propre chose, *rei sua furtum non fit*; mais il ne pourrait pas jouer valablement cette somme, parce que, quoiqu'elle lui appartienne, il n'a pas le droit d'en disposer: c'est pourquoi celui qui la lui aurait gagnée, serait obligé à la restituer.

Quand même un mineur serait émancipé, soit par lettres du prince, soit même par le mariage, il ne pourrait pas jouer valablement des sommes un peu considérables: car l'émancipation ne donne aux mineurs que le droit d'administrer leurs biens; elle ne leur donne pas le droit d'en disposer à leur gré et de le dissiper, ni par conséquent de le jouer.

C'est pourquoi celui qui a gagné au jeu à un mineur, quoique marié ou émancipé, une somme un peu considérable, est obligé de la restituer.

Il y est obligé, quand même il aurait ignoré qu'il sût mineur; car il suffit que ce mineur n'ait pas le droit de disposer de la somme en cette manière, pour qu'il n'ait pu en transférer la propriété à celui qui la lui a gagnée. C'est le cas de la règle de droit, *qui cum aliquo contrahit, debet esse gnarus conditionis ejus cum quo contrahit.*

Un majeur interdit pour cause de prodigalité, est semblable à un mineur qui est sous puissance de tuté *curator*.

11. Une femme sous puissance de mari, ne peut pareillement jouer valablement que des sommes modiques, avec la permission, au moins présumée, de son mari. Quand même son mari lui accorderait le maniement de l'argent

(¹) V. art. 380, C. pén.

Art. 380: « Les soustractions commises par des maris au préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé, par des enfants ou autres descendants au préjudice de leurs pères ou mères ou autres descendants, par des pères et mères ou autres ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants, ou par des alliés aux mêmes degrés, ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles. — A l'égard de tous autres individus qui auraient recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, ils seront punis comme coupables de vol. »

de la communauté, elle ne pourrait pas jouer valablement des sommes un peu considérables : car son mari, en lui accordant le maniement de l'argent de la communauté, le lui accorde pour s'en servir aux affaires de la communauté, et non pas pour le jouer et le dissiper⁽¹⁾.

Quand même la femme serait séparée de biens, elle ne pourrait pas jouer valablement des sommes de deniers à elle appartenant, qui seraient un peu considérables ; car la séparation lui donne bien le droit de contracter sans être autorisée pour ce qui concerne l'administration de ses biens, mais elle ne lui donne pas le droit de dissiper son bien et de le jouer. C'est pourquoi celui qui lui aurait gagné au jeu des sommes considérables, est obligé de les lui restituer.

12. Lorsque j'ai joué une somme considérable contre un mineur, ou une autre personne qui n'avait pas le droit de disposer de la somme qu'elle a jouée ; quoique j'eusse le droit de disposer de celle que j'ai jouée, je ne l'ai pas jouée plus valablement qu'il n'a joué la sienne. C'est pourquoi, si c'est le mineur qui a gagné, la somme que j'ai jouée contre lui est pas due : car le contrat qui renferme le jeu n'étant pas un contrat de bienfaisance, mais un contrat intéressé de part et d'autre, un contrat aléatoire où il doit y avoir de part et d'autre une égalité de risques, je ne puis devoir au gagnant la somme que j'ai jouée, qu'autant que le gagnant aurait couru le risque de me donner pareille somme dans le cas auquel j'aurais été le gagnant. La somme que j'ai jouée ne peut lui être due que comme le prix de ce risque qu'il aurait couru. Or, ce mineur n'a pu courir le risque de me donner la somme qu'il a jouée, dans le cas auquel j'aurais été le gagnant, puisque c'était une somme dont il n'avait pas droit de disposer : donc, lorsque c'est lui qui a gagné la somme que j'ai jouée contre lui ne lui est pas due ; le contrat que nous avons fait ensemble est nul.

§ II. *Du libre consentement des joueurs.*

13. Le consentement est de l'essence de tous les contrats : il est donc nécessaire, à l'égard du contrat que renferme le jeu, de même qu'à l'égard de tous les autres contrats, pour qu'il soit valable, que chacun des joueurs y ait apporté un parfait consentement.

De là il suit que, lorsque l'un des joueurs est dans un état d'ivresse, le contrat qui renferme le jeu est nul. Nous ne parlons pas ici d'une ivresse qui privait entièrement la personne de l'usage de sa raison ; il est évident que, dans cet état, elle est incapable de contracter, et par conséquent de jouer ; nous parlons d'une ivresse qui, sans rendre la personne absolument incapable de consentement, peut seulement rendre imparfait son consentement, en l'empêchant de faire les réflexions qu'elle eût pu faire si elle eût été à jeun.

Cette décision a lieu, quand même celui qui aurait joué contre cet ivrogne n'aurait eu au jeu aucun avantage sur lui, soit parce qu'il était lui-même aussi ivre que lui, soit parce que le jeu était un jeu de pur hasard, pour lequel il ne faut aucune réflexion, et dans lequel par conséquent celui qui est capable d'en faire, et qui a l'usage entier de sa raison, n'a aucun avantage sur celui qui ne l'a pas : car ce n'est pas, en ce cas, le défaut d'égalité qui rend le contrat nul ; c'est l'imperfection du consentement de celui des joueurs qui était ivre, lequel n'aurait peut-être pas voulu jouer la somme qu'il a jouée, si l'ivresse ne l'eût empêché de faire les réflexions qui l'en auraient détourné.

14. Il n'est pas douteux, suivant ces principes, que si celui qui a joué contre celui qui était ivre, a gagné, il ne peut pas recevoir de lui le prix du jeu ; et s'il l'a reçu, il est obligé de le restituer.

(1) On voit par ces exemples que Pothier, traitant fort sérieusement la convention de jeu, lui applique les règles générales de la capacité de contracter.

Il y a un peu plus de difficulté dans le cas inverse, auquel c'est le joueur qui était ivre qui a gagné celui qui jouissait de toute sa raison. Le prix du jeu est-il, en ce cas, dû au joueur qui était ivre ?

Je crois qu'il faut décider pour la négative ; car il est de l'essence du contrat que renferme le jeu, que le gagnant reçoive du perdant le prix du risque que le gagnant a couru de donner une pareille somme au perdant, dans le cas auquel le perdant aurait gagné. Or le joueur ivre n'a couru aucun risque de donner aucune somme à l'autre joueur, puisqu'on suppose que, si ce joueur ivre eût perdu, il n'eût été obligé de rien donner à l'autre ; donc, lorsqu'il gagne, il ne doit rien recevoir de l'autre, ne devant pas recevoir le prix d'un risque qu'il n'a pas couru.

On opposera peut-être qu'il est décidé, en droit, que, lorsque je contracte avec un impubère, ou une autre personne qui n'est pas capable de donner au contrat un consentement parfait ; quoique, par ce contrat, cet impubère ne soit pas obligé envers moi, néanmoins je suis obligé envers lui.

Je réponds que ce principe a lieu dans les contrats commutatifs, en ce sens, que je ne puis contraindre l'impubère à tenir le marché, quoiqu'il puisse me contraindre à le tenir, s'il trouve qu'il lui est avantageux ; mais il ne peut pas me contraindre à lui donner la chose que je me suis obligé de lui donner, qu'il ne me donne celle qu'il doit me donner à la place.

Par exemple, si j'ai vendu mon cheval à un impubère pour le prix de quinze pistoles, je ne puis obliger cet impubère à prendre mon cheval et à me payer les quinze pistoles ; et il peut au contraire, s'il trouve le marché avantageux, m'obliger à lui donner le cheval ; mais il ne peut m'obliger à le lui donner qu'en me payant les quinze pistoles qui sont le prix de mon cheval.

Ces principes, qui ont lieu dans les contrats commutatifs, ne peuvent avoir lieu dans un contrat aléatoire, tel que celui qui renferme le jeu. Lorsque je joue contre un impubère, je ne puis être obligé envers lui, s'il ne l'est pas envers moi ; car, s'il ne l'est pas envers moi, il n'a pas couru le risque de me payer le prix du risque, dans le cas où je serais le gagnant ; et s'il n'a pas couru le risque, je ne puis lui devoir le prix du jeu, que je me suis obligé de lui donner qu'à la place de ce risque. C'est comme si, dans l'espèce du contrat commutatif, ci-dessus rapporté, l'impubère voulait exiger de moi mon cheval sans me payer les quinze pistoles que je dois avoir à la place.

15. Le parfait consentement de chacun des joueurs étant nécessaire pour la validité du contrat que renferme le jeu, il s'ensuit que, si l'un des joueurs a contraint l'autre à jouer, le contrat n'est pas valable ; car un consentement extorqué par contrainte, n'est pas un parfait consentement.

Ce n'est pas seulement à l'égard de la première partie que chacun des joueurs doit avoir la liberté de jouer ou de ne pas jouer ; il en est de même des autres parties. Chacun des joueurs doit avoir la liberté de se retirer du jeu quand bon lui semble, à moins que, dès le commencement du jeu, les joueurs ne fussent convenus que celui qui gagnerait la première partie, donnerait à l'autre la revanche. Sans cela on ne peut sans injustice le contraindre de la donner ; et le contrat que renferme la revanche qu'il aurait été contraint de donner, n'est ni moins injuste ni plus valable qu'une première partie qu'on aurait contraint l'un des joueurs de jouer.

Dans tous ces cas, celui qui m'a contraint à jouer, soit une première partie, soit une revanche, ne peut, lorsqu'il a gagné, recevoir de moi licitement le prix du jeu ; et, s'il l'a reçu, il est obligé de me le restituer. Il y est obligé non-seulement parce que l'imperfection de mon consentement, qui n'a pas été libre, empêche la liberté du contrat, mais encore parce que celui qui m'a contraint à jouer malgré moi, ayant en cela commis envers moi une injustice, il est obligé envers moi à la réparation du tort qu'elle m'a causé ; ce qui consiste dans la restitution de la somme que j'ai perdue.

16. Le contrat qui n'est pas valable de ma part par l'imperfection de mon consentement, lorsque j'ai été contraint de jouer malgré moi, l'est-il de la part de celui qui m'a constraint ; et si je gagne la partie, puis-je licitement recevoir de lui le prix du jeu ?

Cette question se décide par une distinction. S'il eût été au pouvoir de celui qui m'a constraint à jouer, dans le cas auquel il aurait gagné, de me faire payer le prix du jeu, parce que nous avions mis argent sur table, et qu'il m'eût été difficile de l'empêcher de prendre l'argent et de me le laisser restituer ; ou bien, si, ayant joué l'un et l'autre sur notre parole, j'eusse été, en jouant, dans la disposition de volonté de lui payer le prix du jeu, dans le cas auquel il se-rait le gagnant ; dans l'un et dans l'autre de ces cas, ayant couru le risque de lui donner le prix du jeu, si j'eusse perdu, je puis licitement recevoir de lui le prix du jeu, lorsque j'ai gagné.

Mais si, ayant été contraint de jouer, et ayant joué sur ma parole, j'ai été, en jouant, dans la disposition de volonté de ne pas payer le prix du jeu, dans le cas auquel celui qui m'a constraint serait le gagnant, et de me défendre de le payer, par la raison de la contrainte qu'on a employée pour me faire jouer ; en ce cas, n'ayant couru aucun risque de perdre, si celui qui m'a constraint eût gagné, puisque je ne l'aurais pas payé, dans ce cas-là je ne puis pas licitement recevoir de lui la somme qu'il a jouée contre moi ; cette somme ne pouvant m'être due qu'autant qu'elle serait le prix du risque que j'aurais couru de lui en donner autant, et ne m'étant par conséquent pas due, lorsque je n'ai couru aucun risque.

17. Supposons à présent qu'il n'y ait eu de contrainte de part ni d'autre, mais que l'un des joueurs, qui jouaient sur leur parole, ait joué avec une disposition secrète de volonté de ne pas payer, dans le cas auquel il perdrat, et de se défendre par les lois qui déniént l'action pour le jeu, et néanmoins de recevoir le prix du jeu dans le cas contraire auquel il serait le gagnant. Il est évident que celui qui a joué avec cette disposition de volonté, ne peut pas licitement recevoir le prix du jeu dans le cas où il serait le gagnant ; et que, s'il l'a reçu, il est obligé de le restituer.

Les raisons sont : — 1^o Que le contrat du jeu est, en ce cas, nul par le défaut du consentement du joueur, qui, n'ayant pas eu la volonté de payer dans le cas où il perdrat, n'a pas consenti au contrat, mais a seulement feint d'y consentir ; — 2^o Parce que, n'ayant pas couru le risque de perdre, le prix du jeu ne peut lui être dû, n'étant dû au gagnant que pour et à la place du risque que le gagnant a couru de perdre.

18. Dans le cas inverse, lorsque celui qui a joué contre moi avec une intention secrète de ne pas payer, a perdu la partie, est-il en ce cas obligé, dans le for de la conscience, de me payer le prix du jeu ?

En supposant (ce que nous examinerons au chapitre 3) que le contrat du jeu oblige dans le for de la conscience, il faut décider qu'il y est obligé. Il ne peut pas, pour s'en défendre, dire que le contrat est nul, n'ayant jamais eu la volonté et n'ayant jamais consenti à s'obliger de me payer, s'il perdait la partie ; car il suffit qu'il ait feint de consentir au contrat, il suffit qu'il ait promis extérieurement de payer, pour que le contrat soit réputé valable contre lui ; il suffit qu'il m'ait fait courir le risque de lui donner la somme convenue, dans le cas auquel il aurait été le gagnant, pour qu'il soit tenu de me payer une pareille somme, lorsque je suis le gagnant ; je suis censé lui en avoir payé le prix, par le risque qu'il m'a fait courir de lui en donner autant (1).

(1) Cette intention secrète de ne pas payer sera difficile à constater. D'ailleurs, pourquoi voir dans le jeu un principe d'obligation de conscience : le jeu est profondément immoral lorsqu'il renferme une spéculation de gain ; c'est

§ III. *De l'égalité qui est requise dans le contrat du jeu.*

19. Dans tous les contrats intéressés de part et d'autre, chacune des parties contractantes n'ayant intention de rien donner à l'autre, et ayant au contraire intention de recevoir de l'autre l'équivalent de ce qu'elle lui donne, il est nécessaire, pour que le contrat soit conforme aux règles de la justice, que ce que l'une des parties contractantes donne ou s'oblige de donner à l'autre, soit d'égale valeur à ce que l'autre partie donne ou s'oblige de son côté de lui donner. *Voy. notre Traité des Obligations*, n° 33.

Pour faire l'application de ce principe au contrat du jeu, qui est de la classe des contrats intéressés de part et d'autre ; lorsque je joue contre vous, pour que le contrat soit conforme aux règles de la justice, et valable, il faut que le risque que je cours de vous donner la somme convenue dans le cas auquel vous serez le gagnant, soit égal au risque que vous courrez de votre côté de me donner la même somme dans le cas auquel je serais le gagnant.

La valeur de ces risques s'estime par les degrés de probabilité. Lorsqu'il n'y a pas plus de probabilité que je gagnerai la partie, qu'il n'y en a que vous la gagnerez, le risque que je cours, et celui que vous courrez, sont d'égale valeur, et le contrat du jeu est, en ce cas, équitable.

20. Cette égalité de valeur dans les risques se trouve toujours dans les jeux de pur hasard.

Le gain de la partie dépendant dans ces jeux entièrement du pur hasard, l'un des joueurs ne pouvant avoir dans ces jeux aucune supériorité sur l'autre, le risque que chacun des joueurs court est nécessairement égal. C'est pourquoi il est nécessaire, pour l'égalité dans ce contrat, que la somme que je joue contre vous soit égale à celle que vous jouez contre moi.

Néanmoins si je veux bien dans ces jeux jouer contre vous une somme plus grande que celle que vous jouez contre moi, *put à*, trois écus contre deux ; il n'y aura pas, à la vérité, d'égalité dans le contrat ; néanmoins il ne renfermera aucune injustice. Il exorbité, à la vérité, de la nature des contrats intéressés de part et d'autre ; et dans le cas auquel vous gagnerez la partie, il contient une donation que je vous fais de l'écu dont la somme que je joue contre vous excède celle que vous jouez contre moi ; mais cet avantage que je vous fais étant un avantage que je ne puis ignorer, et que je vous fais de mon bon gré, et avec une pleine connaissance, ne contient aucune injustice.

21. Dans les jeux qui sont mêlés d'adresse et de hasard, tels que sont le jeu du trictrac, le jeu de piquet et autres, si vous êtes plus habile que moi à ce jeu, il y a plus de probabilité que ce sera vous qui gagnerez la partie, qu'il n'y en a que ce sera moi ; par conséquent le risque que je cours de vous donner la somme convenue si vous gagnez, est plus grand et d'une plus grande valeur que celui que vous courrez de me donner la même somme si je gagne ; par conséquent, suivant les principes que nous venons d'établir, le contrat du jeu renferme, en ce cas, une injustice.

22. On peut rétablir de deux manières l'égalité dans ce contrat, et le rendre juste et équitable ⁽¹⁾ entre deux joueurs de forces inégales.

une des plaies sociales les plus fâneuses :

- Il est bon de jouer un peu ;
- Mais il faut seulement que le jeu nous amuse ;
- Un joueur d'un commun aveu ,
- N'a rien d'humain que l'apparence ;
- Et d'ailleurs il n'est pas si facile qu'on pense
- D'être fort honnête homme et de jouer gros jeu ;
- Le désir de gagner, qui nuit et jour occupe ,
- Est un dangereux aiguillon.

• Souvent, quoique l'esprit, quoique le cœur soit bon ,

• On commence par être dupe ,

• On finit par être fripon .

Madame Deshoulières, en écrivant cette belle stance, avait mieux envisagé le jeu que ne le fait Pothier dans cette longue dissertation.

(1) Il est difficile de rendre juste et équitable ce qui est immoral.

La première de ces deux manières est que vous me donnez un avantage au jeu : par exemple, tant de points d'avance, qui compensent la supériorité d'habileté que vous avez sur moi, et qui rendent, au moyen de cette compensation, l'espérance du gain de la partie aussi probable de mon côté que du vôtre.

La seconde manière de rétablir l'égalité, est que vous, qui avez sur moi une supériorité d'habileté, jouiez contre moi une somme plus grande que celle que je joue contre vous, dans la même proportion que le risque que je cours de perdre, est plus grand que celui que vous courrez de votre côté.

Par exemple, si, au moyen de la grande supériorité que vous avez sur moi, le risque que je cours de perdre est plus grand du double que celui que vous courrez, il y aura égalité dans le contrat, si vous jouez contre moi une somme qui soit le double de celle que je joue contre vous ; *put à*, si vous jouez six livres contre trois que je joue contre vous.

Lorsque la supériorité que vous avez sur moi n'est pas compensée de l'une de ces deux manières, l'inégalité qui se trouve dans le contrat, le rend injuste ; si ce n'est qu'en jouant contre vous avec une pleine connaissance de votre supériorité sur moi, j'aurai eu intention de vous gratifier, et que je vous l'aurai déclaré.

Mais si je n'ai pas eu intention de vous gratifier, et que néanmoins ayant une fausse confiance que le hasard me favoriserait, quoique, averti de votre supériorité, je veuille, bien qu'à forces inégales et sans aucun avantage, jouer contre vous une somme égale de part et d'autre, vous ne pouvez pas sans injustice jouer contre moi cette somme égale, sans me faire aucun avantage de votre part.

On opposera que, dans le contrat de vente, je puis sans injustice vous vendre une chose qui a un vice, en vous avertissant du vice. La réponse est que, lorsque je vous ai averti du vice de la chose, je puis bien vous la vendre sans injustice, pourvu que je ne vous la vende que le prix qu'elle vaut, eu égard au vice qu'elle a : car ne vous vendant la chose que le prix qu'elle vaut, eu égard à ce vice, il y a égalité dans le contrat ; il ne renferme aucune injustice ; la réticence du vice de la chose, qui eût pu vous détourner de l'acheter, étant la seule injustice que ce contrat, d'ailleurs égal, pouvait renfermer. Au contraire, dans notre espèce, quoique vous m'ayez averti de votre supériorité au jeu, le contrat ne laisse pas d'être injuste ; l'injustice du contrat ne venant pas, en ce cas, de la réticence de votre supériorité, mais de l'inégalité que cette supériorité cause dans le contrat, lorsqu'elle n'est pas compensée par l'une des deux manières dont nous avons vu ci-dessus qu'elle pouvait l'être.

On ne peut pas dire que le consentement que je donne à jouer avec vous à forces inégales, en étant averti, couvre cette injustice, suivant cette maxime, *Volenti non fit injuria*. Je réponds que cette maxime n'a ici aucune application ; car, si je consens à jouer avec vous à forces inégales, quoique averti de votre supériorité, ce n'est pas que j'ait la volonté de vous gratifier et de vous faire aucun avantage, mais c'est parce que je me persuade par erreur, ou que je suis aussi habile que vous, ou que je suis heureux au jeu, et que ce bonheur que je m'imagine avoir au jeu, compense votre supériorité. L'avantage que je vous fais en jouant contre vous à forces inégales, n'est donc pas un avantage que je vous fais *volens*, et ce n'est pas le cas de la maxime, *Volenti non fit injuria* ; c'est un avantage que l'erreur en laquelle je suis, m'engage à vous faire ; et vous ne pouvez pas sans injustice profiter de mon erreur.

23. L'injustice qui se rencontre dans le contrat par lequel je joue avec vous à forces inégales, quoique averti de votre supériorité, le rend-elle entièrement nul, ou seulement réformable et réductible à la somme contre laquelle, eu égard à votre supériorité, vous auriez pu jouer équitablement celle que vous avez jouée ?

Par exemple, en supposant que la supériorité que vous avez sur moi, rende le risque que je cours de perdre la partie, plus grand du double que celui que

vous courez de la perdre, vous pouvez jouer équitablement contre moi une somme qui soit le double de celle que je jouerai contre vous. Si néanmoins nous avons joué de part et d'autre une somme égale, *put à*, une somme de six livres, l'injustice que renferme ce contrat, le rend-elle entièrement nul, de manière que si vous gagnez, je ne vous doive rien, ou le contrat sera-t-il seulement réformable ?

Je pense qu'il doit seulement être réformable, et que si vous gagnez la partie, je vous dois non pas à la vérité une somme de six livres, mais une somme de trois livres, qui est celle contre laquelle vous pouviez jouer contre moi celle de six livres. En effet, puisque j'ai voulu jouer, quoique averti de votre supériorité ; puisque j'ai pu gagner la somme de six livres, et que vous avez couru envers moi un risque de me payer cette somme dans le cas auquel j'aurais gagné, qui était un cas très possible, il ne serait pas équitable que de mon côté je n'en eusse couru aucun. C'est pourquoi, dans le cas auquel vous avez gagné la partie, je vous dois payer pour le prix du risque que vous avez couru, non pas à la vérité une somme de six livres, le risque que vous avez couru n'étant pas égal au mien, mais une somme de trois livres, qui est le véritable prix de ce risque, qui était moindre de la moitié que celui que j'ai couru (¹).

Il faudrait décider autrement, si par dol vous m'aviez engagé à jouer contre vous à forces inégales, en me cachant la supériorité que vous aviez sur moi au jeu. Le contrat en ce cas est entièrement nul de votre côté. Si vous gagnez, vous ne pouvez licitement rien recevoir du prix du jeu ; et si vous l'avez reçu, vous êtes obligé à me le restituer ; car c'est par votre dol que j'ai été engagé à faire cette partie de jeu, que je n'aurais pas voulu faire si j'avais connu votre supériorité.

¶ 4. Lorsque nous avons joué ensemble sans nous connaître, Barbeirac, en son *Traité du Jeu*, liv. 2, chap. 2, n° 15, pense que la supériorité que vous vous trouvez avoir sur moi, n'empêche pas que vous ne puissiez recevoir licitement en entier le prix du jeu pour la première partie ; parce que ne nous connaissons ni l'un ni l'autre, si j'ai couru le risque de trouver en vous un joueur plus fort que moi, vous avez pareillement couru le risque de trouver en moi, que vous ne connaissez pas, un joueur plus fort que vous ; ce qui fait, dans le contrat que nous avons fait pour cette première partie, une égalité de risques de part et d'autre, qui le rend équitable.

Je pense au contraire que, même en ce cas, le contrat est réformable, et que vous ne pouvez, si vous gagnez la partie, recevoir licitement la somme entière, mais seulement celle contre laquelle, eu égard à votre supériorité, vous pouviez jouer équitablement celle que vous avez jouée. Il est vrai qu'ignorant de part et d'autre nos forces, nous avons fait de bonne foi le contrat ; mais le risque que je cours par ce contrat, étant, eu égard à la supériorité que vous avez sur moi, plus grand, *put à*, du double que celui que vous courez, ce contrat ne laisse pas de renfermer en soi une injustice, et de pécher contre l'égalité, en ce que le risque que je cours, quoique double de celui que vous courez, n'y est pas plus payé que celui que vous courez. Ce contrat étant donc injuste en soi, quoique nous l'ayons fait de bonne foi, vous n'en êtes pas moins obligé à en réformer l'injustice, en réduisant la somme que je vous dois pour le gain de la partie, à la moitié de celle que vous avez jouée contre moi.

Il en est de ce contrat comme d'un contrat de vente par lequel une chose aurait été vendue au delà de son juste prix. Quoique l'une et l'autre des parties aient de part et d'autre ignoré le prix de la chose vendue, et aient contracté de bonne foi, le contrat ne laisse pas d'être injuste en soi par l'excès

(¹) Il faudra sans doute chercher et par conséquent il sera difficile de longtemps pour trouver le véritable tranquilliser leur conscience, en sup- tarif des forces comparatives du joueur, posant qu'elle soit agitée !

du prix ; et le vendeur, lorsqu'il vient à découvrir cette injustice, est obligé à la réparer, en rendant à l'acheteur l'excédant qu'il a payé du juste prix, ou en l'en déchargeant, s'il ne l'a pas encore payé. Pareillement quoique, dans notre espèce, nous ayons contracté de bonne foi, le contrat ne laisse pas d'être injuste, et vous êtes obligé d'en réformer l'injustice de la manière dont nous venons de le dire, lorsqu'en jouant vous vous êtes aperçu de votre supériorité.

A l'égard de ce que dit Barbeirac, « que chacun des joueurs, ignorant la force de son adversaire, lorsqu'ils ont fait la partie, chacun a de part et d'autre couru le risque de trouver dans son adversaire un joueur plus fort que lui, ce qui forme entre eux une égalité de risque » ; je réponds que ce risque, que chacun de ces joueurs a couru, de trouver dans son adversaire un joueur plus fort que lui, est un risque étranger, et n'est pas ce qui forme la substance du contrat. D'ailleurs, il est faux qu'il y ait égalité entre les joueurs, même à l'égard de cette espèce de risque ; car le risque que le bon joueur a couru de trouver dans son adversaire, qu'il ne connaissait pas, un joueur plus fort que lui, était beaucoup moindre que celui que courrait le joueur ignorant.

25. Il nous reste à parler de la troisième espèce de jeux, qui sont les jeux *de pure adresse*. Dans ces jeux il n'est pas douteux que le contrat est inégal, et par conséquent injuste, si celui des joueurs, qui est considérablement plus fort que l'autre, ne récompense pas la supériorité qu'il a sur lui, en lui donnant au jeu un certain avantage, comme un certain nombre de points. Sans cela, à moins que celui qui est le plus faible n'ait intention de couvrir d'une perte au jeu la gratification qu'il veut faire à l'autre, il n'est pas permis à celui qui est le plus fort, de jouer avec lui, même des sommes inégales.

En cela les jeux *de pure adresse* sont différents des jeux *mixtes*. La raison de différence est sensible. Dans les jeux mixtes, le hasard favorise quelquefois tellement le joueur ignorant, qu'il lui donne le gain de la partie. C'est pourquoi dans ces jeux le bon joueur, quelque fort qu'il soit, n'a pas une certitude du gain de la partie ; il n'a qu'une plus grande probabilité ; il ne joue pas à coup sûr ; il court un risque, quoique moins grand que celui que court le joueur ignorant qui joue contre lui : c'est pourquoi il peut jouer équitablement contre lui, pourvu qu'il joue une somme plus forte que celle que le joueur ignorant joue contre lui ; et elle doit être plus forte dans la même proportion que le risque que court l'autre joueur est plus grand.

Mais dans les jeux de pure adresse, le joueur qui est considérablement plus fort que l'autre, n'a pas seulement une probabilité, il a une certitude morale du gain de la partie : il joue à coup sûr ; et n'ayant couru aucun risque, il ne peut s'en faire payer le prix par aucune somme, quelque petite qu'elle soit, et quelque inférieure qu'elle soit à celle qu'il aurait jouée.

§ IV. *De la fidélité que les joueurs doivent apporter au jeu.*

26. Il est évident que le contrat du jeu devient injuste, lorsque les joueurs manquent à la fidélité qu'ils doivent apporter au jeu.

C'est pourquoi si l'un des joueurs a gagné la partie par des tricheries, *puta*, en regardant le jeu de son adversaire, ou le dessous des cartes, ou en commettant d'autres infidélités, quelles qu'elles soient, il ne peut pas licitement recevoir le prix du jeu ; s'il l'a reçu, il est obligé à restitution (1).

La raison en est évidente. Lorsque les joueurs s'obligent mutuellement l'un envers l'autre de donner une certaine somme à celui d'entre eux qui gagnera la partie, chacun d'eux n'entend s'y obliger que sous la condition tacite que ce-

(1) V. art. 1967, C. civ.

Art. 1967 : « Dans aucun cas, le per- « lontairement payé, à moins qu'il n'y « ait eu, de la part du gagnant, dol, « dant ne peut répéter ce qu'il a vo- « supercherie ou escroquerie. »

lui qui aura gagné la partie, aura apporté au jeu la fidélité qu'il y doit apporter. Lors donc qu'il n'a pas apporté au jeu cette fidélité, l'obligation que l'autre avait contractée de lui payer le prix du jeu, tombe par le défaut d'accomplissement de la condition sous laquelle elle avait été contractée : le prix du jeu ne lui est pas dû ; et s'il l'a reçu, il est obligé à le restituer.

Il y est encore obligé par une autre raison, qui est que celui qui commet un dol envers quelqu'un, est tenu de l'indemniser de ce qu'il en a souffert. Or les tricheries dont l'un des joueurs se sert pour faire perdre la partie à l'autre, sont un dol qu'il commet envers lui : il doit donc l'indemniser de la perte de la partie qu'il lui a causée par ces tricheries, et par conséquent lui restituer le prix du jeu qu'il a reçu de lui.

27. Par cette seconde raison le joueur qui a usé envers moi de tricheries pour gagner la partie, non-seulement doit me restituer la somme que je lui ai payée pour le prix du jeu ; mais s'il paraissait que sans tricherie ce fut moi qui l'eusse gagnée, il doit, outre la restitution de la somme que je lui ai payée, me payer la somme qu'il m'eût payée si j'eusse gagné la partie : car les dommages et intérêts résultant de son dol, dont il doit m'indemniser, renferment non-seulement la perte que son dol m'a causée, mais le gain dont il m'a privé, *quantum mihi abest, et quantum lucrari potui*, suivant la définition qu'en donne la loi 13, ff. *Ratam rem hab.*

Si je m'apercevais en jouant que celui contre qui je joue, use envers moi de tricheries, pourrais-je en user licitement de mon côté, et recevoir licitement le prix du jeu, si par mes tricheries je gagnais la partie ?

Non ; car celui contre qui je joue, en usant de tricheries envers moi, n'a pas intention de me permettre d'en user de mon côté, ni de renoncer à la condition sous laquelle il s'est obligé de me payer le prix du jeu, qui est que je gagnerai la partie sans le secours d'aucunes tricheries ; c'est pourquoi si j'en use, quoiqu'il en ait usé le premier, son obligation tombe par défaut d'accomplissement de la condition sous laquelle il s'était obligé envers moi, et le prix du jeu ne m'est pas dû. Les tromperies dont je me suis aperçu, n'ont d'autre effet que de me décharger, dans le for de la conscience, de l'obligation de lui payer le prix du jeu, s'il gagne la partie ; mais elles ne m'autorisent pas à manquer de mon côté à la fidélité qui est due au jeu.

Quand même celui contre qui j'ai joué, aurait, en usant de tromperies envers moi, consenti que j'en usasse de mon côté, je n'aurais pas pour cela le droit de recevoir le prix du jeu, dans le cas auquel, par mes tricheries, j'aurais gagné la partie ; car une telle convention, qui est nulle (L. 27, § 3, ff. *de Pract.*), ne peut avoir aucun effet, ni me donner aucun droit.

28. Barbeyrac compte avec raison, parmi les infidélités que l'on commet au jeu, la dissimulation par laquelle je n'avertis pas celui contre qui je joue, d'une méprise qui lui fait compter moins de points qu'il n'en a fait.

Par exemple, si celui contre qui je joue au billard, ayant déjà fait dix points depuis la partie commencée, par méprise et par distraction n'en compte que huit, et que m'étant aperçu de sa méprise, je le laisse compter huit points, cette dissimulation de ma part est une infidélité que je commets envers lui : c'est pourquoi si, profitant de sa méprise, je gagne la partie, qu'il eût gagnée, s'il eût compté ses dix points. non-seulement je dois lui rendre la somme qu'il m'a payée pour le prix du jeu, mais je dois lui payer celle que je lui eusse payée s'il eût gagné.

Il en est de même du cas auquel celui contre qui je jouais aux quilles, en aurait abattu six ; et croyant n'en avoir abattu que cinq, n'aurait compté que cinq points au lieu de six. Si, m'étant aperçu de son erreur, je ne l'en ai point averti, c'est une infidélité de ma part : c'est pourquoi si, faute de ce point qu'il a omis de compter, il a perdu la partie, qu'il eût gagnée s'il l'eût compté, je dois lui rendre la somme qu'il m'a payée pour le prix du jeu, et lui payer celle que je me suis obligé de lui payer s'il gagnait la partie.

SECT. II. — DU JEU CONSIDÉRÉ PAR RAPPORT À LA FIN POUR LAQUELLE ON JOUE.

29. Il faut à cet égard distinguer entre le *jeu désintéressé* et le *jeu intéressé*.

J'appelle *jeu désintéressé*, lorsque les joueurs jouent à rien, ou lorsqu'ils jouent seulement les frais du jeu, c'est-à-dire, lorsqu'ils conviennent que l'avantage de celui qui gagnera la partie, consistera en ce qu'il ne paiera rien des frais du jeu, et que ce sera le perdant qui paiera en entier ce qu'on a coutume de donner pour le prix des cartes aux domestiques qui les fournissent; ou lorsque c'est une partie de paume ou de billard, ce qu'il est d'usage de donner au tripotier pour la partie de paume ou de billard.

On peut aussi appeler *jeu désintéressé*, lorsque la somme qu'on joue est si modique, que la perte de cette somme ne puisse incommoder celui qui perd la partie, et que celui qui la gagne, ne puisse pas paraître s'enrichir en la gagnant.

Lorsque la chose que l'on joue est considérable, c'est ce que l'on appelle *jeu intéressé* ou *gros jeu*.

§ I. Des fins que l'on peut avoir dans le jeu désintéressé.

30. Il y a plusieurs fins que les joueurs peuvent se proposer lorsqu'ils jouent, et qui peuvent les porter à jouer.

Parmi ces fins, il peut y en avoir d'honnêtes, lorsque le jeu est désintéressé : il y en a aussi de déshonnêtes.

C'est une fin honnête, lorsque l'on joue pour se procurer une récréation et un délassement dont l'esprit a besoin.

Il est évident que cette fin ne peut se rencontrer que dans les personnes qui, après s'être occupées pendant la plus grande partie de la journée, à des affaires ou à des études qui demandent de l'application, donnent une petite partie de leur temps à un petit jeu, pour se procurer le délassement dont elles ont besoin.

Cette fin ne peut pas se rencontrer dans les personnes désœuvrées, qui, n'occupant leur esprit à rien (¹), n'ont pas besoin de lui procurer un délassement.

31. La fin de se rendre le corps plus souple ou plus vigoureux, est une fin honnête que l'on peut se proposer en jouant à certains jeux qui renferment un exercice du corps, tel qu'étaient chez les Grecs et les Romains la lutte et la course, et tel qu'est parmi nous le jeu de paume. On ne doit néanmoins donner à ces jeux, de même qu'à tous autres, qu'une très petite partie de son temps.

32. C'est aussi une fin honnête, lorsqu'on joue par un motif de charité et de complaisance, pour amuser un convalescent qui a besoin qu'on lui procure cette dissipation.

33. A l'égard de ceux qui donnent la plus grande partie de leur temps au jeu, et qui n'ont d'autre fin en jouant que celle de passer le temps et d'éviter l'ennui, cette fin ne peut passer pour une fin honnête : elle est contraire au droit naturel, qui condamne l'oisiveté, comme contraire à l'ordre de Dieu : *Homo natus ad laborem, sicut avis ad volatum.*

Dieu ayant établi entre les hommes une société civile, tous les hommes qui la composent doivent, chacun selon ses talents et son goût, s'occuper à quelque chose qui soit utile au bien de cette société (²).

(¹) Mais le désœuvrement produit de l'ennui et de la fatigue presque autant que l'occupation sérieuse.

(²) De ce principe, que tous les hommes doivent s'occuper à quelque chose qui soit utile au bien de la so-

Le temps est la chose du monde la plus précieuse; c'est Dieu qui nous l'a donné, et il nous en demandera compte: il ne nous est pas permis d'en perdre la plus petite partie. Il est évident que ceux qui ne se proposent d'autre fin en jouant que celle de *passer le temps*, contredisent directement ces principes du droit naturel, puisqu'au lieu de regarder le temps, suivant ces principes, comme quelque chose de très précieux, qu'on doit mettre à profit, ils le regardent comme quelque chose qui leur est à charge; et dont ils doivent chercher à se défaire; car c'est ce qu'ils veulent dire lorsqu'ils jouent pour *passer le temps*.

§ II. *De la fin que peuvent avoir les joueurs dans les jeux intéressés.*

34. Dans les *jeux intéressés*, c'est-à-dire, lorsqu'on joue une somme d'argent considérable, ou quelque autre chose dont la perte cause au perdant une incommodité notable, la seule fin qui porte à ce jeu, est un désir déréglé de gagner, et de s'enrichir de la dépouille de celui contre qui on joue.

35. Les fins honnêtes qui peuvent se rencontrer dans les jeux désintéressés, et que nous avons rapportées au paragraphe précédent, ne peuvent se rencontrer dans le jeu intéressé.

Une des fins les plus honnêtes du jeu est celle de se rendre le corps plus souple et plus vigoureux, aux jeux qui contiennent un exercice du corps, tels qu'est le jeu de la paume. Cette fin peut bien porter à jouer à la paume; mais ce n'est pas cette fin qui porte à y jouer des sommes considérables: car il suffit de jouer à la paume pour procurer au corps cet avantage; il n'est pas besoin pour cela d'y jouer gros jeu. Ce ne peut donc être qu'une autre fin, qui est l'avarice et le désir du gain, qui porte à y jouer gros jeu.

36. C'est une fin honnête à l'égard de tous les jeux, que de chercher à se procurer une récréation et un délassement dont l'esprit a besoin. Mais ce n'est pas cette fin qui porte un joueur à jouer gros jeu, puisqu'il n'est pas nécessaire pour se procurer par le jeu ce délassement, de jouer un gros jeu: bien loin de cela, il n'y a que le jeu désintéressé qui soit propre à procurer cette fin. Le gros jeu, qui excite dans les joueurs un violent désir du gain, et une violente crainte de la perte, qui sont des passions qui agitent l'âme, n'est rien moins que propre à procurer à l'esprit ce délassement.

Les partisans du gros jeu disent que le jeu est insipide, si on ne joue *gros jeu*, et qu'il ne peut par conséquent procurer la récréation qu'on cherche dans le jeu. Je réponds que si ces joueurs ne recherchaient dans le jeu qu'à se délasser l'esprit, le jeu désintéressé ne leur paraîtrait pas insipide: il ne leur paraît tel que parce qu'il ne satisfait point leur avarice, et le désir de gagner qu'ils apportent au jeu. C'est donc le désir du gain qui est la seule fin qui porte à jouer gros jeu: or, je prétends que cette fin, à l'égard du jeu, n'est pas une fin honnête. C'est ce que j'ai à prouver.

37. Je ne condamne pas tout désir et toute recherche d'un gain légitime, pour subvenir à nos besoins et à l'éducation de notre famille: cette recherche n'a rien que d'honnête, lorsqu'elle est dirigée par les règles de la justice, de

ciété civile, on ne doit pas en tirer cette conséquence, que ceux qui s'en retranchent volontairement, pour se retirer dans un monastère, pèchent contre le droit naturel, en se rendant inutiles à la société civile: car les personnes qui, pour de bonnes raisons, se retirent dans des monastères où l'esprit de la religion s'est conservé, contribuent dans leur retraite, plus que

personne, au bien de la société civile par leurs prières, par lesquelles ils flétrissent la colère de Dieu, et détournent les punitions que nos péchés méritent et ne manqueraient pas d'attirer. (Note de l'édition de 1766.)

Il serait encore plus conforme aux vues de la Providence de rester dans le monde et d'y être utile à ses semblables.

la tempérance et de la prudence. Dans le jeu, la recherche du gain qui porte les joueurs à jouer gros jeu, est un désir déréglé du gain ; et par conséquent la fin qui porte les joueurs à jouer gros jeu, n'est pas une fin honnête.

Je dis que c'est un désir déréglé du gain ; car ce désir n'est pas conduit par la raison, mais par la passion. Si le joueur consultait la raison, elle lui ferait apercevoir facilement que l'espérance du gain étant dans le jeu contrebalancée par un risque de se ruiner et de s'appauvrir, qui est aussi grand que l'espérance du gain, le jeu n'est pas le moyen de parvenir à la fin qu'il se propose. L'expérience achèverait de le convaincre, y ayant infiniment beaucoup plus d'exemples de personnes qui se sont ruinées au jeu, qu'il n'y a de personnes qui s'y soient enrichies : ce qui ne peut guère être autrement, parce que, dans le jeu, celui qui gagne ne profite pas de tout ce que l'autre perd, et qu'il en faut nécessairement rabattre les frais du jeu, qui, quoique peu considérables par rapport à ce qu'il en coûte chaque fois, le deviennent beaucoup par la continuation et l'assiduité (¹).

Le joueur n'étant pas porté par sa raison à rechercher dans le jeu le gain qu'il désire faire, y est porté par la passion de l'avarice réunie avec la paresse. L'avarice fait naître en lui un désir avide du gain, et lui fait passer en revue les différents moyens de gagner. D'un autre côté, la paresse s'oppose à ce qu'il prenne, pour parvenir à cette fin, quelques-uns des différents genres d'occupations lucratives auxquelles il pourrait être propre : il trouve dans le gros jeu une espérance de faire un gros gain sans travail ; cette vue flatte son avarice, et en même temps sa paresse. Séduit et aveuglé par ces deux passions, il donne toute son application à considérer le gros jeu sous cette face, et il ne fait aucune attention à l'autre face de jeu, qui lui ferait apercevoir le danger du jeu, et le risque qu'un joueur court, en jouant gros jeu, de se ruiner, ou de s'appauvrir considérablement. Cette recherche du gain, qui est la fin qui porte les joueurs à jouer gros jeu, n'étant donc point produite par la raison, mais par la passion, elle est un désir déréglé, et n'est pas par conséquent une fin honnête.

38. Cette recherche du gain dans le gros jeu, peut d'autant moins passer pour une fin honnête, qu'elle est directement opposée au premier précepte du droit naturel, qui nous ordonne d'aimer notre prochain comme nous-mêmes. Car un joueur ne pouvant faire un gros gain au jeu qu'aux dépens de celui contre qui il joue, en le ruinant ou en l'appauvrissant, il s'ensuit que la fin que se propose le joueur de faire au jeu un gain considérable, renferme nécessairement la recherche de la ruine ou de l'appauvrissement de celui contre qui il joue, qui est inséparable de cette fin. La fin qui porte à jouer gros jeu, est donc directement contraire à la charité et au droit naturel, et par conséquent elle n'est pas une fin honnête.

Dans tous les contrats intéressés de part et d'autre, qui sont reçus dans la société civile, chacune des parties contractantes trouve un avantage dans le contrat, et les parties se rendent réciproquement service. Cela est évident dans les contrats commutatifs. Par exemple, lorsque je vends le vin de ma récolte à un marchand, ce marchand me fait plaisir en me donnant de l'argent pour cette marchandise, qui m'embarrasserait, et je lui fais réciproquement plaisir en lui vendant une marchandise sur laquelle il compte faire un profit dans son commerce. Cela se rencontre aussi dans les contrats aléatoires. Par exemple lorsque je donne à un riche père de famille un héritage pour une

(¹) Il faut ajouter que l'argent gagné au jeu profite rarement ; il a été gagné trop facilement, et l'espérance de s'enrichir sans peine et sans fatigue provoque et développe chez le joueur qui a gagné les passions les plus désordonnées.

« Sous les heureuses mains le cuivre devient or ;
— Et l'or devient à rien.

grosse rente viagère, il me fait plaisir en me procurant le moyen de vivre plus à mon aise, par la grosse rente qu'il me fait pour un héritage dont je n'ai pas besoin après ma mort ; et je lui fais plaisir de mon côté, en lui procurant une chose dont il se trouvera, après ma mort, avoir payé le prix sans presque s'en être aperçu, ayant trouvé dans le revenu de ses biens ou de sa profession de quoi payer ma rente viagère.

Parceillement, dans le contrat d'assurance maritime, les assureurs me font plaisir en me procurant la commodité de faire avec sûreté un commerce maritime que je n'oserais pas faire sans cela, à cause des gros risques auxquels ce commerce expose, et que je ne suis pas en état de supporter. De mon côté, je leur fais plaisir, en contribuant par la *prime* que je leur donne, à l'entretien de leur commerce d'assurance, qui, quoique dangereux, et sujet à de grosses pertes, leur procure néanmoins assez ordinairement un gain qui est vraisemblable, par la supputation qu'ils savent faire de ce dont le nombre des vaisseaux qui arrivent à bon port, surpassé ordinairement celui de ceux qui périssent en chemin.

Dans ce contrat d'assurance, l'une des parties ne recherche pas la perte du bien de l'autre : celui qui fait assurer, ne cherche rien autre chose que la sûreté des fonds qu'il fait assurer. S'ils arrivent à bon port, il est charmé que les assureurs, avec qui il a contracté, aient gagné la *prime* qu'il leur a donnée, sans qu'il leur en coûte rien.

On doit dire la même chose du contrat à la grosse.

Il s'en faut bien qu'il en soit de même dans le contrat du jeu ; il s'en faut bien que les parties s'y rendent réciproquement service. Au contraire, dans ce contrat, l'une des parties ne peut y trouver l'avantage qu'elle y recherche, qu'en dépouillant l'autre : chacun des joueurs ne cherche qu'à dépouiller celui contre qui il joue, comme deux duellistes cherchent réciproquement à s'ôter la vie.

Le contrat du gros jeu a donc une fin contraire à la charité, et directement opposée aux principes de la société civile, qui n'a établi les commerces et les contrats que pour que les membres de cette société s'aïdassent mutuellement, et se rendissent mutuellement service. Le contrat du gros jeu, considéré du côté de sa fin, est donc contraire aux bonnes mœurs, et comme tel, doit être proscrit (1).

CHAPITRE II.

Où l'on rapporte les lois des Romains et les nôtres sur le jeu.

§ 1^{er}. Lois romaines.

39. Le jeu était très sévèrement défendu par les lois romaines. Le juris-consulte Paul fait mention d'un sénatus-consulte qui défendait de jouer de l'argent à quelque jeu que ce fût, si ce n'est à certains jeux qui contenaient un louable exercice du corps, et étaient utiles pour la guerre, lesquels étaient nommément exceptés : *Senatus-consultum vetuit in pecuniam ludere ; præterquam si qui certet hastâ vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causâ fiat* ; L. 2, fin., ff. de *Aleatorib.*

(1) Il faut bien remarquer que cette immoralité se rencontre, indépendamment de la quotité de la mise, toutes les fois que le gain est le but que se proposent les joueurs ; l'intention est alors toujours mauvaise.

40. Cette défense de jouer de l'argent comprenait toutes les choses appréciables à prix d'argent. Il était seulement permis de jouer son écot dans un festin, même à des jeux de hasard : *Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem alea ludere permittitur*; L. 4, ff. eod. tit.

La raison de cette exception est sensible. La fin qui rend le jeu contraire aux bonnes mœurs, qui consiste dans le désir de s'enrichir aux dépens et par la dépouille de celui contre qui on joue, ne se rencontre pas dans ce cas, où le prix du jeu ne doit pas entrer dans la poche du gagnant, mais doit être employé au festin.

41. Ce sénatus-consulte qui défendait de jouer de l'argent, ne se bornait pas à dénier l'action pour ce qui avait été gagné au jeu; il donnait une action au perdant contre le gagnant, pour répéter ce qu'il lui avait payé pour le prix du jeu.

On admettait à cette répétition, même les enfants contre leur père, et les affranchis contre leur patron : *Adversus parentes et patronos est repetitio ejus quod in alea⁽¹⁾ lusum est*; ⁽²⁾ *utilis ex hoc edicto⁽³⁾ datur*; ead. L. 4, § 2.

On ne sait pas précisément le temps de ce sénatus-consulte; il peut être du temps de Septime-Sévère, ou de quelqu'un de ses prédécesseurs. Quoi qu'il en soit, il n'avait pas établi un droit nouveau; il ne faisait que confirmer les anciennes lois, qui n'étaient malheureusement que trop mal observées. Il est fait mention dans la seconde Philippique de Cicéron, n° 28, d'une procédure criminelle (*publicum judicium*) établie contre ceux qui jouaient aux jeux de hasard.

42. Ceux qui recevaient chez eux des joueurs pour y jouer à des jeux de hasard, étaient si odieux, que le préteur leur refusait toute action pour les insultes qu'on leur aurait faites, les dommages qu'on leur aurait causés, ou les vols qu'on leur aurait faits pendant ce temps : *Si quis eum apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit, damnum ei dederit, aut si quid eo tempore dolo ejus substractum est, judicium non dabo*; L. 1, ff. eod. tit.

Le préteur jugeait que cet homme ayant, en recevant des joueurs chez lui, donné occasion à ces déliés, n'était pas recevable à s'en plaindre.

43. Le préteur punissait aussi ceux qui avaient forcé quelqu'un à jouer; ils étaient punis par amende ou par prison; ead. L. 1, § fin; L. 2.

44. Justinien a enhéri sur les lois contre le jeu. Il défend, comme l'avait fait l'ancien sénatus-consulte, de jouer à l'argent, à quelque espèce de jeu que ce soit, à l'exception seulement de certains jeux qui sont nommés dans sa *Constitution*, qui contiennent un louable exercice du corps: mais au lieu que l'ancien sénatus-consulte avait permis de jouer de l'argent à ces jeux, sans limiter la somme, Justinien ordonne qu'on ne pourra jouer à ces jeux permis plus d'un écu d'or pour une partie de jeu.

(¹) Nous avons suivi la leçon de Cujas, qui a restitué dans le texte ce mot *alea*, au lieu de *familiâ*, qui ne présente aucun sens. (*Note de l'édition de 1766.*)

(²) Les enfants et les affranchis n'étaient pas admis à intenter l'action *directa*, c'est-à-dire, qui naît directement de cette loi; parce que cette action étant *famosa*, elle emportait note d'infamie contre le joueur qui était condamné par cette action, et qu'il n'était pas permis d'intenter les actions de cette espèce contre les personnes à

qui on devait le respect. Mais, à la place de cette action, on donnait aux enfants et aux affranchis une action *utilis* ou *in factum*, qui, sans emporter infamie, était aux mêmes fins. (*Idem.*)

(³) Cet édit est le sénatus-consulte dont Paul parle au commencement de la loi. Les édits des premiers empereurs étaient confirmés par un sénatus-consulte; c'est pourquoi ces lois s'appellent *promiscuè*, tantôt *edictum*, tantôt *senatus-consultum*. Voyez notre préface *in Pand. Justin.*, cap. 2, § 2. (*Idem.*)

À l'égard des autres jeux, Justinien donne une action aux perdants contre les gagnants, pour la répétition de ce qu'ils ont payé pour le prix du jeu, comme l'avait fait l'ancien sénatus-consulte ; mais il ajoute deux choses. — 1^o Il ordonne que cette action ne sera pas sujette à la prescription ordinaire à laquelle sont sujettes toutes les actions, qui est celle de trente ans, et que le perdant et ses héritiers seront reçus à cette répétition pendant le temps de cinquante ans. — 2^o Il ordonne que, dans le cas auquel le perdant négligerait de répéter la somme qu'il a perdue au jeu, les officiers municipaux de la ville où le délit a été commis, pourraient poursuivre la répétition de cette somme, pour être employée à des ouvrages publics pour l'utilité et la décoration de la ville ; L. 1, 2 et 3, Cod. de *Aleat*.

§ II. Des lois des rois de France.

45. Nous trouvons dans les Capitulaires de Charlemagne une loi de ce prince qui confirme les défenses de jouer aux jeux de hasard, faites tant aux laiques qu'aux ecclésiastiques, par le concile de Mayence, tenu l'an 813.

Nous avons une ordonnance de saint Louis, de l'an 1254, qui défend de jouer aux dés.

Nous en avons une de Charles le Bel, de l'an 1319, et de Charles V, du 13 avril 1369, qui défend les jeux de dés, de tables ou trictrac, de quilles, de billes, de boules, et généralement tous les jeux, à l'exception de ceux qui sont propres à exercer au fait des armes ; à peine, contre les contrevenants, de 40 sous d'amende.

46. Par la suite tous les jeux ne furent pas indistinctement défendus ; car Charles VIII, dans une ordonnance pour la police des prisons du Châtelet de Paris, après avoir fait une défense générale aux prisonniers de jouer aux dés, permet aux personnes de naissance qui y sont retenues pour causes légères et civiles, de jouer au trictrac et aux échecs.

De Lamarre, en son *Traité de la Police*, rapporte des lettres patentes de François 1^{er}, en faveur du jeu de la paume, qui permettent d'exiger ce qui a été gagné à ce jeu.

47. Charles IX, par l'ordonnance d'Orléans, art. 101, défend avec les bordels, tous brelans, jeux de quilles et de dés, à peine, contre les contrevenants, d'être punis extraordinairement.

Le même prince, par l'ordonnance de Moulins, en 1566, art. 59, donne une action aux mineurs pour la répétition de ce qu'ils ont perdu aux jeux de hasard, sans néanmoins approuver ces sortes de jeux entre majeurs.

48. Par une déclaration du roi Louis XIII, du 30 mai 1611, il est dit : « Faire ses défenses à toutes personnes de tenir brelans, ni s'assembler pour jouer aux cartes ou aux dez, même aux propriétaires détenteurs de leurs maisons, ou locataires d'icelles, d'y recevoir ceux qui tiendront lesdits brelans, ou joueront esdits jeux, à peine d'amende, d'autre punition, s'il y échet, et d'être, en leur propre et privé nom, responsables de la perte des deniers qui y sera faite, et tenus à la restitution d'iceux. — Enjoignons aux juges de se transporter ès maisons où ils seront avertis y avoir brelans et assemblées, de se saisir de ceux qui s'y trouveront, ensemble de leur argent, bagues, joyaux, et autres choses exposées au jeu, en faire et distribuer les deniers aux pauvres des hôtels-Dieu, etc. »

L'arrêt d'enregistrement déclare *nulles* les promesses faites pour le jeu, et ordonne que toute action soit déniée pour raison d'icelles.

L'auteur de la *Morale de Grenoble* rapporte mal cette déclaration de 1611 : il semble lui faire dire qu'elle donne à ceux qui ont perdu une somme au jeu, le droit de la répéter contre les gagnants à qui ils l'ont payée. Il paraît au contraire par les termes de cette déclaration que nous venons de rapporter, et qui

est rapportée en entier dans le *Traité de la Police* de Lamare, t. 1, p. 458, que ce n'est pas contre le joueur que cette répétition est accordée ; mais c'est contre celui qui a prêté sa maison pour jouer. La loi prononce cette peine contre lui, pour le punir d'avoir donné lieu à la perte du jeu en prêtant sa maison.

On peut voir dans le même *Traité de Police* les arrêts et règlements de police contre ceux qui donnent à jouer, surtout aux jeux de pharaon, de bassette, de lansquenet et autres.

CHAPITRE III.

Si le jeu produit quelque obligation ; et si l'on est obligé de restituer ce qu'on a gagné au jeu, à ceux qui ont perdu.

49. Les anciennes ordonnances de nos rois ayant défendu tous les jeux, à l'exception de ceux qui sont propres à exercer au fait des armes, et n'ayant fait aucune distinction à l'égard de tous les autres jeux, entre ceux qui sont jeux d'adresse, et ceux qui sont jeux de hasard, ni entre le gros jeu et le petit jeu ; c'était une conséquence que les jeux, quels qu'ils fussent, à l'exception de jeux propres à exercer au fait des armes, ne pussent produire d'obligation civile, et que les joueurs ne dussent pas être reçus à poursuivre en justice le paiement de ce qu'ils auraient gagné au jeu.

50. Quoique par la suite la défense des jeux ait été bornée aux jeux de hasard, néanmoins la jurisprudence s'est conservée de dénier l'action pour le jeu, à l'égard de quelque jeu que ce fût.

La raison est que, quoique la défense des jeux ne subsiste aujourd'hui qu'à l'égard des jeux de hasard, les autres jeux sont plutôt tolérés qu'autorisés ; ou s'ils sont permis, ils ne le sont que comme simples récréations, et ne sont point considérés comme actes de commerce, destinés à produire des droits et des obligations. C'est pourquoi les joueurs peuvent bien recevoir honnêtement et licitement les sommes modiques qu'ils ont gagnées en jouant à un petit jeu ; mais quelque permis que soient ces petits jeux, ils ne le sont pas jusqu'au point de donner aux joueurs une action pour poursuivre en justice le paiement des sommes qu'ils y ont gagnées (¹).

51. A l'égard des jeux propres à exercer au fait des armes, ces jeux étant expressément autorisés par les lois, on doit donner une action aux joueurs pour le paiement de ce qu'ils ont gagné à ces jeux.

Par exemple, si plusieurs personnes ont joué ensemble un écu au profit de celle d'entre elles qui tirerait le plus juste son coup de fusil dans un blanc, ce jeu étant un jeu propre à exercer pour le fait des armes, et expressément autorisé, je pense que le gagnant doit avoir une action pour contraindre au paiement de l'écu les refusants (²).

(¹) *V. art. 1965, C. civ.*

Art. 1965 : « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. »

(²) *V. art. 1966, C. civ.*

Art. 1966 : « Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses

« de chariots, le jeu de paume et au-

« tres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition

« précédente. — Néanmoins le tribunal peut rejeter la demande quand la somme lui paraît excessive. »

V. aussi art. 1967, p. 376, note 1.

Mais si l'on avait joué, même aux jeux de cette espèce, des sommes excessives, je crois que l'action devrait être déniée au gagnant : car la fin de ces jeux n'est plus alors celle de faire connaître son habileté dans un exercice utile, mais celle de s'enrichir en dépouillant ceux contre qui on joue, qui est une fin déshonnête. C'est pourquoi Justinien, comme nous avons vu ci-dessus, fixe la somme qu'on pouvait jouer licitement à ces jeux d'exercice. Cette somme n'étant pas fixée parmi nous, elle doit être laissée à l'arbitrage du juge.

52. La plus grande difficulté sur l'obligation du jeu, concerne le for de la conscience. C'est une question controversée, si, dans ce for, celui qui a perdu sur sa parole une somme considérable à des jeux défendus, est obligé de la payer, ou si au contraire celui qui l'a gagnée n'est pas obligé de la restituer au perdant qui la lui aurait payée.

On peut examiner cette question dans deux cas différents :—1^o Dans le cas auquel la loi civile condamne le jeu sans donner d'action aux perdants pour la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu ; — 2^o Dans le cas auquel la loi civile donnerait aux perdants cette répétition.

§ I. *Examen de la question dans le cas auquel la loi civile condamne le jeu, sans néanmoins accorder aux perdants la répétition des sommes perdues au jeu.*

53. C'est le cas dans lequel nous nous trouvons dans les provinces du royaume qui ne sont pas régies par le droit écrit : les lois romaines qui donnent aux joueurs la répétition de ce qu'ils ont perdu au jeu, étant des lois positives, n'y ont pas force de loi. Nous n'avons dans ces provinces, de lois civiles sur le jeu, que les ordonnances de nos rois, les arrêts et règlements de police faits en exécution. Or toutes ces lois se bornent à condamner les jeux, à prononcer de grosses amendes contre ceux qui donnent à jouer, et à dénier l'action pour ce qui a été gagné ; mais il n'y a aucune de ces lois qui donne aux perdants, lorsqu'ils sont majeurs, la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu. L'ordonnance de Charles IX, que nous avons rapportée au chapitre précédent, en accordant cette répétition aux mineurs, suppose clairement que les majeurs qui ont perdu au jeu des sommes considérables, n'en ont pas la répétition, lorsqu'ils les ont payées ; *nam qui dicit de uno, negat de altero* ; et ce qui y est dit, *sans approuver les jeux entre majeurs*, est une improbation du jeu qui peut bien faire dénier aux gagnants l'action, mais qui n'est pas suffisante pour faire donner une action aux perdants, pour la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu, lorsqu'ils les ont payées.

54. Quoique les gagnants ne soient obligés par aucune loi civile à la restitution des sommes qu'ils ont gagnées au jeu, ne sont-ils pas obligés à cette restitution dans le for de la conscience ; ou au contraire les perdants ne sont-ils pas obligés dans ce for à payer les sommes qu'ils ont perdues, quoique la loi civile ne donne pas d'action pour les y contraindre ?

C'est ce qu'il s'agit ici d'examiner.

La question est très controversée. Ceux qui soutiennent que le joueur qui a gagné au jeu, est obligé dans le for de la conscience de restituer ce qu'il a gagné à celui à qui il l'a gagné, se fondent sur ce raisonnement : on ne peut pas retenir justement ce qu'on a acquis sans cause, ou pour une cause injuste. Or une somme considérable qu'un joueur a gagnée à un jeu de hasard condamné par les lois, est acquise par une cause injuste : donc il ne peut pas la retenir en conscience, et il doit la restituer.

Ceux qui tiennent l'opinion contraire répondent qu'il faut distinguer entre une cause qui est mauvaise et injuste en elle-même et intrinsèquement, et celle qui ne contient en soi et intrinsèquement aucune injustice, et qui n'est mauvaise que par quelque vice qui lui est extrinsèque. Lorsque la cause est mauvaise en soi, c'est le cas de l'obligation de restituer.

Par exemple, lorsque j'ai reçu de vous un gros intérêt usuraire en exécution d'un contrat usuraire, je suis obligé à restitution, parce que le contrat usuraire qui est la cause de mon acquisition, est mauvais en soi, et renferme intrinsèquement une injustice.

Il en est autrement lorsque la cause de l'acquisition ne renferme en soi aucune injustice, et n'a qu'un vice qui lui est intrinsèque.

Par exemple, lorsque j'ai fait un bail à loyer d'un appartement dans ma maison à un abbé, qui est collateur d'un grand nombre de bénéfices, dans la vue de faire connaissance avec lui et d'en obtenir un; quoique cette fin soit déshonnête et simoniaque, et quoique ce soit cette fin seule qui m'ait porté à faire un bail de cet appartement, que j'aurais sans cela occupé par moi-même avec le reste de la maison, cette fin qui m'a porté à faire le contrat du bail à loyer, étant quelque chose d'extrinsèque à ce contrat, lequel en soi est équitable et ne renferme aucune injustice, ce contrat ne laissera pas d'être un titre et une cause légitime de l'acquisition des sommes d'argent qui me seront payées pour les loyers de mon appartement en exécution de ce contrat.

Pareillement, lorsque j'ai acheté de quelqu'un une chose pour une rente viagère qui a été éteinte par sa mort qui est survenue peu après; quoique je n'aie eu d'autre vue, en faisant ce contrat, que le désir de m'enrichir à ses dépens par sa mort prochaine, dont je me flattais, et que je désirais ardemment, néanmoins si la rente viagère pour laquelle j'ai acheté cet héritage, était, eu égard à son âge, et à la santé dont il jouissait lors du contrat, le juste prix de son héritage; ce contrat, quelque déshonnête qu'en ait été la fin, n'étant pas mauvais en soi et ne renfermant aucune injustice, est un titre et une cause très légitime de l'acquisition que j'ai faite de l'héritage.

Pareillement, lorsqu'un marchand vend un jour de dimanche, pendant la grand'messe, une marchandise de sa boutique à quelqu'un; quoique cette vente ait un vice, par la contravention qu'elle renferme aux lois de police qui défendent aux marchands de vendre dans leurs boutiques pendant l'office divin; néanmoins cette contravention étant quelque chose d'extrinsèque au contrat de vente, si le contrat de vente ne contient en soi aucune injustice, et que la marchandise n'ait pas été vendue au delà du juste prix, le contrat de vente, quoique fait en contravention des lois de police, ne laissera pas d'être un juste titre et une juste cause de l'acquisition que ce marchand a faite de la somme qui lui a été payée pour le prix de cette vente.

55. Pour faire au jeu l'application de cette distinction, il faut voir en quel sens on peut dire que le contrat du jeu est mauvais et illicite. Est-il mauvais en lui-même? Renferme-t-il en lui-même quelque injustice?

Nous avons établi au premier chapitre, que le contrat du jeu en soi ne renferme aucune injustice, pourvu que les joueurs aient joué des choses dont ils avaient le droit de disposer, qu'ils aient joué librement, qu'il y ait eu égalité dans les conditions du contrat, et fidélité dans l'exécution.

Il n'y a de mauvais dans le contrat du jeu, que la fin qui porte les joueurs à jouer, qui est toujours un désir déréglé du gain, lorsqu'ils jouent gros jeu, et la contravention aux lois civiles, qui défendent les jeux de hasard. Cette fin déshonnête, cette contravention à la loi civile étant des choses extrinsèques au contrat du jeu, n'empêchent pas que ce contrat, lorsqu'il ne contient en soi aucune injustice vis-à-vis de la personne contre qui j'ai joué, ne puisse être une juste cause d'acquisition des sommes que j'ai gagnées au jeu; de même que la vente faite par un marchand dans sa boutique pendant l'office divin, est une juste cause de l'acquisition que ce marchand a faite de la somme d'argent qui lui a été donnée pour le prix de cette vente, quoique cette vente soit mauvaise par rapport à la circonstance du temps dans lequel elle a été faite; parce que le vice est extrinsèque, et qu'il suffit que le contrat en soi

ne contienne aucune injustice vis-à-vis de la personne à qui ce marchand a vendu sa marchandise.

Lorsque la loi civile, pour de bonnes raisons, défend un contrat qui ne contient en soi aucune injustice, l'effet de la loi est de rendre ceux qui contreviennent à la loi, sujets à des peines, comme à des amendes, à des confiscations. L'effet de la loi est de dénier toute action pour l'exécution du contrat qu'elle défend. Ce n'est qu'en ce sens qu'on dit : *Nullum pactum, nullum conventum, lege contrahere prohibente.* C'est-à-dire que la loi le prive d'exécution dans le for extérieur; mais le contrat, quoique fait en contravention de la loi, ne laisse pas d'exister; et lorsqu'il ne renferme en soi aucune injustice de l'une des parties envers l'autre, il oblige dans le for de la conscience.

Suivant ces principes, l'effet de nos lois civiles, qui condamnent les jeux de hasard, est de rendre les joueurs sujets aux amendes qu'elles prononcent, leur effet est de dénier toute action aux promesses qui ont le jeu pour cause. Mais le contrat du jeu, quoique intervenu contre la défense de la loi civile, étant un contrat qui ne renferme aucune injustice en soi, ne doit pas moins obliger celui qui a perdu, à exécuter son engagement, et à payer la somme qu'il a jouée; et ce contrat est une juste cause de l'acquisition que le gagnant fait de cette somme.

En effet, c'est une chose qui résiste évidemment à la bonne foi, qu'après vous avoir fait courir le risque de me donner la somme que nous avons jouée ensemble, que je comptais bien recevoir de vous, si le sort m'eût été favorable, je refuse de vous la donner, lorsque vous l'avez gagnée (¹).

56. Ceux qui soutiennent l'obligation de restituer ce qui a été gagné au jeu, insistent et disent que le jeu de hasard est mauvais, non-seulement par la contravention à la loi civile, et par rapport à la fin qui porte au jeu les joueurs, mais qu'il est mauvais en soi, — 1^o en ce qu'il contient une profanation du sort qu'ils regardent comme quelque chose de religieux; — 2^o en ce qu'il est en soi contraire à l'équité naturelle.

Nous ne nous arrêterons pas à la première espèce de vice qu'on reproche au jeu; nous avons suffisamment établi au chapitre premier, art. 1, que c'était sans aucun fondement qu'on attribuait au sort quelque chose de religieux, et qu'on prétendait que les jeux de hasard en fussent une profanation. Nous examinerons seulement si on est fondé à prétendre que le gros jeu est en soi, et par la nature même du jeu, contraire à l'équité naturelle. Pour le prouver, voici le raisonnement que font ceux qui soutiennent l'obligation de restituer le gain du jeu. L'équité naturelle ne permet pas, disent-ils, de s'enrichir aux dépens d'autrui : *Neminem æquum est cum damno alterius locupletari;* L. 206, ss. de *Reg. jur.* Or le gain du jeu, par la nature même du jeu, se fait aux dépens de celui contre qui on joue, et souvent par la ruine entière de celui contre qui on joue. Le gain qu'on fait au jeu est donc, par la nature du jeu, un gain contraire à l'équité; et il ne peut, par conséquent, être licitement retenu.

La réponse est facile. La loi de l'équité naturelle qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui, n'a d'application qu'au cas auquel je m'enrichirais aux dépens de quelqu'un, sans lui avoir payé, en aucune manière que ce soit, le prix de la chose dont je m'enrichis à ses dépens.

Par exemple, lorsque quelqu'un a ensemencé mon champ par erreur, croyant ensemencer le sien, quoique la récolte qui est née de la semence qu'il a jetée dans mon champ, m'appartienne, étant une accession de mon champ, je pécherais contre l'équité, si je ne lui remboursais le prix de cette semence, parce que j'en profiterais et je m'en enrichirais à ses dépens (²).

(¹) Mais la loi refuse l'action et la ré-pétition, parce qu'il y a immoralité des deux côtés, et que *in pari turpitudinis* | *causâ melior est causa possidentis.*

(²) V. art. 548, C. civ. Art. 548 : « Les fruits produits par

Mais cette règle qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, n'a pas d'application et ne peut pas être opposée dans le cas auquel celui qui s'enrichit aux dépens d'un autre, lui a payé en quelque manière le prix de la chose dont il s'est enrichi à ses dépens.

Par exemple, si quelqu'un m'a vendu pour une grosse rente viagère un héritage, et que peu de jours après il ait perdu la vie par un accident imprévu, je puis très licitement et très équitablement retenir cet héritage qu'il m'a vendu à rente viagère, sans qu'on puisse m'opposer que l'équité ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui; car je lui ai payé le prix de cet héritage par le risque que j'ai couru de lui payer le double et le triple de sa valeur, si la personne eût vécu longtemps, et quoique alors ce que je lui ai donné en paiement ne fût pas de l'argent, ni aucune autre chose physique, le paiement n'en est pas moins véritable; ce risque que j'ai couru, et par lequel je l'ai payé, étant un être moral et appréciable, qui peut aussi bien servir de prix de son héritage, que de l'argent ou toute autre chose.

Il en est de même du jeu. Lorsque je vous ai gagné une grosse somme au jeu, la règle d'équité qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, ne peut pas plus m'être opposée que dans l'espèce précédente: car je vous ai pareillement payé le prix de ce que je vous ai gagné, par le risque que j'ai couru de vous en donner autant, si le sort vous eût été favorable. Si je ne vous ai pas payé par quelque chose de physique, je vous ai payé par le risque que j'ai couru, qui est un être moral, et qui étant parfaitement égal à celui que vous avez couru, ne laisse aucune injustice dans le contrat.

57. On insiste encore, et on dit: N'est pas une chose contraire à la raison, que la chute des dés sous une certaine face, ou un partage de cartes, fasse qu'une somme d'argent doive appartenir à Pierre plutôt qu'à Jean? C'est néanmoins ce qui arrive dans le jeu. Le jeu est donc en soi contraire à la raison, et par conséquent au droit naturel.

On répond que la chute des dés sous une certaine face, n'est pas dans le jeu la cause qui fait passer au gagnant la somme que le perdant a jouée contre lui; elle est seulement la condition sous laquelle le perdant est convenu de donner cette somme au gagnant: c'est cette convention qui est la cause de l'acquisition que le gagnant fait de cette somme. Or cette convention n'a rien de contraire au droit naturel. Le perdant étant un majeur qui avait le droit de disposer à son gré de ce qui était à lui, au profit de qui bon lui semblait, même sans condition, avait aussi le droit d'en disposer sous telle condition que bon lui semblerait, pourvu qu'elle ne fût ni impossible, ni contraire aux bonnes mœurs. Il nous est permis de faire dépendre la disposition que nous faisons de nos biens, et nos conventions, de conditions fortuites et qui dépendent du pur hasard, comme on le peut voir *passim* aux titres du Digeste et des Institutes, de *Verb. oblig.*

58. Après avoir rapporté ce qu'on dit de part et d'autre pour ou contre l'obligation de restituer ce qui a été gagné au jeu, s'il n'est permis de dire mon avis, j'incline à penser que ceux qui ont perdu, en jouant sur leur parole, à des jeux défendus, des sommes considérables, sont obligés, dans le for de la conscience, de les payer (¹); et que celui qui les a gagnées, n'est pas obligé de les restituer, pourvu que les quatre conditions que nous avons rapportées au chapitre premier, qui sont requises pour que le jeu ne renferme en soi aucune injustice, se trouvent avoir concouru. Néanmoins si un joueur s'était enrichi

« la chose n'appartiennent au propriétai-
« taire qu'à la charge de rembourser
« les frais des labours, travaux et se-
« mences faits par des tiers. »

(¹) Il est fâcheux de voir Pothier

faire tant d'efforts, employer tant de raisonnement pour établir une obligation de conscience de payer, là où les deux parties mériteraient plutôt d'être punies.

à jouer des jeux défendus (ce qui n'arrive guère, étant ordinaire que les joueurs de profession se ruinent plutôt qu'ils ne s'enrichissent), comme, en jouant à ces jeux défendus, il a grièvement offensé Dieu, je pense que la satisfaction qu'il doit à la justice divine pour son péché, et le regret qu'il doit avoir de l'avoir commis, doivent le porter à ne pas vouloir profiter du gain qu'il a fait en péchant, et qu'il doit s'en dépouiller, soit en le rendant à ceux qui ont perdu, soit en l'appliquant à des œuvres pieuses. Cette obligation est de l'espèce de celles que nous avons appelées en notre *Traité des Obligations*, n° 1, *obligations imparfaites*, dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu, et qui ne donnent à personne aucun droit contre nous. C'est pourquoi ceux qui, en jouant volontairement et de leur plein gré, ont perdu de bonne grâce les sommes dont ce joueur s'est enrichi au jeu, n'ont aucun droit de les lui redemander. Néanmoins je pense que s'il a connaissance des personnes qui ont souffert une diminution considérable dans leur fortune par les pertes qu'ils ont faites en jouant contre lui, il ne peut faire un meilleur emploi du bien qu'il a gagné au jeu, et dont il veut se dépouiller, qu'en l'employant à rendre à ces personnes les sommes qu'il leur a gagnées ; et qu'il ne doit appliquer en œuvres pieuses le gain qu'il a fait au jeu, que subsidiairement, et lorsqu'il ne connaît pas ceux qui se sont notablement incommodés en jouant contre lui⁽¹⁾.

§ II. *Examen de la question dans les pays où il y aurait une loi en vigueur, qui donnerait aux perdants une action pour la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu, contre les gagnants qui les ont reçues.*

59. Dans les provinces où il y aurait une pareille loi en vigueur, le contrat du jeu ne pourrait pas obliger, même dans le for de la conscience, les perdants à payer les sommes qu'ils ont perdues au jeu : car il répugne qu'ils puissent être obligés à payer ce que les gagnants seraient obligés de leur restituer, s'ils l'avaient payé. Or il n'est pas douteux qu'en supposant qu'il y ait dans un pays une loi qui ordonne la restitution de ce qui a été gagné au jeu, les joueurs ne soient obligés à cette restitution dans le for de la conscience, aussi bien que dans le for extérieur ; car les lois civiles obligent dans l'un et dans l'autre for ceux qui y sont sujets⁽²⁾. Les perdants ne peuvent donc pas être obligés, même dans le for de la conscience, à leur payer les sommes qu'ils ont perdues.

Néanmoins Barbeyrac, dans son *Traité du Jeu*, liv. 3, chap. 9, n° 15, prétend que, même dans les pays où il y aurait une loi qui donnerait une action pour la répétition de ce qui a été perdu au jeu, le perdant ne pourrait pas en conscience avoir recours à cette loi pour se dispenser de payer ce qu'il aurait perdu au jeu, ni encore moins pour le répéter ; parce que ce serait une chose contraire à la bonne foi, « qu'après avoir joué avec vous contre la défense de la loi, dans la confiance que vous ne vous prévaudriez pas contre moi de cette loi si vous perdiez, je voulusse m'en prévaloir contre vous, lorsque c'est moi qui perds, et que je refusasse de vous payer cette somme qui est le prix du risque que je vous ai fait courir de m'en payer autant si j'eusse gagné. »

Mais comment peut-il se faire que je sois obligé, dans le for de la conscience, à vous rendre cette somme, pendant qu'on suppose qu'il y a une loi en vigueur qui vous oblige, dans l'un et dans l'autre for, à me la rendre, si je

(1) Les joueurs connaissent-ils ces sentiments ? *Ils n'ont d'humain que l'apparence.*

(2) Oui, on ne peut trop le répéter : **LES LOIS CIVILES OBLIGENT DANS L'UN ET L'AUTRE FOR CEUX QUI Y SONT SUJETS** ; et Pothier, nous le disons à regret, énerve trop souvent cette règle

fondamentale, par sa distinction du for intérieur et du for extérieur. Les lois civiles ont des ennemis assez nombreux, assez dangereux, assez redoutables ; il n'est pas bon qu'un jurisconsulte aussi éminent que Pothier ébranle, quoique indirectement, l'autorité de ces lois.

vous l'avais payée ? Barbeyrac répond à cela que la loi de Justinien, en ordonnant la restitution de ce qui a été gagné au jeu, ne fait pas ce commandement aux joueurs, mais qu'elle commande aux juges de condamner les gagnants à cette restitution, lorsqu'elle sera demandée, non comme ayant reçu la somme indûment, mais par forme de peine de leur contravention à la loi : d'où Barbeyrac conclut que les joueurs ne sont pas obligés, même par cette loi, dans le for de la conscience, à la restitution de ce qu'ils ont gagné au jeu, si ce n'est lorsqu'ils y ont été condamnés.

Ce qu'il ajoute Barbeyrac au n° 16, est encore plus singulier. Après avoir dit au n° 15, que le joueur qui aurait perdu, ne pourrait pas, dans le for de la conscience, se servir de la loi de Justinien, quand même on la supposerait en vigueur, pour se dispenser de payer ce qu'il aurait perdu au jeu, ni pour le répéter, il dit au n° 16 « que l'héritier du joueur qui a perdu, pourrait, dans le for de la conscience, profiter de la loi de Justinien, dans le pays où elle serait en vigueur, pour répéter dans les cinquante ans, les sommes perdues au jeu par le défunt, contre celui qui les lui a gagnées ; parce que n'ayant pas lui-même contracté l'engagement de payer la somme perdue au jeu par le défunt, il n'offense pas la bonne foi en profitant de la loi qui lui en accorde la restitution ». Cela me paraît absurde : car, si, comme le prétend Barbeyrac, le joueur qui a perdu, nonobstant la loi qui lui accorde la répétition de la somme qu'il a perdue, devait véritablement, dans le for de la conscience, la somme qu'il a perdue, s'il l'a payée duement, il n'avait pas le droit de la répéter. Mais s'il ne l'avait pas, son héritier ne peut pas l'avoir : car, s'il ne l'avait pas, son héritier n'a pas pu le trouver dans sa succession ; il n'a pas pu transmettre à son héritier un droit qu'il n'avait pas lui-même.

Ce que dit Barbeyrac, « que la loi de Justinien commande seulement au juge de contraindre le joueur à la restitution de ce qu'il a gagné au jeu, lorsque la restitution en est demandée ; mais qu'elle ne commande pas au joueur de faire cette restitution, et qu'elle ne lui en impose point l'obligation, s'il n'y est condamné », n'est pas plus soutenable : car l'action que cette loi donne au perdant contre le gagnant, pour la restitution de la somme perdue au jeu, suppose nécessairement une obligation imposée par cette loi au gagnant de restituer cette somme.

Une action personnelle, telle qu'est cette action, ne peut naître que d'une obligation contractée envers celui qui l'intente, par celui contre qui elle est intentée. C'est ce qui résulte de la définition qu'on donne de l'action : *Actio est ius persequendi in judicio quod sibi debetur*. L'action que la loi de Justinien donne au perdant pour la restitution de la somme perdue au jeu, suppose donc une obligation imposée par cette loi au gagnant de restituer cette somme. Le gagnant serait donc, dans les pays où la loi serait en vigueur, obligé dans l'un et l'autre for à la restitution des sommes qu'il a gagnées au jeu ; et par conséquent celui qui les a perdues, ne pourrait, dans ces pays, être obligé dans le for de la conscience de les payer.

Cette vérité est reconnue par La Placette, dans son *Traité des Jeux de hasard*, dans lequel il établit qu'on n'est pas obligé à restituer le gain du jeu : il reconnaît que son principe reçoit exception dans les lieux où il y a une loi civile en vigueur qui l'ordonne.

60. Dans nos provinces qui se régissent par le droit romain, la loi de Justinien contre les jeux est-elle en vigueur ?

C'est une question de fait dont la décision doit être laissée aux juges et aux avocats de ces provinces, qui sont en état de certifier l'usage qui s'y observe à cet égard. Quoique les peuples de ces provinces aient adopté le corps des lois romaines, il y a néanmoins plusieurs de ces lois qui ont été abrogées par l'usage.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DU JEU.

CONTRATS ACCESSOIRES.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE NANTISSEMENT⁽¹⁾.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Après avoir traité des différentes espèces de contrat, qui se font principalement et pour eux-mêmes, tant des *contrats intéressés de part et d'autre*, soit *commutatifs*, soit *aléatoires*, que des *contrats de bienfaisance*, l'ordre est de venir aux *contrats accessoires* qui ne se contractent pas principalement et pour eux-mêmes, mais qui accèdent à un autre contrat ou à une autre obligation. Ces contrats sont *le cautionnement*, et le *contrat de nantissement*.

Nous avons traité assez au long du *cautionnement* dans notre *Traité des Obligations*, part. 2, chap. 6, pour qu'il ne soit pas nécessaire d'en faire un traité particulier. Nous traiterons donc seulement du *contrat de nantissement*.

1. On peut définir le *contrat de nantissement*, un contrat par lequel un débiteur, ou un autre pour lui, donne au créancier une chose pour la détenir par devers lui pour la sûreté de sa créance ; et le créancier s'oblige de la lui rendre après que sa créance aura été acquittée⁽²⁾.

2. La chose qui est donnée par ce contrat au créancier, s'appelle *nantissement* ; elle s'appelle aussi *gage*, et en latin *pignus*⁽³⁾.

Le *nantissement* diffère de l'*hypothèque*, en ce que le nantissement se fait par la tradition de la chose qui est remise entre les mains du créancier ; au

(1) Cette matière se retrouve presque littéralement au chapitre 4 du *Traité de l'Hypothèque* : *V. tom. 9, pag. 481.*

(2) *V. art. 2071, C. civ.*

Art. 2071 : « Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur re-

« met une chose à son créancier pour la sûreté de la dette. »

(3) V. art. 2072, C. civ.

Art. 2072 : « Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage—Ce qui est d'une chose immobilière s'appelle antichrèse. »

lieu que l'hypothèque est un droit que le créancier acquiert dans les biens de son débiteur, qui en sont susceptibles, sans que son débiteur lui en fasse aucune tradition.

3. La seule convention n'est pas néanmoins suffisante dans notre droit français pour établir l'hypothèque; elle ne peut naître que d'un acte devant notaires, par lequel le débiteur se soit obligé, ou d'un jugement de condamnation rendu contre lui⁽¹⁾.

A l'égard du contrat de nantissement, nous verrons dans un premier chapitre ce qui est l'essence de ce contrat, à quelles classes de contrats il appartient, et quelles sont les clauses que les lois réprouvent dans ce contrat.

Nous traiterons dans un second chapitre du droit qu'acquiert le créancier dans la chose qui lui a été donnée en nantissement; des obligations qu'il contracte, et de l'action *pignoratitia directa*, qui en naît.

Nous parlerons dans le troisième, des obligations que contracte celui qui a donné la chose en nantissement, et de l'action *pignoratitia contraria*, qui en naît.

CHAPITRE PREMIER.

De ce qui est de l'essence du contrat de nantissement; à quelles classes de contrats il appartient, et des clauses que les lois réprouvent dans ce contrat.

ART. I^e. — *De ce qui est de l'essence du contrat de nantissement.*

4. Il est de l'essence du contrat de nantissement, — 1^o qu'il y ait une chose qui en soit l'objet; — 2^o qu'il intervienne une tradition réelle de cette chose, si elle n'est déjà par devers le créancier à qui elle est donnée en nantissement; — 3^o qu'elle lui soit donnée afin qu'il la détienne pour sûreté de sa créance.

§ I. *Des choses qui peuvent être l'objet du contrat de nantissement.*

5. Ce sont les meubles corporels qui sont ordinairement l'objet du contrat de nantissement. C'est pourquoi Gaius dit: *Pignus appellatum à pugno, quia res quae pignori dantur, manu traduntur, unde etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus propriè rei mobilis constitui*; L. 238, § 2, ff. de *V. S.* Néanmoins les héritages peuvent être aussi l'objet de ce contrat; L. 34; L. 39, ff. de *Pig. act.*, L. 2; L. 3, *Cod. eod. tit.*; L. 50, § 1, ff. de *Jur. dot.*, et *passim*. C'est ce qui arrive lorsqu'on met un créancier en possession d'un héritage, pour qu'il en perçoive les fruits en déduction de ses créances jusqu'au parfait paiement, dont il doit rendre compte à celui qui le lui a

(1) L'hypothèque ne peut s'établir que sur des immeubles? *V. art. 2116, 2117 et 2118, C. civ.*

Art. 2116: « (L'hypothèque) est légale; judiciaire ou conventionnelle. »

Art. 2117: « L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi.—L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires.—L'hypothèque convention-

« nelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats. »

Art. 2118: « Sont seuls susceptibles d'hypothèques, — 1^o Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles; — 2^o L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée. »

donné en nantissement. Ce nantissement procure au créancier la facilité de se payer par ses mains sans frais, sans être obligé d'en venir à des saisies de l'héritage ou des fruits, qui sont des voies très coûteuses (¹).

6. On peut donner en nantissement de l'argent comptant : on trouve un exemple de cette espèce de nantissement dans des statuts de bibliothèques publiques, qui permettent aux bibliothécaires de prêter des livres à des étudiants, à la charge qu'ils remettent au bibliothécaire une somme de deniers du double de la valeur des livres en nantissement, et pour sûreté de la restitution des livres prêtés.

A l'égard des choses incorporelles, telles que sont des dettes actives, elles ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement, puisqu'elles ne sont pas susceptibles d'une tradition réelle qui est de l'essence de ce contrat (²) : *In-*

(¹) *V. art. 2085, C. civ.*

Art. 2085 : « L'antichrèse ne s'établit que par écrit. — Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance. »

(²) Cela est conforme aux principes du droit romain. Le contrat de nantissement est de la classe des contrats réels, qui se forment par la tradition réelle de la chose qui en fait l'objet. Il est de la substance de ce contrat, que la chose donnée en nantissement soit remise entre les mains du créancier à qui elle est donnée en nantissement. C'est ce qui a fait donner le nom de *pignus* aux choses données en nantissement : *Pignus appellatum à pugno, quia res quae pignori dantur, manu traduntur*; L. 238, § 2, ff. de *Verb. sign.* Les choses incorporelles, telles que sont les dettes actives, n'étant pas susceptibles de la tradition réelle, *Incorporales res traditionem et usuacionem non recipere manifestum est*; (L. 43, § 1, ff. de *Acq. rer. dom.*), c'est une conséquence qu'elles ne peuvent être susceptibles du contrat de nantissement.

En vain, pour soutenir que les choses incorporelles, telles que sont les dettes actives, sont susceptibles du contrat de nantissement, opposerait-on la loi 9, § 1, ff. de *Pign. et hypoth. Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.* Car, quoique ces termes, *pignus*, *pignoratio*, se disent *propriè et strictè* de l'espèce de gage qui se contracte

par le contrat de nantissement, ils se prennent aussi communément, *lato sensu*, pour des termes généraux qui comprennent l'une et l'autre espèce de gage, tant celle qui se contracte, *jure civili*, par le contrat de nantissement, que celle qui se contracte *jure prætorio*, par la simple convention, sans tradition. C'est en ce sens qu'est pris ce terme *pignus* par Ulprien, lorsqu'il dit : *Pignus contrahitur non solù traditione, sed etiam nudā conventione, etsi traditum non est*; L. 1, ff. de *Pign. act.* C'est aussi en ce sens général que le terme *pignorationem* est pris dans la loi opposée. On ne doit donc pas conclure de cette loi que les choses incorporelles, telles que sont les dettes actives, *quaē emptionem venditionemque recipiunt*, fussent susceptibles du contrat de nantissement ; on doit inférer seulement qu'elles étaient, par le droit romain, susceptibles de l'espèce de gage qui se formait, *jure prætorio*, par une simple convention.

Néanmoins j'ai appris, depuis l'impression de mon *Traité*, qu'on avait introduit dans notre jurisprudence française une espèce de nantissement de dettes actives, qui se fait de cette manière : « Le propriétaire des dettes actives qu'on veut donner en nantissement, en fait, par acte devant notaires, transport à titre de nantissement, au créancier à qui on les veut donner en nantissement, et lui remet en mains les titres desdites dettes actives, qui consistent en billets ou brevets d'obligation. Ce transport est ensuite signifié aux débiteurs desdites dettes actives. » Cette espèce de nantissement de dettes actives a été autorisée par un arrêt de

corporales res traditionem non recipere manifestum est⁽¹⁾ ; L. 43, § 1, ff. de Acq. rer. dom.

Il est évident que les choses qui sont hors de commerce ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement, comme elles ne le sont pas des autres contrats.

7. Mais il n'est pas nécessaire, pour la validité du contrat de nantissement, que la chose appartienne au débiteur qui l'a donnée en nantissement, ni même que le propriétaire de cette chose ait consenti au contrat.

Il est bien vrai que cette chose ne peut pas, sans le consentement du propriétaire à qui elle appartient, être obligée au créancier à qui elle est donnée en nantissement; et que le propriétaire peut la réclamer entre les mains du créancier à qui elle a été donnée en nantissement, et le faire condamner à la lui rendre⁽²⁾, quoiqu'il n'ait pas été payé de sa dette. Mais quoique la chose, en ce cas, ne soit pas obligée au créancier par le contrat de nantissement, quoiqu'il n'acquière pas dans cette chose *jus pignoris*, celui qui la lui a donnée en nantissement, n'ayant pu lui donner un droit dans une chose dans laquelle il n'en avait lui-même aucun, le contrat de nantissement ne laisse pas d'être valable comme contrat de nantissement, et de produire entre les parties contractantes les obligations réciproques qui naissent des contrats de nantissement.

C'est pourquoi Ulpie dit : *Is quoque qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pignoratia experiri*; L. 9, § 4, ff. de *Pign. act.* Et ailleurs : *Si prædo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pignoratia actio*; L. 22, § 2, ff. *Eod. Tit.*

la Cour des Aides, du 18 mars 1769, au profit du marquis de Girardin, contre les directeurs des créanciers du sieur Roussel, fermier général. Ledit sieur Roussel, débiteur envers le marquis de Girardin d'une somme de quatre cent mille livres, lui avait donné en nantissement, dans la forme telle que nous venons de l'exposer, une créance de trois cent dix mille livres qu'il avait sur les fermes générales, pour avances par lui faites, contenue en quatre récépissés du receveur des fermes. La Cour a jugé valable ce nantissement, et a accordé au marquis de Girardin le même privilége sur cette créance de trois cent dix mille livres dont on l'avait nanti, que celui que des créanciers à qui on aurait donné en nantissement une chose corporelle, auraient sur cette chose.

C'est à M. Collet, avocat au Parlement, que je suis redevable de cette observation. Il a eu la bonté de me faire part de l'arrêt rendu au profit du marquis de Girardin, dont il avait été le défenseur. Je n'ai pu, faute de savoir son adresse, lui en faire par lettre mes remerciements; je les lui fais ici publiquement. (*Note de l'édition de 1766.*)

(1) V. art. 2073 à 2075, C.civ., qui concrètent le nantissement des créances.

Art. 2073 : « Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilége et préférence aux autres créanciers. »

Art. 2074 : « Ce privilége n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. — La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante fr. »

Art. 2075 : « Le privilége énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. »

(2) Pourquoi le créancier, s'il était de bonne foi, ne se prévaudrait-il pas de la règle « en fait de meubles, possession vaut titre »? (V. p. 400, note 3.)

§ II. *De la tradition.*

8. Il est de l'essence du contrat de nantissement que le créancier soit mis en possession réelle de la chose qui lui est donnée en nantissement (1).

C'est pourquoi il est de l'essence de ce contrat qu'il intervienne une tradition réelle de cette chose ; à moins qu'elle ne se trouvât déjà par devers le créancier à un autre titre, *puta*, de prêt ou de dépôt : en ce cas, étant impossible de faire à quelqu'un la tradition réelle d'une chose qu'il a déjà par devers lui, le contrat de nantissement se fait en convenant que la chose que le créancier a déjà par devers lui à titre de prêt ou de dépôt, lui demeure dorénavant à titre de nantissement. Cette convention renferme, selon les docteurs, une espèce de tradition qu'ils appellent *brevis manus*, par laquelle on feint que le créancier a rendu la chose qu'il tenait à titre de prêt ou de dépôt, et qu'il l'a incontinent reçue de nouveau à titre de nantissement.

Hors ce cas, le contrat de nantissement ne peut se faire absolument sans une tradition réelle de la chose qui est donnée en nantissement.

9. Il est vrai que je puis convenir avec mon créancier que je lui donnerai des gages, et que cette convention est valable et obligatoire par le seul consentement : mais cette convention n'est pas le contrat de nantissement ; elle le précède, et en est différente, comme la promesse de vendre est différente du contrat de vente ; *Traité du Contrat de vente*, part. 5.

§ III. Il faut que la fin pour laquelle la chose est donnée, soit pour que celui à qui elle est donnée, la détienne pour sûreté de sa créance.

10. Cette fin est de l'essence du contrat de nantissement ; c'est elle qui le caractérise, et le différencie des autres contrats réels.

Dans le contrat de prêt, la chose est donnée pour que celui à qui elle est donnée en fasse un certain usage : elle est donnée, dans le contrat de dépôt, pour que celui à qui elle est donnée rende à celui qui la lui a donnée en dépôt, le bon office de la lui garder : dans le contrat de nantissement elle est donnée pour que celui à qui elle est donnée, la détienne pour sûreté de sa créance. Ce sont ces différentes fins qui caractérisent ces différents contrats.

11. Il n'importe quelle soit la créance pour sûreté de laquelle la chose soit donnée en nantissement.

De même qu'on peut donner des cautions pour toutes sortes d'obligations, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, on peut aussi donner des gages pour toutes sortes d'obligations.

12. Il suffit même, pour que le contrat de nantissement subsiste, que la chose ait été donnée à quelqu'un afin qu'il la détienne pour sûreté d'une créance qu'on se proposait de contracter envers lui, quoiqu'elle n'ait pas été contractée ; ou d'une créance qu'on croyait exister, et qui n'exista pas.

Il est vrai qu'il ne peut y avoir de gage sans une créance à laquelle le gage accède : mais dans ce cas, quoique la chose qui a été donnée en nantissement ne devienne pas obligée à celui à qui elle a été donnée en nantissement, faute de créance à laquelle cette chose puisse être obligée ; néanmoins le contrat par lequel elle a été donnée en nantissement, ne laisse pas d'être valable comme contrat de nantissement, et de produire entre les parties contractantes les actions qui naissent des contrats de nantissement. C'est ce que nous apprend Ulpien : *Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero nec*

(1) *Et qu'il y soit resté.* V. art. 2076, [« qu'autant que ce gage a été mis et C. civ. « est resté en la possession du créan-

Art. 2076 : « Dans tous les cas, le [« cier, ou d'un tiers convenu entre les « privilége ne subsiste sur le gage, « parties. »

de dero, pignoratiti actione tenebor, et nullà solutione facta; L. 11, § 2, ff, de Pign. act.

ART. II. — A quelles classes de contrats appartient le contrat de nantissement.

13. Le contrat de nantissement est de la classe des contrats réels, puisqu'il ne se peut faire que par la tradition de la chose qui est donnée en nantissement, comme nous l'avons vu en l'article précédent, § 2.

14. Il est de la classe des contrats synallagmatiques ; car il produit des obligations réciproques. Il est de celle des synallagmatiques imparfaits ; car, dans ce contrat, il n'y a que l'obligation que le créancier qui a reçu la chose, contracte de rendre cette chose, lorsque la dette aura été acquittée, qui soit l'obligation principale de ce contrat, et qui est pour cela appelée *obligatio pignoratitia directa*. Les obligations que contracte celui qui a donné la chose en nantissement, ne sont qu'incidentes au contrat, et ne lui sont pas essentielles ; et c'est pour cela qu'on les appelle *obligatio pignoratitia contraria*.

15. Le contrat de nantissement est de la classe des contrats intéressés de part et d'autre ; il intervient pour l'intérêt réciproque des parties. Le créancier à qui la chose est donnée en nantissement, trouve dans ce contrat la sûreté de sa créance ; et celui qui donne la chose en nantissement, trouve dans ce contrat le crédit dont il a besoin, qu'on ne lui ferait pas sans le nantissement. Ce n'est que dans la vue de se procurer ce crédit, qu'il n'aurait pas sans cela, et non dans la vue de faire un bienfait à son débiteur, que le débiteur lui donne par ce contrat sa chose en nantissement : d'où il suit que le contrat n'est pas un contrat de bienfaisance, mais un contrat intéressé de part et d'autre.

16. Lorsque c'est un tiers qui, par pure amitié pour le débiteur, et à sa prière, a donné pour lui la chose en nantissement, il y a, en ce cas, deux contrats ; un contrat de nantissement, qui intervient entre le créancier et celui qui lui donne la chose en nantissement, et un contrat de mandat, qui intervient entre celui qui a donné la chose en nantissement pour le débiteur, et le débiteur à la prière duquel elle l'a donnée. Il n'y a que ce dernier contrat qui renferme un bienfait que celui qui a donné sa chose en nantissement, fait au débiteur pour qui il l'a donnée ; le contrat de nantissement n'en renferme aucun ; le créancier ne reçoit pas la chose qui lui est donnée en nantissement, à titre de bienfait, mais pour la sûreté du crédit qu'il n'aurait pas accordé sans cela ⁽¹⁾.

17. Enfin le contrat de nantissement est de la classe de ceux qui se régissent par les règles du pur droit naturel ; le droit civil ne l'a assujetti à aucunes formes. Celles prescrites par l'ordonnance de 1673, tit. 6, art. 8 et 9, ne concernent pas la substance de ce contrat. Voici les termes de ces articles :

“ Aucun prêt ne sera fait sous gages, qu'il n'y en ait un acte par-devant notaires, dont sera retenu minute, qui contiendra la somme prêtée et les gages qui auront été délivrés ; à peine de restitution des gages, à laquelle le prêteur sera contraint par corps, sans qu'il puisse prétendre de privilége sur les gages, sauf à exercer ses autres actions (art. 8). ”

“ Les gages qui ne pourront être exprimés dans l'obligation, seront énoncés dans une facture ou inventaire, dont sera fait mention dans l'obligation ; et la facture ou inventaire contiendra la quantité, qualité, poids et mesures des marchandises ou autres effets donnés en gages ; sous les peines portées par l'article précédent (art. 9) ⁽²⁾. ”

⁽¹⁾ V. art. 2077, C. civ.

Art. 2077 : « Le gage peut être don-

» né par un tiers pour le débiteur. »

⁽²⁾ V. art. 2074, C. civ., p. 394, note 1.

M. Jousse a fort bien remarqué dans son *Commentaire* sur ces articles, que les formalités requises par ces articles ne le sont qu'à l'égard des tiers, et non entre les parties contractantes, qui ne sont pas reçues à en opposer l'observation. Elles ne touchent donc pas la substance du contrat ; elles ne sont requises que pour empêcher les fraudes qu'on pourrait commettre envers des tiers, et surtout pour assurer, en cas de faillite du débiteur, la date des nantissements. C'est principalement en ce cas que le créancier, qui n'a pas observé les formalités prescrites par ces articles, peut être contraint à rapporter les choses qu'il a reçues en nantissement, sans pouvoir exercer aucun privilége. On présume qu'elles ont pu lui avoir été données en nantissement dans le temps de la faillite, et par conséquent dans un temps auquel il n'était plus permis au débiteur de les donner en nantissement à un de ses créanciers, au préjudice des autres (¹).

ART. III. — Des clauses que les lois ont réprouvées dans le contrat de nantissement.

18. Constantin, en la loi dernière, *Cod. de Pact. pign.*, proscrit, dans les contrats de nantissement, la clause appelée *lex commissoria*, ou *pacte commissoire*.

C'est un pacte par lequel les parties convenaient « que si le débiteur, dans un certain temps, ne retirait pas la chose donnée en nantissement, en acquittant entièrement la dette, ledit temps passé, la chose serait de plein droit acquise irrévocablement au créancier en paiement de la dette. »

Cette loi a été adoptée dans notre jurisprudence (²). Elle est nécessaire pour empêcher les fraudes des usuriers, lesquels trouveraient dans cette clause un moyen ouvert de tirer un profit excessif des sommes d'argent qu'ils prêteraient, en prêtant de l'argent sous des gages de valeur du double de la somme prêtée, à des personnes qu'ils prévoyaient ne devoir pas être en état de rendre la somme au temps convenu.

19. Il ne faut point comprendre avec le *pacte commissoire*, celui par lequel les parties conviennent « que, faute par le débiteur de payer dans un certain temps la somme par laquelle la chose a été donnée en nantissement, ledit temps passé, la chose demeurerait acquise au propriétaire en paiement de la dette, non pas *simpliciter*, comme dans le *pacte commissoire*, mais suivant l'estimation qui en serait alors faite par personnes dont les parties conviendraient, et sauf à elles à se faire respectivement raison de ce que la chose serait estimée plus ou moins que la chose due.

Ce pacte ne renferme aucune injustice, et il est très permis : *Potes ità fieri pignoris datio, ut si intrà certum tempus non sit soluta pecunia, jure emp-*

(¹) *V. art. 446*, dernier alinéa, C. comm.

Art. 446 : « Sont nuls et sans effet, « relativement à la masse, lorsqu'ils « auront été faits par le débiteur de- « puis l'époque déterminée par le tri- « bunal comme étant celle de la cessa- « tion de ses paiements, ou dans les dix « jours qui auront précédé cette épo- « que. — Toute hypothèque conven- « tionnelle ou judiciaire, et tous droits « d'antichrèse ou de nantissement con- « stitués sur les biens du débiteur pour

« dettes antérieurement contractées. »

(²) *V. art. 2078*, C. civ.

Art. 2078 : « Le créancier ne peut, à « défaut de paiement, disposer du gage; « sauf à lui à faire ordonner en justice « que ce gage lui demeurerait en paie- « ment et jusqu'à due concurrence, « d'après une estimation faite par ex- « perts, ou qu'il sera vendu aux en- « chères. — Toute clause qui autorise- « rait le créancier à s'approprier le « gage ou à en disposer sans les for- « malités ci-dessus, est nulle. »

toris possideat rem justo pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis venditio (¹); L. 16, § fin. ff. de *Pign. et hyp.*

Le créancier à qui la chose a été donnée en nantissement, doit, en exécution de cette clause, après l'expiration du temps dans lequel la dette devait être acquittée, assigner le débiteur qui la lui a donnée en nantissement, pour convenir d'experts qui fassent l'estimation de cette chose, et pour voir dire que la chose lui demeurera en paiement de sa créance, pour l'estimation qui en aura été faite.

Sur cette assignation, intervient une première sentence qui ordonne l'estimation. Ce n'est que la sentence définitive, qui, en homologuant le rapport, ordonne que, conformément à la convention, la chose appartiendra au créancier pour la somme portée au rapport, que le créancier est fait propriétaire de cette chose.

Lorsque l'estimation monte plus haut que ce qui est dû au créancier, il faut, autre cela, pour que le créancier soit fait propriétaire de la chose, qu'il ait payé l'excédant au débiteur, ou que, sur son refus, il l'ait consigné.

Jusqu'à la sentence définitive, et jusqu'au paiement ou consignation de l'excédant, le débiteur, en faisant des offres réelles de payer tout ce qu'il doit, et les dépens faits jusqu'au jour de ses offres, est recevable à demander la restitution de la chose donnée en nantissement.

20. *L'antichrèse* était un pacte usité parmi les Romains, par lequel on convenait « que le créancier à qui on donnait une chose en nantissement, percevrait à son profit les fruits de cette chose pour lui tenir lieu des intérêts de la somme qui lui était due. L. 11, § 1, ff. de *Pign. et hyp.*

Notre jurisprudence française a réprouvé cette convention. Non-seulement elle n'est pas permise dans le contrat de prêt, dans lequel nos lois ne permettent pas d'exiger des intérêts de la somme prêtée, elle ne l'est pas non plus dans un contrat de constitution; et nonobstant cette clause et sans y avoir égard, le débiteur de la rente est fondé à demander au créancier un compte des fruits qu'il a perçus, et à exiger de lui la somme dont ils se trouveraient excéder celle qu'il peut licitement exiger pour les arrérages de la rente; sans cela un créancier de rente aurait, par ce pacte d'antichrèse, une voie ouverte de se faire payer une rente plus forte que les lois ne le permettent (²).

(¹) L'article ci-dessus cité exige l'intervention de la justice.

(²) V. art. 2085 (ci-dessus, p. 293, note 1), 2086, 2087, 2088 et 2089, C. civ.

Art. 2086 : « Le créancier est tenu, s'il n'en est autrement convenu, de payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble qu'il tient en antichrèse. — Il doit également, sous peine de dommages et intérêts, pourvoir à l'entretien et aux réparations utiles et nécessaires de l'immeuble, sauf à prélever sur les fruits toutes les dépenses relatives à divers objets. »

Art. 2087 : « Le débiteur ne peut, avant l'entier acquittement de la dette, réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse. »

« —Mais le créancier qui veut se décharger des obligations exprimées en l'article précédent, peut toujours, à moins qu'il n'ait renoncé à ce droit, contraindre le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble. »

Art. 2088 : « Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu; toute clause contraire est nulle : en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales. »

Art. 2089 : « Lorsque les parties ont stipulé que les fruits se compenseront avec les intérêts, ou totalement, ou jusqu'à une certaine concurrence, cette convention s'exécute comme toute autre qui n'est point prohibée par les lois. »

CHAPITRE II.

Du droit qu'acquiert le créancier dans les choses qui lui sont données en nantissement ; des obligations qu'il contracte par le contrat de nantissement ; et de l'action pignoratilia qui en naît.

ART. I^{er}. — Du droit qu'acquiert le créancier dans les choses qui lui sont données en nantissement.

21. Le créancier à qui une chose a été donnée en nantissement par celui qui avait le droit d'en disposer, acquiert dans cette chose un droit de gage, *jus pignoris*.

Ce droit renferme en premier lieu celui de détenir la chose par devers *lui* pour sûreté de sa créance (1).

De là il suit que, si le débiteur emportait à l'insu et contre le gré de son créancier, la chose qu'il lui a donnée en nantissement, il commetttrait un vol ; non pas à la vérité un vol de la chose même ; car on ne peut pas être voleur de sa propre chose ; *Rei nostræ furtum facere non possumus* (Paul, sent. 11, 32, 20) ; mais il commetttrait un vol de la possession de cette chose ; laquelle possession appartient au créancier ; le débiteur, par le contrat de nantissement, s'en étant dépouillé, et l'ayant transférée au créancier. C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur* ; L. 19, § 5, ff. de *Furt.*

22. Observez que le créancier n'acquiert que le droit de détenir la chose. Le débiteur qui l'a donnée en nantissement, en conserve la propriété : *Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem* (2) ; L. 35, § 1, ff. de *Pign. act.*

23. Le créancier à qui la chose a été donnée en nantissement, n'a que le droit de la détenir ; il n'a pas le droit de s'en servir, ni, lorsque la chose est frugisère d'en appliquer à son profit les fruits ; mais il les doit percevoir en paiement et déduction de sa créance, et il en doit compter au débiteur (3), comme nous le verrons *infra*, art. 2.

(1) *V. art. 2082, 1^{er} alinéa, C. civ.*

Art. 2082 : « Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné. — S'il existait de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le

» gage au paiement de la seconde. »

(2) *V. art. 2079, C. civ.*

Art. 2079 : « Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilége de celui-ci. »

(3) *V. art. 2081, C. civ.*, qui applique le principe aux créances.

Art. 2081 : « S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus. — Si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage, ne porte point elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette. »

24. Le droit qu'acquiert le créancier dans la chose qui lui est donnée en nantissement, en renferme un second celui de la faire vendre, pour se payer, sur le prix, de ce qui lui est dû⁽¹⁾.

Il faut pour cela qu'il obtienne sentence contre le débiteur, qui ordonne que, faute par le débiteur de payer, le créancier pourra faire vendre les effets donnés en nantissement.

25. Cette vente doit se faire par un huissier, au lieu accoutumé où se font les ventes judiciaires; et l'on y doit observer, si ce sont des meubles, les formalités requises par l'ordonnance de 1667, pour la vente des meubles saisis. Lorsque ce sont des héritages qui ont été donnés en nantissement, il faut les vendre avec les formalités requises pour les saisies réelles. Le juge néanmoins, lorsque l'héritage n'est pas de grande valeur, peut permettre qu'il sera vendu sur une affiche et trois publications.

26. Enfin le droit qu'acquiert le créancier dans les choses qui lui ont été données en nantissement, est que, lorsqu'il les fait vendre, il est préféré sur le prix à tous les autres créanciers du débiteur qui les lui a données en nantissement.

Cela a lieu lorsque les choses qui ont été données en nantissement, sont des meubles, ces choses, ou n'étant pas susceptibles d'hypothèque, ou du moins, dans les provinces où elles en sont susceptibles, n'ayant pas de suite par hypothèque, lorsqu'elles ne sont pas en la possession du débiteur.

Lorsque ce sont des héritages qui ont été donnés en nantissement, le créancier à qui ils ont été donnés en nantissement, ne peut y avoir de droit au préjudice des hypothèques des autres créanciers. C'est pourquoi, lorsqu'ils sont vendus, il ne peut être colloqué dans l'ordre, que selon la date de son hypothèque⁽²⁾.

Observez encore que, pour que le créancier qui a reçu des meubles en nantissement, jouisse du privilége que le nantissement donne sur les autres créanciers, il faut surtout, en cas de faillite, qu'il se soit conformé aux dispositions de l'ordonnance de 1973, tit. 6, art. 8 et 9. Voyez *suprā*, n° 17.

27. Il vous reste à observer, que pour qu'un créancier puisse acquérir un droit de gage sur les choses qui lui ont été données en nantissement, il faut qu'elles lui aient été données par celui à qui elles appartiennent, ou de son consentement.

Il est évident que, si le débiteur n'a aucun droit dans les choses qu'il donne en nantissement, il ne peut, en les donnant en nantissement, transférer aucun droit de gage dans ces choses au créancier à qui il les donne en nantissement, suivant cet axiome: *Nemo potest plus juris in alium transferre quam ipse haberet.* L. 54, ff. de *Reg. jur.* Le créancier qui les a reçues en nantissement, sera donc sujet à en être évincé par le propriétaire de ces choses, qui n'a pas consenti au nantissement⁽³⁾.

(1) *V.* art. 2073, C. civ., ci-dessus, p. 394, note 1.

(2) *V.* art. 2091, C. civ.

Art. 2091: « Tout ce qui est statué au présent chapitre (articles 2085 à 2090 de l'antichrèse), ne préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immuble remis à titre d'antichrèse. — Si le créancier, muni à ce titre, a d'ailleurs sur le fonds, des priviléges ou hypothèques légalement établis et conservés, il les exerce à son ordre

et comme tout autre créancier. »

(3) Il nous semble que le créancier de bonne foi pourrait invoquer l'article 2279, C. civ.

Art. 2279: « En fait de meubles, la possession vaut titre. — Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve : sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. »

Mais quoique le créancier n'ait acquis aucun droit de gage, tant que le propriétaire ne les réclame pas, le débiteur ne peut pas les répéter avant que la dette ait été entièrement acquittée : il ne serait pas recevable à alléguer pour cela que le créancier n'a aucun droit de gage dans la chose qu'il lui a donnée en nantissement, n'ayant pu par lui-même lui transférer aucun droit de gage dans cette chose ; car il n'est pas recevable à dire qu'il n'est pas propriétaire, après s'être porté pour tel, en donnant la chose en nantissement ; et tant que le véritable propriétaire ne se présente pas, c'est de sa part exciper du droit d'autrui.

28. Il y a plus : quand même ce débiteur qui a donné en nantissement une chose qui ne lui appartient pas, serait devenu depuis héritier de celui qui en était le propriétaire, il ne serait pas recevable à intenter, en sa qualité d'héritier, l'action en revendication qu'aurait pu intenter le défunt contre le créancier qui la détient à titre de nantissement ; car l'obligation que contracte celui qui donne une chose en nantissement, « de défendre le créancier à qui il la donne, de tous troubles en la possession de cette chose » (comme nous le verrons au chapitre suivant), donne, en ce cas, au créancier une exception contre cette action.

ART. II. — Des obligations du créancier à qui la chose a été donnée en nantissement.

29. La principale obligation qui naît du contrat de nantissement, est l'obligation que contracte le créancier de rendre la chose qui lui a été donnée en nantissement, à celui qui la lui a donnée, après que la dette aura été entièrement acquittée.

30. Cette obligation, de même que toutes les obligations de corps certains, s'éteint lorsque, sans sa faute, la chose est perdue : *Pignus in bonis debitoris permanere, idéoque ipsi perire in dubium non venit* ; L. 9, Cod. de *Pign.* — *Creditor pignora quæ casu interierunt præstare non compellitur, nec à petitione debiti summovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio, pignorum liberet debitorem* ; L. 6, Cod. eod. tit.

31. Il en est de même lorsque la chose est perdue sans la faute du créancier qui l'a reçue en nantissement : *Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiditer, restituere id non cogitur* ; L. 5, Cod. eod. tit.

Mais il ne lui suffit pas, pour être déchargé de son obligation, d'alléguer que la chose est perdue ; il faut qu'il ait la preuve de l'accident qui a causé cette perte, et qu'il n'a pu l'empêcher. C'est pourquoi la loi ajoute : *Sed si culpas reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet.*

Tous les principes généraux que nous avons rapportés en notre *Traité des Obligations*, part. 3, chap. 6, sur l'extinction ou la perte de la chose due, reçoivent ici application. J'y renvoie (1).

32. Un seconde obligation du créancier qui a reçu la chose en nantissement, est celle d'apporter à la conservation de cette chose un soin convenable.

C'est une suite de la première obligation. Tout débiteur qui est obligé à rendre une chose, est obligé à la conserver pour la rendre ; l'obligation de la faire renferme celle des moyens nécessaires pour y parvenir.

(1) V. art. 2080, 1^{er} alinéa, C. civ. — Art. 2080 : « Le créancier répond, selon les règles établies au titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général, de la perte (art. 1302 et 1303) ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence (art. 1382, 1383). — De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage. »

Quel est le degré de soin que doit apporter le créancier qui a reçu la chose en nantissement, et de quel degré de faute est-il tenu ?

Cette question se décide par le principe tiré de la loi 5, ss. *Commod.*, que nous avons rapporté en notre *Traité des Obligations*, n° 142. Le contrat de nantissement étant un contrat qui se fait pour l'intérêt réciproque des parties contractantes, le créancier qui a reçu une chose en nantissement, doit, suivant ce principe, apporter à cette chose un soin ordinaire ; et il est en conséquence tenu de la faute qu'on appelle *légère* : *Ea quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur.* L. 14, ss. de *Pign. act.*

33. La faute dont le créancier est tenu, est non-seulement celle qui se commet *in admittendo*, comme si par imprudence il a cassé un miroir qui lui avait été donné en nantissement ; mais pareillement celle qui se commet *in omittendo*, comme si la chose qui lui a été donnée en nantissement s'est égarée ou a été volée chez lui, faute par lui d'avoir apporté le soin qu'il devait pour la garder : *Sicut vim majorem pignorum præstare creditor non habet necesse; ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur* ; L. 11, Cod. de *Pign. et hyp.*

34. Le soin auquel le créancier est obligé, n'est que le soin ordinaire qu'ont coutume d'apporter les bons pères de famille à leurs affaires ; on ne doit pas exiger de lui *exacissimam diligentiam*, dont peu de personnes sont capables, et il n'est tenu que de la faute qu'on appelle *légère*, de *levi culpâ* ; il n'est pas tenu de *levissimâ culpâ*. C'est ce qui est très clairement décidé par la loi 5, § 2, ss. *Commod.* où le contrat de nantissement est rapporté expressément entre les contrats qui se font pour l'utilité réciproque des parties contractantes, dans lesquels le débiteur est tenu de la faute ordinaire ; et on les distingue en cela du contrat de prêt, *commodatum*, lequel étant pour l'utilité seule de celui qui a reçu la chose, exige de lui un plus grand soin que le soin ordinaire que demandent ces contrats, qui sont faits pour l'utilité réciproque des parties : *Ubi utriusque utilitas vertitur* (y est-il dit), *ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa præstatur.* *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continent ejus cui commodatur; et ideo verior est Q. Mutii sententia, existimantis et culpam præstandam et diligentiam.* Ces termes *et diligentiam*, qui sont ici pour encherir sur la faute *quæ præstatur in superioribus contractibus*, signifient évidemment que le contrat de prêt, *commodatum*, demande de l'emprunteur un plus grand soin que celui auquel on est obligé dans les autres contrats dont il venait d'être parlé, et qu'il demande le soin le plus exact ; *non solùm præstare debet culpam ut in superioribus contractibus, sed et diligentiam* ; et qu'au contraire les autres contrats parmi lesquels le contrat de *nantissement* est rapporté, ne demandent qu'un soin ordinaire, et que le débiteur n'y est en conséquence tenu que de *levi culpâ*, et non de *levissimâ culpâ* (1).

La loi 19, Cod. de *Pign. act.*, peut paraître contraire à ces principes. Le créancier paraît n'y être déchargé de la perte de la chose qui lui a été donnée en nantissement qu'en cas de force majeure : *Sicut vim majorem pignorum creditor præstare non habet necesse* : d'où il paraît suivre qu'il est tenu de toutes les espèces de fautes, *etiam de levissimâ culpâ*.

(1) *V. art. 1137; G. civ.*, qui pose le principe général.

Art. 1137 : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité com-

« mune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. — Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent. »

La réponse est, que la loi 19 décide seulement que le créancier n'est déchargé que des cas fortuits, et qu'il est tenu de la faute; mais elle laisse à examiner comment, dans le contrat de nantissement, doit s'estimer la faute.

Elle s'estime différemment dans les différents contrats. Dans ceux qui, comme celui du prêt à usage, *commodatum*, demandent du débiteur le soin le plus exact, le débiteur est estimé en faute toutes les fois qu'il y a manqué: mais dans les contrats qui ne demandent qu'un soin ordinaire, il n'y a que le défaut de ce soin qui soit estimé être une faute. Le défaut d'un soin plus exact, et d'une prévoyance dont quelques personnes peuvent être capables, mais dont le commun des hommes n'est pas capable, n'est pas regardé comme une faute; il est mis au rang des cas fortuits.

La loi 13, § 1, ff. de *Pign. act.*, paraît encore plus opposée à nos principes: le contrat de nantissement y étant assimilé au contrat de prêt, *commodatum*, il y est dit: *Venit in hāc actione (pignoratitā) et dolus et culpa, ut in commodato; venit et custodia, vis major non venit.*

A ce texte deux réponses. La réponse commune est qu'Ulpien, dans ces termes, *ut in commodato*, n'entend dire autre chose, sinon que dans l'un et dans l'autre contrat le créancier, comme l'emprunteur, est tenu à la garde de la chose, mais il n'entre point dans l'examen des différents degrés de soin qu'ils sont tenus d'apporter à cette garde, selon la différente nature de ces contrats.

Noodt donne une autre réponse. Il soupçonne une erreur dans la leçon du texte; il pense qu'on a pu, par erreur, écrire ou lire *ut* pour *at*, et il croit qu'on doit lire, *venit in hāc actione et dolus et culpa; AT in commodato venit et custodia, vis major non venit.*

Je crois que la première réponse peut suffire, et que la correction du texte n'est pas nécessaire.

35. Une troisième obligation du créancier à qui on a donné une chose en nantissement, est celle de rendre compte à celui qui la lui a donnée, des fruits qu'il a perçus de cette chose, et généralement de tout ce qui en est provenu; car tout cela doit venir en déduction et paiement de la dette pour laquelle la chose lui a été donnée en nantissement; il est juste que le créancier lui en compte, sous la déduction des fruits.

36. Doit-il compter non-seulement des fruits qu'il a perçus de la chose qui lui a été donnée, mais de même de ceux qu'il a manqué par sa faute de percevoir?

Je pense qu'il en est tenu; car, lorsqu'on donne en nantissement à un créancier une chose frugifère, on la lui donne non-seulement pour la détenir pour sûreté de sa créance, mais pour en percevoir les fruits en paiement de sa créance. Il est donc censé chargé par le contrat de faire cette perception à la place et au profit de son débiteur, qui ne peut plus la faire valoir, ne la posséder plus: étant donc censé chargé par le contrat, de la perception des fruits de cette chose, il doit apporter le soin qu'elle demande, et par conséquent il doit tenir compte des fruits qu'il a manqué de percevoir par sa faute et par sa négligence.

37. Enfin, une quatrième obligation du créancier à qui on a donné une chose en nantissement, est lorsqu'il l'a fait vendre faute de paiement, de rendre au débiteur qui la lui a donnée, compte du prix de cette chose, et généralement de tout ce qui lui est parvenu de cette chose, pour venir en paiement et déduction de la dette, sous la déduction des frais.

ART. III. — De l'action PIGNORATITIA DIRECTA.

Nous verrons, sur cette action: — 1^o quels en sont les objets; — 2^o quand il y a ouverture à cette action; — 3^o si elle est sujette à prescription.

§ 1^{er}. Quels sont les objets de l'action pignoratitia directa.

38. Des obligations que contracte le créancier à qui on a donné une chose

en nantissement, naît une action qu'on appelle *actio pignoratitia directa*, qu'a contre lui la personne qui les lui a données, et envers qui il a contracté lesdites obligations.

Le principal objet de cette action est la restitution de la chose donnée en nantissement, que le créancier à qui elle a été donnée, s'est obligé de rendre après qu'il aurait été payé ou satisfait de sa dette.

Lorsque la chose est périe ou perdue par la faute du créancier à qui elle a été donnée en nantissement, le débiteur qui la lui a donnée, peut conclure à ce que le créancier, faute de rendre la chose, sera condamné à rendre la valeur, suivant l'estimation qui en sera faite par personnes qui l'auront connue.

39. Les objets accessoires de cette action sont : 1° les dommages et intérêts que le débiteur qui a donné la chose en nantissement, peut prétendre contre le créancier à qui il l'a donnée, pour raison des détériorations de cette chose, arrivées par le fait ou la faute de ce créancier, suivant le règlement qui en sera fait par experts.

Lorsque la chose a été si considérablement détériorée, qu'elle est devenue inutile à celui qui l'a donnée en nantissement, il peut conclure contre le créancier à la condamnation du prix que vaudrait cette chose si elle n'était pas détériorée, suivant l'estimation qui en sera faite; lequel prix viendra jusqu'à concurrence en compensation de la dette. En ce cas le débiteur qui a donné la chose en nantissement, doit faire offre de l'abandonner à celui à qui il l'a donnée.

40. Un autre objet nécessaire de cette action est le compte des fruits, et de tout ce qui est provenu de la chose donnée en nantissement, le créancier à qui elle a été donnée, doit ce compte à celui qui la lui a donnée.

Ce compte peut devenir l'objet principal de l'action : car, si la chose était périe ou perdue sans aucune faute du créancier à qui elle a été donnée en nantissement, l'action *pignoratitia directa* ne pouvant pas, en ce cas, être donnée pour la restitution de la chose dont le créancier se trouve déchargé, l'action pourrait, en ce cas, être principalement donnée pour demander ce compte.

41. Lorsque le créancier, faute de paiement, a fait vendre la chose qui lui a été donnée en nantissement, il est évident que l'action *pignoratitia directa* ne peut plus avoir pour objet la restitution de la chose ; elle a pour objet, en ce cas, le compte que le créancier doit rendre du prix, et de ce qu'il peut d'ailleurs avoir perçu de cette chose, sous la déduction des frais.

Si la chose que le créancier a fait vendre, avait été auparavant détériorée par sa faute, le débiteur peut conclure « à ce qu'il soit tenu d'ajouter au prix de la vente, ce qu'elle aurait pu être vendue de plus, si elle n'eût pas été détériorée ; pour l'estimation de laquelle plus-value le juge ordonnera que les parties conviendront d'experts. »

§ II. Quand y a-t-il ouverture à l'action *pignoratitia directa*.

42. Il n'y a ouverture à l'action *pignoratitia directa* pour la restitution de la chose donnée en nantissement, que lorsque le créancier à qui elle a été donnée, a été entièrement payé de la dette, ou qu'il a été satisfait : *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio* ; L. 9, § 3, ff. de *Pign. act.*

43. La loi dit *omnis*; pour peu qu'il reste quelque chose de dû de la créance pour laquelle la chose a été donnée en nantissement, il n'y a pas ouverture à l'action *pignoratitia directa*; et le débiteur n'est pas encore recevable à demander la restitution, ni de ce qu'il a donné, ni même de la moindre partie de ce qu'il a donné en nantissement.

La raison est, que le droit de gage ou nantissement est quelque chose d'in-

divisible : *Individua est pignoris causa.* Le créancier acquiert par le contrat le droit de gage pour toute sa dette , et pour chaque partie de sa dette , sur tout ce qui lui est donné , et sur chaque partie de ce qui lui est donné en nantissement.

C'est pourquoi, si on a donné douze paires de draps en nantissement pour une créance de trente pistoles ; quand même elle aurait été depuis acquittée pour la plus grande partie, pour peu qu'il en reste encore quelque chose de dû, le débiteur ne sera pas recevable à demander la restitution d'un seul des draps qu'il a donnés en nantissement.

44. Par la même raison , si le débiteur qui les a donnés en nantissement, a laissé quatre héritiers, entre lesquels la dette s'est divisée, l'un des héritiers qui aurait acquitté la dette pour toute la part dont il en est tenu , n'est pas recevable à demander la restitution de la part qui lui appartient dans les draps qui ont été donnés en nantissement, jusqu'à ce que le créancier ait été entièrement payé des parts des autres héritiers ; car, quoique, par la mort du débiteur, la dette ait été divisée entre ses héritiers, le droit de gage, qui est indivisible, ne s'est pas de même divisé , et le créancier le conserve sur tout et sur chaque partie de ce qui lui a été donné en nantissement, jusqu'à ce qu'il ait été entièrement payé de toute la dette par tous les héritiers du débiteur (1).

45. *Vice versa*, si c'est le créancier qui est mort, et qui a laissé quatre héritiers ; quoique la créance se divise entre eux, le nantissement que le défunt a reçu, ne se divise pas ; et celui des héritiers qui a été payé entièrement de sa part dans la créance, ne peut, au préjudice de ses cohéritiers, rien rendre des choses qui ont été données en nantissement, jusqu'à ce qu'ils aient été tous entièrement payés.

46. Pour qu'il y ait ouverture à l'action *pignoratitia directa*, il ne suffit pas que le sort principal de la créance pour laquelle la chose a été donnée en nantissement soit acquittée ; il faut que les intérêts de cette créance, et tous les frais faits pour en avoir le paiement, qui en sont des accessoires, le soient aussi ; à moins qu'il n'ait été expressément convenu que la chose n'était donnée en nantissement que pour le sort principal de la créance : autrement le nantissement est censé fait tant pour le principal que pour toutes les dépendances de la créance.

47. Il y a plus : si le débiteur qui a donné à son créancier une chose en nantissement pour une certaine dette, avait depuis contracté une nouvelle dette envers le créancier, sans engager à la nouvelle dette la chose qu'il avait donnée en nantissement pour la première ; ce débiteur, après avoir acquitté entièrement la dette pour laquelle il avait donné la chose en nantissement, pourrait être exclu, par l'exception de dol, de l'action *pignoratitia directa*, pour la répétition de la chose donnée en nantissement, jusqu'à ce qu'il eût payé aussi l'autre dette, quoique la chose donnée en nantissement n'y fût pas obligée. C'est ce que décide l'empereur Gordien : *Si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi à debitore reddatur, vel offeratur quæ sine pignore debetur, eam restituere, propter exceptionem doli mali, non cogeris; jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam cuius nomine pignora obligaverunt offerentes, audiri non oportere, nisi pro illâ satisficeris.*

(1) V. art. 2083, C. civ.

Art. 2083 : « Le gage est indivisible « nonobstant la divisibilité de la dette « entre les héritiers du débiteur ou « ceux du créancier. — L'héritier du « débiteur, qui a payé sa portion de la « dette, ne peut demander la restitu-

tion de sa portion dans le gage, tant « que la dette n'est pas entièrement « acquittée. — Réciproquement, l'hé- « ritier du créancier, qui a reçu sa por- « tion de la dette, ne peut remettre la « gage au préjudice de ceux de ses co- « héritiers qui ne sont pas payés. »

cerint, quam mutuam simpliciter acceperunt; L.unic.Cod.etiam ob chirogr.(1).

Ce que dit Ulpien, en la loi 11, § 3, ff. de *Pign. act.*, paraît contraire à cette décision. Il y est dit: *Si in sortem dntaxat, non (2) in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est, locum habet pignoratitia.*

La réponse est que lorsque, par le contrat de nantissement, les parties se sont expliquées que la chose n'était donnée en nantissement que pour le principal, et non pour les intérêts, il paraît que leur intention est que la chose doive être restituée aussitôt que le principal sera acquitté, quand même les intérêts ne le seraient pas encore; car elles ne peuvent avoir eu d'autre vue en distinguant, comme elles ont fait, les intérêts du principal. Mais lorsque la créance qui a été contractée sans nantissement, a été créée par un acte différent, et dans un temps différent que celle pour laquelle on a donné un nantissement, le créancier, en contractant cette créance sans nantissement, n'est pas censé s'être interdit le pouvoir de saisir et arrêter entre ses mains, pour cette créance, les choses qu'il pourrait avoir entre ses mains en nantissement pour une autre créance.

Cette décision de l'empereur Gordien a lieu dans notre jurisprudence.

Quoique la dette pour laquelle une chose m'avait été donnée en nantissement, ait été entièrement acquittée; si je me trouve encore créancier d'une autre somme certaine et liquide du débiteur qui m'a donné la chose en nantissement, je pourrai la retenir pour cette autre créance, quoique ce ne soit point pour cette créance qu'elle m'ait été donnée en nantissement (3): car cette créance étant certaine et liquide, de même que je pourrais obtenir du juge la permission d'arrêter pour cette créance ses biens entre ses mains et entre celles des tiers, par la même raison, lorsque je suis assigné par mon débiteur pour lui rendre la chose que je me trouve avoir entre les mains, le juge doit me permettre de la retenir arrêtée entre mes mains pour cette dette.

Il en serait autrement, si la créance pour laquelle je voudrais retenir la chose, ou n'était pas certaine, ou n'était pas liquide; je ne pourrais en ce cas la retenir.

48. Pour qu'il y ait ouverture à l'action *pignoratitia directa* pour la restitution de la chose donnée en nantissement, il n'importe comment la dette pour laquelle elle a été donnée en nantissement ait été acquittée, ni par qui; soit qu'elle l'ait été par le débiteur qui l'a donnée en nantissement, ou par quelque autre pour lui; soit que le créancier à qui elle a été donnée en nantissement, s'en soit payé lui-même entièrement par les fruits de la chose qu'il a perçus; auquel cas le débiteur peut donner l'action *pignoratitia* contre lui, non-seulement pour la restitution de la chose donnée en nantissement, mais encore pour la restitution de ce dont les fruits qu'il a perçus se trouveraient excéder la somme qui lui était due: *Ex pignore percepti fructus impulantur in debitum; qui si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio et redditur pignus; si debitum excedunt, qui supererunt traduntur, videlicet mota actione pignoratitia; L. 1, Cod. de Pign. act.*

(1) V.art. 2082, § 2,C. civ., ci-dessus, p. 399, note 1.

(2) La leçon ordinaire est *vel in usuras*. La correction de Cujas, qui pense qu'on doit lire *non*, au lieu de *vel*, est plausible. (*Note de l'édition de 1766.*)

(3) Le 2^e alinéa de l'article 2082, ci-dessus cité, exige une condition dont ne parle pas Pothier: Il faut que la dette contractée postérieurement soit

devenue exigible avant le paiement de la première dette; c'est-à-dire, il faut que le créancier ait stipulé le remboursement de la seconde dette avant celui de la première. Cette circonstance démontre que le créancier avait peu de confiance dans la soivabilité du débiteur, et qu'il voulait toujours conserver une sûreté spéciale, ce qui suffit pour opérer une constitution tacite de gage.

49. Il y a ouverture à l'action *pignoratitia* pour la restitution de la chose donnée en nantissement, non seulement lorsque la dette est entièrement acquittée, mais encore, comme nous l'avons dit *suprà*, n° 42, lorsque le créancier est satisfait, c'est-à-dire, lorsqu'il a bien voulu accepter à la place du nantissement, d'autres sûretés, et s'en contenter; et en général toutes les fois qu'il a bien voulu faire remise de ses droits de gage dans la chose qu'on lui a donnée en nantissement: *Satisfactum accipimus quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum; sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat; sive fidejussoribus, vel nudâ conventione, nascitur pignoratitia actio: et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor à pignore, videri satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit; L. 9, § 3, ff. de Pign. act.; adde L. 50, § 1, ff. de Jur. dot.*

50. Observez une différence entre le *paiement* et la *satisfaction*.

Le débiteur a le droit de contraindre le créancier à recevoir le paiement de la somme pour laquelle la chose lui a été donnée en nantissement: faute par le créancier de vouloir recevoir le paiement qui lui est offert, le débiteur qui l'a mis en demeure de recevoir, peut donner contre lui l'action *pignoratitia* pour la restitution de la chose donnée en nantissement: *Si per creditorem stetit quominus ei solvatur, rectè agitur pignoratitia; L. 20, § 1.*

Au contraire, on ne peut satisfaire au créancier qui n'est pas payé, qu'autant qu'il y consent, et qu'il veut bien accepter les sûretés qu'on lui offre, à la place du droit qu'il a acquis par le contrat dans la chose qui lui a été donnée en nantissement. Mais quelques grandes que soient les sûretés qu'on lui offre, quoiqu'elles soient plus grandes que celle qui résulte de son droit de gage, s'il ne veut pas remettre son droit, ni accepter à la place les sûretés qui lui sont offertes, on ne peut l'y contraindre.

De là naît une autre différence entre le *paiement* et la *satisfaction*.

Lorsque le débiteur a intenté prématurément l'action *pignoratitia* contre le créancier qui n'était ni payé ni satisfait, il peut, dans le cours de l'instance, même sur l'appel, rectifier sa demande, et faire condamner le créancier à la restitution du gage, en lui offrant le paiement de la dette en principal et intérêts, et les dépens faits jusqu'au jour de ses offres: au contraire, le débiteur ne peut rectifier sa demande en offrant au créancier des sûretés, s'il ne veut pas les accepter: *Quid ante solutionem egit pignoratitia, licet non rectè egit, tamen si offerat in judicio pecuniam, debet rem pignoratam, et quod suâ interest consequi; L. 9, § fin., ff. de Pign. act.—Quod si non solvere, sed alia ratione satisfacere paratus est.... nihil ei prodest; L. 10, ff. eod. tit.*

51. Il y a un cas auquel l'action *pignoratitia* est ouverte, et peut être intentée pour la restitution de la chose donnée en nantissement, quoique le créancier ne soit encore ni payé ni satisfait; c'est celui auquel il mésuserait de la chose qui lui a été donnée en nantissement.

Ulpien nous en donne cet exemple: *Si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coegerit, illius pignus ancillæ solvitur* (1); L. 24, § 3, ff. eod. tit.

Il en est de même d'un héritage que j'aurais donné en nantissement à mon créancier, pour qu'il en perçût les fruits en paiement de la somme qu'il me doit. Si mon créancier, qui est en possession de mon héritage, en abandonne la culture et la laisse en friche, je puis, *actione pignoratitia*, demander à y rentrer, quoique je n'aie pas encore payé ce créancier: car, en contrevenant à l'obligation qu'il a contractée envers moi d'apporter le soin convenable à la conservation de la chose que je lui ai donnée en nantissement, il me délie de celle que j'avais contractée de la lui laisser en nantissement (2).

(1) Aussi l'art. 2082, dit-il, « à moins que le détenteur du gage n'en abuse. » | (2) V. art. 2086, C. civ., ci-dessus, p. 398, note 1.

52. Lorsque le créancier, en exécution d'une sentence, a fait vendre la chose qui lui a été donnée en nantissement, l'action *pignoratitia*, qui a lieu en ce cas contre lui pour rendre compte du prix, est ouverte aussitôt après la vente.

§ III. Si l'action *pignoratitia directa* est sujette à prescription.

53. Il nous reste à observer que l'action *pignoratitia* pour la restitution de la chose donnée en nantissement, n'est sujette à aucune prescription, pour quelque laps de temps que ce soit : *Quominus fructus quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione ac residuo debito soluto, vel, si per creditorum factum fuerit quominus solveretur, oblato et consignato, et deposito, pignora que in eādem causā durant, restitutus debitori nullo spatio longi temporis defendit;* L. 12, Cod. de *Pign. act.*

La loi 10, Cod. eod. tit., décide la même chose.

La raison est, que le créancier qui a commencé à tenir la chose à titre de nantissement, est censé avoir toujours continué de posséder à ce titre, tant qu'il ne paraît pas qu'il soit survenu un nouveau titre, *quum nemo ipse sibi mutare possit causam possessionis suæ*; L. 3, § 19, ff. de *Acquir. poss.*; L. 2, § 1, ff. pro *Hærede*. Or ce titre de nantissement auquel il possède, réclame perpétuellement pour la restitution de la chose, étant de l'essence de ce titre de posséder à la charge de rendre après la dette payée; et cette réclamation empêche la prescription (1).

Mais lorsque le créancier ne possède plus la chose qui lui a été donnée en nantissement, quand même ce serait par sa faute qu'il aurait cessé de la posséder, l'action se prescrit par la prescription ordinaire.

Nous avons décidé la même chose dans nos *Traité du Prêt à usage*, n° 47, et *du Dépôt*, n° 67, au sujet des actions *commodati* et *depositi*: il y a même raison.

CHAPITRE III.

Des obligations que contracte par le contrat de nantissement, celui qui donne la chose en nantissement; et de l'action contraria pignoratitia qui en naît.

54. Celui qui donne une chose en nantissement, contracte envers le créancier à qui il l'a donnée, l'obligation de lui faire avoir dans cette chose un droit de gage, qui lui donne le droit de pouvoir la détenir pour sûreté de sa créance.

De là il suit que ce débiteur contrevient à cette obligation, lorsqu'il donne en nantissement à son créancier une chose dans laquelle il ne peut procurer ce droit de gage. Cela arrive lorsqu'il donne en nantissement, sans le consentement du propriétaire, une chose qui ne lui appartient pas: car il ne peut pas donner à son créancier un droit de gage dans cette chose, sur laquelle il n'a lui-même aucun droit, suivant la règle de droit, *Nemo plus juris*, etc.

55. De cette obligation à laquelle contrevient le débiteur qui donne en nantissement une chose qui ne lui appartient pas, et dans laquelle par conséquent il ne peut procurer un droit de gage au créancier à qui il la donne, naît une action qu'on appelle *actio pignoratitia contraria*, ou *contrarium judicium pignoratitium*, qu'a le créancier contre le débiteur, pour qu'il soit condamné

(1) V. art. 2236, C. civ.

Art. 2236 : « Ceux qui possèdent pour autrui, ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce

soit. — Ainsi, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire.»

à substituer à la place des choses qu'il a données en nantissement, d'autres choses d'égale valeur qui lui appartenaient⁽¹⁾; sinon, qu'il sera déchu des termes qui lui avaient été accordés pour le paiement de la dette, et contraint au paiement.

Cette décision a lieu, quand même le créancier paraîtrait n'avoir pas d'intérêt à avoir un droit de gage, le débiteur étant très solvable : *Cum debitore qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pignoratitia agere, etsi debitor solvendo sit; L. 32, ff. de Pign. act.*

Il y a lieu à cette action, non-seulement lorsque le débiteur qui a donné la chose en nantissement, avait connaissance qu'elle ne lui appartenait pas, mais même dans le cas auquel il l'a donnée en nantissement de bonne foi, croyant qu'elle lui appartenait. La seule différence qu'il y a entre l'un et l'autre cas, est que, lorsque le débiteur sait que les choses qu'il donne en nantissement, ne lui appartiennent pas, il commet le crime de stellionat, et est en conséquence contraignable par corps au paiement de la somme pour laquelle il avait donné la chose en nantissement⁽²⁾: au lieu que, dans l'autre cas, lorsque le débiteur a donné de bonne foi en nantissement une chose qui ne lui appartenait pas, il ne commet pas de stellionat qui le rende sujet à la contrainte par corps; mais le créancier n'en a pas moins contre lui l'action *contraria pignoratitia*.

C'est ce que enseigne Paul : *Contrariam pignoratitiam creditor actionem competere certum est. Proinde si rem alienam vel alii pignoratam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum si scit, an etsi ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia, quantum ad contrarium judicium, ignorantia eum non excusat; L. 16, § 1, ff. Pign. act.*

56. Lorsque le débiteur a donné en nantissement à son créancier une chose qui était déjà obligée à un autre, s'il n'y a pas dans ce qu'elle vaut de plus que la somme pour laquelle elle est obligée au créancier, de quoi procurer un droit de gage à ce second créancier à qui elle est donnée en nantissement, ce second créancier a l'action *pignoratitia contraria* contre son débiteur qui la lui a donnée, comme il est décidé en la loi ci-dessus mentionnée.

Il en serait autrement si la chose était d'une valeur plus que suffisante pour répondre des deux créances : *Si ea res ampla est, et ad modicum aeris fuerit pignorata, dici debet cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pignoratitiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignus secundo loco accepit; L. 36, § fin., ff. de Pign. act.*

57. Lorsque la chose donnée en nantissement a un vice inconnu au créancier, qui la rend de nulle valeur, le créancier ne pouvant, en ce cas, acquérir dans cette chose qu'un droit de gage qui serait de nulle valeur, il a l'action *pignoratitia contraria* pour se faire donner en nantissement une autre chose à la place.

58. Observez que, dans tous les cas ci-dessus rapportés, le créancier n'a l'action *pignoratitia contraria* que lorsqu'il a été trompé; mais s'il avait connaissance que la chose n'appartenait pas à celui qui la lui donnait en nantissement, ou qu'elle était déjà obligée à un autre, ou s'il avait connaissance du vice qui la rend de nulle valeur, il n'est pas, dans tous ces cas, recevable à s'en plaindre : *Si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium (judicium) ei non competit; eod. L. 16, § 1.* La raison est que *volenti non fit injuria*.

(1) Lors même qu'on admettrait que le créancier gagiste peut se défendre contre le propriétaire en invoquant la règle de l'art. 2279 (V. ci-dessus, p. 400, note 3), ce ne serait que facultatif de sa part, il n'est point obligé

de se contenter d'un pareil gage, et en conséquence, il lui est loisible d'intenter l'action dont parle ici Pothier.

(2) Le Code déclare stellionataire celui qui hypothèque un immeuble dont il sait n'être pas propriétaire (2059).

59. La bonne foi devant régner dans les contrats de nantissement comme dans tous les autres contrats, toutes les friponneries que le débiteur peut commettre dans ce contrat pour tromper le créancier, donnent ouverture à l'action *contraria pignoratitia*; par exemple, si le débiteur a donné en nantissement du cuivre pour de l'or : *Si quis in pignore pro auro aës subjecisset creditori, qualiter teneatur?.... Si quidem dato auro aës subjecisset, furti teneatur: quod si in dando aës subjecisset, turpiter fecisse, non furem esse: sed hic puto pignoratitum judicium locum habere*; L. 36, ff. de *Pign. act.*

60. Celui qui a donné une chose en nantissement, contracte envers le créancier à qui il l'a donnée, une autre obligation, qui est celle de le rembourser des impenses nécessaires qu'il a faites pour la conservation de cette chose (1),

De cette obligation naît une action *pignoratitia contraria* qu'a le créancier pour s'en faire rembourser, quand même depuis, par quelque accident de force majeure, celui qui lui a donné la chose en nantissement, n'en aurait pas profité. C'est ce qu'enseigne Papinien : *Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum quem pignoris causâ acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam habebo: finge enim medicis, quum ægrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse; itam insulam fulcissem vel refecisse, et posteâ deustam esse nec habere quod possim retinere*; L. 8 ff. de *Pign. act.*

61. A l'égard des impenses qui n'étaient pas nécessaires, mais qui étaient seulement utiles, si le créancier les a faites du consentement de celui qui lui a donné la chose en nantissement, il n'est pas douteux que le créancier a contre lui l'action *pignoratitia contraria*, pour s'en faire rembourser comme pour les nécessaires; et il est facilement présumé les avoir faites du consentement de celui qui lui a donné en nantissement, lorsque le créancier n'a fait que parachever ce que ce débiteur avait déjà commencé avant de donner cette chose en nantissement : *Si servos pignoratos artificis instruxit creditor; si quidem jam imbutos, vel voluntate debitoris, erit actio contraria*; L. 25, ff. *eod. tit.*

Lorsque les impenses, non nécessaires, mais seulement utiles, ont été faites sans le consentement du débiteur qui a donné la chose en nantissement, quoiqu'elles subsistent, et que le débiteur se trouve en profiter au temps auquel la chose lui doit être rendue, c'est-à-dire, après que la dette a été acquittée, on ne doit pas toujours l'obliger à les rembourser au créancier qui les a faites; car si elles sont si considérables, qu'il lui fallût vendre son bien ou s'endetter pour pouvoir les rembourser, il ne doit pas y être obligé; on doit seulement permettre, en ce cas, au créancier qui a fait des augmentations à ses frais, d'emporter ce qui peut se détacher. Mais si les impenses, quoique seulement utiles, sont modiques, et que le débiteur puisse commodément les rembourser, il doit être condamné à les rembourser jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve en profiter. Tout cela doit être laissé à la prudence et à l'arbitrage du juge : *Sicut negligere creditorem dolus et culpa quam præstat non patitur, ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum. Puta, saltum grandem pignori datum ab homine qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sicut magni pretii faceres: alioquin non est æquum aut querere me alios creditores, aut cogi distrahere quod velim receptum, aut tibi, penuriâ, coactum derelinquere: Media igitur hæc à Judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur; ead. L. 25.*

(1) V. art. 2080, 2^e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 401, note 1.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

CONTRATS DE BIENFAISANCE.

TRAITÉ DU PRÊT A USAGE ET DU PRECAIRE.

CHAP. I ^{er} . De la nature du prêt à usage : entre quelles personnes il peut intervenir, et des choses qui en peuvent être la matière	3	§ II. A qui la chose prêtée doit-elle être rendue ?	13
SECT. I. De la nature du prêt à usage..		§ III. Où et en quel état la chose prêtée doit-elle être rendue.	15
ART. I. Quelles choses constituent l'essence du prêt à usage.	4	§ IV. Des exceptions que peut opposer celui à qui la chose a été prêtée, pour se défendre de la rendre	16
ART. II. A quelles classes de contrats appartient le prêt à usage.	ib.	ART. II. De l'obligation de conserver la chose.	19
ART. III. Du rapport qu'a le contrat de prêt à usage avec d'autres contrats, et en quoi il diffère.	6	ART. III. Si celui à qui la chose a été prêtée, est tenu d'indemniser le prêteur de la perte ou détérioration de la chose prêtée, lorsqu'elle est arrivée par un cas fortuit ou force majeure.	21
SECT. II. Des personnes entre lesquelles peut intervenir le contrat de prêt, et des choses qui en peuvent être la matière.		ART. IV. De l'action <i>Commodati directa</i> , qui naît des obligations de l'emprunteur.	27
ART. I. Des personnes entre lesquelles peut intervenir le contrat de prêt.	ib.	§ I. Contre qui procède cette action.	28
ART. II. Des choses qui peuvent être la matière du contrat de prêt..	7	§ II. Quels sont les objets de cette action.	29
CHAP. II. Du droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur, et de ses obligations.	9	CHAP. III. Des obligations du prêteur.	31
SECT. I. Du droit de l'emprunteur	ib.	Première espèce.	ib.
SECT. II. Des obligations de l'emprunteur.	10	Seconde espèce.	33
ART. I. De l'obligation de rendre la chose prêtée.	11	Troisième espèce.	34
§ I. Quand l'emprunteur doit-il rendre la chose.	ib.	Quatrième espèce	35
		CHAP. IV. Du <i>Précaire</i> , et de quelques autres prêts différents du prêt à usage.	35
		ART. I. Du précaire.	ib.
		ART. II. De quelques espèces de prêts différents du prêt à usage.	37

TRAITÉ DU PRÉT DE CONSOMPTION,

ET DES MATIÈRES QUI Y ONT RAPPORT.

PREMIÈRE PARTIE.	
DU CONTRAT DE PRÉT DE CONSOMPTION.	39
CHAP. I ^r . De la nature du contrat de prêt de consommation, et des choses qui en sont susceptibles.	40
ART. I. De ce qui constitue l'essence du contrat de prêt de consommation.	ib.
§ I. Il faut qu'il y ait une chose qui soit la matière de ce contrat, et qui soit prêtée pour être consommée	ib.
§ II. De la délivrance de la chose prêtée.	34
§ III. De la translation de propriété.	ib.
§ IV. De l'obligation de rendre autant.	45
§ V. Du Consentement.	46
ART. II. A quelle classe de contrats doivent assigner le prêt de consommation?	48
ART. III. Des personnes entre lesquelles ce contrat peut intervenir, et des choses qui en sont susceptibles.	49
§ I. Des personnes entre lesquelles ce contrat peut intervenir.	ib.
§ II. Des choses qui sont susceptibles du contrat de prêt de consommation.	50
CHAP. II. De l'obligation que produit le contrat de prêt de consommation, et de l'action qui en naît.	51
ART. I. Par qui l'obligation que produit le contrat de prêt de consommation, est-elle contractée, et qui sont ceux qui sont tenus de l'action qui en naît?	ib.
ART. II. Envers qui l'obligation que l'emprunteur subit par ce contrat, est-elle contractée, et qui sont ceux par qui l'action qui en naît peut être intentée?	52
§ I. Quel est l'objet de l'obligation de l'emprunteur, et de l'action qui en naît.	55
Premier cas.	ib.
Second cas.	57
ART. III. A qui et où la somme ou la quantité qui a été prêtée, doit-elle être rendue?	58
ART. IV. Quelles exceptions l'emprunteur peut-il opposer contre l'action <i>ex mutuo</i> ?	60
ART. V. Si le prêteur contracte quelque obligation.	61
SECONDE PARTIE.	
DE L' <i>Usure</i> QUI SE COMMET DANS LE CONTRAT DE PRÉT DE CONSOMMATION..	63
SECT. I. De l'injustice que renferme l'u-	
sure; de la défense qui en est faite par l'Écriture sainte, par la tradition et par les lois du royaume	ib.
ART. I. De l'injustice que renferme l'usure.	ib.
ART. II. De la défense qui est faite de l'usure par l'Écriture sainte et la tradition	ib.
ART. III. De la défense de l'usure par les lois du royaume.	ib.
SECT. II. Si la défense du prêt à intérêt souffre exception à l'égard du prêt de commerce, et dans quelques autres cas.	70
ART. I. Si elle souffre exception à l'égard du prêt de commerce.	72
§ I. Moyens allégués pour la légitimité des prêts à intérêt appelés <i>prêts de commerce</i>	ib.
§ II. Réponses aux moyens en faveur des prêts à intérêts.	74
ART. II. Si la défense du prêt à intérêt souffre exception à l'égard des deniers pupillaires.	79
SECT. III. Que comprend la défense de l'usure.	80
ART. I. Ce qu'il faut pour qu'il y ait usure	ib.
§ I. Il faut qu'il soit intervenu un contrat de prêt.	84
§ II. Il faut pour qu'il y ait usure, que ce que le prêteur exige au delà de la somme prêtée, soit un lucre et un profit qu'il retire du prêt, <i>lucrum ex mutuo exactum</i>	84
§ III. Pour qu'il y ait usure, il faut que l'intérêt ou autre profit que le prêteur a retiré du prêt, ait été exigé.	85
§ IV. Différents exemples de profits usuaires.	87
§ V. De l'effet des lois qui défendent l'usure, et des peines qu'elles prononcent contre les usuriers.	94
SECT. IV. Des intérêts compensatoires.	93
SECT. V. De l'escompte.	98
TROISIÈME PARTIE.	
DU QUASI-CONTRAT APPELÉ <i>Promutuum</i> , ET DE L'ACTION <i>Condictio indebiti</i>	101
SECT. I. Du <i>Promutuum</i>	ib.
ART. I. Ce que c'est que le quasi-contrat <i>promutuum</i> ; quels sont ses rapports	

avec le contrat <i>mutuum</i> , et en quoi il en diffère.	<i>ib.</i>	ART. II. Il faut qu'il n'y ait eu aucun sujet réel de payer la chose non due qui a été payée.	409
ART. II. De l'obligation qui naît du <i>pro-mutuum</i>	403	ART. III. Il faut que la chose non due qui a été payée, l'ait été par erreur.	410
SECT. II. De l'action appelée <i>Condictio indebiti</i>	<i>ib.</i>	ART. IV. Qui sont ceux qui ont l'action <i>condictio indebiti</i>	412
ART. I. Il faut que ce qui est payé ne soit pas dû.	404	ART. V. Contre qui se donne l'action <i>condictio indebiti</i>	413
Premier et second cas.	<i>ib.</i>	ART. VI. Quel est l'objet de l'action <i>condictio indebiti</i>	414
Troisième cas	405	ART. VII. Si le paiement par erreur peut donner une action contre les tiers détenteurs de la chose payée par erreur.	415
Quatrième cas.	<i>ib.</i>		
Cinquième cas.	406		
Sixième cas	407		
Septième et huitième cas.	408		
Neuvième cas	<i>ib.</i>		
Dixième cas.	<i>ib.</i>		

TRAITÉ DU CONTRAT DE DÉPOT.

CHAP. I^r. De la nature du contrat de dépôt	422	du dépositaire, qui consiste dans la restitution du dépôt.	438
ART. I. Quelles choses peuvent être la matière du contrat de dépôt, et entre quelles personnes il peut intervenir.	<i>ib.</i>	§ I. Quelles choses sont l'objet de la restitution du dépôt.	<i>ib.</i>
§ I. Quelles choses peuvent être la matière du contrat de dépôt.	<i>ib.</i>	§ II. A qui la chose donnée en dépôt doit-elle être rendue	442
§ II. Entre quelles personnes le contrat de dépôt peut-il intervenir.	424	§ III. Où doit se faire la restitution du dépôt.	444
ART. II. De ce qui est nécessaire pour former le contrat de dépôt.	425	§ IV. Quand doit se faire la restitution du dépôt, et pour quelles causes elle doit être retardée.	445
§ I. Il faut qu'il y ait tradition de la chose déposée.	<i>ib.</i>	ART. III. De l'action <i>Depositi directa</i>	446
§ II. Il faut que la principale fin pour laquelle la tradition se fait, soit la garde de la chose	<i>ib.</i>	SECT. II. Des obligations de celui qui a donné la chose en dépôt, et de l'action <i>Depositi contraria</i> qui en naît.	449
§ III. Il faut que celui à qui la garde de la chose est confiée s'en charge gratuitement	427	CHAP. III. De plusieurs espèces particulières de dépôt.	451
§ IV. Du consentement des parties qui doit intervenir dans le contrat de dépôt.	428	§ I. Du dépôt nécessaire.	<i>ib.</i>
ART. III. A quelles classes de contrats doit-on rapporter le contrat de dépôt.	429	II. Du dépôt d'hôtellerie.	452
CHAP. II. Des obligations que produit le contrat de dépôt, et des actions qui en naissent.	430	III. Du dépôt irrégulier.	454
SECT. I. Des obligations du dépositaire, et des actions qui en naissent.	<i>ib.</i>	CHAP. IV. Du séquestre et des dépôts judiciaires.	456
ART. I. De la fidélité que doit avoir le dépositaire à la garde du dépôt.	431	ART. I. Du séquestre conventionnel.	<i>ib.</i>
Corollaire premier.	<i>ib.</i>	ART. II. Des dépôts judiciaires.	458
Corollaire second.	435	§ I. Des dépôts de meubles saisis.	<i>ib.</i>
Corollaire troisième	437	II. Du séquestre judiciaire.	461
ART. II. Du second chef de l'obligation		III. Du dépôt des choses dues, qui est ordonné ou confirmé par le juge.	462
		ART. III. Des dépôts des deniers qui se font chez le receveur des consignations.	<i>ib.</i>
		§ I. De la nature de cette consignation.	<i>ib.</i>
		II. Des effets de cette consignation.	463
		III. De l'obligation que le receveur des consignations contracte par la consignation.	466

TRAITÉ DU CONTRAT DE MANDAT.

CHAP. I. A quelles classes de contrats appartient le contrat de mandat; quelles choses sont de son essence, et quelle est sa forme.	172	ART. IV. De l'action qui naît des obligations du mandataire.	193
SECT. I. A quelles classes de contrats appartient le contrat de mandat.	ib.	CHAP. III. Des obligations du mandant; et quand le mandataire est-il censé s'être renfermé dans les bornes du mandat, ou en être sorti.	194
SECT. II. De ce qui est de l'essence du contrat de mandat.	173	SECT. I. De l'obligation que contracte le mandant d'indemniser le mandataire.	195
ART. I. Quelles affaires peuvent être la matière du contrat de mandat.	ib.	ART. I. De l'obligation de rembourser le mandataire.	ib.
§ I. Il faut que ce soit une affaire à faire;	ib.	§ I. Il faut que le mandataire ait déboursé quelque chose.	ib.
§ II. Il faut que ce soit une affaire qui ne soit contraire ni aux lois, ni aux bonnes mœurs.	174	§ II. Il faut que ce que le mandataire a déboursé l'ait été <i>ex causa mandati</i>	199
§ III. Il faut que l'affaire ne soit pas quelque chose d'incertain.	175	§ III. Il faut que ce ne soit pas la faute du mandataire qui ait donné lieu aux déboursés qu'il a faits pour sa gestion.	202
§ IV. L'affaire doit être de nature que le mandant puisse être censé la faire lui-même par le ministère de son mandataire.	ib.	ART. II. De l'obligation que contracte le mandant de procurer au mandataire la décharge des obligations que ce mandataire a contractées pour l'exécution du mandat.	203
§ V. Il faut que ce soit une affaire qu'on puisse supposer pouvoir se faire par le mandataire.	177	ART. III. De l'action qui naît des obligations du mandant.	204
§ VI. L'affaire ne doit pas concerner le seul intérêt du mandataire.	178	SECT. II. Des obligations que le mandant contracte envers les tiers avec lesquels son mandataire contracté en exécution du mandat.	207
§ VII. Est-il nécessaire que l'affaire qui fait la matière du mandat, soit l'affaire du mandant, au moins pour partie.	ib.	SECT. III. Quand le mandataire est-il censé s'être renfermé dans les bornes du mandat, et quand paraît-il en être sorti?	208
ART. II. De la volonté que doivent avoir le mandant et le mandataire de s'obliger l'un envers l'autre.	179	Premier cas. Lorsque le mandataire a fait précisément la même affaire portée par le mandat, sans que le mandant lui eût prescrit aucune condition dont il se serait écarté.	ib.
ART. III. De la gratuité du mandat.	181	Second cas. Lorsque le mandataire a fait précisément la même affaire dont il a été chargé par le mandat et à des conditions plus avantageuses que celles prescrites par le mandat.	ib.
SECT. III. De la forme du contrat de mandat, et des différentes manières de le contracter.	183	Troisième cas. Lorsque le mandataire a fait l'affaire dont il a été chargé, mais à des conditions plus dures que celles qui lui ont été prescrites par le mandat.	209
CHAP. II. Des obligations que contracte le mandataire par le contrat de mandat, et de l'action qui en naît.	185	Quatrième cas. Lorsque le mandataire a fait une partie de ce qui est porté par le mandat.	210
ART. I. De l'obligation que le mandataire contracte de faire l'affaire dont il s'est chargé par le contrat.	ib.	Cinquième cas. Lorsque le mandataire a fait ce dont il était chargé par le mandat, et quelque chose de plus.	ib.
ART. II. Du soin que doit apporter le mandataire à l'affaire qui fait l'objet du mandat.	188	Sixième cas. Lorsque le mandataire a fait une autre affaire que celle portée par le mandat.	211
ART. III. De l'obligation que le mandataire contracte envers le mandant, de lui rendre compte de sa gestion, et de lui remettre ce qu'il en retient.	190		
§ I. Du compte que doit rendre le mandataire.	ib.		
§ II. De la restitution que le mandataire doit faire au mandant, de tout ce qui lui est parvenu de sa gestion.	192		

Septième cas. Lorsque le mandataire a fait, non par lui-même, mais par une personne qu'il s'est substituée, l'affaire dont il était chargé, quoiqu'il n'eût pas le pouvoir de substituer un autre pour la faire.	ib.	quasi-contrat <i>negotiorum gestorum</i> , et qu'il y ait deux personnes, dont l'une ait géré l'affaire, et dont l'autre soit celle à qui l'affaire appartenait. 243
Huitième cas. Lorsqu'un mandataire a fait seul ce qu'il était chargé de faire conjointement avec un autre, ou par le conseil d'un autre.	212	ART. II. Il faut pour le quasi-contrat <i>negotiorum gestorum</i> , que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'ait faite sans ordre et à son insu. 243
CHAP. IV. De quelles manières le mandat finit.	213	§ I. Il faut que ce soit sans son ordre. ib.
§ I. De la mort du mandataire.	ib.	§ II. Il faut pour le quasi-contrat <i>negotiorum gestorum</i> , que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'ait faite à son insu. 246
§ II. De la mort du mandant.	214	ART. III. Il faut que celui qui s'est porté à faire l'affaire d'un autre, l'ait faite avec l'intention de faire l'affaire de celui qu'elle concernait, et de répéter de lui les frais de sa gestion. 248
§ III. Du changement d'état du mandant.	216	Premier cas. Lorsque celui qui a fait l'affaire d'une personne, a eu l'intention, en la faisant, de faire l'affaire de cette personne, et de répéter d'elle les frais de sa gestion. ib.
§ IV. De l'extinction du mandat par la cessation du pouvoir du mandant.	217	Second cas. Lorsque je fais votre affaire, croyant ne faire que la mienne. ib.
§ V. De la révocation du mandat.	ib.	Troisième cas. Lorsque j'ai fait une affaire que je croyais être l'affaire de Pierre, dans la seule vue de faire l'affaire de Pierre, quoique cette affaire fût votre affaire, et ne concernât nullement Pierre. 251
§ VI. De la répudiation du mandat par le mandataire.	220	Quatrième cas. Lorsque j'ai fait une affaire qui concernait plusieurs personnes, n'ayant en vue, en la faisant, que de faire l'affaire de l'une d'elles. 252
CHAP. V. De quelques espèces particulières de mandats et de mandataires.	ib.	Cinquième cas. Lorsque j'ai fait l'affaire d'une personne comptant faire son affaire, mais sans intention de répéter les frais de ma gestion, et dans la vue de l'en gratifier. 253
ART. I. Des mandats qui ont pour objet quelque affaire judiciaire, et des procureurs <i>ad lites</i>	221	SECT. II. Des obligations que forme le quasi-contrat <i>negotiorum gestorum</i> , et des actions qui en naissent. 254
§ I. De la nature du mandat <i>ad litem</i>	ib.	ART. I. De l'obligation du <i>negotiorum gestor</i> , et de l'action <i>negotiorum gestorum directa</i> qui en naît. 255
§ II. Quel est l'objet du mandat <i>ad litem</i> , et quelles personnes en peuvent être chargées.	222	ART. II. De l'obligation que celui dont on a fait quelque affaire sans son ordre contracte envers celui qui l'a faite, et de l'action qui en naît. 261
§ III. Comment se contractent les mandats <i>ad lites</i> ; et du désaveu.	223	§ I. Quelle est cette obligation, et quelle est l'action qui en naît. ib.
§ IV. Des obligations des procureurs envers leurs clients.	224	§ II. Quand y a-t-il lieu à cette obligation et à l'action qui en naît. ib.
§ V. Des obligations des clients envers leurs procureurs; de l'hypothèque des procureurs, et de la distraction des condamnations de dépens que les procureurs ont droit d'obtenir.	225	§ III. Ce qu'il y a de préalable pour intenter l'action <i>contraria negotiorum gestorum</i> , et quels en sont les objets. 264
§ VI. Des manières dont finit le mandat <i>ad litem</i>	229	
ART. II. Des procureurs <i>omnium bonorum</i>	230	
§ I. Ce que c'est; et s'il y en a plusieurs espèces.	ib.	
§ II. De ce que comprennent les procurations générales.	232	

APPENDICE.

DU QUASI-CONTRAT <i>negotiorum gestorum</i>	242
SECT. I. Quelles choses sont requises pour former le quasi-contrat <i>negotiorum gestorum</i>	ib.
ART. I. Il faut qu'il y ait une affaire dont la gestion soit la matière du	

CONTRATS ALÉATOIRES.

TRAITÉ DU CONTRAT D'ASSURANCE.

CHAP. I^{er}. Ce que c'est que le contrat d'assurance, et quelles sont les choses qui sont de l'essence du contrat	267	ART. I. De l'obligation de payer la somme assurée.	310
SECT. I. Ce que c'est que le contrat d'assurance	<i>ib.</i>	§ I. Quelles sont les causes qui donnent ouverture à cette obligation, et de l'action qui en naît.	311
SECT. II. Quelles sont les choses qui sont de l'essence du contrat d'assurance...	269	§ II. De la signification que l'assuré doit faire aux assureurs de l'accident qui a causé la perte des effets assurés.	314
ART. I. Des choses qu'on a fait assurer..	<i>ib.</i>	§ III. Du délaissement.	316
§ I. Il faut une chose que l'on fasse assurer.	<i>ib.</i>	§ IV. De la déclaration que l'assuré, en faisant son délaissement, doit faire de toutes les assurances qu'il a fait faire, et de l'argent qu'il a pris à la grosse sur les effets assurés.	319
§ II. Quelles sont les choses qu'on peut assurer.	276	§ V. De la signification que l'assuré doit faire des pièces justificatives, tant du chargement et de la valeur des effets assurés, que de leur perte.	319
ART. II. Des risques.	282	§ VI. Exceptions que les assureurs peuvent opposer contre la demande de la somme assurée.	325
§ I. Il faut qu'il y ait risque auquel la chose soit exposée.	<i>ib.</i>	§ VII. De la condamnation qui intervient sur cette action ; du terme qu'ont les assureurs pour payer la somme assurée, et des déductions qu'ils peuvent faire.	326
§ II. Quels sont les risques dont se charge l'assureur par le contrat d'assurance.	283	ART. II. De l'obligation d'indemniser des avaries.	329
§ III. Quelles sont les pertes et dommages dont les assureurs ne sont pas tenus.	290	ART. III. De l'obligation que contractent les assureurs, en assurant la liberté d'une personne, et de l'action qui en naît.	332
ART. III. Des autres choses qui sont de l'essence du contrat d'assurance.	295	SECT. II. Des obligations de l'assuré qui naissent de la nature du contrat.	334
§ I. De la somme que les assureurs s'obligent de payer, en cas de perte des choses assurées	<i>ib.</i>	SECT. III. Des obligations que forme la bonne foi entre les parties dans le contrat d'assurance.	340
§ II. De la prime.	298	SECT. IV. Des juges qui doivent connaître des contestations auxquelles peuvent donner lieu les obligations qui naissent du contrat d'assurance.	342
§ III. Du consentement.	301		
CHAP. II. Des personnes entre lesquelles intervient le contrat d'assurance, et de la forme de ce contrat.	302		
SECT. I. Des personnes entre lesquelles intervient le contrat d'assurance.	<i>ib.</i>		
SECT. II. De la forme du contrat d'assurance maritime.	304		
CHAP. III. Des obligations tant des assureurs que des assurés, et des actions qui en naissent.	309		
SECT. I. Des obligations des assureurs qui naissent de la nature du contrat, et des actions qu'elles produisent.	<i>ib.</i>		

TRAITÉ DU CONTRAT DE PRÊT

A LA GROSSE AVENTURE.

ART. I. Ce que c'est que ce contrat	345	ART. III. De la forme du contrat de prêt à la grosse.	354
ART. II. De ce qui compose la substance du contrat de prêt à la grosse aventure.	347	ART. IV. De l'obligation que forme le contrat à la grosse ; de la condition dont elle dépend, et de l'action qui en naît	356
§ I. De la somme prêtée.	ib.	§ I. De l'obligation que forme le contrat à la grosse, et de la condition dont elle dépend.	ib.
§ II. Des choses sur lesquelles se fait le prêt à la grosse.	ib.	§ II. De l'action qui naît de l'obligation que contracte l'emprunteur par le contrat à la grosse.	362
§ III. Des risques.	350		
§ IV. Du profit maritime.	352		
§ V. Du consentement.	353		

TRAITÉ DU CONTRAT DU JEU.

CHAP. I. Si le jeu est mauvais par le droit naturel.	366	§ I. Des fins que l'on peut avoir dans le jeu désintéressé.	ib.
SECT. I. Du contrat que renferme le jeu considéré en lui-même et sans rapport à la fin.	ib.	§ II. De la fin que peuvent avoir les joueurs dans les jeux intéressés.	379
ART. I. Si le jeu considéré en lui-même, et sans aucun rapport à la fin que proposent les joueurs, est mauvais.	ib.	CHAP. II. Où l'on rapporte les lois des Romains et les nôtres sur le jeu.	381
ART. II. Quelles conditions doivent être observées dans le jeu, pour qu'il ne s'écarte pas des règles de la justice.	368	§ I. Lois romaines.	ib
§ I. Il faut que chacun des joueurs ait droit de disposer de la somme qu'il joue.	369	§ II. Des lois des rois de France	38
§ II. Du libre consentement des joueurs.	370	CHAP. III. Si le jeu produit quelque obligation ; et si l'on est obligé de restituer ce qu'on a gagné au jeu, à ceux qui ont perdu.	38
§ III. De l'égalité qui est requise dans le contrat de jeu.	373	§ I. Examen de la question dans le cas auquel la loi civile condamne le jeu, sans néanmoins accorder aux perdants la répétition des sommes perdues au jeu.	385
IV. De la fidélité que les joueurs doivent apporter au jeu.	376	§ II. Examen de la question dans les pays où il y aurait une loi en vigueur qui donnerait aux perdants une action pour la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu contre les gagnants qui les ont reçues.	389
SECT. II. Du jeu considéré par rapport à la fin pour laquelle on joue.	378		

CONTRATS ACCESSOIRES.

TRAITÉ DU CONTRAT DE NANTISSEMENT.

Article préliminaire.	391	des clauses que les lois réprouvent dans ce contrat.	391
CHAP. I. De ce qui est de l'essence du contrat de nantissement ; à quelles classes de contrats il appartient ; et		ART. I. De ce qui est de l'essence du contrat de nantissement.	ib.

418 TABLE DES MATIÈRES CONTENUES DANS CE VOLUME.

§ I. Des choses qui peuvent être l'objet du contrat de nantissement.	ib.	ART. I. Du droit qu'acquiert le créancier dans les choses qui lui sont données en nantissement.	ii
§ II. De la tradition.	395	ART. II. Des obligations du créancier à qui la chose a été donnée en nantissement.	40
§ III. Il faut que la fin pour laquelle la chose est donnée, soit pour que celui à qui elle est donnée, la détienne pour sûreté de sa créance.	ib.	ART. III. De l'action <i>pignoratitia directa</i>	40
ART. II. À quelles classes de contrats appartient le contrat de nantissement.	396	§ I. Quels sont les objets de l'action <i>pignoratitia directa</i>	ii
ART. III. Des clauses que les lois ont réprouvées dans le contrat de nantissement.	397	§ II. Quand y a-t-il ouverture à l'action <i>pignoratitia directa</i>	40
CHAP. II. Du droit qu'acquiert le créancier dans les choses qui lui sont données en nantissement; des obligations qu'il contracte par le contrat de nantissement; et l'action <i>pignoratitia</i> qui en naît.	399	§ III. Si l'action <i>pignoratitia directa</i> est sujette à prescription.	40
		CHAP. III. Des obligations que contracte par le contrat de nantissement, celui qui donne la chose en nantissement; et de l'action <i>contraria pignoratitia</i> qui en naît.	ib

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU CINQUIÈME VOLUME.

